

**T.C.
GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI**

İŞ SÖZLEŞMESİNDE REKABET YASAĞI KAYDI

DOKTORA TEZİ

Emre ERTAN

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Ali Rıza OKUR

EYLÜL, 2012

ÖNSÖZ

‘İş sözleşmesinde rekabet yasağı kaydı’ başlıklı bu çalışma, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı bünyesinde hazırlanan bir doktora tezidir. Üzerimde büyük emeği olan ve babacan tavırları, insancıl kişiliği ve engin hoşgörüsüyle daima örnek aldığım danışman hocam Prof. Dr. Ali Rıza Okur, desteğini asla esirgemedi. Kendisine teşekkürü bir borç bilirim. Bilimsel çalışmalarıyla ve yetiştirdiği akademisyenlerle Türkiye’de iş hukuku literatürünün gerek nitelik gerekse nicelik açısından çağdaş bir yöne evrilmesinde önemli katkıları bulunan değerli bilim adamı ve saygı değer hocam Prof. Dr. Ali Güzel’in akademik yaşamımda ayrı bir yere sahiptir. Sayın Prof. Dr. Ali Güzel bana sadece ortak çalışma bilincini aşlamakla kalmadı; aynı zamanda bilimsel çalışmanın disiplin, özveri ve titizlik gerektirdiğini de öğretti. Kendisine ne kadar teşekkür etsem azdır. Tez izleme komitesinin seçkin üyeleri ve değerli hocalarım Doç. Dr. Erdem Özdemir ve Doç. Dr. Murat Engin tezin içeriği konusunda yönelttikleri eleştiri ve paylaştıkları görüşlerle bana yol gösterdi. Her iki hocama da şükranlarımı sunuyorum. Görev yaptığım Marmara Üniversitesi İktisat Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku anabilim dalı öğretim üyesi güzide hocam Doç. Dr. Hediye Ergin’e zor anlardaki desteği, bilimsel paylaşımları ve sağladığı Alman kaynakları için müteşekkirim. Kıymetli hocam Doç. Dr. Mustafa Serdar Özbek tezin medeni usul ve icra-iflas hukuklarını ilgilendiren bölümleriyle ilgili olarak verdiği fikirlerle tezin ortaya çıkmasında önemli bir rol oynadı. Sayın hocama özellikle teşekkür ediyorum. Ayrıca Hollanda kaynakları için Hollandalı seçkin bilim adamları Prof. Dr. C.J. Loonstra’ya ve Dr. Jan Heinsius’a, Alman kaynakları için kıymetli meslektaşım Yrd. Doç. Dr. Mahmut Kabakçı’ya ve Belçika kaynakları için Brüksel İş Mahkemesi hâkimi değerli dostum Luc Cieters’a ve yurtdışından getirdiği Hollanda ve Belçika kaynakları için aziz dostum Luc Jean-Pierre Rouffa’ya minnettarım. Tezin düzenleme aşamasında yardımlarını esirgemeyen değerli meslektaşım ve kardeşim Dr. Gökhan Güllü’ye teşekkürlerimi sunmayı bir borç biliyorum.

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ.....	ii
İÇİNDEKİLER.....	iii
KISALTMALAR	ix
RÉSUMÉ.....	xiii
ABSTRACT.....	xxi
ÖZET.....	xxix
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

REKABET YASAĞI KAYDININ TEORİK VE HUKUKİ TEMELLERİ, KAPSAMI, KONUSU VE YORUMU

§ 1. TEORİK VE HUKUKİ TEMELLER.....	8
I. Genel Olarak.....	8
II. Sözleşme Sonrası Rekabet Yasağının Amacı: İşletmenin Gayri-Maddi Malvarlığının Korunması.....	10
III. İşletmeye Ait Gayri-Maddi Malvarlığı Değerlerinin Korunmasında Alternatif Seçenekler.....	14
1. Haksız Rekabet.....	14
2. Rekabet Hukuku.....	17
3. Sadakat Borcu.....	19
4. Sır Saklama Borcu.....	21
5. Sır Saklama Kaydı.....	23
6. Müşteri Çevresini Koruma Kaydı.....	26
IV. Rekabet Yasağıyla Çatışan Menfaatler.....	33
1. Bireysel Menfaat: İşçinin Çalışma ve Sözleşme Özgürlüğü.....	33
2. Toplumsal Menfaat: Serbest Piyasa Ekonomisi.....	36
V. Rekabet Yasağıyla İhlal Edilen Menfaatlerin ve Özellikle İşçinin Çalışma ve Sözleşme Özgürlüğünün Korunması.....	38
VI. Rekabet Yasağı Kaydının Hukuki Niteliği.....	44
VII. Rekabet Yasağı Kaydına İlişkin Hukuki Düzenlemeler.....	46
1. Borçlar Kanunu.....	46

2. Basın İş Kanunu.....	48
§ 2. REKABET YASAĞI KAYDINI DÜZENLEYEN BORÇLAR KANUNU HÜKÜMLERİNİN KAPSAMI.....	49
I. Kişi Bakımından Kapsamı.....	49
II. Zaman Bakımından Kapsamı.....	54
1. İş İlişkisinin Kurulmasından Önce Akdedilen Rekabet Yasağı Sözleşmeleri.....	54
2. İş İlişkisi Sırasında Akdedilen Rekabet Yasağı Sözleşmeleri.....	54
3. Fesih Bildirim Süresi İçinde Akdedilen Rekabet Yasağı Sözleşmeleri	55
4. İş İlişkisinin Sona Ermesinin Ardından Akdedilen Rekabet Yasağı Sözleşmeleri.....	55
§ 3. REKABET YASAĞI KAYDININ KONUSU VE YORUMU.....	61
I. Rekabet Etmeme (Rekabet Oluşturan Faaliyet).....	61
II. Rekabet Etmeme Borcunun Özellikleri.....	63
1. Yapmama Edimi Olması.....	63
2. Kişisel Edim Olması.....	64
3. Sürekli Edim Olması.....	65
III. Rakip İşletme Kavramı.....	65
IV. Yasak Faaliyetler.....	71
1. Kendi Hesabına Rakip Bir İşletme Açma.....	71
2. Rakip Bir İşletmede Çalışma.....	72
3. Rakip İşletmeyle Başka Türden Bir Menfaat İlişkisine Girme.....	72
V. Rekabet Yasağı Kaydının Yorumu.....	75

İKİNCİ BÖLÜM

REKABET YASAĞI KAYDININ KOŞULLARI, SINIRLANMASI VE KARŞI EDİM

§ 4. REKABET YASAĞI KAYDININ KOŞULLARI.....	79
I. Geçerlilik Koşulu ve Bağlayıcılık Koşulu Ayırımı.....	79
II. Geçerlilik Koşulları.....	83
1. İşçinin Fiil Ehliyetine Sahip Olması.....	83
2. Yazılı Şekil.....	92

III. Bağlayıcılık Koşulu.....	110
1. Genel Olarak.....	110
2. İşçinin İşverenin Müşteri Çevresi veya İş/Üretim Sırları Hakkında Bilgi Sahibi Olması.....	118
a) İşçinin İşverenin Müşteri Çevresi Hakkında Bilgi Sahibi Olması...	120
b) İşçinin İşverenin İş/Üretim Sırları Hakkında Bilgi Sahibi Olması...	126
3. İşçinin Sahip Olduğu Bilgileri Kullanmasının İşverenin Önemli Bir Zararına Sebep Olacak Nitelikte Olması.....	135
§ 5. REKABET YASAĞININ SINIRLANMASI.....	138
I. Sınırlamanın Amacı: İşçinin Ekonomik Geleceğinin Hakkaniyete Aykırı Olarak Tehlikeye Düşmemesi.....	138
II. Süre Bakımından Sınırlama.....	140
III. Yer Bakımından Sınırlama.....	157
IV. Konu Bakımından Sınırlama.....	175
V. Yaptırım: Aşırı Rekabet Yasağının Hâkim Tarafından Sınırlanması.....	199
1. Genel Olarak.....	199
2. Koşulları.....	207
a) Rekabet yasağının aşırı olması.....	207
b) İşçinin talebi.....	208
3. Hâkimin Takdir Yetkisi ve Sınırları.....	209
4. Kararın Niteliği.....	215
§ 6. İŞVERENİN KARŞI EDİM YÜKÜMLÜLÜĞÜ.....	217
I. Karşı Edim Kavramı ve Hukuki Niteliği.....	217
1. Kavram ve Terminoloji.....	217
2. Hukuki Niteliği.....	219
II. Karşılaştırmalı Hukuk.....	221
1. Alman Hukuku.....	221
2. Belçika Hukuku	234
3. Hollanda Hukuku.....	238
4. Fransız Hukuku.....	243
III. Türk Hukuku.....	248
1. Tarihsel Gelişim.....	248
2. Karşı Edimin Geçerlilik Koşulu Olup Olmadığı Sorunsalı.....	251
a) Karşı Edimin Geçerlilik Koşulu Olmadığını Savunan Görüş.....	251

b) Karşı Edimin Geçerlilik Koşulu Olduğunu Savunan Görüş.....	253
c) Karşı Edimsiz Bir Rekabet Yasağı Kaydının Anayasa'ya Aykırı Olduğu Görüşü.....	254
d) Görüşümüz.....	254
3. Karşı Edim İçeren Rekabet Yasağı Kayıtlarına Uygulanacak Hukuk...	270
4. Sosyal Güvenlik Hukuku Açısından Karşı Edim.....	279
a) Karşı Edim ve Sigorta Primine Esas Kazanç.....	279
b) Karşı Edim ve İşsizlik Ödeneği.....	280
5. Vergi Hukuku Açısından Karşı Edim.....	281

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

REKABET YASAĞI KAYDININ İHLALİ, İŞVERENİN DEĞİŞMESİNİN VE İFLASIN REKABET YASAĞI KAYDINA ETKİSİ

§ 7. REKABET YASAĞI KAYDININ İHLALİ.....	283
I. Rekabet Etmeme Borcunun İhlali.....	283
1. Genel Olarak.....	283
2. İhlalin Sonuçları.....	287
a) Zararın Giderilmesi.....	287
b) Ceza Koşulu.....	293
aa) Rekabet yasağı kaydına aykırılığa bağlanan ceza koşulunun işlevleri.....	293
bb) Borçlar hukukunda ve iş hukukunda ceza koşulu.....	294
cc) Rekabet yasağı kaydına aykırılığa bağlanan ceza koşulunun türü ve içeriği.....	297
dd) Ceza koşulunun indirilmesi.....	301
c) Tazminat ve Ceza Koşulu Alacaklarında Faiz ve Zamanaşımı.....	318
aa) Faiz.....	318
bb) Zamanaşımı.....	319
d) Aynen İfa.....	321
aa) Genel olarak.....	321
bb) Koşulları.....	326
cc) Dava süreci.....	333
dd) İlamın icrası.....	336

ee) İlamın işçinin taraf olduğu yeni iş ilişkisine etkisi.....	345
ff) İhtiyati tedbir.....	347
e) Rekabet Etmeme Borcunun İhlalinin İşçinin Karşı Edim Alacağına Etkileri.....	356
aa) İşçinin karşı edim hakkını yitirmesi.....	356
bb) İşverenin rekabet yasağı sözleşmesini fesih hakkı.....	361
II. Karşı Edim Borcunun İhlali.....	368
1. Eda (Alacak) Davası ve İlamsız İcra Takibi.....	368
2. Rekabet Yasağı Kaydının (Sözleşmesinin) Feshi	372
§ 8. İŞVERENİN DEĞİŞMESİNİN REKABET YASAĞI KAYDINA ETKİSİ.	376
I. İşyeri Devri.....	376
1. İşyerinin İş İlişkisi Sırasında Devri.....	376
2. İşyerinin İş Sözleşmesi Sona Erdikten Sonra Devri.....	390
II. İş Sözleşmesinin Devri.....	394
§ 9. İFLASIN REKABET YASAĞI KAYDINA ETKİSİ.....	396
I. Genel Olarak.....	396
II. İşyerinin İflas İdaresince Satılmasının veya İş Sözleşmesinin Feshinin Rekabet Yasağı Kaydına Etkisi.....	397
III. İflasın Karşı Edime Etkisi ve Karşı Edimin Sırası.....	402

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

REKABET YASAĞI KAYDININ SONA ERMESİ, REKABET YASAĞI KAYITLARINDA GÖREVLİ VE YETKİLİ MAHKEME

§ 10. REKABET YASAĞI KAYDININ SONA ERMESİ.....	404
I. Rekabet Yasağını Sona Erdiren ve Kaydın Yürürlüğe Girmesini Engelleyen Haller.....	404
1. İşverenin Yasağın Sürdürülmesinde Gerçek Bir Yararının Kalmaması.....	404
2. Rekabet Yasağı Sözleşmesinin Feshi.....	408
3. İş Sözleşmesinin Diğer Taraftan Kaynaklanan Bir Nedenle Feshi.....	410
II. İş Sözleşmesinin Diğer Sona Erme Biçimlerinin Rekabet Yasağı Kaydına Etkisi.....	442

1. İşçinin Ölümü.....	442
2. Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Sona Ermesi.....	443
3. İ kale (Bozma) Sözleşmesi.....	444
4. İş Sözleşmesinin Deneme Süresi İçinde Sona Ermesi.....	446
§ 11. GÖREVLİ VE YETKİLİ MAHKEME.....	451
I. Rekabet Yasağı Kayıtlarında Görevli Mahkeme ve Yetkili Mahkeme....	451
1. Görevli Mahkeme.....	451
a) Yasal Düzenleme.....	451
b) Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin İçtihadı.....	453
c) Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun ve Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin İçtihadı.....	455
d) İçtihatların Değerlendirilmesi ve Görüşümüz.....	456
2. Yetkili Mahkeme.....	464
II. İş İlişkinin Sona Ermesinden Sonra Akdedilen Rekabet Yasağı Sözleşmelerinde Görevli ve Yetkili Mahkeme.....	466
1. Görevli Mahkeme.....	466
2. Yetkili Mahkeme.....	471
GENEL DEĞERLENDİRME, SONUÇ VE ÖNERİLER.....	472
KAYNAKÇA.....	490
ÖZGEÇMİŞ.....	504

KISALTMALAR LİSTESİ

Abs.	: Absatz
afd.	: Afdeling
a.g.e.	: Adı geçen eser
Any.	: Anayasa
AOW	: Arbeidsovereenkomstenwet
AP	: Arbeitsrechtliche Praxis, Nachschlagwerk des Bundesarbeitsgerichts
ARV	: Arbeitsrecht und Arbeitslosenversicherung
art.	: artikel/article
ArbG	: Arbeitsgericht
ArbGG	: Arbeitsgerichtsgesetz
Arbh.	: Arbeidshof
Arbrb.	: Arbeidsrechtbank
BAG	: Bundesarbeitsgericht
BB	: Betriebs-Berater
BbiG	: Berufsbildungsgesetz
BGB	: Bürgerlichgesetzbuch
BGE	: Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Schweizerisches Bundesgerichtes
BGH	: Bundesgerichtshof
BİK	: Basın İş Kanunu
bkz.	: Bakınız
BW	: Burgerlijk Wetboek

cass. soc.	: Cassation sociale
CO	: Code des Obligations
EBK	: Eski Borçlar Kanunu
EzA	: Entscheidungssammlung zum Arbeitsrecht
ff.	: folgende randnummern/Paragraphen/Seiten
FG	: Finanzgericht
GewO	: Gewerbeordnung
GG	: Grundgesetz
GVK	: Gelir Vergisi Kanunu
GW	: Grondwet
HGB	: Handelsgesetzbuch
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HR	: Hoge Raad der Nederlanden
HUMK	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
İBK	: İsviçre Borçlar Kanunu
İİK	: İcra İflas Kanunu
İK	: İş Kanunu
ILO	: International Labour Organisation
İHSGHD	: İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi
JAR	: Jurisprudentie Arbeidsrecht
J.T.	: Journal des Tribunaux
J.T.T.	: Journal des Tribunaux du Travail
Kort. Ged.	: Kort Geding

KSchG	: Kündigungsschutzgesetz
Ktr.	: Kantonrechter
LAG	: Landesarbeitsgericht
LAGE	: Entscheidungssammlung der Landesarbeitsgerichte
Ls.	: Leitsatz
LStDV	: Lohnsteuerdurchführungsverordnung
m.	: madde
MEK	: Mesleki Eğitim Kanunu
MDR	: Monatschrift für Deutsches Recht
NJ	: Nederlandse Jurisprudentie
NJB	: Nederlands Juristenblad
NJW	: Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	: Nummer
n.v.	: nicht veröffentlicht
NZA	: Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
OG	: Obergericht
OLG	: Oberlandesgericht
OR	: Obligationenrecht
Prg.	: Praktijkgids
Rb.	: Rechtbank
RdA	: Recht der Arbeit
RG	: Resmi Gazete
RJB	: Revue de la Société des juristes Bernois
RKHK	: Rekabetin Korunması Hakkında Kanun
Rn.	: Randnummer
RO	: Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse

R.W.	: Rechtskundig weekblad
s.	: Sayfa
SMA	: Social Maandblad Arbeid
Soc. Kron.	: Socialrechtelijke Kronieken
SSGSSK	: Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TİSGLK	: Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu
TMK	: Türk Medeni Kanunu
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
UWG	: Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
Yarg.	: Yargıtay
Ziff.	: Ziffer
ZPO	: Zivilprozessordnung

RÉSUMÉ

Les secrets d'affaires et de fabrication et la clientèle font partie de la propriété immatérielle de l'entreprise et ces informations ont une importance stratégique pour cette dernière. Car si les secrets d'affaires et de fabrication ou la clientèle sont obtenus par les entreprises concurrentes dans un secteur où la compétition féroce est en train de régner, cela ne permettra pas à l'entreprise de continuer son existence et il est clair qu'elle ne pourra pas survivre dans le marché concerné. Par conséquent, il est naturel que certaines précautions soient prises par des entreprises contre la fuite des secrets d'affaires et de fabrication et la divulgation de celles-ci aux concurrents. Dans ce contexte la fuite des secrets commerciaux et d'affaires et la clientèle par des parties tiers aux entreprises concurrentes peuvent être évité par des mesures relativement simples. Pourtant certains salariés, étant donné leurs responsabilités, ont connaissance du « *savoir-faire* » (« *know how* ») de l'entreprise et des listes des clients et ils peuvent transmettre ultérieurement ces informations aux entreprises concurrentes et on peut dire qu'ils jouent le rôle du cheval de Troie. Selon l'obligation de loyauté, le salarié est tenu de garder les secrets et de ne pas concurrencer avec l'employeur durant sa relation de travail. Mais l'obligation de loyauté du salarié s'achève avec la rupture du contrat de travail. En fait l'obligation de loyauté continue après la fin du contrat en tant que l'exige la sauvegarde des intérêts légitimes de l'employeur. Mais ces obligations dues au contrat de travail n'empêchent pas le salarié de concurrencer licitement avec son employeur après la résiliation de la relation de travail. Dans une telle situation, la seule et dernière option qui reste est la prohiber le salarié d'entrer en concurrence avec l'employeur après la rupture du contrat de travail.

Néanmoins, il est clair que la prohibition de la concurrence apporte une restriction à la liberté de travail du salarié. En particulier, les facteurs tels que l'adoption d'une telle obligation durant la relation de travail et la possibilité qu'une clause de non concurrence puisse compromettre l'avenir économique du salarié contrairement à l'équité nécessitent une approche sensible à la clause de non-

concurrence. Effectivement le salarié ne pouvant exercer sa profession à cause de la prohibition de concurrence peut même être privé de son revenu. Dans ce cas la clause de non concurrence est un contrat où les intérêts légitimes de l'employeur et la liberté de travail du salarié sont en conflit. Dans un tel conflit d'intérêt si grave, quels sont le moyen et la méthode à suivre pour le résoudre? Le législatif Turc vise à protéger la liberté de travail du salarié et à trouver un équilibre approprié entre les intérêts opposés par voie des techniques comme la subordination de la validité et l'inopposabilité de la clause de non-concurrence aux certaines conditions, la limitation du champ d'application de la prohibition ainsi que l'atténuation des sanctions liées au non-respect de la clause de non concurrence. Il faudrait ajouter que les dispositions et les articles du Code des Obligations Turc (TBK m. 444-447) régulant la clause de non concurrence ne sont pas des textes originaux ; et sont constitués par le transfert du Code des Obligation Suisse au droit Turc avec des modifications mineures.

La clause de non concurrence est un contrat accessoire conclu entre le salarié et l'employeur. Par conséquent il est impossible d'imposer la non-concurrence aux stagiaires ou aux praticiens. Les normes législatives régulant la clause de non concurrence comprennent seulement les clauses de non concurrence dans le contrat de travail et les contrats qui sont conclus durant la relation de travail. A part cela, étant donné qu'un contrat de non concurrence conclu avant la relation de travail est subordonné à la réalisation d'une condition de retard comme la conclusion d'un contrat de travail, un tel contrat de non concurrence est aussi dépendant des régulations de non concurrence. En contrepartie, les dispositions du Code des Obligations régulant la clause de non concurrence ne sont pas applicables aux contrats de prohibition de faire concurrence conclus après la relation de travail. Car à la date à laquelle un tel contrat de non concurrence est conclu, les parties n'ont pas le statut de salarié et d'employeur. Les limites des contrats de non concurrence conclus après le contrat de travail sont déterminées par l'Article 48 de la Constitution sur la liberté du travail et du contrat ainsi que les dispositions générales du Code Civil et du Code des Obligations. Conformément au sujet de la clause de non concurrence, le salarié ne doit pas entrer en concurrence avec son employeur. L'obligation de ne pas faire concurrence, est une obligation continue et individuelle. Les activités contre la prohibition de concurrence peuvent se manifester de

différentes manières. A savoir que le salarié peut violer la prohibition de non concurrence soit en travaillant pour un employeur concurrent avec un contrat de travail soit en exploitant pour son propre compte une entreprise concurrente ou en entrant dans une relation d'intérêt avec les concurrents et tous ces actes peuvent être interdits. Ici l'entreprise concurrente est un concept clé. Parce que la clause de non concurrence n'empêche pas le salarié de travailler dans une entreprise ou d'ouvrir à son propre compte une entreprise qui n'est pas en compétition. Dans la détermination d'entreprise concurrente, l'élément différentiel est le marché dans lequel l'entreprise concurrente opère et la clientèle qu'elle dessert. Les clauses de non-concurrence qui sont vagues, contradictoires ou permettant diverses interprétations doivent être étroitement interprétées et de manière à favoriser le salarié. Dans ce cas, la règle *contre celui qui règlemente et en faveur de la contrepartie (in dubio contra stipulatorem)* trouvera sans doute un champ d'application très étendu en ce qui concerne la clause de non concurrence.

La possession de droit d'exercice du salarié et la forme écrite constituent les conditions de validité de la clause de non concurrence. Le salarié doit avant tout avoir son droit d'exercice à la date à laquelle la décision de la clause de non concurrence est prise. Le fait que le salarié obtienne le droit d'exercice lors de la relation de travail du salarié et qu'il ait accepté la clause de non concurrence lorsqu'il était mineur ou restreint, ne rend pas la clause valable. Ce que nous comprenons par la forme écrite, c'est que le salarié approuve lui-même la clause de non concurrence par écrit. Sinon il n'est pas possible d'imposer l'obligation à travers une convention collective ou les réglementations internes ayant les clauses de non concurrence. Par ailleurs, une référence faite à la clause dans la réglementation du travail ou dans les conditions générales de travail n'empêchera pas la non-applicabilité de la clause de non concurrence. Aussi les dispositions des conventions collectives, limitant la portée de la clause de non concurrence en faveur des salariés, engageant l'employeur à payer une minimum contrepartie financière et interdisant intégralement la clause de non concurrence doivent être considérés comme valables.

La clause de non concurrence est inopposable pour le salarié seulement si la relation de travail est de telle sorte qu'il lui fournit accès aux secrets d'affaires et de secrets de fabrication ou à la clientèle et l'utilisation de ces renseignements est de

nature à causer à l'employeur un préjudice sensible. Par conséquent l'application de la prohibition de concurrence est limitée par l'intérêt justifié de l'entreprise dans l'application de la clause de non concurrence, la protection de ses secrets d'affaires et secrets de fabrication ou de la clientèle. Dans ce cas, la clause de non concurrence prévue en vue de lier un salarié qualifié à l'entreprise et pour ne pas le laisser aux entreprises concurrentes n'est pas contraignante du point de vue du salarié. Cependant le salarié qui n'a pas accès aux informations confidentielles d'affaires et de secrets de fabrication ou à la clientèle peut préférer respecter la clause de non concurrence. Surtout il est possible qu'un salarié qui est soumis à une clause de non concurrence s'assortissant d'une contrepartie financière puisse avoir droit à une contrepartie financière en remplissant son obligation de ne pas faire concurrence. Dans une telle possibilité, l'employeur ne peut pas échapper à son obligation de contrepartie financière en prétendant qu'il n'a pas d'intérêt justifié dans l'application de la clause de non concurrence. Il faut ajouter que la relation de travail permettant au salarié d'avoir accès aux secrets d'affaires et de secrets de fabrication ou à la clientèle n'est pas suffisante en elle-même pour que la clause de non concurrence soit contraignante du point de vue du salarié. En plus, les informations doivent être utilisées par une entreprise concurrente, la possibilité que l'employeur ait subi des dommages doit être mise en question. La date à laquelle le contrat de travail est rompu est déterminante pour cette condition. Autrement dit, si à la date quand le contrat de travail a été rompu, le salarié ne travaille pas dans une entreprise concurrente ou n'a pas établi une entreprise concurrente et si l'employeur n'a pas d'intérêt justifié, la clause de non concurrence n'est pas contraignante pour le salarié.

Dans le Code des Obligations, il est prévu que la prohibition doit être limitée convenablement quant au lieu, aux temps et à la nature des affaires, de façon à ne pas compromettre l'avenir économique du travailleur contrairement à l'équité; elle ne peut excéder deux ans qu'en cas de circonstances particulières. A part cette réglementation, il est sous-entendu que le salarié ne pouvant d'aucune façon exercer son métier à cause des clauses de non concurrence illimitées ou excessives, sera dépourvu d'un revenu qui lui permettra de survivre. Dans ce cas, même l'existence des intérêts légitimés énumérés par la Loi, ne rend pas une clause de non concurrence avec une portée si étendue compromettant l'avenir économique du salarié conforme à la Loi. Le Code des Obligations a déterminé la durée maximale de la clause de non

concurrence applicable comme deux ans; mais dans l'existence des cas et circonstances particulières cette durée peut être prolongée. Des notions de droits imprécises telles que 'les circonstances et cas particuliers' nuisent à la sécurité de la loi et peuvent augmenter le nombre de conflits juridiques. De plus une clause de non concurrence excédant deux ans peut être anticonstitutionnelle. Par limitation de lieu on entend la portée géographique de la clause de non concurrence. En principe la portée de la clause de non concurrence par lieu; doit être déterminée en montrant une unité géographique comme continent, pays, département. Tandis que le champ du sujet de la clause de non concurrence peut être lié à l'activité ou le travail de l'entreprise concurrente. Il faut surtout admettre que les clauses de non concurrence liées à l'entreprise font preuve d'une qualité dynamique et sont plus efficaces dans la protection des intérêts institutionnels justifiés de l'employeur.

La sanction qui doit être infligée pour une clause de non concurrence trop restrictive n'est pas de la considérer entièrement non-valable mais de limiter la portée de la clause par un juge. De cette façon le juge interfère au contenu du contrat et détermine la limite raisonnable de la clause de non concurrence de sorte que l'avenir économique du salarié n'entre pas en danger. On peut dire que, d'une certaine manière, une clause de non concurrence excessive est réhabilitée par le juge.

La demande du salarié est nécessaire pour que le juge puisse intervenir à une clause de non concurrence excessive. En tenant compte des circonstances spécifiques et en premier lieu de la contrepartie financière de l'employeur, le juge peut limiter la clause de non concurrence. La décision du juge est de nature innovante et exemplaire. Il faut préciser que si la clause de non concurrence ne contient aucune limite ou si parmi les limites de lieu ou de durée l'une n'est pas précisée, il est impossible de préserver la clause mentionnée par le biais d'une intervention juridique. Le juge doit immédiatement appliquer la sanction d'annulation pour une telle clause.

En ce qui concerne la clause de non concurrence le sujet le plus discuté est la contrepartie financière. L'obligation de l'employeur à verser une contrepartie financière est la condition de validité de la clause de non concurrence dans la plupart des droits Européens. Autrement dit, les clauses de non concurrence inculquant une

obligation à une seule partie sont considérées invalides et la clause de non concurrence implique une obligation à l'employeur telle que prévue par les lois et les règlements ou les avis juridiques. Par exemple dans les droits Allemands et Belges, la clause de non concurrence doit contenir une contrepartie financière d'un minimum de % 50 du dernier salaire de l'employé. Sinon la clause de non concurrence sera considérée invalide. Par contre en France, la contrepartie financière est un produit du droit de jurisprudence. En fait selon une partie de la doctrine Turque, inspirée du droit de prud'hommes Français, il est possible d'imposer la condition de contrepartie financière par la voie de la jurisprudence. Mais si on tient compte de la systématique et du texte du droit des obligations il est clair qu'une telle opinion n'est pas juste. Tandis que dans le Droit Français dans lequel il n'y a aucune norme positive de droit sur la clause de non concurrence, la totalité des règles relatives à la clause de non concurrence a été développé par les décisions de la juridiction, par contre dans le droit Turc, la clause de non concurrence est sujet à une réglementation juridique relative détaillé, abolissant la thèse mentionnée. Cependant, du point de vue du droit qui devrait exister (*de lege ferenda*), la validité de la clause de non concurrence doit être liée à la contrepartie financière de l'employeur de verser un minimum de % 50 du dernier salaire du salarié. En plus il faut souligner que le droit des obligations permettant une clause de non concurrence sans contrepartie financière est anticonstitutionnel.

Les demandes essentielles de l'employeur contre l'employé qui agit contre la clause de non concurrence de l'employeur peuvent être énumérées ainsi ; dédommagement, clause pénale et action en exécution. En premier lieu, l'employeur peut avoir recours auprès des tribunaux pour entamer un procès d'indemnisation contre le salarié pour avoir agi contre la clause de non concurrence. Cependant il est difficile pour l'employeur de prouver l'existence et le montant des dommages. Pour cette raison, la violation de la clause de non concurrence est généralement liée à une clause pénale. En plus il est indiscutable que la clause pénale a une fonction de persuasion. Le droit des obligations a réglementé la violation de la clause de non concurrence et la sanction liée à cet acte en tant que sanction empêchant l'exécution (clause pénale). Par conséquent en payant la clause pénale, le salarié peut se libérer de son obligation de non concurrence. Mais l'employeur qui garde son droit émanant de la clause de non concurrence peut demander de l'employé le paiement et la

cessation de la violation. Un autre problème concernant la clause pénale se trouvant dans la clause de non concurrence est la réduction de la clause pénale par le juge. Conformément au Code des Obligations, le juge est tenu de réduire d'office une clause pénale trop élevée. Par rapport à cela, le juge doit déterminer si la clause pénale est excessive ou pas ; il doit réduire la clause pénale qu'il a jugée excessive. En tant que règle, les salaires auxquels le salarié a eu droit pendant sa dernière année jusqu'à la cessation de son contrat de travail peuvent être utilisés comme mesure dans la détermination de l'excès. Toutefois, il ne faut pas en déduire que le salaire de la dernière année du salarié est une mesure absolue qu'il ne faut pas changer. Ainsi, selon les caractéristiques du cas concret, tout comme une somme excédant les salaires que le salarié a eu droit pendant la dernière année peut être considérée ~~en tant que~~ raisonnable, au contraire une clause pénale inférieure à son revenu annuel du salarié peut également être considérée comme excessive. De plus l'employeur peut demander la cessation de la violation en tant que telle. Le Code des Obligations a rattaché la possibilité pour l'employeur d'avoir recours à un procès d'exécution à la réalisation d'une série de conditions qualifiées. Selon cela l'employeur doit préserver son droit de demande de la cessation de la violation par écrit et démontrer l'importance des intérêts violés et le comportement du salarié doit justifier l'élimination de la situation contraire à la prohibition de la concurrence. Avant d'entamer l'action en exécution ou durant son procès, l'employeur peut exiger auprès du Tribunal la prise de décision de mesures provisoires. Dans le cas où le salarié ne ferait pas le nécessaire concernant le jugement, suite à la plainte de l'employeur il sera condamné à l'emprisonnement de l'astreinte par la cour.

Si l'entreprise est cédée, l'employeur qui a cédé n'est plus partie à la clause de non concurrence. Ainsi la personne ayant acquis l'entreprise sera le nouvel employeur. Car lorsque l'entreprise est transférée le contrat de travail passe à la personne qui a repris l'entreprise avec tous les droits et obligations. Le même résultat est valable pour le transfert du contrat de travail. Par ailleurs, il est spécifié que la faillite de l'entreprise n'annule pas la clause de non concurrence. S'il n'existe aucun intérêt pour l'employeur à continuer la clause de non concurrence, la prohibition de concurrence prend fin. Alors que la clause de non concurrence n'a aucun effet si le salarié résilie le contrat de travail pour un motif juste, si l'employeur résilie le contrat de travail pour une raison valable ou une raison justifiée de la part

de l'employé, engendre l'entrée en vigueur de la clause de non concurrence. Toutefois, la disposition relative à la cessation de la clause de non concurrence dans le Code des Obligations, la réglementation à appliquer pour la contrepartie financière de la clause de non concurrence n'est pas très convenable. Dans un tel cas l'article 123 du Code des Obligations Turc qui régleme la clause de non concurrence entre l'agence et son client accorde le droit de changer d'avis à l'employeur en ce qui concerne la clause de non concurrence et conformément aux formes d'annulation les parties peuvent annuler la clause de non concurrence. Le Droit des Obligations Turc considère les procès provenant de la clause de non concurrence comme procès commerciaux. (Code des obligations Turc - Article 4). Cependant, concernant la cour chargée des procès liés à la clause de non concurrence, il est question de séparation de la jurisprudence. Tandis que l'Assemblée Générale Juridique de la Cour de Cassation et le Département Juridique No. 9 de la Cour de Cassation, supportent l'opinion que les tribunaux de prud'hommes soient chargés des procès relatifs à la clause de non concurrence, le Département Juridique No.11 de la Cour de Cassation considère que ces procès entrent dans le champ de responsabilité des cours de commerce. Il sera adéquat de rassembler les jurisprudences contradictoires selon l'opinion du Département Juridique No.11 de la Cour de Cassation. De plus, il faut noter que du point de vue du droit qui devrait être, tous les cas relatifs à la clause de non concurrence devraient être pris en charge par les tribunaux de prud'hommes et qu'un amendement mineur dans l'article 4 du Code des Obligations Turc serait suffisant à cet égard.

ABSTRACT

Business and production secrets as well as goodwill are among intangible assets of an enterprise and are of strategic importance for the relevant enterprise. Furthermore, it is apparent that an enterprise, which has lost business and production secrets or goodwill, cannot hold on to the sector where a fierce competition exists and this enterprise shall be vanquished gradually. Therefore, it is natural that the enterprises take several precautions to prevent leakage of the business and production secrets and disclosure of the same to the competitors. In this context, leakage of the trade secrets and production secrets and the goodwill through third parties might be prevented by respective and simple methods. However, some of the employees necessarily learn about know-how, production methods and goodwill of the relevant enterprise and so they play the role of a troy horse by subsequently disclosing the same to the competitors. As required by the duty of loyalty, the employee is under the obligation of non-competition with the employer and the obligation of confidentiality. Moreover, the duty of loyalty of the employee shall not be discharged upon the termination of the employment relation. In fact, the confidentiality obligation shall remain in effect after completion/termination of the business relation to the extent that the interests of the employer require. However, these obligations arisen under the employment agreement do not prevent duly and legally competition with the employer of the employee whose service contract is terminated. In this case, the only choice remained is to put the employee under the obligation of non-competition by means of an agreement called as a non-competition clause after termination of the business relation.

Besides, it is evident that the non-competition is restricting the employee's liberty of labor. In particular, the factors such as assumption by the employee of such an obligation during his employment and the possibility that an excessive non-competition jeopardizes the employee's economic future in contradiction with the principle of equality require a sensitive approach to the non-competition clause. Indeed, the employee being unable to perform its occupation due to the non-

competition might be deprived of remuneration income enough for his costs of living. Accordingly, the non-competition clause is a contract according to which the employer's fair operational interests and the employee's liberty of labor conflict. Then, in such a serious conflict, what kind of method should be followed? Turkish law-maker targets to protect the employee's liberty of labor and establish an appropriate balance between the conflicting interests by the help of the techniques such as subjecting the validity and binding feature of non-competition to a series of conditions, limiting the scope of the prohibition and relieving the sanctions applicable to contradiction with the obligation of non-competition. Additionally, the provisions of the Turkish Law of Obligations ruling the non-competition (Articles 444-447 of the Turkish Law of Obligations) do not constitute a separate text but are only articles of the Swiss Law of Obligations, transferred to and adopted by the Turkish Law, excluding a few amendments.

The non-competition clause is an ancillary agreement entered into by and between the employee and the employer. Accordingly, it is not possible to impose the non-competition clause on apprentices and trainees. Legal norms, regulating the non-competition, include only the provisions on non-competition clauses under the employment contract and the agreements on non-competition concluded during the employment relation. Furthermore, since an agreement on the non-competition concluded before establishment of an employment contract is based on fulfillment of a deleterious requirement such as conclusion of an employment contract; such an agreement is also subject to the rules regarding the non-competition clause. However, provisions of the Law of Obligations, regulating the non-competition shall not apply to the agreements on non-competition concluded after establishment of the employment relation. Moreover, the parties do not have the capacities of employee and the employer on the date of execution of an agreement on non-competition. Legal limits and borders of the agreements on non-competition are determined by Article 48 of the Constitution regarding liberty of labor and contract and general provisions of the Civil Law and the Law of Obligations. Subject matter of the prohibition of non-competition clause is the non-competition of the employee with the employer. The obligation of non-competition is a continuous and individual act of non-performance. Activities contrary to the prohibition of non-competition arise in different manners. Namely, the employee violates the non-competition clause by

working in a competitor enterprise under an employment contract or by opening a competitor enterprise by himself. In addition, the employee might also be prohibited to enter any other interest relation with the competitors. Here, the key point is the competitor enterprise. This is because the non-competition clause does not constitute any obstacle for the employee to work in or to open by himself an enterprise not competing with his former employer. The distinctive factor in determination of the competitor enterprise refers to the market where the relevant company is active and the goodwill addressed by the relevant enterprise. The non-competition clause, which is ambiguous, which includes contradictory statements and which is convenient for more than one comment, should be interpreted as limited as possible and particularly in favor of the employee. In this case, it is doubtless that the rule of interpretation “against the issuer” and “in favor of the opposite party”, used for interpretation of the conditions of the general transaction (*in dubio contra stipulatorem*) would comprehensively be used in the non-competition clauses.

The employee’s capacity to act and written form are the requirements to be fulfilled for the validity of the non-competition clause. First of all, the employee is required to have the capacity to act on the date when the non-competition is agreed to be imposed. Acquisition by the employee of the capacity to act during the employment relation does not validate the non-competition clause accepted by the employee during the term when the employee is a minor or is restricted. What meant with the written form is that the employee approves the non-competition clause in writing and personally. Otherwise, it is not possible to enable the employee to avoid competition under a collective bargaining agreement or workplace regulations. On the other hand, reference made to a non-competition clause in the workplace regulations or general terms and conditions of labor under an employment contract shall not discharge the relevant non-competition clause from the sanction of invalidity. Besides, provisions of collective bargaining agreement, which limits the scope of the non-competition clause in favor of the employee, obligates the employer to pay a financial compensation, or which completely prohibits the non-competition clause, should be considered effective.

The non-competition clause shall bind the employee only if the employment relation enables the employee to get information on the business or production

secrets or goodwill of the employer and use of such information might considerably cause damage and/or loss of the employer. Therefore, the operational interest in imposition of non-competition clause is limited to confidentiality of the business and production secrets as well as the goodwill. In this case, a non-competition clause, arranged to ensure loyalty of the employee to the workplace and not to let the employee be solicited by the competitors, is not binding upon the employee. However, the employee, who may not possibly have access in business or production secrets or goodwill, may prefer acting in compliance with the non-competition clause. Particularly, it is possible that an employee - subject to a non-competition clause including financial compensation - become eligible for the financial compensation by complying with the non-competition clause. With regard to such a possibility, the employer may not discharge from the obligation of financial compensation claiming that it has no fair interest in imposition of non-competition clause. In addition, that the employment relation enables the employee to have access in the business and production secrets or goodwill is not enough alone to ensure that the non-competition clause shall bind the employee. Furthermore, use of the relevant information by a competitor might bear the risk of damage/loss of the employer. The date of termination of the employment contract is important in determination of whether the abidingness clause is fulfilled. In other words, the non-competition clause shall not bind the employee if the employer has not a fair reason to prevent the employee to work in or incorporate a competitor enterprise on the date of termination of the employment contract.

It is stipulated under the Law of Obligations that the non-competition shall not include restrictions in respect of place, term and subject of activity, which would not jeopardize the economic future of the employee in contradiction with the principles of equality and the term of the non-competition shall not exceed two years except special events and conditions. What lies behind this arrangement is the fact that the employee, who is to be restricted to perform his occupation due to limitless or excessive non-competition, would be deprived of any income enough to maintain his living. Thus, even existence of fair operational interests listed by the law does not validate a comprehensive non-competition clause, which may jeopardize the economic future of the employee in contradiction with the principles of equality. As a rule, the Law of Obligations limits the term of the non-competition to maximum

two years; however, the same law also enables this term to be exceeded based on special events and conditions. An ambiguous legal concept such as “special events and conditions” damages the legal security and establishes groundwork for the increase of legal disputes. Moreover, it should be noted that an arrangement ruling a non-competition clause with a term more than two years would be contrary to the Constitution. The limitation in respect of place refers to geographical scope of the non-competition clause. In principle, the scope of the non-competition in respect of place should be determined by stating a geographical unit such as continent, country, state, geographical region or province. The scope of the non-competition clause in respect of subject of activity might be associated with the business or the enterprise. Particularly, it is accepted that the non-competition clause associated with the enterprise is of dynamic nature and is more efficient in protection of the fair operational interests of the employer.

Any sanction to be imposed to an excessive non-competition clause is not fully invalidation of the clause but limitation of the scope of the clause by the judge. Accordingly, the judge intervenes in the contents of the contract and establishes on the non-competition clause a reasonable limit, which may not jeopardize the economic feature of the employee. In other words, an excessive non-competition clause is rehabilitated by the judge. In order for the judge to intervene in an excessive non-competition clause, the claim of the employee is essential. The judge limits the scope of the non-competition upon consideration of the conditions specific to the relevant event particularly the financial compensation undertaken by the employer. The decision of the judge is of constructional nature. It should be noted that if the non-competition clause does not have any limit or any of the aspects including place, term and subject is missing, it is not possible to validate the relevant non-competition clause by the way of judicial intervention. The judge should directly impose the sanction of invalidity for such a clause.

One of the most disputable matters in respect of the non-competition clause is the financial compensation. Assumption of a financial compensation by the employer is the requirement for validity of the non-competition clause in most of the European laws. In other words, the non-competition clauses, putting only one party under obligation, are considered invalid and the non-competition clause at the same time

puts the employer under obligation as required by the related laws and regulations or judicial opinions. For instance; the non-competition clauses in the German and Belgian Laws are required to include financial compensation at the rate of 50% of the recent minimum salary of the employee. Otherwise, the non-competition clause is considered invalid. However, the financial compensation is a consequence of the judicial opinions in France. Nevertheless, it is ruled in the Turkish labor law doctrine that the clause of financial compensation might be established by the judicial opinions by being inspired of the French Law. Then, upon consideration of the literacy and systematic of the Law of Obligations, it is apparent that such an opinion is not appropriate. Moreover, whereas the entire of the rules regarding the non-competition clause is established by law in the French Law under which no positive legal norm regarding the non-competition clause exists, the non-competition clause in the Turkish Law is subject to a respectively detailed legal arrangement. This contradiction cuts down the relevant thesis. However, validity of the non-competition clause in respect of required law should be based on the condition that the employer assumes financial compensation at least at the rate of 50% of the recent salary of the employee. In addition, it should be emphasized that the provisions of the Law of Obligations, enabling non-competition clause without financial compensation are contrary to the Constitution.

Major claims to be raised by the employer against the employee acting in contradiction with the non-competition clause might be listed as indemnification of the loss, the penal clause and payment in kind. Primarily, the employer may file an action against the employee for compensation of its losses arisen out of violation of the non-competition clause. However, it is quite hard for the employer to prove the loss and its amount. Therefore, the act contrary to the non-competition clause is generally connected to a penal clause. Moreover, it is also indisputable that the penal clause has a deterrent function. The Law of Obligations establishes the penal clause based on the violation of the non-competition clause as the penal clause preventing the performance (contract penalty). Accordingly, the employee may get out of the non-competition obligation by paying the penal clause. However, the employer, who reserves the right on payment in kind according to the non-competition clause, may claim against the employee for both the penal clause and the payment in kind. Another problem relating to the penal clause, set forth under the non-competition

clause, is the reduction of the penal clause by the judge. According to the Law of Obligations, the judge is obligated to ex officio reduce an excessive penal clause. Accordingly, the judge should determine whether or not the penal clause is excessive; then the judge should reduce the penal clause, considered excessive by himself. As a rule, the remuneration, deserved by the employee for the last one year retroactively from the termination of the employment contract, might be used as a criterion in determination of the excessiveness. However, that the remuneration of the employee for the last one year is an absolute criterion should not be derived from the preceding sentence. Therefore, in accordance with the nature of the very event, a penal clause exceeding the remuneration of the employee for one year might be considered reasonable; and contrarily, a penal clause below the remuneration of the employee for one year might be considered excessive. Additionally, the employer may also claim for the payment in kind of the non-competition clause. The Law of Obligations rules that the employer might file an action for payment in kind on the ground of fulfillment of a series of qualified conditions. Accordingly, the employer should reserve its right to claim for payment in kind in writing and should justify elimination of the contradiction of the employee with the non-competition clause based on significance of its violated interests. The employer may request from the court to issue preliminary injunction before filing action for payment in kind or during the relevant action. In case the employee fails to fulfill the requirements of the writ, he shall be sentenced to duress of imprisonment by the execution court upon complaint by the employer.

If the workplace is transferred, the transferor employer shall not become a party to the non-competition clause any longer; thus, the transferee employee shall replace the transferor employer. However, in case of transfer of the workplace, the employment contract shall also be transferred to the transferee employer including all the rights and obligations thereunder. The same is valid for the transfer of the employment contract. On the other hand, it should be noted that the bankruptcy of the employer shall not cause invalidity of the non-competition clause. If the employer has no longer any real benefit in maintenance of the non-competition clause, the non-competition shall discontinue. Whereas the employee terminates the employment agreement for any valid reason, the non-competition clause does not bear any legal consequence; termination of the employment contract by the employer

for any valid reason or for any reason arising out of the employee shall cause enforcement of the non-competition clause. However, the provision of the Law of Obligations regarding the discontinuation of the non-competition clause is not appropriate for application to the non-competition clauses including financial compensation. In this case, Article 123 of the Turkish Commercial Code, which regulates the non-competition agreement between an agency and its client, should also be applicable to the non-competition clause; and the employer should be given the right to waive the non-competition; and the parties should be allowed to waive the non-competition clause based on the type of the termination. The Turkish Commercial Law considers the actions according to which the non-competition clauses are waived as the absolute commercial actions (Article 4 of the Turkish Commercial Code). However, there exists clash of ideas between the judicial opinions with regard to the competent court in case of actions relating to the non-competition clause. Whereas the Supreme Court Assembly of Civil Chambers and 9th Civil Chamber of the Supreme Court of Appeal considers that the labor courts are competent and have jurisdiction in actions on non-competition clause, then 11th Civil Chamber of the Supreme Court of Appeal considers that the commercial courts of first instance are competent and have jurisdiction in actions on non-competition clause. It would be appropriate that conflicting judicial opinions should be unified according to the opinion of the 11th Civil Chamber of the Supreme Court of Appeal. Besides, it should be noted that as per the required law, all the actions with regard to the non-competition clause are required to be heard at the labor courts; and a minor amendment to be made to Article 4 of the Turkish Commercial Code would be sufficient in this respect.

ÖZET

İş ve üretim sırlarıyla müşteri çevresi işletmenin gayri-maddi malvarlığı unsurları arasında yer almakta olup, bu bilgiler işletme açısından stratejik bir öneme sahiptir. Zira iş ve üretim sırları rakip işletmelerin eline geçen veya müşteri çevresini başka firmalara kaptıran işletmenin, amansız bir rekabetin hüküm sürdüğü bir sektörde tutunamayacağı ve giderek piyasadan silineceği ortadadır. Dolayısıyla işletmenin, iş ve üretim sırlarıyla müşterilerin çevresinin dışarıya sızmaması ve rakip işletmeler tarafından öğrenilmemesi için birtakım önlemler alması olağan karşılanmaktadır. Bu bağlamda, iş ve üretim sırlarıyla müşteri çevresinin üçüncü kişiler kanalıyla rakip işletmelere sızdırılması, görece basit önlemlerle engellenebilir. Oysa bazı işçiler, üstlendikleri görev itibariyle, ister istemez işletmeye ait *know-how*, üretim yöntemleri ve müşteri listeleri hakkında bilgi sahibi olmakta; daha sonra bu bilgileri rakip işletmelere aktararak, deyim yerindeyse bir truva atı rolü oynamaktadır. İşçi sadakat borcunun bir gereği olarak, iş ilişkisi boyunca işverenle rekabet etmeme ve sır saklama yükümlülüğü altındadır. Ne var ki işçinin sadakat borcu, iş sözleşmesinin sona ermesiyle ortadan kalkmaktadır. Gerçi sır saklama borcu, işverenin haklı menfaatinin korunmasının gerektirdiği ölçüde iş ilişkisinden sonra da devam etmektedir. Ancak iş sözleşmesinden kaynaklanan bu yükümlülükler, iş sözleşmesi sona eren işçinin eski işvereniyle hukuka uygun bir şekilde rekabet etmesini engellememektedir. Böyle bir durumda geriye kalan tek seçenek, rekabet yasağı kaydı olarak adlandırılan bir sözleşme yoluyla işçiye iş ilişkisi sonrası rekabet yasağı getirmektir.

Bununla birlikte, sözleşme sonrası rekabet yasağının işçinin çalışma özgürlüğünü kısıtladığı açıktır. Özellikle işçinin böyle bir borcu işverene bağımlıyken yükümlenmesi ve aşırı bir rekabet yasağının işçinin ekonomik geleceğini hakkaniyetle bağdaşmayacak bir tarzda tehlikeye düşürme olasılığı gibi faktörler, rekabet yasağı kaydına duyarlılıkla yaklaşılmasını zorunlu kılmaktadır. Gerçekten rekabet yasağı nedeniyle mesleğini icra edemeyen işçi, yaşamını sürdürebilecek bir ücret gelirinden dahi yoksun kalabilir. Öyleyse rekabet yasağı

kaydı, işverenin haklı işletmesel menfaatleriyle işçinin çalışma özgürlüğünün çatıştığı bir sözleşmedir. Peki, böyle ciddi bir menfaat çatışmasında nasıl bir yöntem izlenmelidir? Türk kanun koyucusu, rekabet yasağı kaydının geçerliliğini ve bağlayıcılığını bir dizi koşula bağlama, yasağın kapsamını sınırlandırma ve rekabet etmeme borcuna aykırılığa bağlanan yaptırımları hafifletme gibi tekniklerle işçinin çalışma özgürlüğünü korumayı ve zıt menfaatler arasında uygun bir denge kurmayı amaçlamıştır. Ekleyelim ki Türk Borçlar Kanunu'nun rekabet yasağı kaydını düzenleyen hükümleri (TBK m. 444–447) özgün bir metin olmayıp; İsviçre Borçlar Kanunu'nun ilgili maddelerinin birkaç küçük değişiklik dışında Türk hukukuna aktarılmasından ibarettir.

Rekabet yasağı kaydı, işçi ve işveren arasında akdedilen tali bir sözleşmedir. Dolayısıyla çiraklara ve stajyerlere rekabet yasağı koyulması mümkün değildir. Rekabet yasağı kaydını düzenleyen hukuki normlar, yalnızca iş sözleşmesindeki rekabet yasağı kayıtlarını ve iş ilişkisi sürerken bağitlanan rekabet yasağı sözleşmelerini kapsamaktadır. Bundan başka, iş ilişkisinden önce bağitlanan bir rekabet yasağı sözleşmesi iş sözleşmesinin kurulması gibi bir geciktirici koşulun gerçekleşmesine bağlı olduğundan, böyle bir sözleşme de rekabet yasağı kaydına ilişkin kurallara tabidir. Buna karşılık, rekabet yasağı kaydını düzenleyen Borçlar Kanunu hükümleri, iş ilişkisinden sonra kurulan rekabet yasağı sözleşmelerine uygulanmaz. Zira taraflar, böyle bir rekabet yasağı sözleşmesinin bağitlandığı tarihte karşılıklı olarak işçi ve işveren sıfatını taşımamaktadır. İş ilişkisinden sonra bağitlanan rekabet yasağı sözleşmelerinin hukuki sınırlarını ise, Anayasa'nın çalışma ve sözleşme özgürlüğünü düzenleyen 48. maddesiyle Medeni Kanun'un ve Borçlar Kanunu'nun genel hükümleri çizmektedir. Rekabet yasağı kaydının konusu, işçinin işverenle rekabet etmemesidir. Rekabet etmeme borcu, sürekli ve kişisel bir yapmama edimidir. Rekabet yasağına aykırı faaliyetler, farklı biçimlerde ortaya çıkmaktadır. Şöyle ki işçi rekabet yasağı kaydını rakip bir işletmede iş sözleşmesiyle çalışarak veya kendi hesabına rakip bir işletme açarak ihlal edebileceği gibi, işçinin rakip işletmeyle başka türden bir menfaat ilişkisine girmesi de yasaklanabilir. Burada rakip işletme, kilit bir kavramdır. Çünkü rekabet yasağı kaydı, işçinin eski işvereniyle rekabet halinde olmayan bir işletmede çalışmasına veya kendi hesabına böyle bir işletme açmasına engel oluşturmamaktadır. Rakip işletmenin tespitinde ayırt edici unsur, söz konusu firmanın faaliyet gösterdiği pazar ve hitap ettiği müşteri

çevresidir. Muğlâk, çelişkili ifadeler içeren ve birden fazla yoruma elverişli rekabet yasağı kayıtları olabildiğince dar ve özellikle işçi lehine yorumlanmalıdır. O halde, genel işlem koşulların yorumunda kullanılan *düzenleyenin aleyhine ve karşı tarafın lehine yorum* kuralının (*in dubio contra stipulatorem*) rekabet yasağı kayıtlarında geniş bir uygulama alanı bulacağı kuşkusuzdur.

İşçinin fiil ehliyetine sahip olması ve yazılı şekil, rekabet yasağı kaydının geçerlilik koşullarıdır. Öncelikle işçi, rekabet yasağı kaydının kararlaştırıldığı tarihte ehliyetli olmalıdır. İşçinin iş ilişkisi sırasında fiil ehliyetini kazanması, işçinin küçük veya kısıtlı olduğu bir sırada kabul ettiği rekabet yasağı kaydını geçerli hale getirmez. Yazılı şekil koşulundan kasıt, işçinin rekabet yasağı kaydını yazılı olarak ve şahsen onaylamasıdır. Yoksa işçiye toplu iş sözleşmesiyle veya işyeri yönetmeliğiyle rekabetten kaçınma borcu getirilmesi mümkün değildir. Öte yandan işyeri yönetmeliğinde veya genel iş koşullarında yer alan bir rekabet yasağı kaydına iş sözleşmesince yapılan yollama, söz konusu rekabet yasağı kaydını geçersizlik yaptırımından kurtarmayacaktır. Bununla birlikte, rekabet yasağı kaydının kapsamını işçi lehine sınırlayan, işvereni asgari bir karşı edim ödemekle yükümlü tutan veya rekabet yasağı kaydını tamamen yasaklayan toplu iş sözleşmesi hükümleri geçerli sayılmalıdır.

Rekabet yasağı kaydı, ancak iş ilişkisi işçiye işverenin iş veya üretim sırları ya da müşteri çevresi hakkında bilgi sahibi olma imkânı sağlıyorsa ve bu bilgilerin kullanılması işverene önemli bir zarar verebilecek nitelikte ise işçiyi bağlamaktadır. Dolayısıyla rekabet yasağı kaydının uygulanmasındaki haklı işletmesel menfaat, iş ve üretim sırlarıyla müşteri çevresinin korunmasıyla sınırlıdır. Şu halde salt nitelikli bir işçiyi işyerine bağlamak ve rakip işletmelere kaptırmamak amacıyla düzenlenen bir rekabet yasağı kaydı, işçi açısından bağlayıcı değildir. Ne var ki işverenin iş veya üretim sırları ya da müşteri çevresi hakkında bilgi sahibi olma olanağına bulunmayan işçi, rekabet yasağına uymayı yeğleyebilir. Özellikle karşı edim içeren bir rekabet yasağı kaydına taraf olan işçinin rekabet etmeme borcunu ifa ederek karşı edime hak kazanması mümkündür. Böyle bir olasılıkta, işveren rekabet yasağı kaydının uygulanmasında haklı bir menfaatinin bulunmadığını ileri sürerek karşı edim borcundan kurtulamaz. Ekleyelim ki, iş ilişkisinin işçiye işverenin iş veya üretim sırları ya da müşteri çevresi hakkında bilgi edinme olanağı sunması, rekabet yasağı

kaydının işçiyi bağlaması açısından tek başına yeterli değildir. Ayrıca söz konusu bilgilerin rakip bir işletme tarafından kullanılması, işverenin zarar görme olasılığını gündeme gelmelidir. Bağlayıcılık koşulunun gerçekleşip gerçekleşmediğın saptanmasında, iş sözleşmesinin sona erme anı belirleyicidir. Diğer bir anlatımla, iş sözleşmesinin sona erdiği tarihte işçinin rakip bir işletmede çalışmamasında veya kendi hesabına rakip bir işletme açmamasında işverenin herhangi haklı bir menfaati yoksa rekabet yasağı kaydı işçiyi bağlamaz.

Borçlar Kanunu'nda rekabet yasağının işçinin ekonomik geleceğini hakkaniyete aykırı olarak tehlikeye düşürecek biçimde yer, süre ve konu bakımından uygun olmayan sınırlamalar içermeyeceği ve yasağın süresinin, özel durum ve koşullar dışında iki yılı aşamayacağı öngörülmüştür. Bu düzenlemenin gerisinde, sınırsız veya aşırı bir rekabet yasağı yüzünden mesleğini hiçbir şekilde icra edemeyecek olan işçinin, yaşamını sürdürebilecek bir gelirden yoksun kalacağı düşüncesi yatmaktadır. Şu halde kanun tarafından sıralanan haklı işletmesel menfaatlerin varlığı dahi, işçinin ekonomik geleceğini hakkaniyete aykırı tarzda tehlikeye düşürecek ölçüde geniş kapsamlı bir rekabet yasağı kaydını hukuka uygun hale getirmemektedir. Borçlar Kanunu rekabet yasağının azami süresini, kural olarak, iki yıllla sınırlamış; ancak özel durum ve koşulların varlığına bağlı olarak bu sürenin de aşılmasına olanak tanımıştır. 'Özel ve durum koşullar' gibi belirsiz bir hukuki kavram hukuk güvenliğini zedelemekte ve hukuki uyumsuzlukların sayısının artmasına zemin hazırlamaktadır. Üstelik iki yıldan uzun süreli bir rekabet yasağı kaydını caiz sayan bir düzenlemenin Anayasa'ya da aykırı olduğu ifade edilmelidir. Yer bakımından sınırlamayla rekabet yasağı kaydının coğrafi kapsamı kastedilmektedir. Prensip olarak, rekabet yasağının yer bakımından kapsamı; kıta, ülke, eyalet, coğrafi bölge veya il gibi coğrafi bir birim gösterilerek belirlenmelidir. Rekabet yasağı kaydının konu bakımından kapsamı ise, işle veya işletmeyle ilişkilendirilebilir. Özellikle işletmeyle ilişkilendirilmiş rekabet yasağı kayıtlarının dinamik bir nitelik gösterdiği ve işverenin haklı işletmesel menfaatlerinin korunmasında daha etkili olduğu kabul edilmektedir.

Aşırı bir rekabet yasağı kaydına uygulanacak yaptırım kaydın bütünüyle geçersiz sayılması değil, kaydın kapsamının hâkim tarafından sınırlandırılmasıdır. Böylece hâkim sözleşmenin içeriğine müdahale etmekte ve yasağın kapsamını

işçinin ekonomik geleceğini tehlikeye düşürmeyecek makul bir sınıra çekmektedir. Deyim yerindeyse aşırı bir rekabet yasağı kaydı, hâkim tarafından rehabilite edilmektedir. Hâkimin aşırı bir rekabet yasağı kaydına müdahale edebilmesi için, işçinin talebi şarttır. Hâkim, başta işverenin üstlenmiş olabileceği karşı edim olmak üzere, somut olaya özgü koşulları göz önünde bulundurarak rekabet yasağının kapsamını sınırlar. Hâkimin kararı, inşai (yenilik doğuran) niteliktedir. Belirtelim ki, rekabet yasağı kaydı hiçbir sınır içermiyorsa veya yer, süre ve konu sınırlarından biri eksikse anılan kaydın yargısal müdahale yoluyla ayakta tutulması olanak dışıdır. Hâkim böyle bir kayda doğrudan geçersizlik yaptırımını uygulamalıdır.

Rekabet yasağı kaydı bağlamında en çok tartışılan konulardan biri de karşı edimdir. İşverenin bir karşı edim üstlenmesi, Avrupa hukuklarının çoğunda rekabet yasağı kaydının geçerlilik koşuludur. Başka bir söyleyişle, tek tarafa borç yükleyen rekabet yasağı kayıtları geçersiz sayılmakta ve rekabet yasağı kaydı mevzuatın ya da içtihadın bir gereği olarak işverene de borç yüklemektedir. Örneğin Alman ve Belçika hukuklarında rekabet yasağı kaydının işçinin son ücretinin asgari %50'si tutarında bir karşı edim içermesi zorunludur. Aksi takdirde rekabet yasağı kaydı geçersiz addedilmektedir. Buna karşılık Fransa'da, karşı edim içtihat hukukunun bir ürünüdür. Nitekim Türk iş hukuku öğretisinde Fransız hukukundan esinlenilerek karşı edim koşulunun içtihat yoluyla getirilebileceği ileri sürülmüştür. Ne var ki Borçlar Kanunu'nun lafzı ve sistematigi dikkate alındığında, böyle bir görüşün isabetli olmadığı ortadadır. Kaldı ki rekabet yasağı kaydına ilişkin hiçbir pozitif hukuk normunun bulunmadığı Fransız hukukunda rekabet yasağı kaydına ilişkin kuralların tamamı yargı kararlarıyla geliştirilmişken, tersine Türk hukukunda rekabet yasağı kaydının görece ayrıntılı bir yasal düzenlemeye konu olması da anılan tezi çürütmektedir. Ancak olması gereken hukuk (*de lege ferenda*) bakımından, rekabet yasağı kaydının geçerliliği, işverenin işçinin son ücretinin en az %50'si kadar bir karşı edim üstlenmesi koşuluna bağlanmalıdır. Ayrıca karşı edimsiz bir rekabet yasağı kaydına imkân veren Borçlar Kanunu hükümlerinin, Anayasa'ya aykırı olduğu vurgulanmalıdır.

İşverenin rekabet yasağı kaydına aykırı davranan işçiye karşı yöneltebileceği başlıca talepler; zararın tazmini, ceza koşulu ve aynen ifa olarak sıralanmaktadır. Öncelikle işveren, rekabet yasağı kaydının ihlali nedeniyle uğradığı zararın

giderilmesi için işçiye karşı bir tazminat davası açabilir. Ne var ki işverenin zararın varlığını ve tutarını ispatlaması oldukça güçtür. Bundan dolayı rekabet yasağı kaydına aykırı davranış, genellikle bir ceza koşuluna bağlanmaktadır. Üstelik ceza koşulunun caydırıcı bir işleve de sahip olduğu tartışmasızdır. Borçlar Kanunu rekabet yasağı kaydının ihlaline bağlanan ceza koşulunu, ifayı engelleyen ceza koşulu (sözleşme cezası) olarak düzenlemiştir. Dolayısıyla işçi ceza koşulunu ödeyerek rekabet etmeme borcundan kurtulabilir. Ancak rekabet yasağı kaydında aynen ifa hakkını saklı tutan işveren, işçiden hem ceza koşulunu hem de aynen ifayı talep edebilir. Rekabet yasağı kaydında yer alan ceza koşuluyla ilgili bir başka sorun, ceza koşulunun hâkim tarafından indirilmesidir. Borçlar Kanunu'na göre, hâkim aşırı bir ceza koşulunu resen indirmekle yükümlüdür. Buna göre, hâkim ilk olarak ceza koşulunun aşırı olup olmadığını tespit etmeli; aşırı olduğu kanısına vardığı ceza koşulunu indirmelidir. Kural olarak, işçinin iş sözleşmesinin sona ermesinden geriye doğru son bir yıl içinde hak ettiği ücret, aşırılığın tespitinde bir ölçüt olarak kullanılabilir. Ancak buradan işçinin son bir yıllık ücretinin, mutlak bir ölçüt olduğu sonucu çıkarılmamalıdır. Öyleyse somut olayın özelliğine göre, işçinin son bir yıllık ücretini aşan bir ceza koşulu makul sayılabileceği gibi, tersine işçinin son bir yıllık ücretinden daha düşük bir ceza koşulu da aşırı olarak nitelendirilebilir. Ayrıca işveren rekabet etmeme borcunun aynen ifasını da talep edebilir. Borçlar Kanunu işverenin aynen ifa davası açabilmesini, bir dizi nitelikli koşulun gerçekleşmesine bağlamıştır. Buna göre, işveren aynen ifayı talep hakkını yazılı şekilde saklı tutmalı ve işverenin ihlal edilen menfaatlerinin önemiyle işçinin davranışı rekabet yasağına aykırı durumun ortadan kaldırılmasını haklı göstermelidir. İşveren aynen ifa davasını açmadan önce veya dava sırasında mahkemeden ihtiyati tedbir kararı vermesini isteyebilir. İşçi ilamın gereğini yerine getirmediği takdirde, işverenin şikâyeti üzerine icra mahkemesi tarafından tazyik hapsine mahkûm edilecektir.

İşyeri devredilirse devreden işveren rekabet yasağı kaydına taraf olmaktan çıkar; böylece devreden işverenin yerini devralan işveren alır. Zira işyeri devredildiğinde iş sözleşmesi bütün hak ve borçlarıyla birlikte devralan işverene geçmektedir. Aynı sonuç, iş sözleşmesinin devri için de geçerlidir. Öte yandan işverenin iflasının rekabet yasağı kaydının geçersizliğine yol açmayacağı belirtilmelidir. Rekabet yasağının sürdürülmesinde işverenin gerçek bir yararı kalmamışsa, rekabet yasağı da sona erer. İşçi iş sözleşmesini haklı bir nedenle

feshettiğinde rekabet yasağı hukuki sonuç doğurmazken, işverenin iş sözleşmesini haklı veya işçiden kaynaklanan geçerli bir nedenle feshetmesi, rekabet yasağının yürürlüğe girmesini sağlamaktadır. Ne var ki rekabet yasağının sona ermesine ilişkin Borçlar Kanunu hükmü, karşı edim içeren rekabet yasağı kayıtlarına uygulanmaya elverişli değildir. Böyle bir durumda acenteye müvekkili arasındaki rekabet yasağı sözleşmesini düzenleyen TTK m. 123, kıyasen rekabet yasağı kayıtlarına da uygulanarak işverene rekabet yasağından vazgeçme hakkı tanınmalı ve taraflar, fesih türüne bağlı olarak, rekabet yasağı kaydından dönebilmelidir. Ticaret Kanunu rekabet yasağı kayıtlarından doğan davaları mutlak ticari dava saymaktadır (TTK m. 4). Ancak rekabet yasağı kaydıyla bağlantılı davalarda görevli mahkeme konusunda içtihat ayrılığı söz konusudur. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ve Yargıtay 9. Hukuk Dairesi rekabet yasağı kaydına ilişkin davalarda iş mahkemelerinin görevli olduğu görüşünü benimserken, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'ne göre bu davalar asliye ticaret mahkemelerinin görev alanına girmektedir. Çelişik içtihatların Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin görüşü doğrultusunda birleştirilmesi uygun olacaktır. Bununla birlikte, olması gereken hukuk yönünden rekabet yasağı kaydıyla bağlantılı tüm davaların iş mahkemelerinde görülmesi gerektiği ve Ticaret Kanunu'nun 4. maddesinde yapılacak basit bir değişikliğin bu açıdan yeterli olacağı ifade edilmelidir.

GİRİŞ

1. Konunun Önemi

Sermayenin ulusal sınırları aşarak uluslararası bir boyut kazandığı ve küreselleşme olgusunun çok daha fazla ön plana çıktığı günümüzde, yirminci yüzyıla damgasını vuran sanayi toplumu, yerini giderek bilgi toplumuna bırakmaktadır. Böylece üretim teknolojileri, işletmeler arası rekabetin temel konularından biri haline gelmektedir. Ekonomik dönüşümün diğer bir göstergesi ise, hizmetler sektöründe gözlenen çarpıcı büyümedir. Tüm bu gelişmelere paralel olarak, mavi yakalı ve niteliksiz işçilerin sayısı hızla azalırken, beyaz yakalı ve nitelikli işçilerin sayısında kayda değer bir artış yaşanmaktadır. Bu noktada, emek piyasasındaki yapısal değişimin iş hukukunu da etkilediği belirtilmelidir. Şöyle ki *know-how* olarak tanımlanan teknik örgütlenme, üretim yöntemleri ve imalat sırlarıyla müşteri çevresi ve *good-will* (peştemaliye) gibi gayri-maddi malvarlığı unsurları, serbest rekabete dayalı bir ekonomik düzende faaliyet gösteren işletmeler açısından yaşamsal bir önem taşımaktadır. Dolayısıyla söz konusu bilgilerin rakip firmaların eline geçmemesi amacıyla işletmece alınacak her türlü önlem, hukuk kurallarınca çizilen sınırların içinde kalmak kaydıyla meşru görülmektedir. Kuşkusuz emek piyasasındaki yapısal dönüşümle birlikte iş veya üretim sırlarıyla müşteri çevresi hakkında bilgi sahibi olabilecek işçi sayısının artması, işveren yönünden ciddi bir risk oluşturmaktadır. Gerçekten iş ilişkisi sırasında *know-how* ve *good-will* gibi değerli bilgileri elde eden işçinin, iş sözleşmesinin sona ermesinin ardından rakip bir işletmeyle iş ilişkisi kurmak veya kendi hesabına rakip bir işletme açmak suretiyle eski işvereniyle rekabet etmesi ciddi bir olasılıktır. Belirtelim ki, iş ve üretim sırlarıyla müşteri portföyünü koruyamayan bir işverenin rakip firmalarla rekabet edebilmesi son derece güç olup, böyle bir durumda işletmenin önemli ölçüde zarar görmesi ve hatta varlığının dahi tehlikeye girmesi söz konusu olabilir. İş ilişkisi sırasında *know-how* ve *good-will* gibi stratejik bilgileri öğrenen işçinin, iş sözleşmesi sona erdikten sonra eski işvereniye zarar vermesini engellemek için kullanılan temel yöntem, işçinin iş ilişkisinin sona ermesini izleyen dönemde rakip bir işletmede çalışmasının ve/veya kendi hesabına rakip bir işletme açmasının sözleşmeyle

yasaklanmasıdır. Genellikle iş sözleşmesindeki bir kayda dayandığından rekabet yasağı kaydı olarak adlandırılan bu sözleşme, işverene rakip işletmeler karşısında önemli bir güvence sağlamaktadır. Ne var ki birtakım işletmesel menfaatleri korumak amacıyla hazırlanan rekabet yasağı kayıtları, anayasal düzeyde tanınan temel bir hak niteliğindeki çalışma özgürlüğüne yönelik ciddi bir müdahaledir. Zira rekabet yasağı kaydını kabul eden işçi; iş sözleşmesinin sona ermesinin ardından dilediği işverenin yanında çalışmamakta, üstelik eski işvereniyle aynı pazara ve müşteri çevresine mal veya hizmet sunan bir işletme de kuramamaktadır. Daha yalın bir anlatımla, rekabet yasağı kaydı, işçinin mesleğini serbestçe icra etmesini engelleyerek çalışma ve sözleşme özgürlüğünü kısıtlamaktadır. Çalışma özgürlüğünün sözleşmeyle sınırlandırıldığı ve dolayısıyla rekabet yasağının irade özerkliğinden kaynaklandığı tezi ise, işçiyle işveren arasında kararlaştırılan rekabet yasağı kayıtları için geçerli değildir. Gerçekten iş sözleşmesinin kendine özgü yapısı nedeniyle, işçi sözleşme kayıtlarını işverenle çoğu kez müzakere edememekte ve işverence dayatılan koşulları topyekûn kabul etmek zorunda kalmaktadır. Kaldı ki iş sözleşmesini bağtıladıktan sonra işverenin otoritesi altına giren işçinin, işverenle iş ilişkisi sırasında akdettiği sözleşmelerin bütünüyle özgür bir iradenin ürünü olduğu da söylenemez. Şu halde rekabet yasağı kaydı, işverenin işletmesel menfaatleriyle işçinin temel haklarının çatıştığı bir sözleşme olarak nitelendirilmelidir.

Yürürlükten kalkan 1926 tarihli 818 sayılı Borçlar Kanunu, iş sözleşmesi sonrası rekabet yasağını düzenleyen hükümler de içeriyordu (m. 348–352). Ancak rekabet yasağı kaydından doğan hukuki uyuşmazlıkların ve bağlantılı Yargıtay kararlarının 1980’li yıllardan itibaren görülmeye başlanması, doğrudan emek piyasasının yapısıyla ilintilidir. Nitekim işverenlerin 1980’li yıllara kadar rekabet yasağı kayıtlarına yeterince ilgi göstermemesi, işçi kitlesinin bu dönemde ağırlıklı olarak mavi yakalı ve niteliksiz işçilerden oluşmasıyla ve karma ekonomik sistemle açıklanabilir. Ne var ki Türkiye’nin 1980’li yıllarda serbest piyasa ekonomisine geçişi, özelleştirme, özel sektörün gelişmesi, yabancı sermaye girişi, üretim ve bilgi teknolojilerinde yaşanan baş döndürücü gelişmeler ve hizmet sektörünün büyümesi gibi faktörlerin etkisiyle emek piyasasında yaşayan yapısal dönüşüm sonucunda işverenlerin rekabet yasağı kayıtlarına duyduğu gereksinim tedricen artmaya başlamıştır. Zira iş ilişkisi sırasında işverenin iş ve üretim sırlarıyla müşteri çevresi hakkında bilgi sahibi olabilecek beyaz yakalı ve nitelikli işçi sayısındaki çoğalma,

rekabetin kızıştığı bir ekonomik ortamda ayakta kalabilme mücadelesi veren işverenleri, rekabet yasağı kayıtlarından yararlanmaya yöneltmiştir. Ayrıca iş ve üretim sırlarıyla müşteri çevresi hakkında herhangi bir bilgi sahibi olmayan yetenekli ve nitelikli işçileri, salt işyerine bağlamak ve rakip işletmelere kaptırmamak amacıyla iş sözleşmelerine rekabet yasağı kaydı konulması, yaygın bir uygulamaya dönüşmüştür.

Ortada henüz istatistiksel bir veri olmamakla birlikte, giderek daha fazla sayıda iş sözleşmesinin rekabet yasağı kaydı içerdiği belirtilmelidir. Nitekim rekabet yasağı kaydından kaynaklanan dava sayısındaki artış ve özellikle son yıllarda rekabet yasağı kaydıyla ilintili çok sayıda Yargıtay kararı yayınlanması da bu tespiti doğrulamaktadır. Ancak hem uygulama hem de teori açısından önemli bir konu halini alan rekabet yasağı kaydının, hak ettiği ilgiyi gördüğü söylenemez. Bu bağlamda rekabet yasağı kaydıyla ilintili literatürün, birkaç değerli monografik çalışma dışında, gerek nitelik gerekse nicelik yönünden oldukça yetersiz olduğu ifade edilmelidir. Buna karşılık, Avrupa hukukları, başta Almanya, Fransa, Hollanda ve Belçika olmak üzere, rekabet yasağı kaydıyla ilgili olarak zengin bir bilimsel literatüre sahiptir. Avrupalı hukuk teorisyenleri rekabet yasağı kaydını derinlemesine irdeleyerek, aralarında son derece kapsamlı kitapların da bulunduğu sayısız monografik çalışmaya (kitap, doktora/yüksek lisans tezleri ve makale) imza atmıştır. Hatta salt rekabet yasağı kaydıyla bağlantılı alt başlıkları konu alan bazı doktora tezlerinin yazılması ve yayınlanması dahi, Avrupalı yazarların rekabet yasağı kaydına ne kadar önem verdiklerinin önemli bir göstergesidir. Nitekim bilimsel alanda yaşanan canlılık uygulamayı da bir şekilde etkileyerek, çok sayıda ilke kararı içeren zengin bir yargısal içtihadın oluşmasına zemin hazırlamıştır. Rekabet yasağı kaydı Avrupa hukuklarında halen güncelliğini koruyan bir konu olup, konunun yakın gelecekte güncelliğini yitirmesi beklenmemektedir.

Şu halde rekabet yasağı kaydını her yönüyle ve derinlemesine inceleyen özgün bir monografinin yokluğu, Türk iş hukuku literatürü açısından ciddi bir eksiklik. Gerçekten rekabet yasağı kaydının kuramsal temellerini ortaya koyan, Türk hukukunu gelişmiş yabancı hukuk sistemleriyle karşılaştıran, mevcut yasal düzenlemeyi ayrıntılı bir şekilde ele alıp eleştiren ve *de lege ferenda* öneriler getiren doyurucu bir esere gereksinim duyulmaktadır. Ayrıca her ne kadar iş hukukunun

inceleme alanına giren bir konu da olsa, rekabet yasağı kaydına multi-disipliner bir bakış açısıyla yaklaşılması kaçınılmaz bir zorunluktur. Zira rekabet yasağı kaydı işçinin çalışma özgürlüğüne etkisi nedeniyle anayasa hukukuyla, sözleşme olması ve işçiye yapmama borcu yükleyen tek taraflı veya sinalagmatik (karşı edimli) bir sürekli borç ilişkisi doğurmasından ötürü borçlar hukukuyla, rekabet kavramıyla bağlantılı olarak ticaret hukukuyla, başta görevli mahkeme olmak üzere yargılamaya ilişkin bir dizi sorun nedeniyle medeni usul hukukuyla, işçiyi rekabet etmeme borcunu aynen ifaya mahkûm eden bir ilamın nasıl icra edileceği sorusuna verilecek yanıt bağlamında icra hukukuyla ve nihayet işverenin iflas etmesinin rekabet yasağı kaydına etkisinden dolayı iflas hukukuyla yakından ilişkilidir. Öte yandan rekabet yasağı kaydını irdeleyen bir eserin mutlaka uygulamacılara yol göstermesi gerekir. Yoksa salt kuramsal tartışmalar içeren bir bilimsel çalışma, okuyucuyu sıkan bir bilgi yığını olmaktan öte çok fazla bir anlam taşımayacaktır. Dolayısıyla müvekkilinin menfaatlerini optimal düzeyde koruma sağlayan ve aynı zamanda hukuka da uygun bir rekabet yasağı kaydı hazırlamak isteyen şirket avukatı, altına imza attığı iş sözleşmesindeki rekabet yasağı kaydının anlamını ve hukuki sonuçlarını öğrenmek isteyen işçi, rekabet yasağı kaydından kaynaklanan bir davada tarafları temsil eden avukatlar, böyle bir davaya bakan hâkim ve ilk derece mahkemesince verilen kararın hukuki denetimini yapan Yargıtay, önüne gelen somut olayda söz konusu monografik çalışmadan azami şekilde yararlanabilmelidir. Sonuç olarak, rekabet yasağı kaydının uygulamaya yönelik boyutlarının ihmal edilmediği bir akademik çalışmanın, adaletin tesis edilmesine de katkıda bulunacağına hiç kuşku yoktur. Bu arada 1.7.2012 tarihinde 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girmesinin konuya yeni bir boyut kazandırdığı vurgulanmalıdır. Madde gerekçelerinde de açıklandığı üzere, 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun rekabet yasağı kaydını düzenleyen hükümleri İsviçre Borçlar Kanunu'nun ilgili maddelerinin Fransızca metninin *mot à mot* çevirisinden ibarettir. Esasen 818 sayılı eski Borçlar Kanunu'nun rekabet yasağı kaydını düzenleyen maddeleriyle 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun rekabet yasağı kaydıyla ilgili normları arasında içerik açısından kayda değer bir fark bulunmamaktadır. Yine de 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden sonra yayınlanan ilk kapsamlı monografik eser özelliği niteliğine sahip bu çalışmanın, bu bakımdan da bir ilk olduğu özellikle vurgulanmalıdır.

2. Konunun Sınırlandırılması

Konunun sınırlarının çizilebilmesi için, her şeyden önce rekabet yasağı kaydının tanımlanması gerekir. Rekabet yasağı kaydı, iş sözleşmesinde yer alan bir kayıtle veya iş ilişkisi sırasında akdedilen ayrı bir sözleşmeyle işçiye iş ilişkisi sonrası rekabet etmeme borcu yükleyen ferî bir sözleşme olarak tanımlanabilir. Böyle bir tanımdan çıkarılabilecek ilk sonuç, işçinin iş ilişkisi boyunca işverenle rekabetten kaçınma yükümlülüğünün çalışmamızın kapsamına girmediğidir. Zira iş ilişkisi devam ederken işverenle rekabet etmeme yükümlülüğü, işçinin sadakat borcundan kaynaklanmaktadır. O halde iş sözleşmesinde ayrıca belirtilmese dahi, işçi iş sözleşmesi sona erene kadar işverenle rekabetten kaçınmak zorundadır. Rekabet yasağı kaydıyla farklı hukuki temellere dayanan iş ilişkisi boyunca işverenle rekabet etmeme yükümlülüğü, sadakat borcuyla ilgili akademik çalışmalarda detaylı bir şekilde irdelenmiştir. Dolayısıyla *‘İşletmeye Ait Gayri-Maddi Malvarlığı Değerlerinin Korunmasında Alternatif Seçenekler’* başlığı altında yer verilen sadakat borcu çerçevesinde işçinin iş ilişkisi sırasında rekabet etmeme borcuna da değinilecek, ancak konunun ayrıntılarına girilmeyecektir. Keza rekabet yasağı kaydıyla sıkça karıştırılan bir ticaret hukuku kurumu olan haksız rekabete *‘İşletmeye Ait Gayri-Maddi Malvarlığı Değerlerinin Korunmasında Alternatif Seçenekler’* başlığının alt başlıkları arasında yer verilmekle birlikte, *rekabet* sözcüğü dışında rekabet yasağı kaydıyla çok fazla bir ilgisi olmayan bu kavramın *‘iş sözleşmesinde rekabet yasağı kaydı’* başlıklı bir tezde derinlemesine incelenmesi mümkün değildir. Ayrıca işverenin iş ve üretim sırlarıyla diğer stratejik bilgilerin korunmasında önemli hukuki araçlar arasında sayılan ve mutlaka ayrı bir teze konu olması gereken iş sözleşmesi sonrası sır saklama borcuyla sır saklama (gizlilik) kayıtlarının, rekabet yasağı kaydıyla sınırlı akademik bir çalışmanın ana başlıklarından biri olamayacağı belirtilmelidir.

3. Metodoloji

Gerek Türk iş hukuku literatüründe rekabet yasağı kaydıyla ilgili eser sayısının azlığı gerek de rekabet yasağı kaydını düzenleyen normatif kuralların iş hukuku bilim dalının pek fazla gelişmediği İsviçre’den alınması ayrıntılı bir karşılaştırmalı hukuk incelemesini zorunlu kılmaktadır. Ne var ki karşılaştırmalı hukuk araştırması

yapmak isteyen her yazar, örneklem seçimi hususunda bir tercihte bulunmak gibi bir güçlülükle karşı karşıyadır. Öncelikle yazar, karşılaştırmalı hukuk incelemesi bağlamında seçeceği örnek ülke veya ülkelerde hangi hukuk sisteminin uygulandığına dikkat etmelidir. Bilindiği üzere Türkiye, Kıta Avrupası (Roma-Germen) hukuk sisteminin egemen olduğu ülkeler arasında yer almaktadır. Bundan dolayı, karşılaştırmalı hukuk araştırması çerçevesinde Kıta Avrupası hukuk sistemini benimseyen ülke örneklerinin seçilmesi daha isabetli bir seçim olacaktır. Belirtelim ki, ortak hukuk (*common law*) sisteminin uygulandığı Amerika Birleşik Devletleri, Kanada, Birleşik Krallık ve Güney Afrika Cumhuriyeti gibi ülkelerin rekabet yasağı kaydını düzenleyen yazılı ve yazılı olmayan hukukuyla ilgili olarak elimizde yeterli sayıda kaynak mevcuttur. Ancak temel hukuki kavramların bile Türk hukukuyla örtüşmediği söz konusu yabancı hukukların, rekabet yasağı kaydını tüm boyutlarıyla ele alma iddiasındaki böyle bir teze dâhil edilmesi kavram kargaşasına yol açmaktan başka bir işe yaramayacaktır. Bununla beraber, gelecekte Türk hukukuyla Anglo-Sakson hukuk sisteminin uygulandığı ülkeleri rekabet yasağı kaydı bağlamında karşılaştıran özgün bir çalışmanın yapılması salık verilmelidir. Peki, rekabet yasağı kaydıyla ilgili bir karşılaştırmalı hukuk incelemesinde Kıta Avrupası hukukunu benimseyen devletlerden hangileri tercih edilmelidir? İlk olarak, iş hukuku alanında çalışan Türk akademisyenlerin en fazla atıf yaptığı ülkelerin başında Almanya ve Fransa'nın geldiği dile getirilmelidir. Özellikle rekabet yasağı kaydıyla ilgili kapsamlı bir yasal düzenlemenin yanında son derece zengin bir bilimsel literatür ve içtihadı sahip olan Almanya'nın böyle bir çalışmada göz ardı edilmesi mümkün değildir. Aynı biçimde rekabet yasağı kaydı konusunda içtihat yoluyla çağdaş bir hukuk yaratan Fransa'nın dışlanması, ciddi bir eksiklik oluşturacaktır. Öte yandan Avrupa Birliği'ne üye devletler arasında rekabet yasağı kaydına ilişkin en ayrıntılı yasal düzenlemenin yürürlükte olduğu Belçika hukukuyla emek piyasasının özgün yapısı nedeniyle literatüründe rekabet yasağı kaydına ayrıcalıklı bir yer veren Hollanda hukukunun da mutlaka ele alınması gerekir. Kaldı ki her iki ülke, rekabet yasağı kaydıyla ilintili eserlerin gerek niteliği gerekse niceliği bakımından Almanya ve Fransa'dan geri kalmamaktadır. Sonuç olarak, karşılaştırmalı hukuk araştırması için seçtiğimiz örneklem; Almanya, Fransa, Hollanda ve Belçika olarak sıralanmaktadır. Bununla birlikte, tezin bazı bölümlerinde diğer Avrupa hukuklarına da yollama yapılmıştır. Ancak bu durum, karşılaştırmalı hukuk anlamında kural olarak yukarıda belirtilen dört ülkeden yararlanıldığı gerçeğini değiştirmemektedir.

Tez dört bölümden oluşmaktadır. *'Rekabet Yasağı Kaydının Teorik ve Hukuki Temelleri, Konusu, Kapsamı ve Yorumu'* başlıklı birinci bölümde; iş sözleşmesi sonrası rekabet yasağının kuramsal ve hukuki dayanakları, rekabet yasağı kaydına ilişkin hukuki düzenlemelerin kapsamı, rekabet yasağı kaydının konusu ve yorumu işlenecektir. *'Rekabet Yasağı Kaydının Koşulları, Sınırlanması ve Karşı Edim'* başlığını taşıyan ve deyim yerindeyse çalışmamızın omurgasını oluşturan ikinci bölümde; rekabet yasağı kaydının geçerlilik ve bağlayıcılık koşulları, yasağın kapsam bakımından sınırlandırılması ve karşı edim sorunsalı ele alınacaktır. *'Rekabet Yasağı Kaydının İhlali, Üçüncü Kişilere Geçişi ve İflasın Etkisi'* başlıklı üçüncü bölümde ise; rekabet yasağı kaydına aykırı davranışlara bağlanan hukuki yaptırımlar, işyeri devriyle iş sözleşmesi devrinin rekabet yasağı kaydına yönelik sonuçları ve işverenin iflasının rekabet yasağı kaydına etkisi ayrıntılı olarak incelenecektir. Nihayet *'Rekabet Yasağı Kaydının Sona Ermesi, Rekabet Yasağı Kayıtlarında Görevli ve Yetkili Mahkeme'* başlıklı dördüncü ve son bölümde; rekabet yasağını sona erdiren ve yürürlüğe girmesini engelleyen haller, iş sözleşmesinin çeşitli sona erme biçimlerinin rekabet yasağı kaydına etkisi, rekabet yasağı kaydında görevli ve yetkili mahkeme konuları üzerinde durulacaktır. Tezin her aşamasında teorik kısımlarla uygulama boyutu arasındaki makul dengenin bozulmamasına özen gösterilecek, uygulamaya yardımcı olmak ve yol göstermek kaygısıyla yerli ve yabancı yargı kararlarına yer verilecek, somut olaya özgü ve hukuka uygun bir rekabet yasağı kaydının nasıl kaleme alınacağı örneklerle anlatılacak, ancak ayakları yere basan bir akademik çalışmanın teorik alt yapıdan yoksun olamayacağı gerçeği de göz önünde bulundurularak konunun kuramsal boyutu ve öğretilerde yaşanan tartışmalar ihmal edilmeyecektir.

BİRİNCİ BÖLÜM
REKABET YASAĞI KAYDININ TEORİK VE HUKUKİ TEMELLERİ,
KAPSAMI, KONUSU VE YORUMU

§ 1. TEORİK VE HUKUKİ TEMELLER

I. Genel Olarak

İstisnasız tüm hukuki kurum ve kavramların toplumsal veya bireysel bazı gereksinimlerin bir ürünü olduğu yadsınamayacak bir gerçektir. Nitekim iş hukukunun bağımsız bir hukuk disiplini olarak ortaya çıkmasına ve evrilmesine yön veren başat olgu, borçlar hukukunun temel ilkeleri arasında yer alan sözleşme özgürlüğünün katı bir biçimde uygulanmasının iş sözleşmesinin doğasıyla bağdaşmamasıdır. Bu bağlamda iş sözleşmesinin içeriğinin belirlenmesinde ve çalışma koşullarının saptanmasında irade özerkliğine mutlak bağlı kalmanın yol açtığı *de facto* eşitsizliği gidermeyi hedefleyen iş hukukunun benimsediği belli başlı yöntem, sözleşme özgürlüğünün emredici hukuk kurallarıyla daraltılmasıdır. Ne var ki iş mevzuatındaki emredici hükümlerin ezici çoğunluğunun nispi emredici bir nitelik taşıdığı, eş söyleyişle işçi lehine olmak kaydıyla bu hükümlerin aksinin kararlaştırılabileceği unutulmamalıdır.

İşçiye iş ilişkisinin sona ermesinin ardından eski işvereniyle rekabetten kaçınma borcu yükleyen sözleşme kayıtları, özünde bireysel bir menfaati korumayı amaçlamaktadır. Gerçekten müşteri çevresi, *know-how* (özel bir konuda teknolojik bilgi birikimi) ve iş/üretim sırları gibi unsurlar, işletmesel malvarlığı değerleri içinde ayrıcalıklı bir yere sahiptir. Herhangi bir işletmenin, faaliyet gösterdiği sektörde rakip firmalarla mücadele edebilmesi ve piyasada varlığını sürdürebilmesi, geniş ölçüde bu değerlere bağlıdır. Şöyle ki müşteri portföyünü rakip bir işletmeye kaptıran ve iş sırları hasımlarının eline geçen bir işletmenin amansız rekabetin yaşandığı bir iş kolunda tutunması pek kolay görünmemektedir. Hatta iş sırları rakipleri tarafından öğrenilen ve müşterileri rakip firmalara kayan işletmelerin kısa bir zaman dilimi içinde tasfiye sürecine gireceğine ilişkin bir öngörü, abartılı

sayılmamalıdır. Dolayısıyla işletmenin teknolojik verilerini, iş sırlarını ve müşteri çevresini rakiplerinden korumak amacıyla gerekli her türlü önlemi alması oldukça doğal karşılanmaktadır. Ancak bu tür bilgileri ne pahasına olursa olsun korumayı amaçlayan işletmeye yönelik en ciddi tehdit, bizzat istihdam ettiği işçilerden kaynaklanmaktadır. Belirtelim ki, iş ilişkisi devam ederken rakip bir işletmeyle iş ilişkisi kuran, işverenin iş veya üretim sırlarını rakip işletmeye sızdıran veya kendi hesabına açtığı bir işletmeyle işvereniyle rekabete giren işçiye karşı işverence kullanılabilir son derece etkili hukuki araçlar mevcuttur. Bu doğrultuda işveren, böyle bir işçinin iş sözleşmesini sadakat borcuna aykırılıktan dolayı haklı nedenle derhal feshedebileceği gibi, işçiden uğradığı maddi ve/veya manevi zararın giderilmesini de isteyebilir. Buna karşın, sadakat borcu iş ilişkisinin sona ermesiyle birlikte ortadan kalktığından, işverenin iş sözleşmesinin bitiminden sonra rakip bir işletmeye geçen veya kendi hesabına rakip bir işletme açan işçiye karşı sadakat borcuna dayanarak herhangi bir hak iddiasına bulunması mümkün değildir.

Şu halde iş ilişkisi sırasında nüfuz ettiği iş/üretim sırlarını veya müşteri çevresini iş sözleşmesinin sona ermesinin ardından rakip bir işletmeye aktarma potansiyeline sahip işçilerin işletmeye verebileceği zararın önüne geçmek isteyen işverenin yararlanabileceği tek etkin hukuki yol, iş sözleşmesine koyacağı bir kayıtla veya iş ilişkisi sürerken bağtlayacağı müstakil bir sözleşmeyle işçiye iş ilişkisi sonrası rekabet etmeme borcu yüklemektir¹. Bununla birlikte, anılan sözleşmenin hem ekonomik düzen hem de işçi açısından bir takım sakıncaları da beraberinde getirdiği kuşkusuzdur. Her şeyden önce, rekabet yasağı kayıtlarını serbest piyasa ekonomisinin önemli göstergelerinden biri sayılan emeğin serbest dolaşımı kuralıyla bağdaştırmak oldukça zor görünmektedir. Nitekim rekabet yasağı kayıtlarının yaygın olduğu bir piyasada emek devingenliği giderek azalmakta, böyle bir durum ise ücret seviyelerini olumsuz etkileyerek tekellerin ortaya çıkmasına zemin hazırlamaktadır. Öte yandan rekabet yasağı kayıtları işçinin çalışma ve sözleşme özgürlüğüne yönelik

¹ Hollanda öğretisinde işvereni işçilerle rekabet yasağı kaydı kararlaştırmaya yönelen ana etmenin işletmesel menfaatin ve mevcut know-how'ın korunması olduğu ifade edilmektedir. *Nunes, E.: De geldigheid van het concurrentiebeding nader beschouwd, Dossier Nr. 42/juli 2000, s. 35.* Ayrıca rekabet yasağı kaydının işverenin know-how ve müşteri ilişkileri gibi menfaatlerinin korunmasına hizmet ettiği dile getirilmektedir. *Van Genderen, D.M./Sluit P.S./ Stefels, M.E./Witte, W.G.M.J./ De Wolff, D.J.B.: Arbeidsrecht in de praktijk, zevende herziene druk, Sdu Uitgevers, Den Haag 2010, s. 159.*

ciddi bir kısıtlamadır². Kaldı ki sınırsız veya çok geniş kapsamlı bir rekabet yasağı, işçinin çalışma ve sözleşme özgürlüğünü dahi tamamen ortadan kaldıracaktır. Dolayısıyla rekabet yasağı kayıtlarının kapsamının ve sınırlarının belirlenmesinde alınacak tavırda, işverenin iş sırlarıyla müşteri çevresinin korunmasına yönelik kişisel menfaatiyle işçinin çalışma özgürlüğü ve serbest piyasa ekonomisinin gerekleri arasında yaşanan çatışmada hukuk düzeninin hangi taraftan yana bir tutum sergileyeceği sorusuna verilecek yanıt belirleyici olacaktır. Şu halde işverenin işletmesel çıkarlarına öncelik tanıyan bir yaklaşım benimsendiği takdirde rekabet yasağı kayıtlarının içeriği serbestçe belirlenebilecek veya rekabet yasağının kapsamı yüzeysel sınırlamalara tabi tutulacaktır. Buna karşılık, işçinin çalışma ve sözleşme özgürlüğüyle emek devingenliğini öne çıkaran hukuk sistemlerinde, rekabet yasağı kayıtlarının kararlaştırılabilmesi için katı koşullar aranacak ya da toptancı bir yaklaşımla rekabet yasağı kayıtları tamamen yasaklanacaktır.

II. Sözleşme Sonrası Rekabet Yasağının Amacı: İşletmenin Gayri-Maddi Malvarlığının Korunması

Günümüzde işletmenin malvarlığının salt maddi değerlerden oluşmadığı, ayrıca işletmeye ait bir de gayri-maddi bir malvarlığının bulunduğu tartışmasız kabul edilmektedir. Söz konusu maddi olmayan malvarlığına; kısaca *know-how*³ olarak tanımlanabilecek teknik örgütlenme, üretim yöntemleri ve imalat sırları gibi işletmeye özgü iç unsurların yanında müşteri çevresi ve *good-will* (peştemaliye) gibi işletme dışı unsurlar da dâhildir⁴. Gerçekten çağımızda işletmenin değeri bilgi, deneyim ve müşteri çevresiyle ölçülmektedir⁵. Dolayısıyla söz konusu maddi olmayan değerlerin korunması işletmenin kâr ederek varlığını sürdürebilmesi açısından yaşamsal bir önem taşımaktadır. Nitekim işletmenin piyasadaki rakiplerine üstünlük kurmasını sağlayan faktörlerin başında özgün üretim yöntemleri, teknik

² Van Grinsven, P.M.H.J./Jeugjes, H.C.: Arbeidsrecht begrepen, Tweede druk, Boom Juridische uitgevers, Den Haag 2007, s. 86.

³ Hollanda öğretilerinde işletme sırları (*bedrijfsgeheimen*) *know-how*, girişimcinin belli bir satış potansiyelinin sonucunda kazandığı iyi şöhret ise *good-will* olarak tanımlanmaktadır. Het concurrentiebeding in het licht van de nieuwe arbeidseconomie, Sociaal Recht, 2000–1, s. 17. Hollanda öğretilerinde işletmeye özgü bilgi, deneyim ve müşteri çevresiyle işletmenin şöhreti (*good-will*), hep birlikte işletmenin maddi olmayan malvarlığını (*bedrijfsdebiel*) oluşturmaktadır. bkz. Bouwens, W.H.A.C.M./Houwerzijl, M.S./Roozendaal, W.L.: Schets van het Nederlandse arbeidsrecht 21e druk, Kluwer, Deventer 2011, s. 85.

⁴ Pidoux, Philippe: La prohibition de concurrence dans le contrat de travail, Imprimerie Vaudoise, Lausanne 1969, s. 39

⁵ Bouwens/Houwerzijl/Roozendaal, s. 85

örgütlenme ve sadık bir müşteri çevresi gelmektedir. Özgün üretim yöntemlerinden ve ürettiği malları pazarlayabileceği kalıcı bir müşteri portföyünden yoksun bir işletmenin piyasada başarılı olma şansı ise oldukça azdır. Öte yandan işverenin üretim metotları ve yönetsel/teknik örgütlenmesine ilişkin bilgiler, aynı iş kolunda faaliyet gösteren rakip işletmelerin eline geçmemelidir. Bu gibi değerlerin rakip işletmelerin eline geçmesi sonucunda işletmenin rekabet gücü azalacak, hatta kimi zaman bütünüyle ortadan dahi kalkabilecektir. Şu halde rekabet gücünü korumayı ve arttırmayı hedefleyen her işletmenin mal ve hizmet üretiminde kullandığı özgün yöntemlerle yönetsel/teknik organizasyonu iş ve üretim sırrı niteliğini taşımakta olup, işletmenin anılan bilgi ve verileri korumak maksadıyla alacağı her türlü önlem, hukuk düzeninin çizdiği sınırlar içerisinde kalmak kaydıyla meşru kabul edilmelidir.

Ne var ki işletmeye özgü sırlarla *know-how*'ın rakip işletmelerin eline geçmesi ve sabit müşteri çevresinin rakip firmalara kayması, rekabetçi bir piyasada faaliyet gösteren her işletme tarafından ciddi bir tehlike olarak algılanmaktadır⁶. İş ve üretim sırlarına veya müşteri çevresine dışarıdan yönelen tehdidin görece basit önlemlerle savuşturulması daha kolaydır⁷. Ancak *know-how* ve *good-will* gibi işletmesel değerlere yönelik tehlike, esasen işletmenin içinden kaynaklanmaktadır. Gerçekten bazı işçiler, görev tanımları çerçevesinde üstlendikleri iş görme edimlerinin niteliğine de bağlı olarak, zamanla işverenin müşteri çevresine nüfuz etmekte ve/veya *know-how* hakkında bilgi sahibi olmaktadır. Özellikle üst düzey yöneticilerle nitelikli ve teknik personel, bu tip bilgilere çok daha kolay bir şekilde erişebilecek bir konumdadır. Çalışma yaşamında işçilerin çalıştıkları işyerinin müşteri çevresine nüfuz ettikten veya iş sırlarını öğrendikten sonra, iş sözleşmelerini feshedip sahip oldukları bilgileri eski işverenleri aleyhine kullanmaları sıra dışı bir durum değildir. Şöyle ki rakip bir işletmenin işverene ait iş veya üretim sırlarını ya da müşteri listesini öğrenmesinin en kolay yolu, rakip işletmede çalışan ve söz konusu sırlar veya müşteriler hakkında bilgi sahibi olan işçilere cazip bir iş teklifi sunmak ve bu öneriyi kabul eden işçinin mevcut iş sözleşmesini feshetmesinin hemen ardından anılan işçiyle iş ilişkisi kurmaktır. Başka bir olasılık ise, işverenin müşteri çevresi veyahut iş/üretim sırları hakkında bilgi sahibi olan işçinin kendi hesabına rakip bir

⁶ Schmid, Michael: Probleme beim Zusammentreffen von Freistellung und nachvertraglichen Wettbewerbsverbot bei Arbeitnehmern und Organmitgliedern, Verlag Dr. Kovac, Hamburg 2006, s. 122–123.

⁷ Schmid, s. 123.

işletme kurarak eski işvereniyle rekabet etmeye başlamasıdır. Sonuç olarak, kimi işçilerin rakip işletmenin kaleyi içten fethetmesinde bir *truva atı* rolü oynama olasılığı asla göz ardı edilmemelidir⁸.

Buna karşılık, işverenin rekabet yasağı kaydı dışında yararlanabileceği diğer hukuki araçlar, işletmesel menfaatlerin korunmasında yetersiz kalmaktadır. İşçinin iş ilişkisi devam ettiği sürece bir ücret karşılığında üçüncü kişiye hizmette bulunmasını ve özellikle kendi işvereni ile rekabete girişmesini yasaklayan ve işverenin güvenini kötüye kullanmak, hırsızlık yapmak ve işverenin meslek sırlarını ortaya atmak gibi doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışlardan kaçınmasını buyuran sadakat borcu, iş ilişkisinin sona ermesiyle birlikte son bulmaktadır (TBK. m. 396, İK m. 24/II, g). İşçinin iş gördüğü sırada öğrendiği üretim ve iş sırları gibi bilgileri iş ilişkisi sürerken kendi yararına kullanamaması veya başkalarına açıklayamaması anlamına gelen ve sadakat borcunun bir uzantısı niteliği taşıyan sır saklama borcu da, kural olarak, iş ilişkisinin bitimiyle birlikte ortadan kalkmaktadır. Her ne kadar işçi, işverenin haklı menfaatinin korunması için gerekli olduğu ölçüde, iş ilişkisinin sona ermesinden sonra da sır saklamakla yükümlü ise de, bu durum iş sözleşmesi sona eren işçinin rakip bir işletmede çalışmasına veya rakip bir işletme açmasına engel teşkil etmemektedir (TBK m. 396/4). Başka bir olasılık, işverenin haksız rekabet hukukundan yararlanmasıdır. Ancak eski işçinin haksız rekabet sayılabilecek hukuka aykırı bir eylemi gündeme gelmediği sürece, işçinin eski işvereniyle hukuka uygun bir tarzda rekabet etmesinin önüne geçmek olanak dışıdır. Nitekim rekabet yasağı kaydı dışındaki diğer hukuki kurum ve araçların işverene ait iş/üretim sırlarının veya müşteri çevresinin korunmasında rekabet yasağı kaydı kadar etkin bir hukuki himaye sağlayamamasının nedenleri, “*İşletmesel Menfaatlerin Korunmasında Alternatif Hukuki Seçenekler*” başlığı altında ayrıntılı olarak incelenecektir.

Sonuç olarak; *know-how*, imalat sırları, üretim yöntemleri, müşteri çevresi ve yönetsel/teknik organizasyon gibi maddi olmayan değerlere nüfuz eden işçinin rakip bir işletmeye geçmesinden veya kendi hesabına rakip bir işletme açmasından ötürü

⁸ Nitekim belirli bir düzeydeki işçinin zaman içinde işyeriyle ilgili kilit bilgileri öğrenebileceği ve söz konusu bilgileri işverenin rekabet eden başka bir işletme yararına kullanabileceği ifade edilerek bu tespitin işverenin müşteri bağlantıları hakkında da geçerli olduğu kaydedilmiştir. Dolayısıyla işten ayrılan işçinin irtibat halinde olduğu müşterileri beraberinde rakip bir işletmeye veya kendi kurduğu bir işyerine götürmesi, önemli bir risk sayılmaktadır. *Loonstra, C.J./Zondag, W.A.: Arbeidsrechtelijke themata, Vierde Druk, Boom Juridische Uitgevers, Den Haag 2010, s. 204.*

zarar görme olasılığı bulunan işverenin başvuracağı en akılcı seçenek; işçinin iş ilişkisinin sona ermesini izleyen dönemde kendisiyle rekabet etmesini, sözleşmesel bir kayıt veya ayrı bir sözleşme yoluyla yasaklamaktadır. Şu halde işverenin rekabet yasağıyla izlediği amaç, iş/üretim sırları, know-how, good-will ve müşteri çevresi gibi bir takım işletmesel malvarlığı değerlerinin en uygun bir şekilde korunmasından ibarettir⁹. Nitekim sözleşmesel bir kayıt yoluyla işçiye iş ilişkisi sonrası rekabet yasağı uygulanmasını meşru gören Kıta Avrupası hukuk sistemleri, rekabet yasağıyla korunan menfaati aşağı yukarı aynı kavramlarla açıklamaktadır. Örneğin Alman hukukunda, rekabet yasağıyla izlenen amacın, işverenin haklı ticari menfaatlerinin korunması (*Schutz eines berechtigten geschäftlichen Interesses*) olduğu açıkça düzenlenmiştir (§ 74 Abs. 1 Satz 1 HGB)¹⁰. Fransız Yargıtay'ının yerleşik uygulamasında da işletmenin meşru menfaatlerinin korunması (*la protection des intérêts légitimes de l'entreprise*) bakımından gerekli olmayan rekabet yasağı kayıtları geçersiz kabul edilmektedir¹¹. Keza Hollanda hukukunda işverenin üretim

⁹ Den Hertog, J.A./De Geest, G., Het concurrentiebeding in het licht van de nieuwe arbeidseconomie, Sociaal Recht, 2000-1, s. 11; Loonstra/Zondag, s. 204. Bunun yanı sıra, işverenin rekabet yasağı kaydı yoluyla iş ilişkisi sırasında işletmenin know-how'u hakkında bilgi sahibi olan ve müşteriler nezdinde kişisel bir şöret (good-will) kazanan işçinin iş sözleşmesinin sona ermesinin ardından bağımsız olarak veya rakip bir işletmenin hizmetinde kendisiyle rekabet etmesini önlemeye çalıştığı dile getirilmektedir. Bouwens/Houwerzijl/Roozendal, s. 85. Alman öğretisinde bir görüş iş sözleşmesi sonrası rekabet yasağının kaydının amacını açıklarken üçlü bir sınıflandırma yaparak işverenin rekabet yasağıyla bilgiyi korumayı (*wissenschut*), rekabetten korunmayı (*konkurrenzschutz*) ve işçiyi işyerine bağlamayı (*mitarbeiterbindung*) amaçladığını iddia etmektedir (Schmid, s. 122-125). Araştırma, geliştirme ve işyeri organizasyonu çerçevesinde rekabet yasağı kaydının başlıca amacı; iş sırlarıyla teknik ve ticari know-how'un üçüncü kişilerin ve özellikle rakip işletmelerin eline geçmemesini sağlamaktadır. Zira iş ilişkisi sırasında bu bilgiler üzerinde adeta bir tekel hakkına sahip olan işverenin söz konusunda tekel hakkının bilgiye sahip işçinin işten ayrılmasıyla birlikte sona erdiği ve anılan işçinin rakip işletmeye geçmesinin bir bilgi transferine neden olduğu belirtilmektedir. İkinci olarak rekabet yasağı kaydının iş sözleşmesi sona erdikten sonra kendi hesabına rakip bir işletme açmak veya rakip bir işletmede işe girmek suretiyle piyasaya giren işçi nedeniyle ortaya çıkan piyasadaki payın yitirilmesi tehlikesini engellediği kaydedilmektedir. Çünkü iş sırları veya işverenin müşteri çevresi hakkında bilgi sahibi olan eski bir işçinin piyasaya girmesi üçüncü bir kişiye oranla daha kolaydır. Nihayet işverenin rekabet yasağı kayıtlarını eğitim giderlerini güvence altına almak, iş mobilitesini sınırlamak ve işçilerin işten ayrılmamalarını sağlamak için kullanıldığı vurgulanmaktadır. Böylece işçinin iş değiştirmesi yasaklanmamakta, ancak zorlaştırılmaktadır. Bu noktada ancak daha iyi çalışma koşulları ve özellikle daha iyi bir ücret önerilen işçinin iş değiştirmek isteyeceği iddia edilmektedir. Rakip işletmelerin spesifik bir know-how hakkında bilgi sahibi olan işçileri transfer etme eğilimlerinin yadsınamayacağı dile getirilmektedir. Rekabet yasağı getirilen böyle bir işçi ancak yasak süresinin bitiminden sonra rakip işletmede çalışabilir. Bu aşamada ise işçinin sahip olduğu bilgi büyük bir olasılıkla güncelliğini kaybedecektir. Bununla birlikte yazar işçiyi işyerine bağlamanın rekabet yasağı kaydının kararlaştırılmasını tek başına haklı kılmayacağını da belirtmektedir. bkz. Schmid, s. 122-125.

¹⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. Bauer, Jobs-Hubertus/Diller, Martin: Wettbewerbsverbote, Rechtliche und taktische Hinweise für Arbeitgeber, Arbeitnehmer und vertretungsberechtigte Organmitglieder, 5. Auflage, Verlag C.H. Beck, München 2009. s. 119 vd.

¹¹ Cass. soc., 14 Mai 1992: D. 1992, somm. p. 350 (Damy, Grégory: La clause de concurrence dans les relations de travail, La Semaine Juridique, 31 Janvier 2008, Hebdomadaire, N°1, s. 1025) Ayrıca

sırlarıyla müşteri çevresinin korunmasında menfaatinin bulunduğu, işçinin bazen üstlendiği görev tanımına da bağlı olarak önemli işletmesel bilgilere ve iş sırlarına nüfuz ettiği, işverenin çıkarının ise, ister önceden var olan bir işletme ister eski işçi tarafından kurulan bir işletme olsun, anılan bilgilerin rakip işletmelerin eline geçmemesi doğrultusunda olduğu ifade edilmektedir¹². Bu bağlamda, rekabet yasağı kaydı işletmenin maddi ve gayri maddi malvarlığının korunmasında bir araç olarak görülmekte ve işletmenin gayri-maddi malvarlığının akdedilecek bir rekabet yasağı kaydı aracılığıyla korunmasının işveren açısından meşru bir amaç olduğu dile getirilmektedir¹³. Nihayet İsviçre öğretisinde rekabet yasağı kaydının ancak işverenin yasağın uygulanmasında haklı bir menfaati (*berechtigtes Interesse/intérêts légitimes du patron*) bulunduğu takdirde işçiyi bağlayacağına ilişkin temel bir ilkenin varlığına işaret edilmektedir¹⁴. Özetle belirtelim ki, hukuk düzenlerinin rekabet yasağı kaydını meşru saymasının kökeninde işverenin haklı ticari veya işletmesel menfaatlerinin korunması düşüncesi yatmaktadır.

III. İşletmeye Ait Gayri-Maddi Malvarlığı Değerlerinin Korunmasında Alternatif Seçenekler

1. Haksız Rekabet

Haksız rekabet, rakipler arasında veya tedarik edenlerle müşterileri arasındaki ilişkileri etkileyen aldatıcı veya dürüstlük kuralına aykırı davranışlar ile ticari uygulamalardır (TTK m. 54/2)¹⁵. Görüldüğü üzere haksız rekabetin tanımında

bkz. Ray, Jean-Emmanuel/Rojot, Jacques: Loyalty and Non-Competition In France, Comparative Labor Law & Policy Journal, Volume 20:225, 1999, s. 225-236.

¹² Den Hertog/de Geest, s. 11. Quist, J.P.: Het concurrentiebeding nader beschouwd, Een vergelijking tussen het (huidige en komende) Nederlandse recht en de Belgische regeling, Boom Juridische uitgevers, Den Haag 2004. s. 2.

¹³ Den Hertog/de Geest, s. 17; Loonstra, Het nieuwe art. 7:653 BW, s. 61-74.

¹⁴ Haefliger, Arthur: Das Konkurrenzverbot im Neuen schweizerischen Arbeitsvertragsrecht, Dissertation zur Erlangung der Würde eines Doctor iuris der Rechts- und wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern, Verlag Stämpfli & Cie AG, Bern 1974, s. 32-33. Pidoux, s. 49.

¹⁵ Belçika İş Sözleşmeleri Kanunu (*Arbeidsovereenkomstwet*) işçiyi gerek iş ilişkisi sırasında gerek iş sözleşmesi sona erdikten sonra haksız rekabet teşkil eden davranışlardan kaçınmakla ve bu davranışlara iştirak etmemekle yükümlü tutmaktadır (17° 3 b). Belçika öğretisinde haksız rekabet kavramı için genel bir tanımlama yapmanın çok kolay olmadığı belirtilmekle birlikte, şöyle bir tanım önerilmektedir: ‘Eski işvereniyle rekabet eden işçinin, işletmeyle ilgili edindiği bilgileri diğer bir rakip işletmenin sahip olamayacağı veya yararlanamayacağı bir şekilde ve kötü niyetli bir tarzda kullanarak kendisine bir rekabet avantajı sağlaması haksız rekabettir. Carlier, Edward: Concurrentie tijdens en na de arbeidsrelatie, Sociale Praktijkstudies nr. 15, Kluwer uitgevers/Ced. Samsom, Mechelen 2003.s. 19; Geerebaert, Paul: Vandebotermet, Magda: De oneerlijke concurrentie van

belirleyici unsur, rekabetin haksız ve hukuka aykırı olmasıdır. Esasen haksız rekabeti düzenleyen hükümler, TMK m. 2’de ifade edilen dürüstlük kuralının ticari yaşama bir yansıması olarak görülmelidir. Ancak haksız rekabet hükümleri, rekabet hakkının dürüstlük kuralı çerçevesinde kullanılmasını kesinlikle yasaklamamaktadır. Daha yalın bir ifadeyle, hukuka aykırı olan rekabet hakkı değil, rekabet hakkının kötüye kullanılmasıdır¹⁶. Kanunda hangi davranışların ve ticari uygulamaların haksız rekabet sayılacağı örnekseme yöntemiyle sayılmıştır. Buna göre, dürüstlük kuralına aykırı reklamlar ve satış yöntemleri ile diğer hukuka aykırı davranışlar, sözleşmeyi ihlale veya sona erdirmeye yöneltmek, başkalarının iş ürünlerinden yetkisiz yararlanma, üretim ve iş sırlarını hukuka aykırı olarak ifşa etmek, iş şartlarına uymamak ve dürüstlük kuralına aykırı işlem şartları kullanmak alt başlıkları altında sıralanan davranışların haksız rekabet oluşturduğu kabul edilmektedir (TTK m. 56). Maddenin başında sayılan hallerin başlıca haksız rekabet halleri olduğunun açıklanmasından ve alt başlıkların sonunda geçen ‘*özellikle*’ sözcüğünden haksız rekabet teşkil eden eylemlerin sınırlı sayı (*numerus clauses*) ilkesine tabi olmadığı, benzer davranışların da haksız rekabet olarak nitelendirilebileceği anlaşılmaktadır. Haksız rekabetten zarar gören ve böyle bir tehlikeyle karşılaşabilecek olan kişinin açabileceği davalar, yasal düzenleme tarafından belirlenmiştir (TTK m. 57).

İş ve üretim sırlarıyla müşteri portföyü gibi işletmesel değerlerini korumak isteyen işverenin de haksız rekabet hükümlerinden yararlanabileceğinden kuşku duyulmamalıdır. Nitekim Hollanda hukukunda işçinin dürüstlük kuralına uygun davranmasının sözleşme sonrası bir yükümlülük olduğunun altı çizilmekte ve eski işverenin müşterilerini veya iş sırlarını çalmada çok ileri giden işçiye karşı haksız rekabet hükümleri çerçevesinde dava açılabilirliği dile getirilmektedir (6:162 BW)¹⁷. Örneğin iş sözleşmesini usulsüz feshetmesi nedeniyle rekabet yasağı kaydından doğan haklarını kullanamayan işveren de haksız rekabet hükümlerine dayanarak dava

artikel 17 3° van de Arbeidsovereenkomstenwet als ‘opvangnet’ in geval van afwezigheid van concurrentie-nadeel vereist voor de concurrentiebedingen van de artikelen 65 en 86 van diezelfde wet?, *Oriëntatie* 2011/13, Kluwer, s. 87.

¹⁶ Belçika hukukunda haksız rekabet yasağının rekabet yasağı kaydından doğan hukuka uygun rekabet yasağından ayırt edilmesi gerektiği vurgulanmaktadır. Zira hukuka uygun rekabet ancak sözleşmeyle yasaklanabilirken, haksız rekabet sözleşmesel bir kaydın yokluğunda dahi yasaktır. *Carlier*, s. 19.

¹⁷ *Van Grinsven/Geugjes*, s. 87. İş sözleşmesinde rekabet yasağı kaydı bulunmayan ve iş sözleşmesinin sona ermesinin ardından eski işvereniyle haksız rekabet eden işçinin hukuki sorumluluğu ve ilgili içtihatlarla ilgili olarak bkz. *Van Bommel*, A.J.C.: ‘Als je van mijn klanten afblijft’ De (on)rechtmatigheid van concurrentie door de ex-werknemer bij gebreke van een non-concurrentiebeding, *Arbeid Integraal* 2005/2, s. 57-68.

açabilir¹⁸. Fransız hukukunda rekabet yasağı kaydının yokluğunun işvereni işçilerin bazı davranışları karşısında savunmasız bırakmadığı, işçinin haksız rekabet teşkil eden eylemlerine maruz kalan işverenin borçlar hukukunun haksız fiile ilişkin hükümlerine dayanarak tazminat talep edebileceği ve rekabet yasağı kaydının geçersiz sayılmasının işverenin haksız rekabet nedeniyle açtığı davanın da reddedilmesini gerektirmeyeceği kaydedilmektedir¹⁹. Buna göre, iş sözleşmesinde rekabet yasağı kaydı bulunmayan işçi eski işvereniyle rekabet edebilir; ancak işçinin eski işverenin müşteri datalarını kullanması ve bu müşterilerle aktif bir şekilde temas kurması yasaktır. Aynı şekilde işçi, yeni bir ürünle ilgili spesifik bilgiyi, iş ilişkisinin sona ermesinin hemen ardından doğrudan kendi yararına kullanamaz²⁰. Türk hukukunda da işveren, işçilerine hak etmedikleri ve onları işlerinin ifasında yükümlülüklerine aykırı davranmaya yöneltebilecek yararlar sağlayarak veya önererek kendisine çıkar sağlamaya çalışan rakip bir işletmeye karşı haksız rekabetle ilgili davaları açabilir (TTK m. 55/b-2). Keza işçileri üretim ve iş sırlarını ifşa etmeye veya ele geçirmeye yönelten rakip bir işletme, haksız rekabet hükümleri çerçevesinde sorumlu tutulabilir (TTK m. 55/b-3). Ayrıca gizlice ve izinsiz olarak ele geçirdiği veya başkaca hukuka aykırı bir şekilde öğrendiği bilgileri ve üretenin iş sırlarını değerlendiren veya başkalarına bildiren işçi de haksız rekabet kurallarına aykırı davranmış olur (TTK m. 55/b). Gerçekten haksız rekabete ilişkin yasal düzenlemeler, işverenin iş veya üretim sırlarına belli bir koruma sağlamaktadır. Ancak iş ilişkisinin son bulmasından sonra kendi hesabına rakip bir işletme açan veya rakip bir işletmede çalışmaya başlayan işçinin eski işverenin işletmesel menfaatlerine verebileceği zararın, haksız rekabet hükümleri yoluyla tamamen önlenip önlenemeyeceği sorusuna verilecek yanıt genellikle olumsuzdur. Öncelikle vurgulanmalıdır ki, haksız rekabet kavramıyla kastedilen dürüstlük kuralına aykırı rekabettir. Yoksa işçinin eski işvereniyle hukuka uygun bir tarzda rekabet etmesi, deyim yerindeyse ‘*oyunu kuralına göre oynaması*’ haksız rekabet olarak adlandırılmaz. Dolayısıyla işveren, işten ayrıldıktan sonra kendi hesabına rakip bir işletme açan veya rakip bir işletmeyle iş ilişkisi kuran işçiye karşı haksız rekabet

¹⁸ *Bouwens, W.H.A.C.M./Duk, R.A.A.: Arbeidsovereenkomstenrecht, 23e druk, Kluwer, Deventer 2011; s. 222.*

¹⁹ *Antonmattei, Paul-Henri: Les clauses du contrat de travail, Editions Liaisons, Paris 2005, s. 83.* Fransız Yargıtayı'nın Ticaret Dairesi'nin iş sözleşmesinde bir rekabet yasağı kaydı yer alan bazı eski iş arkadaşlarını kurdukları şirkette işe alan ve eski işverenleriyle haksız rekabet eden üç işçiyle ilgili verdiği ilginç bir kararın değerlendirilmesi için bkz. *Chagny, Yves: Débauchage du salarié, nullité de la clause de non-concurrence: une prise de possession du droit du travail par le droit commercial, Revue de Droit de Travail, mensuel-n°7-8, juillet-aout 2008, s. 453-455.*

²⁰ *Van Grinsven/Geugjes, s. 87.*

davalarını açamaz. Ne var ki iş sırlarına veya müşteri çevresine nüfuz ettikten sonra işten ayrılarak eski işvereniyle hukuk kuralları çerçevesinde rekabete girişen işçinin eski işvereni verebileceği zarar, olası bir haksız rekabetin yol açacağı zarardan çok daha büyük boyutlara varabilir. Bu açıklamalar doğrultusunda, iş/üretim sırlarına veya müşteri çevresine vakıf bir işçiden kaynaklanan tehdide karşı haklı işletmesel menfaatlerine optimal bir koruma sağlamayı amaçlayan işverenin önündeki ilk seçenek, iş sözleşmesine işçiye iş ilişkisi sonrası kendi hesabına rakip bir işletme açmamama ve rakip bir işletme çalışmama borcu yükleyen bir kayıt koymaktır. Hiç şüphesiz rekabet yasağı kaydına aykırı hareket eden işçinin davranışı aynı zamanda haksız rekabet oluşturuyorsa, işveren rekabet yasağı kaydının ihlalden kaynaklanan taleplerin yanında, haksız rekabet davalarını da açabilir. Ayrıca böyle bir durumla karşılaşan işverenin, haksız rekabet hükümlerini ihlal eden rakip işletme aleyhine – söz konusu işletme ister işçi tarafından kendi hesabına açılmış rakip bir işletme ister işçinin çalıştığı rakip bir işletme olsun- haksız rekabet davalarını açması mümkündür.

2. Rekabet Hukuku

Rekabet hukuku devletin ekonomiye, serbest rekabeti kurma ve koruma amacıyla müdahale aracı olup, bu hukuk dalının ana fonksiyonu işletmelerin anlaşma, birleşme ve devirlerle veya pazar gücünü kötüye kullanarak rekabeti sınırlamalarının önlenmesidir. Özlü bir anlatımla, rekabet hukukunun amacı serbest rekabeti kurmak ve korumaktır²¹. Dolayısıyla rekabet hukukunun hedefleriyle rekabet yasağı kaydının amacı birbiriyle çatışmaktadır. Bu anlamda TBK ve TTK'daki rekabet yasağına ilişkin hükümlerle rekabet hukukunun ters iletişim içinde olduğu ve rekabet hukuku etkin rekabetin önündeki her türlü engeli kaldırmayı isterken, aksine rekabet yasağının rekabet edilmemesini sağlamaya çalıştığı dile getirilmektedir. Gerçekten rekabet yasağı kaydı, işçinin eski işvereniyle rakip bir işletme açmasını veya rakip bir işletmeyle iş sözleşmesi bağtlamasını yasaklamakla emeğin piyasada serbestçe dolaşmasını ve serbest rekabeti önleyen hukuki bir enstrüman olarak kabul edilmelidir. Tam tersine rekabet hukuku ise, etkin serbest rekabetin önündeki engelleri ortadan kaldırmayı amaçlayan bir hukuk disiplini. Bundan dolayı rekabet hukuku kurallarıyla rekabet yasağı kayıtları arasında bir amaç

²¹Aslan, İ. Yılmaz: Rekabet Hukuku, 3. Baskı, Ekin Kitabevi, İstanbul 2005, s. 30.

birliğinden söz edilemez; aksine her iki kurumda karşıt çıkarılara hizmet etmektedir. Rekabet hukukuyla rekabet yasağı kayıtları arasında herhangi bir özdeşlik bulunmamasına karşın, rekabet yasağı kaydını sınırlayan normatif kuralların *ratio*'su ile rekabet hukukunun amacı arasında bir paralellikten söz edebilir. Zira kişilik haklarıyla rekabet hukuk arasında önemli bir ilişki bulunduğu ifade edilmektedir. Buna göre rekabeti sınırlayıcı uygulamalar rakiplerin, müşterilerin ve tüketicilerin ekonomik kişiliklerini geliştirmelerini engelleyici bir araç olmakla Medeni Kanunu'nun kişilik haklarına ilişkin düzenlemelerine aykırıdır²². Rekabet yasağı kaydının geçerliliğini bir dizi koşula bağlayan ve yasağın kapsamını sınırlandıran normların amacı da sözleşme sonrası rekabet yasağının işçinin anayasal çalışma ve sözleşme özgürlüğünü kısıtlamasını engellemek, böylece işçinin kişilik haklarını korumaktadır. Böylece rekabet yasağı kaydını düzenleyen kanun hükümleri bir taraftan işçinin kişilik hakkını ve çalışma özgürlüğünü korurken, diğer yandan da rekabet yasağı kayıtlarının emek arzı ve girişim özgürlüğü üzerindeki olumsuz etkisini hafifletmektedir. Sonuç olarak, rekabet yasağının kapsamını emredici bir şekilde daraltan kanun hükümlerinin de serbest rekabetin ve kişilik haklarının korunmasında bir araç olduğu, dolayısıyla Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ile Borçlar Kanunu'nda iş sözleşmesi sonrası rekabet yasağını düzenleyen kuralların ortak bir amaca hizmet ettiği şeklinde bir saptama isabetsiz sayılmamalıdır.

Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun'daki rekabeti sınırlayıcı anlaşmaları yasaklayan maddenin rekabet yasağı kayıtlarına uygulanıp uygulanmayacağı konusuna da kısaca değinilmelidir. Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran ya da doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmaları yasaklamaktadır (RKHK m. 4). Bu doğrultuda, teşebbüsler arası rekabet yasağı sözleşmeleri kimi hallerde geçersiz sayılmaktadır. Ne var ki rekabet yasağı sözleşmelerinin rekabet hukuku kapsamında değerlendirilebilmesi için anılan sözleşmelerin teşebbüsler arasında akdedilmesi gerekir. RKHK'da ise teşebbüs; piyasada mal veya hizmet, üreten, pazarlayan, satan gerçek ve tüzel kişilerle, bağımsız karar verebilen ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden birim olarak tanımlamıştır (RKHK m. 3). İşverenin rekabet yasağı kaydı kararlaştırdığı işçinin ise teşebbüs kavramı kapsamında değerlendirilemeyeceği gayet

²²Aslan, s. 30.

açıktır. Nitekim Rekabet Kurulu, işçiyle işveren arasında bağitlanan rekabet yasağı sözleşmelerinin RKHK'nın kapsamına girmediğı yönünde karar vermiştir²³.

3. Sadakat Borcu

İşçinin iş sözleşmesinden kaynaklanan borçları arasında ayrıcalıklı bir konumu bulunan sadakat borcu, işçinin aralarındaki iş ilişkisi gereğince, işverenin korunmaya değer menfaatlerini, doğruluk ve güven ilişkisinin gerektirdiğı şekilde ve kendisinden beklenebilecek makul ölçülerde koruması ve bu menfaatlere zarar verecek davranışlardan kaçınması olarak tanımlanabilir²⁴. Sadakat borcunun çeşitli normatif dayanakları bulunmakla birlikte, işçinin sadakat borcuna ilişkin temel hukuki kural, Borçlar Kanunu'nda yer almaktadır (TBK m. 396). Nitekim işçinin sadakat borcundan doğan yükümlülükleri olarak nitelendirilebilecek yan iş tutma yasağı ve rekabet etmeme borcu da aynı maddede düzenlenmiştir. Buna göre, işçi, iş ilişkisi devam ettiği sürece, sadakat borcuna aykırı olarak bir ücret karşılığında

²³“...Cosmo Shop ile Cosmo Shop Çalışanları arasında akdedilen sözleşmeler incelendiğinde, bunların iki farklı teşebbüs ile mal veya hizmet alım/satımı, tedarigi veya bunlara ilişkin birtakım düzenlemelerin yer aldığı bir sözleşme olmadığı anlaşılmaktadır. Esasen bir şirket ile o şirketin üst düzey yönetimini üstlenen iki gerçek kişi arasında yapılan bu sözleşmeler ile çalışanlar ve onları çalıştıran teşebbüs arasındaki ilişki konu edilmektedir. 4054 sayılı Kanun çerçevesinde yan sınırlama değerlendirmesi yapılabilecek rekabet yasakları, genellikle bir birleşme, devralma veya ortak girişim sözleşmesi sonucunda ortaya çıkan sözleşme hükümleridir. Bir yan sınırlama olan rekabet yasağının amacı, bir birleşme veya devralma işleminde, devir konusu maddi varlıkların devrinin tam ve eksiksiz, bütün değerleriyle alıcıya geçmesi olarak ifade edilebilir. Dolayısıyla rekabet hukuku bağlamında değerlendirilen rekabet yasakları, yazılı bir şekle sahip olmasına gerek bulunmamakla birlikte, Borçlar Kanunu 19-20. maddelerinde yer alan sözleşme serbestisi içerisinde yapılan ve taraflar arasında bir hizmet alımı ilişkisini gerektirmeyen anlaşmalar konumunda bulunmaktadır. Borçlar Kanunu 348-352. maddelerinde düzenlenen ve bir hizmet ilişkisi nedeniyle işçi ile işveren arasında, hizmet ilişkisinin sona ermesinden sonraki durumu düzenleyen maddeler bulunmaktadır. Buna göre, bu türde bir sözleşme yapılabilmesi için öncelikle taraflar arasında bir hizmet ilişkisinin olması, işçinin reşit olması ve sözleşmenin yazılı şekilde yapılması zorunlu olmaktadır. Borçlar Kanunu'nda bahsedilen rekabet yasağının; işçinin, iş sahibinin müşterilerini tanımak ve iş sırlarını öğrenerek işverene önemli derecede bir zarar verebilecek durumda olması halinde geçerli olabileceği öngörülmektedir. Yine bu tip sözleşmelerinin; işverenin faaliyetleri, belli bir coğrafi alan, işverenin faaliyetleri ve işçi-işveren ilişkisinin sona ermesiyle başlayıp işverenin rekabet yasağından dolayı önemli bir menfaatinin kalmaması, işçinin ölmesi veya sözleşmede belirlenecek belirli bir sürenin geçmesi ile sınırlandırılması gerekmektedir. Öte yandan, dosya konusu istihdam sözleşmelerinde yer alan rekabet yasağı hükümlerinin, bu şekliyle, 4054 sayılı Kanun açısından değerlendirilmesi gereken nitelikte olmadığı ve Borçlar Kanunu 348. madde çerçevesinde değerlendirilmesi gereken sözleşmeler olduğu kanaatine varılmıştır...” Rekabet Kurulu Kararı, 06-92/1171-349, 20.12.2006.

²⁴Ertürk, Arzu Arslan: Türk Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu, XII Levha Yayınları, İstanbul 2010, s. 143-144. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin bir kararında da sadakat borcu şöyle tarif edilmiştir: “...Sadakat yükümü, sözleşmenin taraflarına sözleşme ilişkisinden doğan borçların ifasında, karşı tarafın şahsına, mülkiyetine ve hukuken korunan diğer varlıklarına zarar vermeme, keza sözleşme ilişkisinin kapsamı dışında sözleşme ile güdülen amacı tehlikeye sokacak özellikle karşılıklı duyulan güveni sarsacak her türlü davranıştan kaçınma yükümlülüğünü yüklemektedir...” Yarg. 9. HD., 01.03.2010, E: 2009/48006, K: 2010/5399, www.legalbank.net .

üçüncü kişiye hizmette bulunamaz ve özellikle kendi işvereni ile rekabete girişemez (TBK m. 396/II)²⁵. İşçinin sadakat borcu çerçevesindeki rekabet etmeme yükümlüğü haksız rekabet yasağı ile sınırlı değildir. Şu halde işçi iş ilişkisi devam ettiği sürece işverenle her tür rekabetten kaçınmalıdır²⁶. İşçinin sadakat borcunun bir uzantısı niteliğindeki rekabet etmeme borcu, iş ilişkisi süresince devam etmektedir. Dolayısıyla iş ilişkisinin sona ermesiyle beraber, işçinin sadakat borcu da ortadan kalkmaktadır²⁷. Eş anlatımla, işçi iş sözleşmesinin sona ermesinin ardından çalışma özgürlüğüne tam anlamıyla yeniden kavuşmaktadır²⁸. O halde iş sözleşmesinin sona ermesinin ardından eski işvereniyle bağımsız veya bağımlı olarak hukuka uygun rekabet eden işçinin sadakat borcundan kaynaklanan bir hukuki sorumluluğundan söz edilemez²⁹. Öte yandan işçinin iş sözleşmesi sonrası rekabet etmeme borcuyla sadakat borcu arasında herhangi bir bağlantı da yoktur. Zira iş ilişkisi sonrası rekabet etmeme borcu işçinin sadakat borcundan kaynaklanan bir yükümlülük olmayıp, aksine bağımsız bir borç olarak kabul edilmektedir³⁰. Ne var ki bazı Yargıtay kararlarında işçinin iş ilişkisi sonrası rekabet yasağının temelini sadakat borcuna dayandığı ileri sürülmüştür³¹. Bu içtihatlarda sözleşme sonrası rekabet yasağının

²⁵ Alman hukukunda işçinin iş ilişkisi sırasında işverenle rekabet etmesi yasaktır (§ 60 HGB). Bu hükmün, işçinin emeğini tamamen sözleşmesel yükümlülüklerinin ifasına özgülmesini sağladığı ve aynı zamanda işçinin hem işverene rakip bir işletme açmaması hem de kendi adına veya üçüncü bir kişinin hesabına ticari işlemler yapmaması açısından işvereni güvence altına aldığı ileri sürülmektedir. Alman öğretisi ve içtihadı söz konusu hukuki düzenlemeyle sadakat borcunun pozitif bir güvenceye kavuşturulduğu hususunda görüş birliği içerisindedir. Bkz. *Growe, Sonja: Nachvertragliche Wettbewerbsbeschränkungen von Arbeitnehmern in multinationalen Konzernen, Eine rechtsvergleichende Untersuchung des deutschen und englischen rechts*, Verlag Dr. Kovač, Hamburg 2010, s. 64. Fransız hukukunda işçi, iş ilişkisi boyunca askı süreleri de dahil olmak üzere sadakat borcunu (obligation de loyauté) ifayla yükümlüdür. Sadakat borcu, işverenle rekabet etmeme yükümlülüğünü de kapsamaktadır. Buna göre, işçinin kendi hesabına veya başka bir işletmenin bünyesinde rekabet oluşturan bir faaliyet yürütmesi ya da rakip bir işletme açması yasaktır. *Chénéde, Olivier/Jourdan, Dominique: Contrat de travail Du recrutement à la rupture*, 6e édition, Delmas, Paris 2005, s. 177. (obligation de loyauté) ifayla yükümlüdür. Sadakat borcu, işverenle rekabet etmeme yükümlülüğünü de kapsamaktadır. Buna göre, işçinin kendi hesabına veya başka bir işletmenin bünyesinde rekabet oluşturan bir faaliyet yürütmesi ya da rakip bir işletme açması yasaktır. *Chénéde, Olivier/Jourdan, Dominique: Contrat de travail Du recrutement à la rupture*, 6e édition, Delmas, Paris 2005, s. 177.

s. 64. Fransız hukukunda işçi, iş ilişkisi boyunca askı süreleri de dahil olmak üzere sadakat borcunu

²⁶ *Herman, Jan: Het concurrentiebeding: tien jaar rechtspraak*, Orientatie 12- december 2001, s. 227.

²⁷ *Cuypers, Schets van het Belgische Arbeidsrecht*, s. 76; *Ertürk*, 205 vd; *Growe*, s. 67.

²⁸ *Truyts, Jan/Baart, Tim: Het niet-concurrentiebeding Een stand van zaken*, Orientatie 1, Januari 1997, s. 1.

²⁹ *Growe*, s. 67.

³⁰ *Ertürk*, 323 vd.

³¹ “...Bu bağlamda, dava konusu rekabet yasağının dayanağı işçinin hizmet akdinden kaynaklanan sadakat borcudur...” Yarg. 9. HD., 13.10.2011, 40014/37170; Yarg. HGK, 22.09.2008, E: 2008/9–517 K: 2008/566, www.legalbank.net. Rekabet yasağı kaydıyla ilgili davalarda görevli mahkemenin tartışıldığı HGK kararına benzer bir eleştiri için bkz. *Soyer, Polat: İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay’ın 2008 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi*, Yargıtay’ın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2008, Ankara 2010, s.13. Nitekim öğretilde de sadakat borcunun açıkça kararlaştırılmasa bile her iş sözleşmesinde var olduğu, rekabet etmeme

dayanağının sadakat borcu olarak nitelendirilmesi, vahim bir kuramsal hatadır. Zira iş hukuku öğretisi, işçinin sadakat borcunun ve dolayısıyla sadakat borcundan kaynaklanan rekabet etmeme yükümlülüğünün iş ilişkisinin sona ermesiyle ortadan kalktığı hususunda görüş birliği içerisinde. Kısaca belirtmek gerekirse, sadakat borcu da aynı rekabet yasağı kaydı gibi, işverenin işletmesel menfaatlerini korumayı amaçlamaktadır. Bununla birlikte, sadakat borcu işçinin sözleşme sonrası rekabetinin işletmesel menfaatler açısından yarattığı tehlikenin önlenmesinde elverişli bir hukuki araç değildir. Çünkü aşağıda inceleyeceğimiz sır saklama borcu bir yana bırakılırsa, sadakat borcunun hukuki etkisi iş ilişkisinin süresiyle sınırlıdır; dolayısıyla iş ilişkisi sona erdiği anda bu hukuki etki de ortadan kalkmaktadır³².

4. Sır Saklama Borcu

İşçinin sır saklama borcu, genel olarak sadakat borcuna dâhil sayılmaktadır³³. Bu bakımdan sır saklama borcu iş sözleşmesinde içkin olup, ayrıca sözleşmeyle kararlaştırılması gerekli değildir³⁴. Ancak sır saklama borcunu sadakat borcuyla bağlantılı öteki yükümlülüklerden ayırt eden özellik, sır saklama yükümlülüğünün belli şartlar altında iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra da sürmesidir. Nitekim Borçlar Kanunu'nda, işçinin iş görme borcunun ifası sırasında öğrendiği üretim ve iş sırları gibi bilgileri iş ilişkisi süresince kendi yararına kullanamayacağı veya başkalarına açıklayamayacağı ve işverenin haklı menfaatinin korunması için gerekli olduğu ölçüde iş ilişkisinin sona ermesinin ardından da sır saklamakla yükümlü olduğunu belirtilmektedir (TBK m. 396/4)³⁵. Alman hukukunda da işçinin iş

borcunun ancak iş sözleşmesi taraflarının bunu kararlaştırmaları halinde ortaya çıktığı, sadakat borcunun yerine getirilmesinin sadece iş sözleşmesinin yürürlüğü sırasında söz konusu olduğu, buna karşılık rekabet yasağından kaynaklanan rekabet etmeme borcunun iş sözleşmesinden sonraki süre içinde yerine getirildiği ifade edilmektedir. Çelik, Nuri: İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 24. Bası, Beta, İstanbul 2010, s. 142.

³² Fransız Yargıtayı sadakat borcunun (*obligation de loyauté*) rekabet yasağı kaydıyla karıştırılmaması gerektiğini, işçinin iş görme edimini ifa ettiği süre boyunca işverenle rekabetten kaçınma yükümlülüğünün sadakat borcundan kaynaklandığını, buna karşılık rekabet yasağı kaydının iş sözleşmesi sona erdikten sonra uygulandığını vurgulamıştır (cass. soc. 17.1.2006, n°04-41814 D, Les contrats de travail et leurs clauses, par l'équipe rédactionnelle de RF social, Collection Les Essentiels RF, Paris 2006, s. 175). Rekabet yasağı kaydından doğan rekabetten kaçınma borcuyla işçinin iş ilişkisi sırasında rekabet etmeme yükümlülüğü arasındaki farkla ilgili olarak ayrıca bkz. Al- Kandari, Fayez: L'obligation de non-concurrence en contrat de travail: etude comparative en droit français et koweïtien, Arab Law Quarterly 2001, Kluwer Law International, s. 158-177.

³³ Growe, s. 65.

³⁴ Growe, s. 65.

³⁵ Belçika İş Sözleşmeleri Kanunu, işçinin iş görme borcunun ifası sırasında öğrendiği üretim ve iş sırlarıyla kişisel ve bilgileri gerek iş ilişkisi süresince gerekse iş sözleşmesinin sona ermesinin ardından açıklamaktan kaçınma borcu yüklemiştir (Artikel 17 3° AOW). Ayrıca üretim sırlarının

ilişkinin son bulmasını izleyen dönemde, iş ve işyeri sırlarıyla ilgili olarak sır saklama borcunun devam ettiği kabul edilmektedir³⁶. Buradan işçinin sır saklama borcuyla rekabet yasağı kaydının ortak bir amaca yöneldikleri anlaşılmaktadır. Söz konusu amaç işçinin, işletmenin vazgeçilmez unsurları arasında yer alan iş ve/veya üretim sırları kendi yararına kullanmasının veya başta rakip işletmeler olmak üzere üçüncü kişilere sızdırmasının önüne geçmektir. Bununla birlikte, sözleşme sonrası sır saklama borcuyla rekabet yasağı arasında bir ayırımı giden Alman öğretisinde sözleşme sonrası sır saklama borcu daha çok konuyla (iş ve işyeri sırları) ilişkilendirilirken, rekabet yasağında kişinin ön planda olduğu ileri sürülmektedir³⁷. Fransız hukukunda üretim yöntemlerini ve işletmenin faaliyetiyle ilgili gizli bilgileri üçüncü kişilere açıklayan işçinin sır saklama borcunu (*obligation de discrétion*) ihlal ettiği ifade edilmektedir³⁸. İş sözleşmesinde, toplu iş sözleşmesinde veya işyeri yönetmeliğinde sır saklama borcuyla ilgili bir düzenlemeye yer verilmese dahi işçinin sır saklamakla yükümlü olduğu belirtilmektedir³⁹.

Özetle ifade edilecek olursa, gerek sır saklama borcu gerekse rekabet yasağı kayıtları işverenin özdeş haklı işletmesel menfaatlerini (iş veya üretim sırları) korumaya dönük hukuki kurumlardır. Özellikle iş ilişkisinden sonra da devam etmesi, sır saklama borcunu sözleşme sonrası rekabet yasağına oldukça yaklaştırmaktadır. Ancak rekabet yasağı kaydından kaynaklanan rekabetten kaçınma borcunu sır saklama yükümlülüğünden farklı kılan temel nokta, rekabet yasağı kaydının işçiye yüklediği borcun sır saklama borcundan çok daha geniş kapsamlı olmasıdır. Öyle ki sır saklama yükümlülüğü, işçiye öğrendiği iş veya üretim sırlarını sadece kendi yararına kullanmama veya başkalarına açıklamama gibi oldukça dar kapsamlı bir borç yüklerken; rekabet yasağı kararlaştırılan işçi kendi hesabına rakip bir işletme açmama, rakip bir işletmede çalışmama veya rakip işletmeyle başka türden bir menfaat ilişkisine girmemek zorundadır. Daha yalın bir anlatımla, sır saklama borcu işçiye rakip bir işletme açmayı veya rakip bir işletmeyle iş sözleşmesi bağitlamayı yasaklamamakta; işçiyi yalnızca öğrendiği iş veya üretim sırlarını kendi yararına kullanmaktan veya başkalarına ifşa etmekten alıkoymaktadır. Bundan

yanıltıcı ve kötü niyetli bir şekilde ifşası Belçika Ceza Kanunu'nun 309. maddesine göre suç oluşturmaktadır. *Geerebaert/Vandebotermert*, s. 86.

³⁶ *Growe*, s. 68.

³⁷ *Growe*, s. 72.

³⁸ *Chénéde/Jourdan*, s. 177.

³⁹ *Chénéde/Jourdan*, s. 177.

dolayı, sır saklama borcunun ve söz konusu borcun art etkisinin işçinin çalışma ve sözleşme özgürlüğüne bir müdahale olarak yorumlanması doğru değildir. Şu kadar ki, işçinin sır saklama borcunun iş ilişkisinden sonra da devam etmesinin işverenin haklı işletmesel menfaatlerinin korunmasında ne ölçüde yeterli olduğu sorgulanmalıdır. Zira iş ilişkisi sırasında işverenin iş veya üretim sırlarına nüfuz eden işçiye ayrıca bir sözleşme sonrası rekabet yasağı getirilmediği takdirde, anılan işçinin iş sözleşmesi sona ermesinin ardından rakip bir işletme kurmasının veya rakip bir işletmede çalışmasının önünde hiçbir hukuki engel bulunmamaktadır. Bu durumdaki bir işçinin iş sırlarını kendi yararına kullanması veya yeni işverene aktarması ise sıra dışı bir olgu olarak nitelendirilemez. Diğer yandan, işçinin öğrendiği iş veya üretim sırlarını kendi hesabına açtığı rakip bir işletme yararına kullandığına veya yeni işverene açıkladığına ilişkin ispat yükü de işverenin üzerindedir. Ancak işverenin sır saklama borcuna aykırı davranıldığını kanıtlaması pek kolay değildir. Sonuç olarak sır saklama borcu, işverenin haklı işletmesel menfaatlerinin korunması açısından tek başına yeterli ve etkili bir araç olmadığından; optimal bir korumanın ancak işçinin sözleşme sonrası çalışma özgürlüğünü kısıtlayan bir yöntem niteliğindeki rekabet yasağı kaydıyla sağlayabileceği vurgulanmalıdır.

5. Sır Saklama Kaydı

İşçinin sır saklama borcu kanundan kaynaklanan bir yükümlülük olmasına karşın, iş sözleşmelerinde giderek artan bir biçimde sır saklama kayıtlarına (*geheimhaltungsklausule/geheimhoudingsbeding/clause de confiance*) yer verildiği görülmektedir⁴⁰. Uygulamada gizlilik kaydı olarak da adlandırılan sır saklama kaydıyla; işçinin iş ilişkisi esnasında ve iş ilişkisinin sona ermesinin ardından işverenin rızasını almaksızın işletmeye, organizasyona ve işverenin iç ve/veya dış bağlantılarına ilişkin gizli bilgileri açıklaması yasaklanmaktadır⁴¹. Ayrıca sır saklama kayıtları çoğunlukla bir ceza koşulu da içermektedir⁴². Bu noktada zaten kanunun

⁴⁰ Nitekim Hollanda doktrininde iş sözleşmesine açıkça böyle bir kayıt konulmasının gerekmediği, zira sır saklamanın sadakat yükümlülüğünün bir parçası olduğu dile getirilmektedir. Bununla beraber işçinin sır saklama yükümlülüğünün sözleşmesel bir kayıt yoluyla yazılı olarak somutlaştırılması yararlı bulunmaktadır. *Bouwens/Houwerzijl/Roozendaal*, s. 90; *Treep*, s. 68.

⁴¹ *Grove*, s. 69; *Loonstra/Zondag*, s. 226. Sır saklama kaydı şöyle formüle edilebilir: 'İşçi işverenin önceden rızası olmaksızın işverenin faaliyetleri ve örgütlenmesiyle iç ve dış bağlantıları hakkındaki bilgileri gerek iş ilişkisi boyunca gerek de iş sözleşmesi sona erdikten sonra üçüncü kişilere veremez'

⁴² *Grove*, s. 69; *Treep*, s. 68. *Yenisey*, Kübra Doğan/Öztürk, Özgür: İşçinin Sözleşme Sonrası Ticari Sırları Saklama Yükümlülüğü, Devrim Ulucan'a Armağan, Legal, İstanbul 2008, s. 399-457.

işçiye bir sır saklama yükümlülüğü getirdiği, dolayısıyla iş sözleşmesine ayrıca bir sır saklama kaydı konulmasının gereksiz olduğu öne sürülebilir. Gerçekten iş sözleşmesinde spesifik bir sır saklama kaydına yer verilmese dahi, işçi işyerine ait gizli ve mahrem bilgileri dışarıya sızdıramaz⁴³. Ne var ki sır saklama kaydının işverenin haklı işletmesel menfaatlerine ek bir koruma sağladığı çok açıktır. Çünkü işletmeye ilişkin bilgiler, iş veya üretim sırlarından ibaret değildir. Ayrıca iş sırrı kavramının tanımı ve içeriği de yasal sır saklama borcunun kapsamını oldukça daraltmaktadır. Şu halde sır saklama kaydı; iş organizasyonuna, işyerinde yapılan işlere ve müşterilere ilişkin bir takım bilgilerin gizli kalmasını ve söz konusu bilgilerin başta rakip işletmeler olmak üzere üçüncü kişilerin eline geçmesini engellemek isteyen işverenler açısından son derece yararlı ve amaca uygun bir hukuki araçtır. Buna karşılık, sır saklama borcunun işletmesel menfaatlerin korunmasında her zaman yeterli olmadığına yönelik saptamalar, sır saklama kayıtları için de evleviyetle geçerlidir. Her şeyden önce, işçinin sır saklama kaydına aykırı davrandığının ispatlanması pek kolay değildir⁴⁴. İşçinin sır saklama kaydını ihlal ettiğine ilişkin ispat yükü işverenin üzerinde olup, işveren gizli bilgiyi basına veya rakip işletmelere kimin sızdırdığını ortaya koymak durumundadır⁴⁵. Kaldı ki işçinin sır saklama borcuna aykırı davrandığına tanıklık edebilecek kişilerle rakip işletme arasında genelde bir bağımlılık ilişkisinin var olması borca aykırılığın kanıtlanmasını oldukça güçleştirmektedir⁴⁶. Bununla beraber, işletmesel verilere ait fotokopilerle dolu bir kutuyu (örneğin bir değerlendirme merkezinin *know-how* sisteminin tamamını) evine götüren işçinin tutarlı bir savunma yapmasının çok zor olduğu kaydedilmektedir⁴⁷. Aynı tespitin çalışma saatleri içinde rakip işletmelere fiyatlar ve tedarikçilerle ilgili bilgiler içeren elektronik postalar gönderen işçi için de geçerli olduğu belirtilmektedir⁴⁸. Gerek Türk hukukunda gerekse karşılaştırmalı hukuk incelemesi çerçevesinde ele aldığımız yabancı hukuk sistemlerinde, mevzuat sır saklama kaydını düzenleyen bir norm içermemektedir. Dolayısıyla hukuka uygun bir sır saklama kaydının hangi koşullara tabi olduğu açık değildir. Bununla birlikte, sır saklama kaydının rekabet yasağı kaydıyla ortak noktalarından yola çıkarak sır saklama kayıtlarının rekabet yasağı kaydının özel bir türü olduğu ve rekabet yasağını

⁴³ Growe, s. 65; Van Genderen/Fluit/Stefels/Witte/De Wolff, s. 163.

⁴⁴ Growe, s. 73.

⁴⁵ Growe, s. 72–73; Loonstra/Zondag, s. 227.

⁴⁶ Growe, s. 73.

⁴⁷ Loonstra/Zondag, s. 227.

⁴⁸ Loonstra/Zondag, s. 227.

düzenleyen kanun hükümlerinin sır saklama kayıtlarına da uygulanması gerektiği iddia edilebilir⁴⁹. Ancak rekabet yasağına ilişkin kanun hükümlerinin sır saklama kayıtlarını da kapsadığını ileri süren görüşün yerindeliğinin son derece kuşkuludur⁵⁰. Özellikle amaç ve içerik bakımından, rekabet yasağı kaydıyla sır saklama kayıtları arasında kısmi bir benzerlikten söz edilebilir. Ne var ki bu yakınlık, sır saklama kaydının rekabet yasağı kaydının bir alt türü olarak nitelendirilmesi veya rekabet yasağını düzenleyen normatif kuralların kıyasen sır saklama kayıtlarına da uygulanması için asla yeterli değildir⁵¹. Gerçekten işçiye işten ayrıldıktan sonra kendi hesabına rakip bir işletme açmama veya rakip bir işletmede çalışmama borcu yükleyen rekabet yasağı kaydı, işçinin çalışma ve sözleşme özgürlüğüne ağır bir müdahale anlamına gelmektedir. Buna karşın sır saklama kaydı, iş sözleşmesi sona eren işçinin kendi hesabına rakip bir işletme açma veya rakip bir firmayla iş ilişkisi kurma olanağını bertaraf etmemekte, işçiye yalnızca işletmeye ait bir takım bilgileri açıklama yasağı getirmektedir⁵². O halde sır saklama kaydı, işçinin çalışma özgürlüğünü kural olarak sınırlamadığından; söz konusu kaydın rekabet yasağı kaydına ilişkin sınırlamalara tabi olduğu söylenemez⁵³. Bununla beraber, sır saklama kayıtları mutlaka bir içerik denetiminden geçirilmelidir. Hâkimin sır saklama kayıtlarına uygulayacağı denetimde kanunda geçen '*işverenin haklı menfaatinin korunması için gerekli olduğu ölçüde*' ifadesi temel ölçüt olarak benimsenmeli, korunmasında işverenin haklı menfaati bulunmayan bilgilerin işçi tarafından kullanılması veya işçinin bu bilgileri üçüncü kişilere açıklaması hukuka uygun kabul edilmelidir. Tüm bu açıklamalar ışığında, iş veya üretim sırları hakkında bilgi sahibi işçinin iş sözleşmesinin sona ermesinin ardından işverenin haklı işletmesel menfaatlerine vereceği zararın önlenmesinde sır saklama kaydının rekabet yasağı kaydına alternatif bir seçenek olmadığı anlaşılmaktadır.

⁴⁹Yenisey/Öztürk, s. 425–429.

⁵⁰Loonstra/Zondag, s. 227.

⁵¹Fransız Yargıtayı sır saklama kaydının rekabet yasağı kaydıyla karıştırılmaması gerektiğini belirterek sır saklama kaydının rekabet yasağı kaydıyla aynı hukuki etkiyi yaratamayacağına hükmetmiştir. Cass. soc. 21.5.2002, BC V n ° 169 (Les contrats de travail et leurs clauses, par l'équipe rédactionnelle de RF social'den naklen, s. 175) Alman hukukunda da baskın eğilim, sır saklama kayıtlarının rekabet yasağı kaydına ilişkin kurallara tabi olmadığı doğrultusundadır. Dolayısıyla işverenin sır saklama kaydını kabul eden işçiye karşı edim ödemesi gerekmemektedir. Bununla birlikte, bazı yazarlar rekabet yasağındaki iki yıllık maksimum sürenin kıyasen sır saklama kayıtlarına uygulanması gerektiğini savunmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. *Grove*, s. 70.

⁵²Nitekim öğretide rekabet yasağı kaydıyla işçinin gerek bizzat gerekse bir başka işverenle ilişkili olarak yürüteceği faaliyetler yasaklanırken, sır saklama kaydıyla işçinin rakip işletmede çalışmasının değil, sırları açıklamasının yasaklandığı belirtilmektedir. *Yenisey/Öztürk*, s. 426.

⁵³Ancak Alman öğretisinde işçinin mesleki gelişimini engelleyen sır saklama kayıtlarının da sözleşme sonrası rekabet yasağı gibi değerlendirilmesi gerektiği ileri sürülmektedir. *Schmid*, s. 118.

6. Müşteri Çevresini Koruma Kaydı

Müşteri çevresini koruma kaydı (*kundenschutzklausel, relatiebeding, clause de protection de la clientèle*), işçinin iş ilişkisinin sona ermesinin ardından belli bir süre boyunca işverenin müşterileriyle iş yapmamayı ve ilişki kurmamayı üstlendiği bir sözleşmedir⁵⁴. Müşteri çevresini koruma kaydı, rekabet yasağı kaydından farklı olarak, işçinin iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra eski işvereniyle rekabet etmesini yasaklamamaktadır. Aksine iş sözleşmesinde müşteri çevresini koruma kaydı bulunan işçi, rakip bir işletmede çalışabileceği gibi kendi hesabına rakip bir işletme de açabilir⁵⁵. İşverenin müşteri çevresini koruma kaydı kararlaştırdığı işçi, yalnızca, iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra belli bir süre boyunca eski işverenin müşterilerini ayartmamakla yükümlüdür⁵⁶. Aynı rekabet yasağı kaydı gibi, müşteri çevresini koruma kaydı da çoğu zaman bir ceza koşulu içermektedir⁵⁷. Müşteri çevresini koruma kaydının konusunu oluşturan edim, farklı görünüm alabilmektedir. Buna göre, işçinin eski işverenin müşterileriyle ticari ilişki kurması yasaklanabileceği gibi, işçinin müşterilerin işlerini yapmaması da kararlaştırılabilir⁵⁸. Ayrıca müşteri çevresi kaydının hukuki himayeden yararlanabilmesi için, tarafların müşteri veya bağlantı⁵⁹ kavramından ne anladıklarını tam olarak tanımlamaları gerektiği iddia edilmektedir⁶⁰. Öte yandan işten ayrıldıktan sonra farklı bir sektörde çalışan işçinin eski işverenin müşterileriyle ilişki kurmasının yasaklanamayacağı dile getirilmektedir⁶¹. Böyle bir durumda, eski işverenin hukuken korunmaya değer

⁵⁴ Bolte, H.J.: *Arbeidsrecht, maandblad voor de praktijk*, Kluwer, 2001, s. 34; *Bouwens/Duk*, s. 211; *Kingma, E.W.*: Het relatiebeding, concurrentie voor het concurrentiebeding?, *ArbeidIntegraal*, 2005/2, s. 83. *Rudolph*, La problématique de la prohibition de faire concurrence, 101 (Makalenin Almanca metni için bkz. *Fokus Arbeitsrecht: Sorgenkind Konkurrenzverbot*, TREX 2010 s. 88-92); *Treep*, s. 67; *Van Genderen/Fluit/Stefels/Witte/De Wolff*, s. 159; *Van Grinsven/Geugjes*, s. 88.

⁵⁵ *Rudolph*, La problématique de la prohibition de faire concurrence, 101 (Makalenin Almanca metni için bkz. *Fokus Arbeitsrecht: Sorgenkind Konkurrenzverbot*, TREX 2010 s. 88-92)

⁵⁶ *Rudolph*, La problématique de la prohibition de faire concurrence, 101 (Makalenin Almanca metni için bkz. *Fokus Arbeitsrecht: Sorgenkind Konkurrenzverbot*, TREX 2010 s. 88-92)

⁵⁷ *Rudolph*, La problématique de la prohibition de faire concurrence, 101 (Makalenin Almanca metni için bkz. *Fokus Arbeitsrecht: Sorgenkind Konkurrenzverbot*, TREX 2010 s. 88-92); *Treep*, s. 67

⁵⁸ Hollanda uygulamasında genellikle işçinin işverenin ticari müşterileriyle ilişki kurmasını yasaklayan kayıtlara yaygın bir şekilde başvurulduğu dile getirilmektedir. *Kingma*, s. 83. Almanya'da ise serbest mesleklerle hizmet sektöründeki işyerlerinde çalışan işçilerle ve hatta satış temsilcileriyle rekabet yasağı kaydı yerine müşteri çevresini koruma kaydı kararlaştırıldığı belirtilmektedir. *Bauer/Diller*, s. 122 vd.

⁵⁹ Hollanda'da müşteri çevresi koruma kayıtlarının çoğunda müşteri (*klant*) kavramı yerine bağlantı (*relatie*) kavramı tercih edilmektedir. *Bolte*, s. 36.

⁶⁰ *Bolte*, s. 36.

⁶¹ Örneğin yeni işverenin yanında kahve makinesi satan bir bilgisayar satıcısının eski müşterilerine kahve makinesi satması engellenemez. *Bolte*, s. 36.

herhangi bir menfaatinden söz edilemeyeceği belirtilmektedir⁶². Bazı müşteri çevresini koruma kayıtlarında ‘*potansiyel müşteri*’ kavramı kullanılmakla birlikte; böylesine geniş bir tanımın hukuka uygun olmadığı, çünkü işçiye tamamen muğlâk bir borç yüklenemeyeceği kaydedilmektedir⁶³. Tartışmalı nokta, rekabet yasağı kaydını düzenleyen kuralların müşteri çevresini koruma kayıtlarına da uygulanıp uygulanmayacağıdır⁶⁴. Müşteri çevresi kaydını rekabet yasağı kaydının bir türü olarak görüldüğü Alman hukukunda, müşteri çevresini koruma kayıtları için de rekabet yasağına ilişkin yasal koşullar aranmakta ve işverenin haklı bir işletmesel menfaatini korumak amacıyla kararlaştırılmayan müşteri çevresi kayıtlarının işçiyi bağlamayacağı kabul edilmektedir⁶⁵. Yasak genellikle sadece ilgili işçinin şahsen ilişki kurduğu müşterileri veya müvekkili kapsayacaktır. Bundan başka, işçinin yıllar önce temasa geçtiği eski bir müşteriyle ilişki kurmasının yasak kapsamına dâhil edilemeyeceği vurgulanmaktadır⁶⁶. Alman Yargıtayı işten ayrılan işçinin son iki yıl içinde temas kurduğu müşterileri kapsayan bir kaydı geçerli saymıştır. Anılan kararda, işçinin son iki yıllık dönemden daha önce temas kurduğu müşterilerle kişisel ilişkisinin aradan geçen zaman nedeniyle soğumuş olacağına da işaret edilmektedir⁶⁷. Buna karşılık, kimi istinaf mahkemeleri müşteri çevresini koruma kaydının işçinin fiilen müşterisi olmayan, ancak ön görüşme yürütülen kişileri kapsamının caiz olmadığına hükmetmiştir⁶⁸. Fransız hukukunda rekabet yasağı kaydının geçerlilik koşullarının müşteri çevresini koruma kayıtlarında aranıp aranmayacağı sorusuna net bir yanıt verilmemiştir. Öncelikle rekabet yasağı kaydıyla müşteri çevresini koruma kaydının ortak noktalarından söz edilerek; her iki kaydın da işletmesel menfaatleri ve özellikle müşteri çevresini korumayı amaçladığı, işçinin mesleki faaliyetini serbestçe icra etme özgürlüğüne bir takım kısıtlamalar getirdiği ve bu yüzden müşteri çevresi kaydının rekabet yasağı kaydının hafif bir türü sayıldığı belirtilmektedir⁶⁹. Ayrıca müşteri çevresini koruma kaydıyla getirilen kısıtlamanın daha az olduğu durumlarda müşteri çevresini koruma kaydının rekabet yasağı kaydının geçerlilik koşullarına tabi olmadığı ileri sürülebileceği, ancak kaydın geçersizlik yaptırımıyla karşılaşmasını arzulamayan işverenin miktarı düşük olsa dahi bir karşı edim üstlenmesinin yararlı

⁶² Bolte, s. 36.

⁶³ Bolte, s. 36.

⁶⁴ Treep, s. 67.

⁶⁵ Bauer/Diller, s. 122 vd; Schmid, s. 119.

⁶⁶ Bauer/Diller, s. 122 vd.

⁶⁷ BGH 8.5.2000 NJW 2000, 2584; aynı doğrultuda BAG 7.8.2002 AP 4 zu § 75 d HGB

⁶⁸ OLG Düsseldorf 1.8.2003 – I-17 U 27/03, OLG Köln 5.10.200 NZG 2001, s. 165.

⁶⁹ Antonmattei, s. 84.

olacağı savunulmaktadır⁷⁰. Hollanda hukukunda baskın görüş, müşteri çevresini koruma kaydını rekabet yasağı kaydının bir çeşidi olarak algılamakta ve böylece rekabet yasağına ilişkin kanun hükümlerinin müşteri çevresini koruma kaydına da uygulanacağını savunmaktadır⁷¹. Bununla birlikte müşteri çevresini koruma kaydının işçinin çalışma özgürlüğünü klasik bir rekabet yasağı kaydı kadar sınırlamadığı, dolayısıyla müşteri çevresini koruma kaydının tamamen veya kısmen geçersiz sayılmasına yönelik bir talebin başarı şansının klasik bir rekabet yasağı kaydına oranla daha düşük olduğu kabul edilmektedir⁷². Sonuç olarak, maddedeki '*belli bir şekilde çalışıyor olma*' (*op zekere wijze werkzaam te zijn*) ibaresinin geniş yorumlanması gerektiği, müşteri çevresini koruma kaydının işçiye iş ilişkisinin bitiminden sonraki çalışmasıyla ilgili olarak sınırlamalar koyduğu, böylece işçinin iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra hayatını idame ettirme olanaklarını kısıtladığı ve bu gerekçeler ışığında müşteri çevresini koruma kaydının yasal düzenleme (7:653 BW) anlamında bir rekabet yasağı kaydı olduğu vurgulanmaktadır⁷³. Buna karşılık Hollanda öğretisinde azınlıkta kalan bir görüş, müşteri çevresini koruma kaydının işçinin çalışmasını değil, müşterilerle ticari ilişki kurmasını yasakladığı gerekçesiyle rekabet yasağına ilişkin kanun hükümlerinin müşteri çevresini koruma kayıtlarına uygulanamayacağı savını ortaya atmıştır⁷⁴. Bu bağlamda müşteri çevresini koruma kaydının işçinin çalışma özgürlüğünü (*vrijheid van arbeidskeuze*) sınırlamadığı ve sadece işçinin belli bir süre boyunca eski işverenin müşterileriyle temas kurmasını yasakladığı kaydedilmektedir⁷⁵. Nitekim Hollanda yargı kararlarında aykırı bir içtihadı da rastlanmaktadır. Utrecht Sulh Hukuk Mahkemesi 24.6.2003 tarihli bir kararında müşteri çevresini koruma kaydının 7:653 BW anlamında bir rekabet yasağı kaydı olmadığını hükme bağlanmıştır. Mahkemeye göre rekabet yasağı kaydının yasal tanımında ayırt edici unsur, işçinin iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra herhangi bir şekilde çalışmasının yasaklanmasıdır. Buna göre, rekabet yasağı kaydı işçinin belli nitelikte faaliyetlerde bulunmasını veya başka bir işverenin yanında işe girmesini engellemektedir. Somut olayda işçinin danışman olarak çalışmasının veya

⁷⁰Antonmattei, s. 85.

⁷¹Bolte, s. 34; Bouwens/Duk, s. 211; Kingma, s. 84; Van Genderen/Fluit/Stefels/Witte/De Wolff, s.159.

⁷²Bouwens/Duk, s. 211; Kingma, s. 84. Bununla birlikte müşteri çevresini koruma kaydının ölçülü bir rekabet yasağı kaydı olmadığı, tersine müşteri çevresini koruma kaydının işçiye bazen klasik bir rekabet yasağı kaydından bile daha fazla olumsuz etkileyebileceği iddia edilmektedir. bkz. Bolte, s. 37.

⁷³Kingma, s. 84. Aynı yönde Bolte, 34; Van Genderen/Fluit/Stefels/Witte/De Wolff, s. 159. Ancak müşteri çevresini koruma kaydının işçinin çalışma özgürlüğünü klasik bir rekabet yasağı kadar kısıtlayabileceği olguların varlığına işaret edilmektedir. Bouwens/Duk, s. 211.

⁷⁴Heerma van Voss, G.J./Van der Heijden, P.F.: Kroniek van het Sociaal Recht, NJB 2000/31, s.1552.

⁷⁵Treep, s. 67.

rakip bir işletmede işe başlamasının yasaklanmadığı hakkında taraflar arasında uyumsuzluk bulunmadığını belirten hâkim, iş sözleşmesindeki kaydın işçiye sadece işverenin müvekkilleriyle ilişki kurmama yasağı koyduğunu ve işçinin rakip bir işletmede danışman sıfatıyla çalışmasının serbest olduğunu belirterek işçinin rekabet yasağı kaydına ilişkin yasal düzenlemeden kaynaklanan talebini reddetmiştir⁷⁶. Rekabet yasağı kaydını düzenleyen kanun hükümlerinin müşteri çevresini koruma kayıtlarına uygulanıp uygulanmayacağı İsviçre öğretisi tarafından da ele alınmıştır⁷⁷. Belirtelim ki, müşteri çevresini koruma kayıtlarının işçinin çalışma özgürlüğünü klasik rekabet yasağı kayıtları kadar kısıtlamamasına rağmen; İsviçre Federal Mahkemesi, rekabet yasağı kaydını düzenleyen hukuk normlarının bu kayıtlara da uygulanacağına karar vermiştir⁷⁸. Dolayısıyla müşteri çevresi kayıtları da yazılı şekilde kararlaştırılmalı ve işçinin ekonomik geleceğini hakkaniyete aykırı olarak tehlikeye atacak bir şekilde yer, süre ve işlerin türü bakımından uygun olmayan sınırlamalar içermemelidir⁷⁹.

Türk hukukunda işçinin işverenin müşterileriyle veya müvekkilleriyle ilişki kurmasını yasaklayan kayıtlara ilişkin herhangi bir yasal düzenleme yoktur. Üstelik tespit edebildiğimiz kadarıyla, müşteri çevresini koruma kayıtlarının ele alındığı bir yerel mahkeme veya Yargıtay kararı da bulunmamaktadır. Şüphesiz tarafların sözleşme özgürlüğü çerçevesinde iş sözleşmesine böyle bir kayıt koymasının veya iş ilişkisi devam ederken ayrı bir sözleşme akdetmesinin önünde bir engel yoktur. Sorun rekabet yasağını düzenleyen hükümlerin müşteri çevresini koruma kayıtlarına da uygulanıp uygulanmayacağı noktasında toplanmaktadır. Kanunda rekabet yasağı kaydı, işçinin 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 bir işletmeyle başka türden bir menfaat ilişkisine girmekten kaçınması olarak tanımlanmaktadır (TBK m. 444/1). Rekabet etmeme borcunun konusu işçinin eski işvereniyle rekabetten kaçınması olup; madde metninde geçen ‘*özellikle*’ sözcüğünden de anlaşılacağı üzere, işçinin kendi hesabına rakip bir işletme açması,

⁷⁶Kingma, s. 84.

⁷⁷Rudolph, La problématique de la prohibition de faire concurrence, 101. (Makalenin Almanca metni için bkz. Fokus Arbeitsrecht: Sorgenkind Konkurrenzverbot, TREX 2010 s. 88–92)

⁷⁸ATF 130 III, 343 (Rudolph, La problématique de la prohibition de faire concurrence’ dan naklen, s. 101)

⁷⁹Rudolph, La problématique de la prohibition de faire concurrence, 101.(Makalenin Almanca metni için bkz. Fokus Arbeitsrecht: Sorgenkind Konkurrenzverbot, TREX 2010 s. 88–92)

rakip bir işletmede çalışması veya bunların dışında rakip bir işletmeyle başka türden bir menfaat ilişkisine girmesi örneksene yöntemiyle sayılmıştır. İşçinin önceki işverenin müşteriilerini ayartarak bunlarla ticari ilişki kurması, sözleşme akdetmesi veya diğer bir hukuki işlem yapması da rekabetin bir türüdür. Üstelik iş ilişkisinin işçiye işverenin müşteri çevresi veya iş/üretim sırları hakkında bilgi edinme imkânı sağlaması, rekabet yasağı kaydının bağlayıcılık koşulunun bir unsurudur. Gerçekten işletmenin gayri-maddi değerleri arasında yer alan müşteri çevresinin korunmasında işverenin haklı bir işletmesel menfaatinin bulunduğu tartışmasız bir biçimde kabul edilmektedir. Şu halde işçiye müşterilerle veya müvekkillerle ticari ilişki kurma ve sözleşme akdetme yasağı getiren iş sözleşmesi kayıtları caiz olup, bu kayıtlar rekabet yasağı kaydının bir türü olarak değerlendirilmelidir. Kaldı ki işçiye kendi hesabına rakip bir işletme açmayı veya rakip bir işletmede çalışmayı yasaklayan klasik rekabet yasağı kayıtları kadar olmamakla birlikte, müşteri çevresini koruma kayıtları da işçinin çalışma ve sözleşme özgürlüğünü sınırlamaktadır. Gerçi işverenin müşteri çevresiyle temas kurmamayı yükümlenen işçinin çalışma ve sözleşme özgürlüğünün, rakip bir işletmede çalışması yasaklanan bir işçi kadar kısıtlandığı söylenemez. Ne var ki müşteri çevresini koruma kayıtlarının işçinin çalışma ve sözleşme özgürlüğünü klasik rekabet yasağı kayıtlarından daha az kısıtlaması, müşteri çevresini koruma kayıtlarının da rekabet yasağı kayıtlarının farklı bir görünüm biçimi olduğu gerçeğini değiştirmemektedir. Müşteri çevresini koruma kaydıyla işçiye yüklenen borcun rekabet etmeme borcunun bir türü olarak kabul edilmesinin sonucu, rekabet yasağına ilişkin yasa hükümlerinin müşteri çevresi kayıtlarına da uygulanmasıdır. Dolayısıyla müşteri çevresini koruma sözleşmesi, ancak fiil ehliyetine sahip olan bir işçiyle ve yazılı şekilde kurulabilecek; fakat böyle bir sözleşme müşteri çevresi hakkında bilgi edinme imkânından yoksun bir işçiyi bağlamayacaktır. Ayrıca müşterilerle ilişki kurma yasağı, işçinin ekonomik geleceğini hakkaniyete aykırı olarak tehlikeye düşürecek biçimde yer, zaman ve işlerin türü bakımından uygun olmayan sınırlamalar içermeyecek ve süresi, özel durum ve koşullar dışında iki yılı aşamayacak; hâkim de aşırı nitelikteki bir müşterilerle ilişki kurma yasağını kapsamı veya süresi bakımından daraltabilecektir. Ekleyelim ki klasik rekabet yasağı kayıtlarının tersine; müşteri çevresi koruma kaydının işçinin çalışma ve sözleşme özgürlüğüne getirdiği sınırlama, çoğu kez işçinin ekonomik geleceğini hakkaniyete aykırı olarak tehlikeye düşürecek boyutlara varmamaktadır. Zira iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra işverenin müşterileriyle temas kurmaktan kaçınmayı üstlenen

işçinin rakip bir işletmede çalışmasında veya kendi hesabına rakip bir işletme açmasında herhangi bir sakınca yoktur; dolayısıyla böyle bir kaydı kabul eden işçinin eski işverenin müşterilerinden uzak durması yeterlidir. Bununla beraber, çok geniş bir müşteri portföyüne sahip bir işverenin işçiye tüm müşterilerle temas kurma yasağı koymasının, işçinin çalışma ve sözleşme özgürlüğüne yönelik çok ağır bir müdahale teşkil edeceği ortadadır. Böyle bir durumda hâkim sınırlama yetkisini kullanmalı ve yasağın konu bakımından kapsamının işverenin haklı işletmesel menfaatlerini aşan kısmının geçersizliğine hükmetmelidir. İşverenin haklı işletmesel menfaatlerinin korunmasında işçinin işverenin müşteri çevresiyle ilişki kurmaması yeterliyse, hâkim müdahale yetkisini kullanarak somut olaydaki rekabet yasağı kaydını müşteri çevresini koruma kaydına tahvil edebilir.

Müşteri çevresi koruma kayıtlarının uygulamada son derece yararlı olabileceği bir alan, avukatlık mesleğidir⁸⁰. Bilindiği üzere geçtiğimiz yıllarda hukuk fakültelerinin sayısının ve buna paralel olarak mezun sayısının artması, Avukatlık Kanunu'nun hiçbir bir sınav koşulu aramaksızın her hukuk fakültesine mezununa baro levhasına kayıt olabilme olanağını sunması, avukat sayısında bir patlama yaşanmasına yol açmış; avukat sayısındaki bu artış da 'işçi avukat' gibi giderek yaygınlaşan yeni bir olguyu gündeme getirmiştir. Deneyimli ve kıdemli bir başka avukatın yanında iş sözleşmesiyle çalışan bu avukatların büyük bir çoğunluğunun nihai hedefi, ileride bir gün bağımlı olmaktan kurtularak aynı patronları gibi kendi müvekkil çevrelere sahip olmaktadır. Böyle bir müvekkil çevresi oluşturmanın en kestirme yolu, işveren avukatın müvekkil çevresinin ayarılmasıdır. Gerçekten işçi avukat zamanla işverenin müvekkilleriyle yoğun kişisel ilişkiler kurmakta ve iş sözleşmesini feshedip avukatlığı serbest meslek olarak icra etmeye başlamasının ardından eski işverenin müvekkil çevresinin tamamını veya bir kısmını kendi bürosuna çekebilmektedir. Şu halde, işveren sıfatını haiz bir avukatın bürosunda çalıştırdığı avukatların iş sözleşmesine müşteri çevresi koruma kaydı koymasında

⁸⁰ İsviçre hukukunda belli meslek gruplarıyla karşılaştırılan rekabet yasağı kayıtları (hekimler, diş hekimleri, mimarlar ve avukatlar) geçersiz kabul edilmekte veya katı bir şekilde sınırlanmaktadır. Buna gerekçe olarak, serbest meslek mensuplarının müşteri çevresiyle ilgili başarısında kişisel kapasitenin belirleyici rol oynadığı ileri sürülmektedir. Ancak aksi yönde yargı kararlarına da rastlanmaktadır. Ayrıca müşteriyle arasındaki kişisel bağın ve bu yakın bağın rekabet yasağı kaydını geçersiz hale getirdiğinin somut olayda işçi tarafından kanıtlanmasının gerektiğine işaret edilmektedir. *Rudolph, La problématique de la prohibition de faire concurrence*, s. 100–101. (Makalenin Almanca metni için bkz. Fokus Arbeitsrecht: Sorgenkind Konkurrenzverbot, TREX 2010 s. 88–92).

haklı bir menfaatin varlığı tartışmasıdır⁸¹. Ancak böyle bir kaydın avukatlık mesleğini bağımsız olarak icra etmeye karar vermiş bir avukatın ekonomik geleceğini tehlikeye düşürmemesi gerekir. Örneğin iş sözleşmesiyle çalışan avukata vekâlet sözleşmesi sona ermiş bir müvekkilin vekâletini alma yasağı getirilemez. Diğer bir anlatımla, işçi avukatın iş sözleşmesinin sona erdiği tarihte işveren avukatla müvekkil arasında vekâlet ilişkisinin sürüyor olması şarttır. Alman hukukunda da iş sözleşmesiyle çalışan avukatlarla rekabet veya müvekkillerle ilişki kurma yasağı kararlaştırılabileceği belirtilmektedir⁸². Bu bağlamda rekabet veya müvekkillerle ilişki kurma yasağı kayıtlarının avukatın müvekkilini mahkeme önünde temsil etme hakkının ancak kanunla sınırlanabileceğini öngören kanun maddesine (§ 3 BRAO) aykırı sayılmadığı, çünkü bu düzenlemenin yalnız devlet kaynaklı müdahaleleri yasakladığı, ancak bu hakkı kısıtlayan özel hukuk sözleşmelerinin caiz olduğu ifade edilmektedir⁸³. Ayrıca avukatın özgürce seçme hakkının avukatlarla kararlaştırılan rekabet/müşteri çevresini koruma kayıtlarıyla çelişmediği, zira avukatın sözleşme yapmaya zorlanamayacağı ve hiçbir müvekkilin de belli bir avuktan vekâletini üstlenmesini talep edemeyeceği vurgulanmaktadır⁸⁴. Fransız hukukunda iş sözleşmesiyle çalışan avukatların ve mali müşavirlerin iş sözleşmelerine müşteri çevresini koruma kaydı koyulması çok yaygın bir uygulamadır⁸⁵. Zira Avukatlık Kanunu'nun 7. maddesinde, ortaklık sözleşmesinin veya iş sözleşmesinin ortağın veya işçinin ileride ayrı bir avukatlık bürosu kurma özgürlüğünü sınırlandıracak bir hüküm içermeyeceği düzenlenmiştir⁸⁶. Avukatlık Kanunu işveren avukatla işçi avukat arasında rekabet yasağı kaydı kararlaştırılmasını yasakladığından, avukatlık

⁸¹ Alman hukukunda mali müşavirlik, avukatlık ve bilânço denetçiliği gibi birçok meslekte eski işverenin müşterilerinin/müvekkillerin ayartılması meslek hukuku kurallarınca yasaklanmıştır. Bu düzenlemeler genel olarak işten ayrılan işçinin eski işverenin müşterileriyle/müvekkilleriyle çalışmasını engellemekte, sadece müvekkili/müşteriyi kendine çekme amacıyla yüzyüze görüşme örneğinde olduğu gibi bilinçli bir ayartmayı yasaklamaktadır. Ayartma yasağı (*Abwerbeverbot*) sıklıkla iş sözleşmesine de alınmaktadır. Bu kayıtlar doktrinde sınırlı müşteri çevresini koruma kayıtları (*Beschränkte Mandantenschutzklauseln*) olarak adlandırılmaktadır. Alman Federal İş Mahkemesi meslek kurallarını tekrarlayan bu kayıtların rekabet yasağına ilişkin yasal düzenlemenin kapsamına girmediğine karar vermiştir (16.7.1971 AP 25 zu § 611 BGB, *Bauer/Diller*'den naklen). İşten ayrılan işçiye bilinçli ayartmanın yanında önceki işverenin müşterileriyle/müvekkilleriyle her türlü ilişkiye girmeyi yasaklayan kayıtlara ise genel müşteri/müvekkil çevresini koruma kayıtları (*Allgemeine Mandantenschutzklauseln*) denilmektedir. *Bauer/Diller*, s. 100.

⁸² *Bauer/Diller*, s. 100.

⁸³ *Bauer/Diller*, s. 141.

⁸⁴ *Bauer/Diller*, s. 141.

⁸⁵ Les contrats de travail et leurs clauses, par l'équipe rédactionnelle de RF social, s. 199.

⁸⁶ *Antonmattei*, s. 85.

büroları istihdam ettikleri avukatların iş sözleşmelerine müşteri çevresi kaydı koymakla yetinmektedir⁸⁷.

IV. Rekabet Yasasıyla Çatışan Menfaatler

1. Bireysel Menfaat: İşçinin Çalışma ve Sözleşme Özgürlüğü

Çalışma ve sözleşme özgürlüğü serbest piyasaya ekonomisinin vazgeçilmez unsurları arasında yer almakta olup, işçilerin de en az diğer kişiler kadar bu temel hakka sahip olduğunda herhangi bir kuşku yoktur. Nitekim on dokuzuncu yüzyılda ortaya çıkan klasik haklar arasında yer alan çalışma özgürlüğü, çağdaş ulusal üstü hukuki metinler tarafından da güvence altına alınmıştır. Örneğin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesi; herkesin özel yaşamına saygı gösterilmesi hakkına sahip olduğunu kurala bağlamaktadır. Bu hak bireyin diğer hukuk sülheleriyle sözleşme kurma ve kendini geliştirme hakkını da kapsamakta ve mesleki faaliyetler de bu çerçevede değerlendirilmektedir⁸⁸. Nitekim Avrupa anayasalarına göz atıldığında, çalışma özgürlüğü ilkesine temel haklar arasında yer verildiği hemen göze çarpmaktadır. Örneğin Alman Anayasasına göre, her Alman çalışma yerini serbestçe seçme hakkına sahiptir (Art. 12 GG)⁸⁹. İşini serbestçe seçme hakkını ilk olarak 1983 yılında düzenleyen Hollanda Anayasası, kanunla gösterilen sınırlamalar saklı kalmak üzere, her Hollandalıya işini serbestçe seçme hakkı (*vrije keuze van arbeid*) tanınmıştır (art. 19 lid 3 GW)⁹⁰. Fransız Anayasası'nın dibacesinde herkesin çalışma ödevi ve bir işte istihdam edilme hakkı bulunduğu belirtilmektedir. Bu çerçevede Fransız öğretisi, çalışma özgürlüğünden açıkça söz etmeyen dibacenin çalışma hakkına işaret ettiğini dile getirmektedir⁹¹. İsviçre Anayasası'nın girişim ve meslek özgürlüğünü düzenleyen 31. maddesi uyarınca, her vatandaş iş gücünü serbestçe kullanabilir. Eş söyleyişle, vatandaşa diğerleriyle serbestçe rekabet etme

⁸⁷Antonmattei, s. 85. Avukatların sözleşmelerinde yer alan müşteri (müvekkil) çevresini koruma kayıtlarına şöyle bir örnek verilmektedir: 'Avukat iş sözleşmesinin sona ermesinden itibaren iki yıllık bir süre boyunca bürosundan eski bir müvekkilinin vekilliğini üstlenmeden önce durumu taahhütlü bir mektupla büroya bildirerek izin almak zorundadır. Müvekkilden avukatın iş sözleşmesinin ifası sırasında ilişkide olduğu kişi anlaşılır.'

⁸⁸Damy, s. 1025.

⁸⁹Bauer/Diller, s. 7 vd.

⁹⁰Quist, s. 2-3. 28 167 sayılı kadük tasarının Hollanda Anayasası'nın 19/3. maddesi ışığında değerlendirilmesi için bkz. Loonstra, Het nieuwe art. 7:653 BW, s. 61-74.

⁹¹Damy, s. 1025. Yazar Fransız Anayasa Mahkemesi'nin çalışma özgürlüğü ilkesini somut olarak asla kabul etmediğinden de söz etmektedir.

hakkı tanınmıştır⁹². Esasen İsviçre Anayasası, bu maddeyle serbest rekabete dayalı ekonomik düzeni güvence altına almakta olup, serbest rekabet kavramına işçinin bireysel yeteneklerini kullanmasının engellenmemesi de girmektedir⁹³. Ayrıca kişi özgürlüğünün korunmasının İsviçre'nin kabul ettiği yazılı olmayan temel haklar arasında yer aldığı ve genel olarak insanın kişiliğine saygıyı güvenceye bağlayan söz konusu hakkın, herkesin ekonomik yaşam içinde becerilerini geliştirme hakkını da içerdiği ifade edilmektedir⁹⁴.

Çalışma ve sözleşme özgürlüğünü '*sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler*' başlığı altında düzenleyen Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'na göre; herkes dilediği alanda çalışma ve sözleşme özgürlüğüne sahip olup, özel teşebbüsler kurmak serbesttir (Any. m. 48/1). Anayasal çalışma özgürlüğünün koruduğu temel menfaat, kişinin dilediği gibi çalışma özgürlüğüdür. Buna göre, kişi dilediği takdirde özel bir teşebbüs kurarak tacir veya esnaf sıfatıyla bağımsız bir ekonomik faaliyet yürütebileceği gibi, iş sözleşmesiyle bir işverene bağımlı olarak çalışmayı da yeğleyebilir. Diğer yandan işçiye tanınan fesih hakkı, çalışma özgürlüğünün somut bir görünümünü oluşturmaktadır. Gerçekten işçi aynı işverenin yanında iş görmeye sürdürmeye zorlandığı takdirde iş ilişkisi bir nevi ücretli köleliğe dönüşecektir. Böyle bir anlayışın çalışma özgürlüğüyle bağdaşmayacağında kuşku yoktur. O halde, iş sözleşmesini sona erdiren işçinin başka bir işverene iş sözleşmesi bağtlama hakkı da çalışma özgürlüğünün önemli öğelerinden biridir.

Rekabet yasağını kabul eden işçinin çalışma ve sözleşme özgürlüğünün kısıtlanmasına rıza gösterdiği ileri sürülebilir. Ancak işçi ile işveren arasında kararlaştırılan rekabet yasağı, eşit taraflar arasında akdedilen rekabet yasağı sözleşmelerinden son derece farklıdır. Satım, kira veya ortaklık sözleşmelerinde yasağın içeriği serbestçe belirlenebilmektedir. Örneğin sahip olduğu bir ticari işletmeyi satan kişi, alıcıya özdeş bir ticari faaliyette bulunmamayı taahhüt edebilir. Alıcı da satıcının bu borcuna karşılık, yüksek bir bedel ödemeyi üstlenebilir. Böyle bir rekabet yasağı sözleşmesinin, sözleşme özgürlüğü ilkesi çerçevesinde, genel hukuk kurallarıyla ve özellikle kişilik hakkının korunmasına ilişkin düzenlemelerle

⁹² Haefliger, s. 17.

⁹³ Haefliger, s. 17.

⁹⁴ Haefliger, s. 17.

çelişmemesi yeterlidir⁹⁵. Buna karşılık, iş sözleşmesinin eşitler arası bir hukuki bağ olmadığı vurgulanmalıdır. Zira işçinin yaşamını idame ettirebilmesi geniş ölçüde ücret gelirinə bağlıdır. Aksine üretim araçlarını elinde tutan işveren, işçiye hiçbir şekilde bağımlı değildir⁹⁶. Ayrıca özel ve nadir yetenekleri olanlar hariç, ekonomik bakımdan zayıf durumdaki işçinin sözleşme özgürlüğünün *de facto* son derece sınırlı olduğu anımsatılmalıdır⁹⁷. Gerçekten iş gücü talebinin arzı karşılayamamasından dolayı işsizliğin giderek küresel bir sorun haline geldiği günümüzde, işçiye işverence dayatılan sözleşme kayıtlarını ve çalışma koşullarını benimsemek veya işsiz kalmak dışında üçüncü bir seçenek tanınmamıştır. İşçi sözleşmenin kurulurken altına imza koyduğu metindeki rekabet yasağı kaydının niteliğini ve sonuçlarını gerektiği gibi kavrayamayabilir⁹⁸. Zira işçinin genellikle iltihaki sözleşme (*contrat d'adhesion*) karakteri taşıyan iş sözleşmesindeki rekabet yasağı kaydını özgür iradesiyle kabul ettiği çoğu kez söylenemez⁹⁹. Kaldı ki rekabet yasağı kaydının kararlaştırılmasında menfaati olan taraf, iş veya üretim sırlarını ya da müşteri çevresini korumak isteyen işverendir. Rekabet yasağı işçiye herhangi bir menfaat sağlamamakta; aksine işçinin tercihi doğrultusunda bir yaşam sürdürmesini, kişisel gelişimini ve emek piyasasında serbest dolaşımın engellemektedir¹⁰⁰. Gerçekten rekabet yasağı kaydı, işçinin iş değiştirme olanağını ciddi ölçüde sınırlayabilecek bir sözleşmedir. Bu bağlamda rekabet yasağı kaydına tabi işçi, uzmanlaştığı mesleği belli bir bölgede ve bazen uzun bir süre boyunca icra edemeyecektir. Böylece terfi etme ve daha iyi bir ücret alma gibi fırsatları da kaçırmış olacaktır¹⁰¹. Özetle ifade etmek gerekirse, rekabet yasağı kaydı, çalışma özgürlüğüyle ve özellikle mesleki faaliyetin serbestçe icra edilmesi ilkesiyle çatışan bir sözleşme türüdür¹⁰².

⁹⁵ Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi, bu tür sözleşmelerde yer alan çok aşırı rekabet yasaklarını bile hukuka aykırı saymamaktadır. *Axelrod* davasında uzman bir sanayi kuruluşunu satan tacirin yeni malikle İsviçre topraklarında 30 yıl süreyle rekabet etmemeyi üstlenmesi geçerli addedilmiştir. bkz. *Pidoux*, s. 10.

⁹⁶ *Den Hertog/ de Geests*, s. 11.

⁹⁷ *Den Hertog/ de Geest*, s. 11.

⁹⁸ *Den Hertog/ de Geest*, s. 11.

⁹⁹ *Den Hertog/ de Geest*, s. 11. Bu bağlamda rekabet yasağı kaydını, daha güçlü işverenle pazarlık imkânından yoksun ve gerektiği gibi bilgilendirilmemiş işçinin kör bir şekilde imzaladığı iş sözleşmesinin bir sonucu olarak algılayan yaklaşımın rekabet yasağı kayıtlarının geçersiz sayılmasını veya en azından katı bir şekilde düzenlenmesini savunacağı, tersine rekabet yasağı kaydını hem işçiye hem de işverene birtakım avantajlar sağlayan sözleşmesel bir yükümlülük olarak niteleyen görüşün ise rekabet yasağı kayıtlarından yana bir tavır takınacağı ileri sürülmektedir. *Vandenbergh, A.S.: De rechtseconomische benadering van het concurrentiebeding, Arbeid Integraal 2005/2*, s. 69-81.

¹⁰⁰ *Den Hertog/ de Geest*, s. 11.

¹⁰¹ *Loonstra/ Zondag*, s. 204.

¹⁰² *Antonmattei*, s. 83.

Şu halde rekabet yasağının işçinin özgür iradesinin ürünü olduğu ve çalışma özgürlüğünün sınırlanmasına bizzat işçinin sözleşmeyle onay verdiği savı kesinlikle doğru değildir. İş sözleşmesinde içkin diğer kayıtlar gibi rekabet yasağı kaydı da işveren tarafından hazırlanmaktadır. Geçimi sıklıkla ücret gelirine bağlı işçinin tek seçeneği, işverenin önüne koyduğu yazılı metni bir bütün olarak kabul etmek veya reddetmektir. Yoksa üst düzey yöneticiler veya özel yeteneklere sahip bir takım nitelikli işçiler dışında, işçi çalışma koşulları ve bu arada rekabet yasağı kaydı konusunda herhangi bir pazarlık imkânından yoksundur. Başka bir anlatımla, iş sözleşmesi müzakerelerine ‘*ya hep, ya hiç*’ anlayışı egemendir. Kimi zaman işçi, okumadan imzaladığı sözleşmede yer alan rekabet yasağı kaydının farkında dahi değildir. İmzaladığı iş sözleşmesinin bir rekabet yasağı kaydı içerdiğini bilen işçinin ise temel kaygısı ise bir an önce işe başlamak olup, anılan işçinin rekabet yasağı kaydının gelecekteki olumsuz etkilerini böyle bir aşamada yeterince kavradığı veya önemseyemediği düşünülemez¹⁰³. Kaldı ki iş ilişkisi sırasında bağitlanan rekabet yasağı sözleşmeleri de işçinin özgür iradesine dayanmamaktadır. Çünkü böyle bir rekabet yasağı sözleşmesinin bağitlandığı anda taraflar arasında bağitlilik ilişkisi mevcut olup, işçi iş görme borcunu işverenin gözetimi altında ve onun verdiği talimatlar doğrultusunda ifa etmektedir¹⁰⁴. Dolayısıyla işverenin üstün durumunu kullanarak sözleşmenin ekonomik açıdan zayıf tarafı işçiyi böyle bir sözleşmeyi kabule zorlaması son derece kolaydır¹⁰⁵. Sonuç olarak, sözleşme özgürlüğü ve irade özerkliği gibi kavramlar, işçi ve işveren arasında kararlaştırılan rekabet yasaklarında genellikle kâğıt üstünde kalmaktadır. İşte bu noktada, çalışma özgürlüğü gerçek iradesine aykırı olarak sınırlanan işçinin nasıl korunacağı sorusu ortaya çıkmaktadır.

2. Toplumsal Menfaat: Serbest Piyasa Ekonomisi

Rekabet yasağı kayıtlarının mal ve emek piyasasındaki işletmeler arası rekabet üzerinde sınırlayıcı bir etki gösterdiği ve bu bağlamda rekabete dayalı bir ekonomik sistemde rekabet yasaklarının sistemin özüyle bağdaşmadığı ifade edilmektedir¹⁰⁶.

¹⁰³ Haefliger, s. 12; Treep, s. 65.

¹⁰⁴ Haefliger, s. 12.

¹⁰⁵ Haefliger, s. 13.

¹⁰⁶ Bohny, Peter: Das arbeitsvertragliche Konkurrenzverbot, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich 1989. s.1. Vandenbergh, A.S.: De rechtseconomische benadering van het concurrentiebeding, Arbeid Integraal 2005/2, s. 69-81. Rekabet yasağı kaydının kapsamlı bir ekonomik analizi için ayrıca bkz. Vandenbergh, A.S.: An economic analysis of employment law, Proefschrift ter

Gerçekten serbest piyasa ekonomisinin ayırt edici özelliği iş gücünün serbest dolaşımı olup, emeğin serbest dolaşımı işverenin dilediği kişiyle iş sözleşmesi kurabilmesini gerektirir. Öte yandan işverenin rakip bir işletmenin işçisiyle ilişki kurması, girişim özgürlüğü ilkesinin egemen olduğu bir ekonomik düzende son derece olağan karşılanmaktadır. Zira nitelikli bir iş gücü, işletmenin rekabetçi bir ortamda ayakta kalabilmesinin vazgeçilmez koşulları arasında yer almaktadır. Bu bağlamda işverenin rakip firmaların nitelikli işçilerine çalışma koşulları konusunda cazip öneriler sunarak söz konusu işçilerin rakip firmadan ayrılmasını sağlaması ve ardından kendi işyerinde istihdam etmesi de rekabetin bir parçasıdır. Böylece işletme, rakiplerinden transfer ettiği nitelikli iş gücü ile piyasada rekabet gücünü arttıracaktır. Üstelik rakip işletmelerin özgün üretim yöntemlerini ve müşteri çevresini öğrenmek suretiyle rakiplerine karşı üstünlük kurabilecektir. Nitelikli işçileriyle birlikte iş sırlarını ve müşteri çevresini rakibine kaptırmak istemeyen rakip işletme ise, ücretlerine arttırmak ve/veya diğer çalışma koşullarını iyileştirmek yoluyla anılan nitelikli işçileri işyerine bağlamayı deneyecek; böylece nitelikli işçiler konusunda yaşanan işletmeler arası rekabet, başta ücret olmak üzere, çalışma koşullarına olumlu bir şekilde yansıtacaktır. Aksine rekabet yasaklarının yaygınlaştığı bir emek piyasasında, rekabet yasağına aykırı davranışları nedeniyle maruz kalabilecekleri ağır hukuki yaptırımlardan çekinen işçiler rakip işletmelerin cazip önerilerini geri çevirmek zorunda kalacaktır. Rekabet yasağı kayıtlarından ötürü başka işletmelere geçemeyen işçi sayısının artması, emek devingenliğinin azalması gibi istenmeyen bir sonucu da beraberinde getirecektir¹⁰⁷. Hatta nitelikli iş gücünü kendisine bağlayan işletmelerin faaliyet gösterdikleri sektörde hâkim duruma gelmeleri dahi olasılık dâhilindedir¹⁰⁸. Şu halde rekabet yasağı kayıtlarının işverenler tarafından sınırsız ve yaygın bir şekilde kullanımının önlenmesi, serbest rekabete dayalı ekonomik düzenler açısından kaçınılmaz bir gerekliliktir.

verkrijging van de graad doctor aan de Universiteit Utrecht, CRC prepared by: G.J. Wiarda Institute, Utrecht University for Legal Studies, Utrecht 2004.

¹⁰⁷ Bu görüş ve eleştirisi için bkz. *Vandenbergh*, rechtseconomische benadering, s. 80.

¹⁰⁸ İşverenin mal ve emek piyasasında tekel konumunda olduğu bir durumda, işçinin iş sözleşmesinin sona ermesinin ardından kendi hesabına rakip bir işletme açmasının engellenmesinin tüketiciler açısından olumsuz sonuçlar yaratacağı ve rekabet yasağı kaydına yönelik bir yasağı haklı kılacağı dile getirilmektedir. *Vandenbergh*, rechtseconomische benadering, s. 79.

V. Rekabet Yasağıyla İhlal Edilen Menfaatlerin ve Özellikle İşçinin Çalışma ve Sözleşme Özgürlüğünün Korunması

Varlık nedeni ve temel amacı, iş sözleşmesinin kendine özgü yapısından kaynaklanan fiili eşitsizliği işçi lehine telafi etmek ve iş sözleşmesinin zayıf tarafı işçiyi korumak olan iş hukuku disiplini; bu amaçları gerçekleştirmek için bir takım tekniklerden yararlanmaktadır. Her ne kadar iş hukukunda kullanılan tekniklerin tamamının çıkış noktası, işverenin menfaatlerine hizmet eden sözleşme özgürlüğü ilkesini işçi lehine sınırlandırmak olsa da, kullanılan teknikler ülkeden ülkeye farklılık göstermektedir. Sendikal örgütlenme oranının yüksek olduğu ülkelerde toplu iş sözleşmelerine işçiyi koruyucu hükümlere yer verilmesiyle yetinilmekte, ancak bu ülkelerde yasama organının çalışma yaşamına müdahalesi asgari düzeyde kalmaktadır. Buna karşılık, Türkiye'nin de aralarında bulunduğu çok sayıda ülkede işçinin korunması amacı kanunlar aracılığıyla yasama geçirilmekte ve iş ilişkileri genellikle nispi emredici kurallardan oluşan kapsamlı ve girift bir mevzuatla düzenlenmektedir. Nihayet bazı hukuk sistemlerinde, iş hukuku mahkemelerin ve özellikle yüksek yargının verdiği işçiyi koruyucu kararların eseridir. Nitekim kimi ülkelerde yargı organları tarafından tanımlanan veya yaratılan iş hukuku kurum ve kavramları, kanunlaştırma aşamasına yön vermektedir. Bununla beraber hiçbir ülke değindiğimiz tekniklerden sadece birini esas alıp diğerlerini dışlamamakta, örneğin toplu iş sözleşmesi sisteminin ve sosyal diyalogun ön planda olduğu devletlerde işçinin korunması ilkesinin yasama geçirilmesinde kanunlardan da yararlanılmaktadır.

İşçinin çalışma ve sözleşme özgürlüğünü kısıtlayan veya ortadan kaldıran rekabet yasaklarına da işçiyi koruma perspektifinden bakılmalıdır. Bu bağlamda öncelikli olarak yanıtlanması gereken soru, işçinin çalışma özgürlüğünün korunması için rekabet yasağı kayıtlarının tamamen yasaklanmasının gerekip gerekmediğidir. Acaba toptancı bir yaklaşımla rekabet yasağının çalışma ve sözleşme özgürlüğüyle bağdaşmadığı, dolayısıyla işçi ve işverenin rekabet yasağı kararlaştırmasını caiz gören yasal düzenlemelerin Anayasa'ya aykırı olduğu söylenebilir mi? Soruna karşılaştırmalı hukuk perspektifinden yaklaşıldığında, rekabet yasağı kayıtları ve rekabet yasağına ilişkin pozitif normlar açısından kayıtsız ve şartsız bir Anayasaya aykırılık iddiasının benimsenmediği görülmektedir. Örneğin karşı edimi zorunlu

kılan yasal düzenlemenin (§§ 74 HGB) Alman Federal İş Mahkemesi tarafından tüm işçilere teşmil edilmesinden önce, işyerini serbestçe seçme hakkını güvence altına alan Anayasa maddesiyle (Art. 12 GG) bağdaşmadığı gerekçesiyle teknik ve diğer mavi yakalı işçilerle karşılaştırılan rekabet yasalarına itiraz edilmekteydi¹⁰⁹. Ancak Alman Federal İş Mahkemesi başlangıçtan beri bu gibi itirazlara itibar etmemiştir¹¹⁰. Rekabet yasağının geçerliliğini karşı edim koşuluna bağlayan yasal düzenlemenin (§§ 74 HGB) tüm işçilere uygulanmasından bu yana dek sadece tek bir yazar, rekabet yasalarının anayasaya aykırılığını iddia etmiştir¹¹¹. Öğretideki diğer tüm yazarlar, Alman Federal İş Mahkemesi'nin içtihadına da koşut olarak, rekabet yasalarının anayasayla örtüştüğü düşüncesini benimsemektedir¹¹². Alman öğretisinde baskın eğilimin isabetli olduğu, zira yasal düzenlemenin işverene bir karşı edim borcu yükleyerek karşılıklı menfaatler arasında uygun bir denge kurduğu ve dolayısıyla işçinin başka bir iş tutma olanağını hakkaniyete aykırı bir tarzda sınırlamadığını ifade edilmektedir¹¹³. Hollanda öğretisinde rekabet yasağına ilişkin yasal düzenlemenin (7:653 BW) çalışma özgürlüğüne ilişkin temel hakkı düzenleyen anayasa maddesine (art. 19 lid 3 Gw) aykırı olduğu görüşü egemendir¹¹⁴. Bununla birlikte Hollanda mahkemeleri, rekabet yasağına ilişkin yasal düzenlemeye ilişkin anayasaya aykırılık iddialarını ciddi bulmamıştır. Nitekim Arnhem İstinaf Mahkemesi'nin önüne gelen somut bir olayda yerel mahkemenin kararını istinaf eden eski işçi, imzaladığı iş sözleşmesindeki rekabet yasağı ve müşteri çevresini koruma kayıtlarının anayasayla ve bir dizi ulusal üstü sözleşmeyle bağdaşmadığını, çünkü söz konusu kayıtların geçimini sağlamasını engellediğini öne sürmüştür¹¹⁵. İstinaf Mahkemesi işçinin itirazını şu gerekçeyle haklı görmemiştir: “...*Yukarıda adı geçen uluslararası sözleşme hükümleri ve Anayasa'nın 19/3. maddesi bu düzenlemelerden doğan hakların (çalışma hakkı ve adil çalışma koşulları) sözleşmeyle kısıtlanmasına engel sayılmaz. Kanun koyucu rekabet yasağını kanunla düzenleyerek çalışma özgürlüğüyle işverenin işletmesel menfaatlerinin korunması arasındaki çatışmayı ortadan kaldırmayı amaçlamıştır...*”. Bu doğrultudaki bir diğer

¹⁰⁹Bauer/Diller, s. 143.

¹¹⁰ 21.2.1957 AP 3 zu § 133 f GewO = AP 9 zu Art. 12 GG (Bauer/Diller'den naklen, s. 143)

¹¹¹Achterberg, Das nachvertragliche Wettbewerbsverbot in verfassungsrechtlicher Sicht, JZ 1975, s.713.

¹¹²Westhoff, Wirtschaftliche und verfassungsrechtliche Legitimität von Wettbewerbsverboten, RdA, s. 353 vd.; Schwabe, s. 439, Schmid, s. 129.

¹¹³Bauer/Diller, s. 143.

¹¹⁴Houweling, A.R./Loonstra, C.J.:Het concurrentiebeding in de arbeidsovereenkomst, Boom Juridische uitgevers, Den Haag 2011. s. 24; Loonstra, C.J: Het nieuwe art. 7:653 BW gewogen in het licht van art. 19 lid 3 Grondwet, SMA Februari 2005(2), s. 61.

¹¹⁵ Hof Arnhem 21.9.2009, LJN BJ4525.

örnek, rekabet yasağı kaydının işçinin mesleğini seçme özgürlüğünü ortadan kaldırmadığı ve işçinin bir başka işverene transferini kısıtlayıcı yasal önlemlerin taraflarca benimsenmesinden ibaret olduğu gerekçesine dayanarak Hollanda Anayasası'nın 13/2. maddesinin somut uyuşmazlıkta uygulanamayacağına hükmeden Amsterdam Sulh Hukuk Mahkemesidir¹¹⁶. Buna karşılık öteki yargı içtihatlarında, çalışma özgürlüğünü düzenleyen anayasa hükmü, doğrudan olmasa bile rekabet yasağı kaydına ilişkin hukuki bir uyuşmazlığının çözüme bağlanmasında genel çerçeveyi saptayan bir kural olarak uygulama alanı bulmuştur. Arnhem Mahkemesi'nin bir kararı, bu yaklaşım biçimine örnek olarak gösterilebilir¹¹⁷. Somut olayda Mahkeme, herkesin kendisini geliştirme hakkının Anayasanın çalışma özgürlüğünü düzenleyen maddesinde içkin olduğuna hükmetmiştir. Aynı doğrultuda çalışma özgürlüğü, diğer bazı kararlarda da tarafların menfaatlerinin karşılaştırılmasında önemli bir hareket noktası olarak kabul edilmiştir. Den Bosch İstinaf Mahkemesi'nin gerekçeleri oldukça dikkat çekicidir: “...*Menfaatlerin karşılaştırılmasında işveren açısından önemli olan, işletmesinin işletmesel menfaatlere zarar verebilecek rekabete karşı korunmasıdır. Burada işçinin sahip olduğu ve potansiyel rakip işletmenin piyasada hakim konuma gelmek veya pozisyonunu güçlendirmek amacıyla kullanabileceği bilginin özelliği, işverenin işçinin eğitimi ve uzmanlaşması için yaptığı yatırımlar, iş ilişkisinin uzun sürmesi ve iş ilişkisinin işçinin inisiyatifiyle sona ermesi gibi faktörler belirleyici bir rol oynamaktadır. Menfaatlerin karşılaştırılmasında işçi yönünden şu unsurlar ağır basmaktadır: Anayasa'nın 19/3. maddesinde düzenlenen işini serbestçe seçme özgürlüğüne ilişkin temel hak, pozisyonunu önemli ölçüde iyileştirme olanağı, rekabet yasağı kaydının tavizsiz bir biçimde uygulanması halinde yeni işini kaybetme riski, kendini geliştirmeye yönelik menfaati, çalıştığı işyeri dışında eş değer bir iş çevresi bulmasının engellenmesi...*”¹¹⁸. Hollanda yargı kararlarından Hollanda Anayasası'nın 19/3. maddesinin, işverenin rekabet yasağı kayıtlarını salt işçiyi işyerine bağlamak için kullanmasının önlenmesinde etkili bir araç olduğu anlaşılmaktadır¹¹⁹.

¹¹⁶ Ktr. Amsterdam 28.4.1992, JAR 1992/45.

¹¹⁷ Vzr. Rb. Arnhem 26.11.2009, LJN BK 6621.

¹¹⁸ Hof Den Bosch 16.9.2008, LJN BG1080.

¹¹⁹ *Houweling/Loonstra*, s. 26. Nitekim Arnhem İstinaf Mahkemesi de bir kararında aynı hususa dikkat çekerek işverenin meşru menfaatlerini korumayan böyle bir kaydı tamamen geçersiz saymıştır: “...söz konusu rekabet yasağı kaydının salt başarılı işçileri işyerine bağlama amacını hayata geçirmek amacıyla kararlaştırıldığı anlaşılmaktadır. Bu amaç Hollanda Anayasası'nın 19/3.

Hollanda doktrininde rekabet yasağı kayıtlarının temel bir anayasal hak niteliğindeki çalışma özgürlüğüne aykırı olduğu, dolayısıyla tamamen yasaklanması gerektiğini savunan bir takım görüşlere de rastlanmaktadır. Bu görüşü benimseyen yazarların temel argümanı, ulusal üstü sözleşmeler ve Hollanda Anayasası tarafından tanınan çalışma özgürlüğü ilkesinin rekabet yasağının tamamen yasaklanmasını zorunlu kıldığıdır¹²⁰. Bu yaklaşıma göre, çalışma özgürlüğü o denli önemlidir ki, sadece haksız rekabet böyle bir özgürlüğün kısıtlanmasını haklı kılabilir. Diğer bir anlatımla, çalışma özgürlüğünün kısıtlanabilmesi için işçinin eski işverenin müşterilerinin büyük bir bölümüyle süreklilik gösteren bir şekilde temas kurması şarttır. Bununla birlikte, çoğu kez çalışma özgürlüğü bu kadar mutlak ve katı bir tarzda yorumlanmamaktadır. Çünkü özel hukuk ilişkilerinde temel hakların sınırlanması mümkündür. Bu noktada, borçlar hukukunun temel ilkeleri arasında yer alan sözleşme özgürlüğü prensibiyle ifade özgürlüğü, özel yaşamın gizliliği ve çalışma özgürlüğü gibi temel haklar karşı karşıya gelmektedir¹²¹. Rekabet yasağının çıkış noktasının sözleşme özgürlüğü olduğu dile getirilmekte birlikte, temel hakların da sözleşme özgürlüğünün sınırlarını tanımladığı vurgulanmaktadır¹²². Hollanda Yargıtayı'na göre, ne temel haklar ne de sözleşme özgürlüğü mutlak değildir. Nitekim Hollanda Yüksek Mahkemesi değişik kararlarında, temel hakların etkisine iyi niyet kuralları veya genel hukuk ilkeleri üzerinden bir dizi sınırlamalar getirmiştir¹²³. Hollanda Yargıtayı'nın *Kolkman/Cornessie* kararının, Hollanda Anayasası'nın çalışma özgürlüğün 19/3. maddesiyle ilgili olarak açıklayıcı olduğu belirtilmektedir¹²⁴. Yüksek Mahkeme'nin anılan içtihadında işverenin işçiyle rekabet yasağı sözleşmesi akdetme hakkına sahip olduğu kaydedilmekte birlikte, anayasanın 19/3. maddesinin işverenin bu özgürlüğünü ölçülülük ve talilik ilkeleri çerçevesinde sınırlandırdığı ve ayrıca işveren için önemli menfaatlere özgülediği hususlarının altı çizilmektedir¹²⁵. Sonuç olarak, işçinin işe başlamadan önce kazandığı yeteneklerini ve elde ettiği bilgileri kullanmasının rekabet yasağı kaydıyla engellenemeyeceği, ancak işçinin katlanmak zorunda olduğu sınırlamanın boyutunun takdirinde çalışma

maddesinde ifadesini bulan çalışma özgürlüğüyle bağdaşmamaktadır..." Hof Arnhem 24.7.2007, JAR 2007/207.

¹²⁰ *Bakels*, H.L.: *Privaatrechtelijke belemmeringen van de vrije keuze van dienstbetrekking*, NJB 1962, s. 730 vd.; *Olbers*, M.M.: *Het concurrentiebeding is een onding*, SMA 1991, s. 575-589.

¹²¹ *Houweling/Loonstra*, s. 29.

¹²² *Houweling/Loonstra*, s. 29.

¹²³ *Houweling/Loonstra*, s. 29.

¹²⁴ HR 1.7.1997, JAR 1997/201. (*Loonstra*, *Het nieuwe art. 7:653 BW'den naklen*, s. 61-74)

¹²⁵ *Houweling/Loonstra*, s. 30.

özgürlüğünün önemli bir faktör olmasına karşın, işçinin iş ilişkisi sırasında edindiği bilgi ve yetenekler söz konusu olduğunda işverenin işletmesinin malvarlığını rekabet yasağı kaydı aracılığıyla koruyabileceği ifade edilmektedir¹²⁶.

Kanımızca anayasal temel haklar arasında özel bir yere sahip olan çalışma özgürlüğü ilkesinin rekabet yasağı kayıtlarını tamamen yasaklanmasını gerektirdiği ve dolayısıyla rekabet yasağını düzenleyen kanun hükümlerinin Anayasa'ya ve uluslararası sözleşmelere aykırı olduğunu savunan görüşler isabetli değildir. Çağdaş iş hukukunda işçiyi koruma kaygısı ön planda olmakla birlikte, işverenin işletmesel menfaatleri de belli ölçülerde dikkate alınmaktadır. Çünkü işçinin işini koruması işletmenin ayakta kalmasına bağlıdır. O halde işletmenin varlığının sona ermesi, işçinin çıkarlarına da aykırıdır. Nitekim iş sırları ve müşteri çevresi gibi gayri maddi değerler de işletmenin ayakta kalmasını sağlayan unsurlar arasında olup, anılan değerlerin rakipler işletmeler tarafından elde edilmesinin işletme üzerinde yaratacağı olumsuz etkileri göz ardı etmek mümkün değildir. Öyle ki iş veya üretim sırlarını ya da sadık müşterilerini rakip bir firmaya kaptıran işletmenin kapanması dahi gündeme gelebilir. İşletmenin tasfiyesinin yaratacağı olumsuz sonuçların başında, işletmedeki tüm işçilerin işini yitirmesi gelmektedir. Şu halde işverenin haklı ticari menfaatlerini korumak amacıyla bazı işçilere rekabet yasağı koyması meşru sayılmalıdır¹²⁷. Buna karşılık, çağdaş iş hukukunda işçinin çalışma özgürlüğünü işletmesel çıkarlara feda eden yaklaşım da reddedilmektedir. Bu bağlamda genellikle benimsenen yöntem, rekabet yasağı kayıtlarının geçerliliğinin bir takım koşullara bağlanması suretiyle yasağın kapsamının işçi lehine daraltılmasıdır¹²⁸. Dolayısıyla hukuk düzeni, işçinin çalışma özgürlüğünü ve ekonomik geleceğini hakkaniyete aykırı ve aşırı bir şekilde kısıtlayan rekabet yasağı kayıtlarına asla prim vermemelidir. Şöyle ki iş sözleşmesi taraflarının rekabet yasağı kararlaştırmasına olanak sağlayan hukuk sistemlerinde öncelikli hedef, işverenin haklı ticari çıkarlarıyla işçinin çalışma özgürlüğü arasında adil bir dengenin kurulması olmakla birlikte; terazinin bir kefesi fiilen biraz daha ağır basmaktadır. Esasen iş hukukunun özgün yapısı, işçinin menfaatlerine öncelik tanınmasını gerektirmektedir. Öyleyse rekabet yasağı kaydını düzenleyen hukuk

¹²⁶ *Houweling/Loonstra*, s. 31.

¹²⁷ Nitekim Hollanda öğretisinde rekabet yasağına ilişkin yasal düzenlemeyle işverenin maddi olmayan malvarlığı değerlerinin (*bedrijfsdebiet*) korunmasına yönelik menfaatinin de göz önünde bulundurulduğuna işaret edilmektedir. *Bouwens/Duk*, s. 209.

¹²⁸ Hollanda öğretisinde kanun koyucunun rekabet yasağı kaydına ilişkin yasal düzenlemeyle Hollanda Anayasası'nda ifadesini bulan çalışma özgürlüğünü (*vrije arbeidskeuze*) güvence altına almayı amaçladığı vurgulanmaktadır. *Bouwens/Duk*, s. 209.

kurallarının rekabet yasağını geçerliliğini bir takım koşullara bağlaması ve kapsamını da geniş bir şekilde sınırlaması son derece doğal karşılanmalıdır. Oysa işletmesel menfaatlerin ağır bastığı bazı hukuk sistemlerinde, rekabet yasağı kayıtlarının geçerliliğinin son derece biçimsel ve yüzeysel koşullara bağlandığı hemen göze çarpmaktadır. Buna karşılıklı tercihini genellikle işçinin çalışma özgürlüğünden yana kullanan Avrupa Birliği üyesi ülkelerde sınırlamanın boyutları farklılık arz etmekle birlikte, rekabet yasağı kaydının işçinin çalışma özgürlüğüne getirdiği sınırlamanın mutlaka bir karşı edimle dengelendiği unutulmamalıdır. Nitekim rekabet yasağının geçerliliğini işverenin işçinin son ücretinin en az %50'si tutarında bir karşı edim üstlenmesi koşuluna bağlayan Alman hukukunda çalışma özgürlüğüyle işletmesel menfaat arasında kurulan bu denge, '*karşı edim yoksa rekabet yasağı da yok*' (*ohne karenschadigung keine Wettbewerbsverbot*) özdeyişiyle ifade edilmektedir. Böylece rekabet yasağını bir karşı edimin varlığına bağlayan hukuk düzenlerinde işçinin çalışma özgürlüğünün kısıtlanmasının işçinin ekonomik geleceği açısından yaratabileceği riskler geniş ölçüde bertaraf edilmiş olmaktadır. Öyle ki işçi rekabet yasağının yürürlükte olduğu süre esnasında hiç çalışmasa dahi işverenin ödeyeceği karşı edim sayesinde ailesinin geçimini sağlayabilecektir. Daha yalın bir anlatımla, karşı edim rekabet yasağına tabi işçinin bir çeşit varlık güvencesidir. Bundan dolayı karşı edimi benimseyen hukuklarda rekabet yasağının çalışma ve sözleşme özgürlüğünü güvence altına alan anayasa normlarına aykırılığı gündeme bile gelmemektedir. Örneğin yukarıda da belirtildiği üzere, rekabet yasağının geçerliliğini karşı edim koşuluna bağlayan yasal düzenlemenin tüm işçileri kapsama almasından sonra Almanya'da sadece tek bir yazar, rekabet yasaklarının anayasaya aykırılığını iddia etmiştir¹²⁹. Buna karşılık, öğretilerde bu konuda görüş açıklayan diğer tüm yazarlar rekabet yasaklarının anayasayla örtüştüğü düşüncesini benimsemektedir¹³⁰. Zira Alman hukuku işverene bir karşı edim borcu yükleyerek işçiyle işverenin menfaatleri arasında uygun bir denge kurmuş ve böylece işçinin başka bir işte çalışması imkânının hakkaniyete aykırı bir tarzda sınırlanmasını engellemiştir¹³¹.

¹²⁹Achterberg, s. 713.

¹³⁰Westhoff, s.353 vd.; Schwabe, Verfassungswidrigkeit von Wettbewerbsverboten, JZ 1976, s. 439.

¹³¹Bauer/Diller, s. 143.

VI. Rekabet Yasağı Kaydının Hukuki Niteliği

Tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarıyla kurulan rekabet yasağı kaydının da bir sözleşme olduğu tartışmasız kabul edilmektedir¹³². Ne var ki rekabet yasağı kaydının herhangi bir kuramsal tartışmaya girilmeksizin sıradan bir sözleşme olarak nitelendirilmesi son derece kolaycı bir yaklaşım gibi görünmektedir. Bu noktada iş ilişkisiyle rekabet yasağı kaydı arasındaki güçlü hukuki bağa işaret edilmeli ve rekabet yasağı kaydını iş sözleşmesinden tamamen soyutlayan bir anlayışa bilimsel bir değer yüklenemeyeceği vurgulanmalıdır¹³³. Zira rekabet yasağı kaydının varlık nedeni, arka plandaki iş sözleşmesidir. Dolayısıyla rekabet yasağı kaydının tarafları arasında mutlaka bir iş ilişkisi bulunmalıdır¹³⁴. Rekabet yasağı kaydı, adeta sözleşmenin içinde bir başka sözleşmeyi andırmaktadır¹³⁵. Bu bağlamda rekabet yasağı kaydıyla iş sözleşmesi arasındaki yakın ilişkiden kaynaklanan önemli bir sorun, iş sözleşmesinin kesin hükümsüzlüğünün rekabet yasağı kaydını nasıl etkileyeceğidir. Alman hukukunda iş sözleşmesi, taraflardan birinin fiil ehliyetinden yoksun olması veya yanıltma, aldatma, korkutma gibi bir nedenle iradesinin sakatlanması nedeniyle kesin hükümsüzse ve kesin hükümsüzlük ancak sözleşmeden kaynaklanan borçların ifasından sonra anlaşılmışsa taraflar arasında fiili bir iş ilişkisinin kurulduğundan söz edilmektedir¹³⁶. Alman Federal İş Mahkemesi, kesin hükümsüzlüğe rağmen iş sözleşmesinden doğan borçların ifa edildiği ve işçinin bu sayede işverenle rekabet etmesine olanak sağlayacak bilgileri öğrendiği hallerde iş sözleşmesinin geçersizliğinin rekabet yasağı kaydının da geçersizliğine yol açmayacağına hükmetmiştir¹³⁷. Bununla birlikte Alman öğretisinde bazı yazarlar, bu yaklaşım tarzının ikna edici olmadığını ve farklı kesin hükümsüzlük nedenlerine göre bir ayırımı gidilmesi gerektiği kanısındadır. Buna göre, rekabet yasağı iş sözleşmesiyle birlikte kurulmuşsa işçinin ehliyetsizliğinin rekabet yasağı kaydını da

¹³² *Bohny*, s. 65; *Grüll*, Ferdinand/Wolf-Rüdiger, *Janert*: Die Konkurrenzklausele, 5. Auflage, Verlag Recht und Wirtschaft, Heidelberg 1993, s. 16.

¹³³ Rekabet yasağı kaydını iş sözleşmesinden bütünüyle soyutlamamakla birlikte, rekabet yasağı kaydının iş sözleşmesinin vazgeçilmez bir ögesi olmadığını ve rekabet yasağı anlaşmasından doğan hakların ve borçların ağırlıklı olarak borçlar hukukunun genel hükümlerine göre belirlendiği de ileri sürülmektedir. *Grüll/Janert*, s. 16

¹³⁴ *Grüll/Janert*, s. 16; *Bauer/Diller*, s. 23.

¹³⁵ *Pignarre*, Louis Frédéric: Contrepartie financière de la clause de non-concurrence et droit des obligations: jeux d'influences, s. 14; *Bauer/Diller*, s. 21.

¹³⁶ *Bauer/Diller*, s. 23.

¹³⁷ BAG 3.2.1987 AP 54 zu § 74 HGB (*Bauer/Diller*'den naklen, s. 23) Aynı yönde bkz. *Grüll/Janert*, s. 17.

ister istemez geçersiz kılacağı ve kesin hükümsüzlüğün daha sonra farkına varıldığı gerekçesiyle rekabet yasağının sürdürülmesinin ehliyetsizlerin korunmasına ilişkin düşünceyle çelişeceği ileri sürülmüştür¹³⁸. Buna karşılık iş sözleşmesi yanılma, aldatma ve korkutma gibi bir irade bozukluğundan ötürü iptal edildiği takdirde rekabet yasağının uygulanmasının tarafların iradesine uygun olacağı ifade edilmektedir¹³⁹. Örneğin işe girerken ustalık sınavını kazandığı söyleyerek işvereni yanıltan işçi, çalıştığı sırada işverenle rekabet edebileceği bilgileri öğrenmiş olabilir. Böyle bir durumda, iş sözleşmesinin hükümsüzlüğünün rekabet yasağını kapsamamasında işverenin haklı bir işletmesel menfaatinin bulunduğu dile getirilmektedir¹⁴⁰. Öte yandan iş sözleşmesiyle bağlı olmadığını bildiren tarafa iptal bildiriminin rekabet yasağını da kapsayıp kapsamadığına yönelik bir seçim hakkının tanınmasının uygun olacağı, zira irade bozukluğuna yol açan tarafın rekabet yasağı sayesinde iptalden yarar sağlamasının menfaatler dengesine aykırı olacağı vurgulanmaktadır¹⁴¹. Bu bakımdan iş sözleşmesi kurulurken aldatılan tarafın, irade bozukluğuna dayanarak iş sözleşmesini iptal etmektense iş sözleşmesini haklı nedenle derhal feshetmesinin çok daha güvenli bir yol olduğu belirtilmekte; böylece söz konusu tarafın, rekabet yasağının sürdürülmesi konusunda taraflara bir seçim hakkı tanıyan § 75 HGB'den yararlanabileceğine işaret edilmektedir¹⁴². Bununla birlikte, kural olarak, iş sözleşmesinin geçersizliğinin iş ilişkisi esnasında bağitlanan rekabet yasağı sözleşmelerini etkileyemeyeceği savunulmaktadır¹⁴³. Aksine, prensip olarak, rekabet yasağı kaydının geçersizliği iş sözleşmesinin kesin hükümsüz hale gelmesi gibi bir sonuç doğurmamaktadır¹⁴⁴. Ancak rekabet yasağı kaydının iş sözleşmesinden kaynaklanan hukuki ilişkinin yapılandırılmasında açıkça yaşamsal bir öneme sahip olduğu çok istisnai hallerde kesin hükümsüz bir rekabet yasağı kaydının iş sözleşmesinin de geçersizliğine yol açabileceği ifade edilmektedir¹⁴⁵. Kanımızca kesin hükümsüz bir iş sözleşmesinde yer alan rekabet yasağı kaydının hüküm ifade edip etmeyeceği değerlendirilirken, öncelikle iş sözleşmesini geçersiz kılan nedenin işverence bilinip bilinmediği irdelenmelidir. Buna göre, iş sözleşmesinin kurulduğu sırada kesin hükümsüzlüğün farkında olan veya en azından

¹³⁸Bauer/Diller, s. 23.

¹³⁹Bauer/Diller, s. 24.

¹⁴⁰Bauer/Diller, s. 24.

¹⁴¹Bauer/Diller, s. 24.

¹⁴²Bauer/Diller, s. 24.

¹⁴³Bauer/Diller, s. 24.

¹⁴⁴Bauer/Diller, s. 24; Grüll/Janert, s. 17.

¹⁴⁵Bauer/Diller, s. 24; Grüll/Janert, s. 17.

farkında olması gereken işveren, kesin hükümsüz iş sözleşmesinden doğan fiili iş ilişkisi sayesinde iş veya üretim sırlarını ya da müşteri çevresini öğrenen işçinin kendisiyle rekabet etmesine katlanmak zorundadır. Bununla beraber, hakimin menfaatler dengesini de dikkate alarak somut olayın özelliğine göre farklı bir çözüm tarzı benimseyebileceği vurgulanmalıdır.

VII. Rekabet Yasağı Kaydına İlişkin Hukuki Düzenlemeler

1. Borçlar Kanunu

Türk hukukunda işçinin iş ilişkisi sonrası rekabet etmeme borcuyla ilgili temel hukuki kurallar Borçlar Kanunu'nda yer almaktadır. Rekabet yasağı, 818 sayılı Borçlar Kanunu'nu yürürlükten kaldıran 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun hizmet sözleşmesi başlıklı altıncı bölümünün genel hizmet sözleşmesi ayırımının sonunda düzenlenmiştir. Dört maddeden oluşan bu alt ayırım, madde gerekçelerinde de açıklandığı üzere, İsviçre Borçlar Kanunu'nun ilgili maddelerinin çevirisinden ibarettir. Öncelikle irdelenmesi gereken nokta, rekabet yasağı kaydının kanunla düzenlenmesinin isabetli bir tercih sayılıp sayılmayacağıdır. Aşırı ve sınırsız bir rekabet yasağının işçinin çalışma ve sözleşme özgürlüğünü ciddi bir şekilde tehlikeye düşürdüğü yadsınamaz bir gerçektir. Dolayısıyla rekabet yasağı kaydının bazı koşullara bağlanması ve kapsamının sınırlandırılması, işçinin temel haklarını korumakla yükümlü olan bir hukuk düzeni açısından mutlak bir yükümlülüktür. Ancak hukuk düzeninin bu yükümlülüğünü yerine getirirken hangi tekniklerden yararlanacağı bütünüyle bir tercih sorunudur. İşçinin çalışma özgürlüğünün aşırı rekabet yasaklarına karşı korunmasında en sık başvurulan yöntem, rekabet yasağının yasayla düzenlenmesidir. Rekabet yasağının koşullarının ve sınırlarının yasayla saptandığı bazı hukuk sistemlerinde rekabet yasağı kaydıyla ilintili konular kazuistik bir şekilde en ince ayrıntısına dek düzenlenirken, kimi ülkelerde ise kanun koyucu konunun ana hatlarını saptamakla yetinmekte ve boşlukların doldurulması yargı organına bırakılmaktadır. Avrupa kıtasında rekabet yasağını en ayrıntılı biçimde düzenleyen ülkenin Belçika olduğu ifade edilmektedir¹⁴⁶. Buna karşılık Avrupa ülkelerinin çoğunda kanun rekabet yasağını genel bir tarzda düzenlemekte, kanunda

¹⁴⁶Edenfeld, Stefan: Nachvertragliche Wettbewerbsverbote im EuropäischenVergleich, Zeitschrift für Arbeitsrecht, 35. Jahrgang 3/2004,s. 473.

yer alan hükümleri somutlaştırma görevi ise içtihat ve öğretiyeye düşmektedir¹⁴⁷. Alman hukukunda rekabet yasağıyla ilgili temel hukuki metin Ticaret Kanunu'nun 74. paragrafıdır (§§ 74 ff. HGB). Bunun yanı sıra, başka birtakım kanunlarda da rekabet yasağı konulu maddelerin varlığı dikkat çekmektedir¹⁴⁸. Danimarka, İtalya, Hollanda, Norveç, İspanya, İsviçre ve Polonya rekabet yasağını genel hatlarıyla düzenleyen kanunların yürürlükte olduğu Avrupa ülkelerine örnek olarak gösterilmektedir¹⁴⁹. Kimi Avrupa ülkelerinde rekabet yasağıyla ilgili herhangi bir yasal düzenlemeden söz etmek mümkün değildir. Nitekim ortak hukuk (*common law*) sisteminin uygulandığı İngiltere ve İrlanda'da rekabet yasağını konu alan herhangi bir yasa bulunmamaktadır¹⁵⁰. Öte yandan Fransız hukukunda rekabet yasağı kaydının koşul ve sınırları yargı içtihatlarıyla belirlenmiştir¹⁵¹. İsveç hukukunda ise rekabet yasağının geçerlilik koşulları toplu iş sözleşmesiyle düzenlenmiştir. İsveç Sözleşmeler Kanunu'nun 38. maddesinde sadece rekabet yasağının ölçülü olması gereğine değinilmiş olup, ayrıntıların tespiti bilinçli bir şekilde yargıya ve toplu iş sözleşmesi taraflarına terkedilmiştir¹⁵². İsveç'te rekabet yasağı kayıtlarına önemli işçi ve işveren sendikalarınca imzalanan 1969 tarihli bir toplu iş sözleşmesinin hükümleri uygulanmaktadır¹⁵³. Ayrıca rekabet yasağının düzenlenmesiyle ilgili olarak dört ayrı modelin varlığından da söz edilmektedir. Buna göre, Model A'da kanun koyucu rekabet yasağı kaydının kararlaştırılmasını yasaklamaktadır¹⁵⁴. Model B'yi yeğleyen ülkelerde kanun koyucu rekabet yasağı kaydının hukuken geçerliliğine ilişkin birkaç şekli ölçüt saptamakta ve rekabet yasağı kaydından kaynaklanan sorunların çözümü hâkime bırakılmaktadır. Model C'de kanun koyucu rekabet yasağı kaydını açıkça ve ayrıntılı olarak düzenlemektedir. Model D'de ise rekabet yasağı kaydının hangi koşullarda hukuken geçerli olarak bağitlanabileceğinin sosyal taraflarca toplu iş sözleşmesi yoluyla belirleneceği öngörülmüştür¹⁵⁵. Türk hukukunun tarihsel gelişimi ve geleneksel çizgisi dikkate alındığında, kanun koyucunun rekabet yasağı kaydını görece ayrıntılı bir şekilde düzenlemesinin yerinde bir tercih olduğu belirtilmelidir.

¹⁴⁷Edenfeld, s. 481.

¹⁴⁸Bauer/Diller, s. 5 vd.

¹⁴⁹Edenfeld, s. 481–488.

¹⁵⁰Edenfeld, s. 475–476.

¹⁵¹Edenfeld, s. 479.

¹⁵²Edenfeld, s. 481.

¹⁵³Bu toplu iş sözleşmesi rekabet yasağı kayıtlarının geçerliliğini bir dizi asgari koşulun gerçekleşmesine bağlamıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Edenfeld, s. 481.

¹⁵⁴Houweling, A.R./Loonstra, C.J.: Het concurrentiebeding in artikel 7:653 BW: welk regelingsmodel?, W. Plessen, H. van Drongelen & F. Hendrickx (Eds.), Sociaal recht: tussen behoud en vernieuwing, Zutphen, Uitgeverij Paris, s. 379-398.

¹⁵⁵Houweling/Loonstra, Welk regelingsmodel?, s. 379.

Ancak rekabet yasağı kaydına ilişkin normatif kuralların İsviçre Hukuku'ndan çeviri yoluyla alınmasının doğru bir seçim sayılıp sayılamayacağı tartışmaya açık bir konudur. Nitekim kanun koyucunun böyle bir tercihte bulunmasının yol açtığı sakıncalara ve tutarsızlıklara ilgili bölümlerde özel olarak değinilecektir.

2.Basın İş Kanunu

İş sözleşmesi sonrası rekabet yasağını ayrıntılı olarak düzenleyen Borçlar Kanunu'nun yanı sıra, Basın İş Kanunu da rekabet yasağı kaydıyla ilgili bir hüküm içermektedir. Ne var ki Borçlar Kanunu'nun rekabet yasağı kaydına ilişkin maddeleriyle Basın İş Kanunu'ndaki rekabet memnuiyeti (yasağı) başlıklı 13. maddenin ikinci fıkrası arasında esaslı bir fark söz konusudur. Şöyle ki Borçlar Kanunu rekabet yasağı kayıtlarını belli bir yasal çerçevenin dışına çıkmamak koşuluyla geçerli kabul ederken, Basın İş Kanunu rekabet yasağı kayıtlarına mutlak bir şekilde yasaklamaktadır. Gerçekten Basın İş Kanunu'na göre, iş sözleşmesinin feshinden sonraki zaman için gazetecinin mesleğini icra serbestisini sınırlayan sözleşme kayıtları kesin hükümsüz addedilmektedir (BİK m. 13/2). Dolayısıyla gazeteciyle işveren arasında bağitlanan iş sözleşmesindeki olası bir rekabet yasağı kaydı hüküm ifade etmeyecek, ne işveren ne de gazeteci böyle bir kayda dayanarak herhangi bir hak talebinde bulunamayacaktır¹⁵⁶. Basın İş Kanunu'nda yer alan bu normun koruduğu menfaat, çalışma ve sözleşme özgürlüğü kadar basın özgürlüğüyle de ilintilidir. Zira gazeteciye iş ilişkisi sonrası rakip bir görsel ve yazılı medya kuruluşunda çalışma yasağı getirilmesi, gazetecinin çalışma ve sözleşme özgürlüğü kadar toplumun haber alma özgürlüğünü de zedeleyecektir. Üstelik iş sözleşmesini sona erdiren gazetecinin rakip basın ve yayın organlarıyla iş ilişkisi kurmasının yasaklanması, gazetecilik mesleğinin nitelikleriyle ve özellikle gazetecilik mesleğine özgü bağımsızlık ilkesiyle kesinlikle bağdaşmayacaktır. Nitekim maddede gazetecinin mesleğini icra serbestisine vurgu yapılması, Basın İş Kanunu'ndaki rekabet yasağı kayıtlarına yönelik mutlak yasağın öncelikli amacını ortaya koymaktadır. Bu bakımdan gazetecilerle rekabet yasağı kararlaştırılabilmesini engelleyen yasal düzenleme yerindedir. Kuşkusuz Basın İş Kanunu'ndaki yasak sadece gazetecilerle bağitlanan rekabet yasağı kayıtlarını kapsamaktadır. Buna göre,

¹⁵⁶Soyer, Polat: Rekabet Yasağı Sözleşmesi, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No:53, Ankara 1994, s. 59.

basın kuruluşuyla gazeteci unvanı taşımayan işçi arasında akdedilen iş sözleşmesinde yer alan rekabet yasağı *per se* kesin hükümsüz değildir. Nihayet üzerinde durulması gereken önemli bir nokta, maddedeki '*iş akdinin feshi sonrası*' ifadesinin nasıl yorumlanacağıdır. Fıkranın sözünden, ilk bakışta, gazeteciyle işveren arasında kararlaştırılan rekabet yasağı kaydının salt iş sözleşmesi feshedildiği takdirde kesin hükümsüzlük yaptırımıyla karşılaşacağı, buna karşılık iş sözleşmesinin başka bir yolla –örneğin ikaleyle- sona ermesi durumunda rekabet yasağının yürürlüğe gireceği gibi bir anlam çıkarılabilir. Ancak kanun koyucunun '*iş akdinin feshi*' deyişiyle iş sözleşmesinin hangi şekilde olursa olsun sona ermesini kastettiği ve fesih sözcüğünün kullanılmasının bilinçli bir tercihten ziyade basit bir yazım hatası olduğu anlaşılmaktadır. Aksi bir yorumun maddenin *ratio legis*'iyle bağdaştırılması olanak dışıdır.

§ 2. REKABET YASAĞI KAYDINI DÜZENLEYEN BORÇLAR KANUNU HÜKÜMLERİNİN KAPSAMI

I. Kişi Bakımından Kapsamı

Rekabet yasağı kaydıyla rekabetten kaçınma borcunu üstlenen kişinin işçi sıfatını taşıması şarttır. Nitekim İsviçre/Türk Hukukunda rekabet yasağı kaydı; fiil ehliyetine olan işçinin, işverene karşı, sözleşmenin sona ermesinden sonra herhangi bir biçimde onunla rekabet etmekten kaçınmayı üstlenmesi olarak tanımlanmaktadır (TBK m. 444/İBK m. 340a). Yasal tanımdan da anlaşılacağı üzere, rekabet yasağı kaydına ilişkin düzenlemeler sadece işçileri kapsamaktadır. Hizmet (iş) sözleşmesini işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle iş görmeyi ve işverenin de ona zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşme olarak tanımlayan Borçlar Kanunu'nda işçi ayrıca tanımlanmamış, İş Kanunu'nda ise iş sözleşmesine dayanarak çalışan gerçek kişiler işçi olarak nitelendirilmiştir. O halde, kural olarak, işçi sıfatına sahip herkese sözleşme sonrası rekabet etmeme borcu yüklenebilir. Alman hukukunda Federal İş Mahkemesi'nin 13.9.1969 tarihli ilke kararından bu yana, rekabet yasağı kaydıyla ilgili hukuk kurallarının bütün işçi gruplarını kapsadığı kabul edilmektedir¹⁵⁷. Bu bağlamda işçinin tam süreli veya kısmi süreli çalışmasının ya da belirsiz veya belirsiz süreli iş sözleşmesiyle istihdam

¹⁵⁷ *Growe*, s. 77.

edilmesinin herhangi bir önemi yoktur¹⁵⁸. Diğer yandan Alman Federal Mahkemesi, işçinin şirket sermayesinde işçi niteliğini yitirmesine yol açmayacak derecede önemsiz bir paya malik olmasının da §§ 74 ff. HGB'nin uygulanmasını engellemeyeceğine hükmetmiştir¹⁵⁹. Ayrıca Alman hukukunda işçinin ücretinin belli bir sınırın altında kalması, rekabet yasağı kaydını geçersiz hale getirmemektedir¹⁶⁰. Bu noktada rekabet yasağı kaydını düzenleyen Borçlar Kanunu hükümlerinin değişik kanunlara tabi işçileri kapsayıp kapsamadığı gibi bir soru akla gelebilir. Borçlar Kanunu'nun genel hizmet sözleşmesine ilişkin düzenlemeleri, özel kanun aynı konuda farklı bir düzenleme içermedikçe, diğer kanunlara tabi işçilere de uygulanmaktadır. Dolayısıyla Borçlar Kanunu'nda rekabet yasağını düzenleyen maddeler, Borçlar Kanunu'nun kapsamındaki işçilerin yanı sıra İş Kanunu'na ve Deniz İş Kanununa tabi işçilere de uygulanacaktır. Ancak Basın İş Kanunu yönünden özel bir durum söz konusu olup, anılan Kanun gazetecilerin taraf olduğu rekabet yasağı kayıtlarını geçersiz saymaktadır (BİK m. 13/2). Öyleyse TBK m. 444'de geçen işçi kavramı, Basın İş Kanunu dışındaki kanunlara tabi işçi şeklinde yorumlanmalıdır¹⁶¹.

Türk hukukunda çıraklarla rekabet yasağı sözleşmesi akdedilmesini engelleyen özel bir düzenleme mevcut değildir. Borçlar Kanununda genel hizmet sözleşmesine ilişkin hükümlerin, kıyas yoluyla çıraklık sözleşmesine de uygulanacağı belirtilmekle birlikte, özel kanun hükümleri saklı tutulmuştur (TBK m. 393/2). Ekleyelim ki, mehzaz kanunun çırağın mesleki faaliyeti ile ilgili konularda serbestçe karar almasını önleyen sözleşmesel kayıtları geçersiz sayan 344a maddesinin 4. fıkrası Borçlar Kanunu'na alınmamıştır. Ne var ki çıraklarla rekabet yasağı kaydı kararlaştırılmasını yasaklayan özel bir kuralın yokluğu, çıraklık sözleşmelerine konan rekabet yasağı kayıtlarının geçerli olduğu anlamına gelmemektedir. Çünkü iş sözleşmesinden farklı olarak çıraklık sözleşmesinin konusu bir ücret karşılığında iş görme ediminin ifası değil, çırağın mesleği öğrenmesidir. Öğrenilen mesleğin icrasını sınırlayan rekabet

¹⁵⁸ Bauer/Diller, s. 28.

¹⁵⁹ BAG 18.8.1997 AP 70 zu § 74 HGB (Bauer/Diller, s. 28).

¹⁶⁰ Grove, s. 77.

¹⁶¹ Gazetecilerin statüsünü rekabet yasağı sözleşmesinin geçerlilik koşulları başlığı altında inceleyen ve rekabet yasağı sözleşmesinin yapılmasını engelleyen özel bir yasa kuralının bulunmamasını da geçerlilik koşulları arasında sayan bir yazar, Basın İş Kanununda "iş akdinin feshinden sonraki zaman için gazetecinin mesleğini icra serbestisini takyit eden hükümler batıldır" denilmesi nedeniyle gazetecilerle hiçbir şekilde rekabet yasağı sözleşmesi yapılamayacağını dile getirmiştir. bkz. Soyer, s. 39.

yasağı kayıtlarının ise çıraklık sözleşmesinin amacı ile bağdaşmadığı ifade edilmektedir¹⁶².

Alman Mesleki Eğitim Kanunu'nda çırakların mesleki eğitim ilişkisinin sona ermesini takip eden dönemde mesleki faaliyetlerini icra etmesini sınırlayan anlaşmalar kesin hükümsüz (*nichtig*) kabul edilmektedir (§ 12 BBiG)¹⁶³. Bu kural, çırağa mesleki eğitiminin sona ermesinin ardından kendi işverenin yanında çalışma yükümlüğü getiren sözleşme kayıtlarının yanı sıra rekabet yasağı kayıtlarını da kapsamaktadır¹⁶⁴. Ayrıca bu hükmün kapsamına çıraklık sözleşmesinin kurulduğu veya rekabet yasağının kararlaştırıldığı tarihte ergin statüsüne sahip çıraklar da girmektedir¹⁶⁵. Alman Mesleki Eğitim Kanunu çıraklık sözleşmesinin sona ermesinin ardından çırağın mesleğini serbestçe icra etmesini engelleyen sözleşme kayıtlarının geçersizliğine ilişkin temel kurala bir de istisna koymuştur. Buna göre çırak, çıraklık sözleşmesinin sona ermesinden önceki son altı ay içinde çıraklık sözleşmesinin sona ermesinin izleyen dönemde işverenle iş ilişkisine girmeyi taahhüt edebilir (§ 12 Abs. 1 Satz 2 BBiG). Bununla birlikte anılan düzenleme rekabet yasakları açısından da önem arz etmekte olup, böylelikle çıraklık sözleşmesinin sona ermesinden önceki son altı aylık dönem içinde çırakla rekabet yasağı kaydı kararlaştırılması olanaklı hale gelmektedir¹⁶⁶. Çıraklarla ilgili bu düzenlemeler, stajyerlere ve gönüllülere de uygulanmaktadır (§ 26 BBiG)¹⁶⁷.

Türk hukukunda çırak olabilmek için, kural olarak 14 yaşını doldurmuş, 19 yaşından gün almamış olmak zorunludur (MEK 10/1a). Ancak, yasa on dokuz yaşından gün almış olanlardan daha önce çıraklık eğitiminden geçmemiş olanların yaşlarına ve eğitim seviyelerine uygun olarak düzenlenecek mesleki eğitim programlarına göre çıraklık eğitimine alınabilmesine olanak tanımıştır (MEK 10/2a). Rekabet yasağı kaydının geçerliliği işçinin fiil ehliyetine sahip olması koşuluna bağlı

¹⁶²Soyer, s. 39.

¹⁶³Growe, s. 140.

¹⁶⁴Bauer/Diller, s. 212; Grill/Janert, s. 27.

¹⁶⁵Bauer/Diller, s. 212.

¹⁶⁶Bauer/Diller., Alman Mesleki Eğitim Kanunu'ndaki çıraklarla ceza koşulu kararlaştırılmayacağına öngören kural (§ 12 Abs. 2 Ziff. 2 BBiG), rekabet yasağı kayıtları bakımında da önemlidir. Yukarıda açıklanan ayrıklı düzenleme (§ 12 Abs. 1 Satz 2 BBiG) çerçevesinde akdedilen bir sözleşmeyle iş ilişkisinin kurulması ve rekabet yasağının bu iş ilişkisinin sona ereceği tarihi izleyen zamanda yürürlüğe gireceğinin kararlaştırılması halinde işverenin ceza koşulu talep etmesi mümkün değildir.

¹⁶⁷Bauer/Diller, s. 212; Growe, s. 140; Grill/Janert, s. 27.

tutulduğundan ergin olmayan çıraklarla kararlaştırılan rekabet yasağı kayıtları geçersizdir. Şu halde çıraklarla rekabet yasağı kaydı bağitlanıp bağitlanamayacağı tartışması, sadece fiil ehliyetine sahip çıraklar bakımından bir anlam taşımaktadır. Daha önce de belirtildiği gibi çıraklık sözleşmesinin konusu, çırağın mesleğın gerektirdiği bilgi, beceri ve iş alışkanlıklarını, iş içerisinde geliştirmesini sağlamaktır. Dolayısıyla çıraklık sözleşmesine dayanan çalışmanın amacı çırağa bir mesleğın nasıl icra edileceğinin öğretilmesi olup, kişilere meslek edindirmeyi amaçlayan bir sözleşmede kişinin öğrendiği mesleği icra etmesini yasaklayan veya sınırlayan bir kayıt bulunması, çıraklık sözleşmesinin ve mesleki eğitimin varlık nedeniyle de bağdaşmamaktadır. Kaldı ki çırağın mesleki faaliyeti ile ilgili konularda serbestçe karar almasını önleyen sözleşmesel kayıtlarının geçersizliğini kurala bağlayan maddenin de aralarında bulunduğu çıraklık sözleşmesiyle ilgili İsviçre Borçlar Kanunu hükümlerinin Borçlar Kanunu'na alınmamasının sebebi, Türk hukukunda çıraklık sözleşmesinin ayrı bir kanun ile düzenlenmesidir.

Kaldı ki Mesleki Eğitim Kanunu'nda çırağın çalışma özgürlüğünü sınırlayan kayıtların geçersizliğini öngören bir düzenleme bulunmamasından hareketle, çırağa çıraklık sözleşmesinin bitiminden sonra işletme sahibiyle iş ilişkisi kurma borcu yükleyen veyahut çırağın işletme sahibiyle rekabet etmesini yasaklayan sözleşme kayıtlarının geçerli olduğu sonucu çıkarılamaz. Bununla birlikte, çırakların mesleki eğitimlerini tamamlamalarının hemen akabinde işletme sahibiyle iş ilişkisine girerek işçi statüsüne geçmeleri sık rastlanan bir olgudur. Ancak iş sözleşmesinde rekabet yasağı kaydına yer verilmediği veya iş ilişkisi sırasında bağımsız bir rekabet yasağı sözleşmesi akdedilmediği takdirde, işveren çıraklık sözleşmesindeki rekabet yasağı kaydına dayanarak kendisiyle rekabet eden eski işçisine karşı herhangi bir talep ileri süremez. Yukarıda ayrıntılı olarak ortaya konan gerekçeler ışığında, çırakların taraf olduğu rekabet yasağı kayıtlarının hüküm ifade etmeyeceği görüşünü savunmakla beraber, çırağın öğrendiği mesleği icra etmesini kısıtlayan sözleşmelerin geçersiz olduğuna ilişkin bir maddenin 3308 sayılı Mesleki Eğitim Kanunu'na eklenmesinin uygulamada yaşanabilecek duraksamaları gidereceği kanaatindeyim.

Rekabet yasağı kaydıyla işçi dışında üçüncü bir kişiye rekabet yasağı getirilip getirilemeyeceği de tartışılmalıdır. Örneğın rekabet yasağı kaydıyla işçi, kendisiyle birlikte eşinin de iş sözleşmesinin bitiminden sonra işverenle rekabet etmeyeceğini

taahhüt edebilir mi?¹⁶⁸ Öncelikle belirtelim ki, rekabet yasağı kaydı işverenle işçi arasında akdedilen bir sözleşme olup, sözleşmelerin nispiyeti ilkesinin bir gereği olarak rekabet yasağı kaydının üçüncü kişi konumundaki eş yönünden herhangi bir borç doğurması söz konusu olmaz. Ancak akla hemen işçinin üçüncü kişinin fiilini üstlenip üstlenemeyeceği sorusu gelmektedir. Zira üçüncü bir kişinin fiilinin başkasına karşı üstlenilmesi hukuken mümkündür. Bu fiil gerçekleşmediği takdirde, üçüncü kişinin fiilini üstlenen kişi, fiilin gerçekleşmemesinden doğan zararı gidermekle yükümlü olur (TBK m. 128/1). Acaba rekabet yasağı kaydıyla kendisinin yanı sıra eşinin ve çocuklarının da işverenle rekabet etmeyeceğini vaat eden işçinin eşi veya çocukları rakip bir işletmede çalıştıklarında işveren işçiden ceza koşulu veya tazminat talep edebilir mi? İlk bakışta TBK m. 128/1'nin rekabet yasağı kayıtlarında da uygulama alanı bulabileceği, böylelikle işçinin üçüncü bir kişinin yapmama (rekabetten kaçınma) fiilini de işverene karşı üstlenebileceği düşüncesi sanki çok aykırı bir görüş değilmiş gibi bir izlenim uyanmaktadır. Ne var ki rekabet yasağıyla çalışma ve sözleşme özgürlüğü kısıtlanan işçiyi üstelik bir de üçüncü kişilerin benzer fiillerinden sorumlu tutmak rekabet yasağına ilişkin kanun hükümlerinin *ratio legis*'iyle çelişecektir. Kaldı ki TBK m. 444/1'de işçinin işverene karşı sözleşmenin sona ermesinden sonra herhangi bir biçimde rekabet etmekten kaçınmayı üstlenebileceğinden bahsedilmesinden de, rekabet yasağı kaydının işçiyle işveren arasında borç doğuran bir sözleşme olduğu ve aile bireyleri dahi olsa üçüncü kişilerin rekabet yasağına aykırı eylem ve davranışları nedeniyle işçiye herhangi bir hukuki bir sorumluluk yüklenemeyeceği sonucu çıkmaktadır. Peki, işçinin rekabet yasağı kaydında üçüncü kişinin fiilini üstlenmesi rekabet yasağı kaydının geçersizliğine yol açar mı? Kanaatimizce rekabet yasağı kaydında böyle bir düzenlemeye yer verilmesi kaydı tamamen geçersiz kılmaz; anılan rekabet yasağı kaydına kısmi geçersizlik yaptırımı uygulanır. Dolayısıyla rekabet yasağı kaydının üçüncü kişinin fiilinin taahhüt edildiği bölümü kesin hükümsüz sayılır. Kuşkusuz işveren işçinin yakınlarının rakip bir işletmede çalışmamalarında veya kendi hesaplarına rakip bir işletme açmamalarında haklı bir menfaate sahip olabilir. Gerçekten başta aile bireyleri olmak üzere, işçinin çevresindeki kişilerin de bir şekilde işletmeye ait iş veya üretim sırlarını öğrenmesi olasıdır. Böyle bir çekincesi olan işverenin izlemesi gereken yol, anılan üçüncü kişilerle ayrı bir rekabet yasağı sözleşmesi bağtılamaktır.

¹⁶⁸ Alman hukukunda işçinin yerine üçüncü kişinin rekabetten kaçınma borcunu üstlendiği sözleşmeler geçersiz sayılmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. *Grüll/Janert*, s. 29.

Altını çizelim ki, söz konusu sözleşme Borçlar Kanunu'nun rekabet yasağı kaydına ilişkin hükümlerine tabi değildir.

II. Zaman Bakımından Kapsamı

1. İş İlişisinin Kurulmasından Önce Akdedilen Rekabet Yasağı Sözleşmeleri

Daha iş sözleşmesi bağlanmadan önce, tarafların ayrı bir rekabet yasağı anlaşması yapmaları ihtimal dâhilindedir. Alman ve İsviçre öğretisinde böyle bir sözleşmenin kurulmasının önünde herhangi bir hukuki engelin bulunmadığı belirtilmektedir¹⁶⁹. Bu gibi durumlarda rekabet yasağı sözleşmesinin hüküm ifadesi etmesi, taraflar arasında gelecekte iş sözleşmesinin akdedilmesi yönünde geciktirici bir koşula bağlanmış olacaktır¹⁷⁰. Rekabet yasağı kaydıyla ilgili hukuki düzenlemelerin uygulama alanı bulabilmesi için herhangi bir zaman dilimindeki iş ilişkisinin varlığı yeterli sayıldığından, söz konusu rekabet yasağı sözleşmesine de TBK m. 444–447 uygulanmalıdır¹⁷¹. Geciktirici koşul olarak kabul edilen iş sözleşmesi kurulmadığı takdirde, rekabet yasağı sözleşmesi de hüküm ifade etmeyecektir.

2. İş İlişkisi Sırasında Akdedilen Rekabet Yasağı Sözleşmeleri

Sözleşme sonrası rekabet yasağı, genellikle iş sözleşmesinde yer alan bir kayda dayanmaktadır. Ancak tarafların iş ilişkisi sırasında ayrı bir rekabet yasağı sözleşmesi yapabileceklerinde kuşku yoktur¹⁷². Gerçekten bazen işveren, işçinin rakip bir işletmeye geçmesinin ne kadar tehlikeli olduğunun farkına ancak iş ilişkisi sürerken varmaktadır. Böyle hallerde sözleşme sonrası bir rekabet yasağının kararlaştırılabilmesi için tarafların anlaşması zorunludur¹⁷³. Alman öğretisinde işverenin işçiyi fesih tehdidi altında rekabet yasağı sözleşmesini kabul etmeye

¹⁶⁹ Bauer/Diller, s. 28; Bohny, s. 65.

¹⁷⁰ Bauer/Diller, s. 28.

¹⁷¹ Alman hukukundaki durum için bkz. Bauer/Diller, s. 28.

¹⁷² Bauer/Diller, s. 29. Bohny, s. 65.

¹⁷³ Bauer/Diller, s. 29.

zorlamaktan sakınması gerektiği, aksi takdirde rekabet yasağı sözleşmesinin korkutma (ikrah) nedeniyle iptal edilebileceği dile getirilmektedir¹⁷⁴.

3.Fesih Bildirim Süresi İçinde Akdedilen Rekabet Yasağı Sözleşmeleri

İş sözleşmesinin süreli fesih yoluyla sona erdirildiği durumlarda iş ilişkisinin hukuken sona ermesinden önce, diğer bir anlatımla fesih bildirim süresi içinde kurulan rekabet yasağı sözleşmeleri Borçlar Kanunu'nun rekabet yasağı kaydını düzenleyen hükümlerine tabidir¹⁷⁵.

4. İş İlişkisinin Sona Ermesinin Ardından Akdedilen Rekabet Yasağı Sözleşmeleri

Rekabet yasağıyla ilgili hukuki düzenlemelerin iş ilişkisinin bitiminden sonra akdedilen rekabet yasağı sözleşmelerine uygulanıp uygulanamayacağı sorusunu Türk hukuku açısından ele almadan önce, karşılaştırmalı hukuktaki duruma bir göz atılması yerinde olacaktır. Alman hukukunda taraflar arasında artık iş ilişkisinin var olmadığı bir sırada, daha yalın bir anlatımla iş ilişkisinin sona ermesini müteakip kurulan rekabet yasağı sözleşmelerinin §§ 74 ff. HGB'ye tabi olmadığı belirtilmektedir¹⁷⁶. Zira iş ilişkisinin sona ermesiyle birlikte taraflar arasında kişisel bir bağımlılık ilişkisinin kalmadığından bahsedilmektedir¹⁷⁷. Dolayısıyla iş sözleşmesinin bitiminden sonra akdedilen bir rekabet yasağı sözleşmesinde işverenin karşı edim üstlenmesi şart değildir¹⁷⁸. Nitekim Alman Federal İş Mahkemesi de, §§ 74 ff. HGB'nin fesih bildirim süresinin sona ermesini müteakip kararlaştırılan rekabet yasaklarına uygulanamayacağı görüşündedir¹⁷⁹. İş ilişkisinin sona ermesinin ardından bağitlanan rekabet yasağı sözleşmeleri ise, § 138 BGB'de yer alan genel sınırlamalara tabidir¹⁸⁰. Dolayısıyla böyle bir rekabet yasağı sözleşmesi dürüstlük kurallarına aykırılık nedeniyle geçersiz sayılabilir. Bu konuyla ilgili olarak Münih Eyalet İş Mahkemesi, eksik hukuki bilginin § 138 Abs. 2 BGB bağlamında

¹⁷⁴ BAG 16.1.1992 NZA 1992, s. 1023.

¹⁷⁵ Alman hukuku için bkz. *Bauer/Diller*, s. 29.

¹⁷⁶ *Bauer/Diller*, s. 29; *Growe*, s. 81; *Grüll/Janert*, s. 19.

¹⁷⁷ *Grüll/Janert*, s. 19–20.

¹⁷⁸ *Grüll/Janert*, s. 20.

¹⁷⁹ BAG 11.3.1968 AP 23 zu § 74 HGB; BAG 5.8.1968 AP 24 zu § 74 HGB.

¹⁸⁰ *Bauer/Diller*, s. 34.

deneyimsizlik (*unerfahrenheit*) anlamına gelmediğini açıklamıştır¹⁸¹. Ancak böyle bir rekabet yasağı kaydının kapsamı ahlaka aykırı da olabilir. Bu noktada rekabet yasağını tanımlayan hukuki düzenleme, yerini § 138 BGB'deki genel kurala bırakmaktadır. Belirtilen ilkeler çerçevesinde, iş ilişkisinin sona ermesinin ardından kurulan ve işçinin mesleğini icra etmesini tamamen imkânsız kılan karşı edimsiz rekabet yasağı sözleşmeleri ahlaka aykırı kabul edilmektedir¹⁸².

Belçika öğretisi, iş mevzuatının iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra akdedilen rekabet yasağı sözleşmelerine uygulanamayacağını çok net bir şekilde ortaya koymuştur. İş Sözleşmeleri Kanunu'nun (*Arbeidsovereenkomstenwet*) rekabet yasağı kaydına ilişkin emredici hükümleri, sadece iş sözleşmesinin sona ermesinden önce akdedilen rekabet yasağı kayıtlarına uygulanmaktadır. İşverenle işçinin iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra bağittadıkları rekabet yasağı sözleşmeleri ise, İş Sözleşmeleri Kanunu'ndaki rekabet yasağı kaydını düzenleyen emredici kurallara değil, Borçlar Hukukunun genel hükümlerine tabidir¹⁸³. Taraflar, prensip olarak, böyle bir rekabet yasağı sözleşmesinin içeriğini düzenlemekte serbesttir. Eş söyleyişle, sözleşme özgürlüğü ilkesi, iş ilişkisinin sona ermesinin ardından akdedilen rekabet yasağı sözleşmelerinde geniş bir uygulama alanı bulmaktadır. Ne var ki bu tip sözleşmelerde dahi sözleşme özgürlüğünün sınırsız olmadığı ve girişim özgürlüğünü kısıtlayan böyle sözleşmelerin de dar yorumlanması gerektiği belirtilmektedir¹⁸⁴. Belçika yargı organları da iş ilişkisinin sona ermesini izleyen dönemde bağittanan rekabet yasağı sözleşmelerine iş hukuku normlarının uygulanmayacağı hususunda öğretiyile aynı görüşü paylaşmaktadır. Gerçekten Brüksel İstinaf İş Mahkemesi'nin ikale (bozma) sözleşmesinde yer alan bir rekabet yasağı kaydıyla ilgili olarak verdiği bir kararda, söz konusu kaydın İş Sözleşmeleri Kanunu'nun 65 ila 104. maddelerinin kapsamına girmediği teyit edilmiştir¹⁸⁵. Nitekim Brüksel İstinaf İş Mahkemesi'nin daha yakın tarihli bir içtihadı da aynı doğrultudadır: "...İş Sözleşmeleri Kanunu'nun hükümlerine aykırı kayıtların geçersiz olduğunu düzenleyen İş Sözleşmeleri Kanunu'nun 6. maddesiyle yalnızca taraflar arasında fesih bildiriminden önce akdedilen sözleşme ve kayıtlar kastedilmektedir. Zira işçi bu andan itibaren tüm sözleşmeleri akdedebilir...İş sözleşmesinin feshi

¹⁸¹ 12.2.1986 DB 1986, s. 2191.

¹⁸² Bauer/Diller, s. 34.

¹⁸³ Carlier, s. 117.

¹⁸⁴ Maerten, P./Wouters, O: Concurrentiebeding: Overzicht van Rechtspraak 2000-2004, s. 298

¹⁸⁵ Arbh. Brussel 29.2.2000, A.R. 38.151 (Maerten P./Wouters s. 298'dan naklen).

sonrası rekabet konusunda işçi ve işveren arasında bağtlanan sözleşmenin geçerliliği ise İş Sözleşmeleri Kanunu'nun 65 ve 86. maddelerine değil, Medeni Kanunu'nun 1108 ve 1134. maddelerinde yer alan düzenlemelere tabidir. Böyle bir sözleşmeye İş Sözleşmeleri Kanunu'nun hükümleri değil, Borçlar Hukuku düzenlemeleri uygulanır..."¹⁸⁶. Belçika'da hisse devri sözleşmeleri de, bazen işçiye rekabet etmeme borcu yüklemektedir. Liege İstinaf İş Mahkemesi'nin önüne gelen bir olayda, işçi iş sözleşmesini feshettikten sonra şirketteki hisselerini satmıştır. Hisselerin devri çerçevesinde ilgili işçinin belli bir süre boyunca rekabet teşkil edebilecek faaliyetlerden kaçınacağı kararlaştırılmıştır. Liege İstinaf İş Mahkemesi böyle bir rekabet yasağı sözleşmesiyle iş ilişkisi arasında herhangi bir bağlantının söz konusu olmadığını ve anılan sözleşmenin hisselerin satışına ilişkin sözleşmeye dayandığını belirterek ilk derece mahkemesi hâkimince verilen görevsizlik kararını onamıştır¹⁸⁷.

İş ilişkisinin sona ermesinden sonra bağtlanan rekabet yasağı sözleşmelerinin İsviçre Borçlar Kanunu'nun rekabet yasağıyla ilgili özel düzenlemelerine mi tabi olduğu, yoksa anılan sözleşmelere genel hükümlerde yer alan sınırlamaların mı uygulanacağı İsviçre öğretisi tarafından da ele alınmıştır. Burada kanun koyucunun rekabet yasağıyla ilgili özel bir düzenlemeye gitmesinin gerisinde işçinin işverene bağımlı olması düşüncesinin yattığı dile getirilmektedir. Ayrıca sorunun çözümünde işçinin iş ilişkisi sırasında ve iş ilişkisinin sona ermesinden başlayarak bir ay içinde emredici düzenlemelerden kaynaklanan alacaklarından feragat edemeyeceğini kurala bağlayan İsviçre Borçlar Kanunu'nun 341. maddesinin dikkate alınmasının zorunlu olduğu vurgulanmaktadır. Öte yandan rekabet yasağı anlaşmasının iş sözleşmesinin ifası ve özellikle işçinin parasal alacaklarıyla ilişkilendirilmesi halinde, işçinin sınırlı da olsa ekonomik açıdan bir bağımlılığının söz konusu olduğu belirtilmektedir¹⁸⁸. Başka bir söyleyişle, işçinin talep edebileceği hakların kapsamıyla ilgili olarak taraflar arasında uyuşmazlık sürdüğü sürece işçinin sınırsız bir karar alma özgürlüğünden bahsedilemeyeceği iddia edilmektedir¹⁸⁹.

¹⁸⁶ Arbh. Brussel 13.6.2003, A.R. 41.802, *Maerten /Wouters*, s. 298'dan naklen.

¹⁸⁷ Kort. Ged. Arbh. Luik, afd. Namen, 29.7.1999, A.R. 33/99. *Maerten /Wouters*, s. 298-299'dan naklen.

¹⁸⁸ *Bohny*, s. 65.

¹⁸⁹ *Bohny*, s. 65.

Borçlar Kanunu'nun rekabet yasağı kaydına ilişkin düzenlemeleri iş ilişkisinin sona ermesinin ardından kurulan rekabet yasağı sözleşmelerine de uygulanacak mıdır? Bu sorunun yanıtı, geniş ölçüde söz konusu hükümlerin *ratio legis*'iyle ilintilidir. Kanun koyucunun rekabet yasağı kayıtlarının geçerliliğini sıkı koşullara bağlamasının ve kapsamını sınırlandırmasının gerisinde iş sözleşmesinin *sui generis* niteliği yatmaktadır. Gerçekten kimi istisnai olgular bir yana bırakılacak olursa, iş sözleşmesi eşit sözleşme tarafları arasında gerçekleşen müzakerelerle değil, işverenin işçiye dayattığı sözleşme koşullarının işçi tarafından kabulüyle kurulmaktadır. Diğer bir anlatımla, işçi rekabet yasağı kaydının da aralarında bulunduğu sözleşme koşullarını, aleyhine de olsa kabul etmek veya sözleşme önerisini reddetmek dışında üçüncü bir seçenekten yoksundur. Kaldı ki iş ilişkisi sırasında akdedilen rekabet yasağı sözleşmelerinin de işçinin özgür iradesinin ürünü olduğu söylenemez. Zira fesih kaygısı duyan işçinin işverenin rekabet yasağı sözleşmesi önerisini reddetmesi kolay değildir. O halde işçiyle işveren arasındaki rekabet yasağı kayıtlarının emredici kurallarla düzenlemesinin amacı; iş sözleşmesinin özgün yapısı nedeniyle işverenin rekabet yasağı sözleşmesi önerisini reddetmesi oldukça güç olan işçinin çalışma ve sözleşme özgürlüğünün korunmasıdır.

Ancak iş ilişkisinin sona ermesiyle bağımlılık ilişkisi ortadan kalkmakta ve taraflar eşit hale gelmektedir. Böylece artık işverene bağlı olmayan işçinin irade özerkliği yeniden canlanmakta, işçi eski işvereniyle bağitlayacağı sözleşmeler açısından yeniden pazarlık imkânına kavuşmaktadır. Gerçekten iş ilişkisinden sonra bağitlanan rekabet yasağı sözleşmeleri, iş sözleşmesi kurulurken veya iş ilişkisi sürerken kararlaştırılan rekabet yasaklarından farklı olarak, eşit hukuk sùjelerinin karşılıklı irade beyanlarına dayanmaktadır. Kaldı ki TBK m. 444'de rekabet yasağını; fiil ehliyetine sahip olan *işçinin, 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 üstlendiği sözleşme olarak tanımlamıştır. Yasal tanımda işçi ve işverenden söz edilmesi de iş ilişkisinin sona ermesinin ardından bağitlanan rekabet yasağı sözleşmelerinin Borçlar Kanunu'nda rekabet yasağı kaydını düzenleyen kurallara tabi olmadığını teyit etmektedir. Zira kanun rekabet yasağını işçinin işverene karşı sözleşmenin sona ermesinden sonra herhangi bir biçimde

rekabet etmekten kaçınmayı üstlenmesi olarak tanımlamaktadır. Oysa iş ilişkisinin son bulmasıyla birlikte tarafların işçi ve işveren sıfatları da sona ermektedir. Borçlar Kanunu'ndaki rekabet yasağı kaydına ilişkin düzenlemenin amacından, TBK m. 444/1'in lafzından ve karşılaştırmalı hukuktaki örneklerden çıkardığımız sonuç, TBK. m. 444 ila 447'de yer alan kuralların iş ilişkisinin sona ermesinden sonra akdedilen rekabet yasağı sözleşmelerine uygulanamayacağı yönündedir. İşçinin iş ilişkisinin sona ermesinden sonra iş sözleşmesinden kaynaklanan alacaklarının ödenmesi karşılığında eski işvereniyle bağtladığı rekabet yasağı sözleşmesinin Borçlar Kanunu'nun rekabet yasağı kaydına ilişkin kurallarına tabi olduğunu savunan görüş de yerinde değildir¹⁹⁰. Yazar bu görüşü, iş sözleşmesinden doğan alacakları ödenmeyen işçinin eski işvereniye ekonomik açıdan bağımlılığının devam etmesine ve işçinin ilişkisi sırasında ve iş ilişkisinin sona ermesini izleyen bir ay içinde alacaklarından feragat edemeyeceğini düzenleyen İsviçre Borçlar Kanunu'nun 341. maddesine dayandırmaktadır¹⁹¹. Her şeyden önce, çağdaş iş hukukunda işçinin bağımlılığın kişisel/hukuki bir bağımlılık olduğu ve bağımlılık unsurunun tespitinde işçinin ekonomik bağımlılığının esas alınamayacağı düşüncesi benimsenmektedir. Oysa iş ilişkisi sona erdiğinde, işçinin işverene olan hukuki/kişisel bağımlılığı ortadan kalkmaktadır. Salt işverenin iş sözleşmesinden kaynaklanan bir takım parasal borçların ifasını işçinin rekabet yasağı sözleşmesini kabul etmesi koşuluna bağlamasından, işçinin işverene ekonomik açıdan bağımlı olduğu sonucu çıkarılamaz. Kaldı ki iş ilişkisinin sona ermesini müteakip fesih gibi bir endişesi de kalmayan işçinin, işverenin rekabet yasağı sözleşmesi önerisini geri çevirerek söz konusu alacaklarını dava veya ilamsız icra takibi yoluyla tahsil etmesi mümkündür.

İş ilişkisinin sona ermesinin ardından akdedilen rekabet yasağı sözleşmeleriyle ilgili ayrı bir hukuki düzenleme bulunmadığından, taraflar genel hükümleri gözetmek kaydıyla, sözleşmenin içeriğini diledikleri gibi düzenleyebilirler. Ne var ki tarafların sözleşmenin içeriğini düzenleme konusunda mutlak bir serbestiye sahip oldukları öne sürülemez. Öncelikle böyle bir sözleşme, kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine ve kişilik haklarına aykırı olmamalıdır (TBK m. 27/1). Özellikle

¹⁹⁰ *Bohny*, s. 66–67.

¹⁹¹ Türk Borçlar Kanunu'nda da ibra sözleşmeleriyle bağlantılı olarak benzer bir düzenlemeye yer verilmiştir. Buna göre işçinin işverenden alacağına ilişkin ibra sözleşmesinin yazılı olması, ibra tarihi itibarıyla sözleşmenin sona ermesinden başlayarak en az bir aylık sürenin geçmiş bulunması, ibra konusu alacağın türünün ve miktarının açıkça belirtilmesi, ödemenin hak tutarına nazaran noksansız ve banka aracılığıyla yapılması şart olup, bu unsurları taşımayan ibra sözleşmeleri kesin olarak hükümsüzdür (TBK m. 420/2).

kimsenin özgürlüklerinden vazgeçemeyeceğini veya onları hukuka ya da ahlaka aykırı olarak sınırlayamayacağını öngören Medeni Kanun hükmü bu tür sözleşmeler açısından özel bir önem arz etmektedir (TMK m. 23). Bu madde çerçevesinde, kişinin çalışma özgürlüğünden vazgeçmesi veya çalışma özgürlüğünün hukuka ya da ahlaka aykırı olarak sınırlandırılmasına rıza göstermesi mümkün değildir. Dolayısıyla kişinin çalışma özgürlüğünü tamamen ortadan kaldıran rekabet yasağı sözleşmeleri kesin hükümsüzdür. Nitekim Yargıtay 11. Hukuk Dairesi *franchising* sözleşmesinde yer alan bir rekabet yasağı kaydını; Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın Çalışma ve Sözleşme Hürriyeti başlıklı 48 ve devamı maddelerinde, herkesin dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetine sahip olduğunun bildirildiği, Borçlar Kanunu'nun 19. maddesinin ilk fıkrasında bir akdin mevzuunun kanunun gösterdiği sınır dairesinde serbestçe tayin olunacağı belirtildikten sonra 2. fıkrasında bu serbestinin sınırlarının gösterildiği, 20. maddesinde ise bir akdin mevzuunun gayri mümkün veya gayrimuhik yahut ahlaka (adaba) mugayir olması halinde o akdin batıl olacağı düzenlendiği, dolayısıyla sözleşmenin tarafları sözleşme özgürlüğü ilkesi çerçevesinde sözleşmenin konusunu belirlemede özgür iseler de bu özgürlüğün sınırsız ve sonsuz olacağı söylenemeyeceği, Anayasa'nın ve Borçlar Kanunu'nun anılan hükümlerinin sözleşme özgürlüğünün sınırlarını çizdiğini ve rekabet yasağını düzenleyen sözleşme hükümlerinin Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ile güvence altına alınan çalışma hürriyetine aykırı olamayacağı gibi gerekçelere yaslanarak geçersiz saymıştır¹⁹². Yargıtay'ın bu içtihadında benimsenen ilkeler, iş ilişkisinden

¹⁹²“...*Dava, franchising sözleşmesine aykırılık iddiasına dayalı haksız rekabetin tespit ve önlenmesi istemine ilişkindir. Somut olayda, taraflar arasında imzalanan 13.11.2007 tarihli sözleşmenin 5.5. maddesinde, alt imtiyaz sahibinin bu anlaşmanın sona ermesini veya feshedilmesini takip eden bir yıllık süre boyunca imtiyaz bölgesinde, ne kendisinin ne de ilgili olduğu bir şirketinin bu anlaşma ile makul olarak tasarlanmış bulunan iş ile aynı veya benzer olan işlerde, özelde de gıda zinciri ile veya gıda toptan veya perakende satışı yapan Dia ürünlerinin benzerlerini veya aynısını satan rakip bir işletme ile iş yapmaktan ve genelde de Dia işletmeleri ile rekabet yaratacak doğrudan veya dolaylı faaliyetlerde bulunmaktan kaçınmayı taahhüt ettiği düzenlenmiş olup, davacı tarafından davalının sözleşmenin feshinden sonra anılan maddede yasaklanan işleri yapmaya devam ettiği ileri sürülerek işbu dava açılmış olup, mahkemece yazılı gerekçelerle davanın kabulüne karar verilmiştir. Oysa, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın Çalışma ve Sözleşme Hürriyeti başlıklı 48 ve devamı maddelerinde, herkesin dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetine sahip olduğu bildirilmiş, BK.'nun 19. maddesinin ilk fıkrasında, bir akdin mevzuunun kanunun gösterdiği sınır dairesinde serbestçe tayin olunacağı belirtildikten sonra, 2. fıkrasında bu serbestinin sınırları gösterilmiş, 20. maddesinde ise bir akdin mevzuunun gayri mümkün veya gayri muhik yahut ahlaka (adaba)mugayir olması halinde o akdin batıl olacağı düzenlenmiştir. Dolayısıyla sözleşmenin tarafları, sözleşme özgürlüğü ilkesi çerçevesinde sözleşmenin konusunu belirlemede özgür iseler de bu özgürlüğün sınırsız ve sonsuz olduğu söylenemez. Anayasa'nın ve BK.'nun anılan hükümleri sözleşme özgürlüğünün sınırlarını çizmiştir. Bu açıklamalardan sonra somut olaya dönülecek olursa, taraflar arasındaki sözleşmenin rekabet yasağını düzenleyen 5.5. maddesi hükmü, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ile güvence altına alınan çalışma hürriyeti ilkesine aykırı olması ve tarafların aralarında*

sonra bağıtlanan rekabet yasağı sözleşmelerine de uygulanmaya elverişlidir. Zira franchising sözleşmesi de tıpkı işverenle işçinin iş ilişkisinin bitiminden sonra bağıtladığı rekabet yasağı sözleşmesi gibi kanun tarafından düzenlenmeyen (isimsiz) sözleşmeler arasında yer almaktadır. Dolayısıyla hâkimin iş ilişkisinden sonra bağıtlanan rekabet yasağı sözleşmeleriyle isimsiz sözleşmelerdeki rekabet yasağı kayıtlarının hukuki denetiminde Anayasa'nın 48. maddesiyle Borçlar Kanunu'nun 27. maddesini somut olaya doğrudan uygulayabileceği ve anılan kurallara aykırı sözleşme veya sözleşme kayıtlarının geçersizliğine hükmedebileceği vurgulanmalıdır. Yargıtay'ın söz konusu kararında çarpıcı nokta, Anayasal normların özel hukuk ilişkilerini doğrudan etkileyebileceği yönündeki yaklaşımın benimsenmiş olmasıdır. Ekleyelim ki, kişinin çalışma özgürlüğünü bütünüyle ortadan kaldırmamakla beraber çok geniş bir şekilde sınırlayan ve mesleğini icra etmesini neredeyse olanaksız kılan rekabet yasağı sözleşmelerinin kapsamı ve süresi ise, TBK m. 445/2 kıyasen uygulanması yoluyla sınırlandırılabilir¹⁹³.

§ 3. REKABET YASAĞI KAYDININ KONUSU VE YORUMU

I. Rekabet Etmeme (Rekabet Oluşturan Faaliyet)

Rekabet yasağı kaydının konusu, işçinin iş ilişkisinin sona ermesinin ardından eski işvereniyle rekabetten kaçınmasıdır. Nitekim kanunda rekabet yasağının konusu, işçinin iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra herhangi bir biçimde işverenle 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 kaçınması olarak düzenlenmiştir (TBK m. 444/1). Mevzuatın Almanca metninde ise, işçinin rekabet teşkil eden her faaliyetten (*jeder konkurrezienden tätigkeit*) kaçınmakla yükümlü olduğu belirtilmektedir (Art. 340/1). Yasal düzenlemeden çıkartılabilecek ilk sonuç, işçinin rekabet teşkil etmeyen faaliyetlerinin rekabet yasağı kaydının konusuna girmediğidir. Eş söyleşiyle işçinin

imzalayacakları bir sözleşme hükmü ile bu özgürlüğü ihlal anlamına gelecek her hangi bir düzenleme yapmalarının mümkün bulunmaması nedeniyle geçersizdir..." Yarg. 11. HD., 19.1.2012, E:2011/13747 K:2012/356, İBD 2012/4, s. 425-426.

¹⁹³ Şüphesiz böyle bir sözleşmenin içeriğine müdahale eden hâkimin taraflar arasında herhangi bir bağımlılık ilişkisinin olmadığını hususunu da gözeterik iş sözleşmesinin kuruluşunda veya devamında kararlaştırılan rekabet yasağı kayıtlarına oranla daha yüzeysel bir denetim yapması ve sözleşmenin sınırlanmasında çok katı davranmaması gerekir. Zira sözleşmenin içeriğini belirleme konusunda taraflara son derece geniş bir serbesti tanınmış olup, sözleşmenin içeriğini sınırlayan pozitif hukuki düzenlemeler genel hükümlerden (TMK m. 23, TBK m. 27) ibarettir.

kendi hesabına işverene rakip olmayan bir işletme açması, rakip olmayan bir işletmede çalışması veya böyle bir işletmeyle başka türden bir menfaat ilişkisine girmesi caizdir. Diğer taraftan rekabet yasağının konusu işçinin rekabet oluşturan faaliyetleriyle sınırlayan kanun; yasak faaliyetleri örneksene yöntemiyle sıralamaktadır. Fıkarda geçen özellikle (*insbesondere/notamment*) sözcüğü, yasak faaliyetlerin tahdidi bir şekilde sayılmadığını; rekabet yasağına aykırı fiillerin işçinin rakip bir işletme açmasıyla veya başka bir rakip işletmede çalışmasıyla sınırlı olmadığını teyit etmektedir. Kaldı ki işçiye rakip işletmeyle başka türden bir menfaat ilişkisine girmeme borcu yükleyen ifade, işçinin rakip işletme açmasının veya diğer bir rakip işletmede çalışmasının dışında rekabet oluşturabilecek diğer eylemleri de içermektedir.

Rekabet yasağı kaydının işçiye kanunda sayılan faaliyetlerden yalnızca birini yapmama borcu yüklemesi, işçinin rekabet teşkil eden öteki faaliyetlerinin hukuka uygun olduğu anlamına mı gelmektedir? Örneğin işçiye sadece rakip bir işletmeyle iş ilişkisi kurmayı yasaklayan bir rekabet yasağı kaydına tabi işçinin eski işvereniyle bağımsız bir şekilde rekabet etmesi mümkün müdür? İsviçre öğretisinde kanunda sayılan faaliyetlerden birinin yasaklanmasından diğer faaliyetlerin de yasak kapsamında olduğu sonucunun çıkarılamayacağı ileri sürülmektedir. Buna göre, rekabet yasağı kaydıyla rakip bir işletme açması yasaklanan işçinin rakip bir işletmede çalışmasının caiz olduğu belirtilmektedir¹⁹⁴. Buna karşılık, Alman hukukunda işçiye rakip işletmeyle iş ilişkisi kurmayı yasaklayan bir rekabet yasağı kaydının bağımsız çalışmayı dışlamadığı kabul edilmektedir¹⁹⁵. Tersine *rekabet etme* (*Konkurrenz zu machen*) gibi genel bir ifadenin tercih edildiği rekabet yasağı kayıtlarının yalnızca bağımsız faaliyetleri kapsadığı ve işçinin rakip bir işletmeyle iş ilişkisine girmesini yasaklamadığı savunulmaktadır¹⁹⁶. Bununla birlikte, işçinin rakip bir işletmede çalışmasını genel olarak yasaklayan bir kaydın (*Tätigkeit für einKonkurrenzunternehmen*) işçinin rakip işletmedeki bağımlı veya bağımsız tüm faaliyetlerini kapsadığı, söz konusu işçinin rakip işletmeyle ne bir iş sözleşmesi akdedebileceği ne de yönetim danışmanlığı örneğindeki gibi bağımsız bir şekilde çalışamayacağı iddia edilmektedir¹⁹⁷.

¹⁹⁴Bohny, s. 77.

¹⁹⁵Bauer/Diller, s. 83.

¹⁹⁶Röhler/Borrmann, Wettbewerbsbeschränkungen für Arbeitnehmer und Handelsvertreter, 1981.

s. 79.

¹⁹⁷Bauer/Diller, s. 83.

II. Rekabet Etmeme Borcunun Özellikleri

1.Yapmama Edimi Olması

Yapmama edimini tanımlamadan ve rekabetten kaçınma borcunun yapmama edimleri içindeki yerini açıklamadan önce, bir üst kavram olan olumsuz edim hakkında bilgi verilmelidir. Olumsuz edimin konusu, borçlunun bir şeyi yapmamasıdır¹⁹⁸. Buna göre, olumsuz bir edim üstlenen borçlu, hukuk normlarına göre yapmaya yetkili olduğu bir işi yapmamayı veya başka bir kişinin davranışına katlanmayı taahhüt eder¹⁹⁹. Olumsuz edimler, katlanma edimleri veya yapmama (kaçınma) edimleri olmak üzere kendi içerisinde ikiye ayrılmaktadır. Arazisinden bir başkasının geçmesine engel olmama, katlanma tarzındaki olumsuz menfi edimlere bir örnektir²⁰⁰. Yapmama (kaçınma) ediminde ise, borçlu hukuk düzeninin caiz gördüğü bir işlemi veya eylemi yapmamayı üstlenmektedir. Bir hakkı edinmeme veya bir hakkı devretmeme edimleri ve belirli kişilerle ticari ilişkiye girmeme taahhüdü de yapmama (kaçınma) edimleri arasında yer almaktadır. Sözleşmeden kaynaklanan yapmama (*non facere*) borçlarının özgün bir örneği, işçinin sözleşme sonrası rekabet etmeme borcudur. İşçi rekabet yasağı kaydıyla, iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra herhangi bir biçimde işverenle rekabet etmeme, özellikle kendi hesabına rakip bir işletme açmama, başka bir rakip işletmede çalışmama veya rakip işletmeyle başka türden bir menfaat ilişkisine girmemeyi borçlanmaktadır. Yapmama edimleri ve bu arada rekabet yasağı, borçlunun (işçinin) ekonomik özgürlüğünü ve dolayısıyla hukuki işlem alanını sınırlamaktadır. Ne var ki sözleşme ile kabul edilen yapmama edimleri, borçlunun kişilik haklarını hukuka aykırı bir şekilde ortadan kaldırmamalıdır²⁰¹. Ancak yapmama edimine aykırı hareket eden borçlunun yaptığı hukuki işlemler geçerli kabul edilmektedir. Zira borçlunun borçlandırıcı işlem yapma yetkisini sınırlayan yapmama edimleri, borçlunun tasarruf yetkisini ortadan kaldırmamaktadır. Dolayısıyla rekabet yasağını ihlal edilmesi işçinin rakip işletmeyle

¹⁹⁸Eren,Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, Beta, İstanbul 2010;s. 95; Oğuzman, M. Kemal /Öz, M. Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenip Genişletilmiş 9. Bası,2 Cilt, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011, s.7.

¹⁹⁹Eren s. 95.

²⁰⁰Oğuzman /Öz, s.7.

²⁰¹Eren, s. 96.

akdettiği iş sözleşmesini geçersiz kılmaz²⁰². İşçinin rekabetten kaçınma borcunun yapmama edimi karakterine sahip olması, işverenin borca aykırı davranan işçiden aynen ifayı hangi koşullar altında talep edebileceği ve aynen ifaya yönelik ilamın nasıl icra edileceği gibi çetrefilli soruları da beraberinde getirmektedir. Bu sorulara ‘rekabet yasağı kaydının ihlali’ bölümünde yanıt aranacaktır.

2. Kişisel Edim Olması

Borçlunun bedensel veya düşünsel bir emek veya güç sarf etmek suretiyle yerine getirdiği edimler kişisel (şahsi) edim olarak nitelendirilmektedir²⁰³. Nitekim işçinin iş sözleşmesinden kaynaklanan asli edim yükümlülüğü olan iş görme edimi de kişisel bir edimdir. Keza vekâlet ve vedia sözleşmelerinde de kişisel edimler söz konusudur²⁰⁴. Borç ilişkisinin konusunu oluşturan kişisel edim, *borçlunun şahsına bağlı kişisel edim* ve *borçlunun şahsına bağlı olmayan kişisel edim* olmak üzere ikiye ayrılmaktadır²⁰⁵. Borçlunun şahsına bağlı kişisel edimin bizzat borçlu tarafından ifa edilmesi zorunludur. Zira sözleşmenin konusunun borçlunun şahsına bağlı kişisel bir edim olduğu hallerde alacaklıyı borçluyla sözleşme yapmaya sevk eden etmen, borçlunun mesleki becerileri ve kişisel özellikleridir. Başka bir anlatımla, böyle sözleşmelerde borçlunun kişiliği ön plandadır (*intuitus personae*). Dolayısıyla borçlu öldüğü takdirde sözleşmeden doğan hukuki ilişki *ipso iure* son bulur; borçlunun şahsına bağlı edimin mirasçılara intikali söz konusu olmaz. Ayrıca borçlu şahsına bağlı kişisel edimi şahsen ifa etmelidir. Bu bağlamda, borçlunun kişiliğine sıkı sıkıya bağlı edimlerin üçüncü bir kişi tarafından yerine getirilmesi olanaksızdır. Nitekim işçi, sözleşmeden veya durumun gereğinden aksi anlaşılmadıkça, yüklendiği iş görme edimini bizzat yerine getirmek zorundadır (TBK. m. 395). Bununla birlikte, kişisel edimler olumlu edim niteliğindeki iş görme edimlerinden ibaret olmayıp, yapmama edimleri de kişisel edimler arasında yer almaktadır²⁰⁶. İşçinin rekabet yasağı kaydından doğan rekabet etmeme yükümlülüğü de tıpkı iş sözleşmesiyle borçlanılan iş görme borcu gibi işçinin kişiliğine sıkı sıkıya bağlı bir edimdir. Hatta rekabet etmeme borcunun kişisel edim özelliği, diğer kişisel edimlere göre çok daha baskındır. Öyle ki işçinin iş görme borcu sözleşmenin veya durumun gereğinin izin

²⁰²Eren, s. 96.

²⁰³Eren, s. 97.

²⁰⁴Eren, s. 98.

²⁰⁵Eren, s. 98.

²⁰⁶Eren, s. 98.

verdiği ölçüde üçüncü bir kişi tarafından yerine getirilebilirken, rekabet etmeme borcunun doğası söz konusu edimin üçüncü bir kişi tarafından ifa edilmesini imkânsız kılmaktadır. Aynı biçimde, işçinin ölümü rekabet etmeme borcunu da ortadan kaldırdığından işverenin bu borcun ifasını işçinin mirasçılarından talep etmesi mümkün değildir.

3. Sürekli Edim Olması

Borç ilişkisini sürekli bir borç ilişkisi olarak nitelendirebilmek için edim sonucunun, başka bir anlatımla alacaklının menfaatinin edimin yerine getirilmesi ile gerçekleşmesinin, bir defada aniden mi yoksa zaman içinde bir süre mi kapsadığına bakılmaktadır. Yapmama borcu olarak üstlenilen edimler, kural olarak, sürekli edim niteliğindedir²⁰⁷. Bu anlamda rekabetten kaçınma borcu, tipik bir sürekli edimdir. Zira edimin ifası ile işverenin menfaatinin gerçekleşmesi, belli bir zaman kesitini kapsamaktadır. Diğer bir söyleyişle, işçi rekabetten kaçındığı sürece işverenin borcun ifasına yönelik menfaati de tatmin edilmektedir. Ancak rekabet yasağı kaydına rağmen eski işvereniyle rekabet etmeye başlayan işçi tazminat veya ceza koşulu ödemekle yükümlü olacağından, böyle bir durumda taraflar arasında ani edimli bir borç ilişkisi doğacak; bu ilişki tazminatın veya ceza koşulunun ödenmesi ile sona erecektir²⁰⁸. Rekabet yasağı kaydıyla taraflar arasında iş sözleşmesi sonrası sürekli bir borç ilişkisi kurulmasının en önemli sonucu, rekabet etmeme borcuna aykırılığın TBK m. 126 çerçevesinde işverene fesih hakkı vermesidir. Konu ileride detaylı olarak ele alınacaktır.

III. Rakip İşletme Kavramı

Rekabet yasağına aykırı faaliyetlerin tamamında rakip işletmeden (*Konkurrenzunternehmen*) söz eden Borçlar Kanunu'nda rakip işletme kavramına ilişkin herhangi bir tanıma yer verilmemiştir²⁰⁹. İsviçre öğretisindeki kimi yazarlara

²⁰⁷ *Seliçi, Özer: Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1976, s. 10.* Ancak her yapmama borcunun da mutlaka sürekli edim karakterinde olmadığı ve açık arttırmanın belirli bir aşamasında pay sürmeme gibi bazı borç ilişkilerinde yapmama borcunun da ani edim niteliği taşıyabileceği ifade edilmektedir. a.g.e. , s. 10.

²⁰⁸ *Seliçi, s. 10–11.*

²⁰⁹ *Pidoux, s. 39.* İsviçre öğretisinde kanunun rakip işletmeyi '*ein Geschäft das mit dem Arbeitgebers in Wettbewerbsteht (işverenle rekabet halinde olan işletme)*' şeklinde tanımladığı öne sürülmüştür

ve İsviçre yargı organlarınca verilen bazı kararlara göre, aynı müşteri çevresine aynı veya benzer ihtiyaçların tatmini amacıyla aynı türde mal veya hizmetlerin sunulması durumunda iki işletme arasında bir rekabet ilişkisinin var olduğu kabul edilmelidir²¹⁰. Diğer bir İsviçreli yazar, aynı müşteri çevresine benzer şartlarla özdeş ürünler sunan iki işletmenin birbirlerinin rakibi olduğunu savunmuştur²¹¹. İki tanım arasındaki fark, özdeş mal veya hizmetlerin alıcılara benzer koşullarda arz edilmesinin rekabet ilişkisinin varlığının kabul edilebilmesi için zorunlu bir unsur olup olmadığıdır. İşletmeler arasındaki rekabet ilişkisini, mal veya hizmetlerin benzer koşullarda sunulmasına bağlayan görüşü eleştiren bir yazar; satın alma gücü yüksek günümüz toplumunda fiyat veya kalite farkına göre bir ayırıma gitmenin hemen hemen olanak dışı olduğunu, güzellik malzemesi gibi bazı malların pahalı da olsa daha çok rağbet gördüğünü, kol saati gibi bir takım mallarda kalitenin önemli olduğunu, günlük tüketim maddelerinde ise fiyatın büyük bir rol oynadığını ifade ederek daha yüksek bir fiyat karşılığında kaliteli bir mal veya daha düşük bir fiyat karşılığında kalitesiz bir ürün satın almak konusundaki son tercihin günümüzde müşteriye ait olduğunu belirterek, ucuz ve pahalı mal üreten firmaların günümüzde aynı müşteri çevresine hitap ettiklerinin altını çizmiştir²¹².

İşletmelerin rakip olup olmadıklarının tespitinde araştırılacak temel husus, ortak müşteri çevresidir. Mevcut ve/veya potansiyel müşteriler kısmen dahi olsa örtüştüğü takdirde ortak bir müşteri çevresinin varlığından söz edilmektedir²¹³. Nitekim Alman yargı organları, işletmelerin gelecekte aynı müşteri çevresine hitap edecek olmasının işletmeler arasında bir rekabet ilişkisinin varlığının tespiti açısından yeterli saymaktadır²¹⁴. Dolayısıyla rekabet ilişkisinin varlığının saptanmasında, güncel müşteri çevresinin yanı sıra, işletmenin üretim kapasitesinin artması veya ürünlere yönelik talepteki değişim gibi etmenlerle elde edilebilecek potansiyel

(*Haefliger*, Das Konkurrenzverbot, s. 45). Ancak böyle bir ifadenin yasal tanım olarak nitelendirilmesi doğru değildir. Zira *rakip işletme* kavramına hiçbir açıklık getirmeyen *işverenle rekabet halinde olan işletme* ifadesi, aynı kavramın daha fazla sözcükle anlatılmasından öte bir anlam taşımamaktadır. Alman öğretisinde işçinin çoğu kez rakip bir işletme (*Konkurrenzunternehmen*) veya bir rakip (*Wettbewerber*) için çalışmasının yasaklandığı, bu kavramların yoruma muhtaç olduğu ve kanunun rakip işletmeyi tanımlamadığı belirtilmektedir. bkz. *Bauer/Diller*, s. 79. Genel olarak iş hukukunda işletme kavramı için bkz. *Yenisey*, Kübra Doğan: İş Hukukunda İşyeri ve İşletme –Alman ve Fransız Hukuklarıyla Karşılaştırmalı Bir İnceleme-, Legal, İstanbul 2010.

²¹⁰ *Bohny*, s. 74; *Haefliger*, s. 45.

²¹¹ *Pflüger*, s. 33.

²¹² *Haefliger*, s. 45.

²¹³ *Bohny*, s. 74; *Haefliger*, s. 45.

²¹⁴ OLG Duesseldorf 28.12.1984, 8 U 64/84 (*Bauer/Diller*'den naklen, s. 82).

müşteriler de dikkate alınmaktadır²¹⁵. Ayrıca işçinin iş ilişkisi kurduğu ve başlangıçta işçinin eski işvereniyle rekabet halinde olmayan işletmenin üretim yelpazesini genişleterek işçinin eski işvereniyle rekabet etmeye başlaması halinde işçinin işi bırakmakla yükümlü olduğu vurgulanmaktadır²¹⁶.

Ticaret hukukunda ve rekabet hukukunda benimsenen rakip işletme ve rekabet ilişkisi kavramlarına ilişkin tanımların iş hukukunda geçerli olup olmadığı Alman ve İsviçre doktrinlerinde tartışmalıdır²¹⁷. İsviçre öğretisinde bazı yazarlar, farklı bir koruma işlevi üstlenen Kartel Kanunu'nuyla Kartellgesetz) Haksız Rekabet Kanunu'nun (UWG) soruna farklı bir bakış açısıyla yaklaştığı gerekçesiyle bu kanunlar tarafından benimsenen kavram ve tanımların iş hukukuna aktarılmasının uygun olmayacağını iddia etmiştir²¹⁸. Anılan görüşü eski tarihli bir kararında benimseyen İsviçre Federal Mahkemesi, rekabet yasağının amaç ve koşullarının rakip işletme kavramının dar yorumlanmasını gerektirdiğini ileri sürmektedir²¹⁹. Ancak Federal Mahkeme'nin bu yaklaşımı öğreti tarafından tenkit edilerek İsviçre Borçlar Kanunu'nun rekabet yasağı kaydını düzenleyen maddelerinin işçiyi yeterince koruduğu, bu hükümlerin sadece işçi yararına değil tarafların karşılıklı menfaatleri gözetilerek yorumlanmasının zorunlu olduğu, iş sözleşmesindeki rekabet kavramının Haksız Rekabet Kanunu'nda zikredilen rekabet kavramından farklı yorumlanmasının haklı ve tutarlı bir gerekçeye dayanmadığı, çünkü iş sözleşmesindeki rekabet yasağı kaydını ihlal eden işçinin davranışının haksız rekabet kurallarına aykırı davranan tacirin eyleminden daha hafif olmadığı vurgulanmaktadır²²⁰.

²¹⁵ Bauer/Diller, s. 82.

²¹⁶ Bauer/Diller, s. 81.

²¹⁷ Bauer/Diller, s. 79; Bohny, s. 73; Haefliger, s. 45.

²¹⁸ Yazar bahsedilen kanunların bir ekonomik düzen ilkesi olan rekabeti ve rekabetin işleyişini koruduğunu, Haksız Rekabet Kanunu'nun uygulanabilmesi için doğrudan bir rekabet ilişkisinin varlığının gerekli olmadığını, ekonomik rekabete basit bir müdahalenin yeterli görüldüğünü, oysa işçinin çalışma özgürlüğü ile işverenin rekabet konumunun korunması arasındaki menfaat zıtlığının doğrudan bir rekabet ilişkisinin varlığını zorunlu kıldığını öne sürerek Haksız Rekabet Kanunu anlamında rekabet sayılan her olgunun iş sözleşmesindeki rekabet yasağı kaydıyla örtüşmeyeceği vurgulanmıştır. Bohny, s. 73

²¹⁹ BGE 92 II 24 (Haefliger'den naklen, s. 47).

²²⁰ Buna göre her iki işletmenin aynı ekonomik kademede bulunmaları gerekli olmayıp, rekabet yasağının diğer koşullarının gerçekleşmesi şartıyla doğrudan aynı müşterilere mal tedarik etmeyen toptancılarla perakendeciler arasında veyahut üreticilerle toptancılar arasında da bir rekabet ilişkisi mevcut olabilir. Dolayısıyla sadece toptancılara mal veren bir parfüm fabrikasında işe başlayan işçi eski işyerinde edindiği üretim veya iş sırlarını yeni işvereniye aktarmak suretiyle parfüm üretmekle birlikte ürünleri yalnızca mağazalara pazarlayan işvereniye önemli ölçüde zarar verebilir. İsviçre Federal Mahkemesi'nin değinilen kararı uyarınca her iki işletme rakip sayılmamakta, dolayısıyla kararlaştırılan rekabet yasağı kaydı geçersiz addedilmektedir. Ancak böyle bir sonucun tatmin edici olmadığına ve işçinin mesleki geleceğinin yanında işvereni de rekabete karşı korumayı amaçlayan İsviçre Borçlar Kanunu'nun 340 ve devamı maddeleriyle

Alman doktrininde Rekabet Sınırlamalarına Karşı Kanunu'nun 19. maddesinden (§ 19 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen) esinlenen kimi yazarlar, iki işletme arasında bir rekabet ilişkisinin varlığının, her iki işletmenin de aynı pazarda faaliyet göstermesi ve aynı müşterilere aynı mal veya hizmetlerin sunulması koşuluna bağlı olduğunu öne sürmektedir. Bu yaklaşım çerçevesinde benzer malları alıp satsalar bile, örneğin bir toptancıyla bir perakendeci arasında rekabet ilişkisinin varlığı kabul edilmemektedir²²¹. Aynı görüş doğrultusunda, biri toptancıya öteki ise perakendeciye mal sağlayan iki üretici firma arasında herhangi bir rekabet ilişkisi bulunmamaktadır. Bununla birlikte, rakip işletme kavramını dar yorumlayan bu yaklaşımın işverenin menfaatlerini yeterince gözetmediği ifade edilmektedir. Örneğin satış müdürünün yalnızca toptancılarla iş yapan bir işletmeye geçişi sadece perakendecilere mal satan bir işvereni çok fazla kaygılandırmayacak, buna karşın üretim/araştırma-geliştirmeden sorumlu müdürün aynı işletmeye transferi önemli teknik *know-how*'un sızmasına ve giderek diğer işletmenin ürünlerinin teknik açıdan gelişmesine veya fiyatlarının düşmesine yol açacak, bu durum işletmenin satışlarını uzun vadede olumsuz etkileyecektir²²². Buna göre, tereddüt halinde aynı veya benzer ürünler üreten veya satan işletmeler ticari kademelerine bakılmaksızın rakip işletme sayılmaktadır²²³. İsviçre öğretisinde rekabetin aynı iş koluna mensubiyeti gerekli kıldığı, ancak aynı iş koluna mensubiyetin her halükarda işletmeler arası bir rekabet ilişkisinin varlığını

bağdaşmadığına işaret edilmektedir. Yazar anılan gerekçelerle işverenin korunmaya değer menfaatlerinin daha fazla gözetilmesinden ve rekabet kavramının daha geniş yorumlanmasından yanadır. *Haefliger*, s. 47-48. İsviçre öğretisindeki aksi görüş ise rekabet yasağıyla ilgili kurallarının amacının rekabeti korumak değil özel bilgilerin hukuka aykırı bir şekilde kullanılmasını önlemek olduğunu, dolayısıyla müşteri çevresi kavramının farklı ekonomik kademelerde faaliyet gösteren işletmeleri dışlayacak bir şekilde dar yorumlanmasının gerektiğini iddia etmektedir. Bu doğrultuda rekabet ilişkisinin aşağıdaki soru katalogunun işletmelerin rekabet edip etmediklerinin tespitinde belirleyici olduğu dile getirilmektedir: 1- İşletmeler aynı sektöre ve üretim kademesine mi mensup? 2- Kısmen de olsa arz edilen mal veya hizmetler olsa örtüşmekte mi? 3- İşletmelerin hitap ettiği müşteri çevresi özdeş mi? 4- İşletmelerin sunduğu mal veya hizmetler maliyeti ve kaliteyi dikkate alan ortalama bir alıcının bakış açısıyla ihtiyaçların tatmininde birbirlerine alternatif olabilir mi?

²²¹ *Martens*: Konzerndimensionaler Wettbewerbsschutz, Festschrift für Wilhelm Herschel, 1982, s.184.

²²² *Bauer/Diller*, s. 80. Bu arada Alman Hukukunda rekabet yasağının öncelikle işverenin haklı işletmesel menfaatlerini korumayı amaçladığı ve rekabet yasağı karşılığında işçiye en az %50 oranında bir karşı edim ödediği unutulmamalıdır. Bundan dolayı Alman öğretisinde, rakip işletme kavramının geniş bir şekilde yorumlanması gerektiği iddia edilmektedir. İsviçre öğretisinde ise rakip işletme kavramıyla bağlantılı olarak Alman Hukukuna atıfta bulunan görüşler eleştirilerek, Alman Hukukunda rekabet yasağının her iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olduğu ve böyle bir rekabet yasağı sözleşmesinin sadece işverenin haklı işletmesel menfaatlerinin korunmasını gerekli kıldığı vurgulanmaktadır. Bkz. *Bohny*, s. 74 dipnot 80.

²²³ *Dorndorf*, s. 229.

göstermediği belirtilmektedir²²⁴. Örneğin Federal Mahkeme çok eski tarihli bir kararında, aynı iş koluna mensup olmalarına rağmen fayans fabrikasıyla porselen üreten işletmenin rakip olmadıklarına hükmetmiştir²²⁵. Öte yandan her iki işletmenin aynı coğrafi pazarda faaliyet göstermesi, rekabet ilişkisinin vazgeçilmez bir ögesidir²²⁶. Örneğin diğer bölgelerde kayda değer bir okuyucu kitlesi bulunmayan bölgesel günlük gazetelere ait yayın evleri rakip işletme olarak nitelendirilmemektedir²²⁷. Eczanelerin, hekimlerin ve perakendecilerin coğrafi pazarlarının birkaç kilometreyle sınırlı olduğu ve iki ayrı şehirdeki kuaförlerin de rekabet halinde olduklarının söylenemeyeceği belirtilmektedir²²⁸. Farklı teknik ürünler de bazen işletmeler arası bir rekabet ilişkisinin ortaya çıkmasına yol açabilir. Bu durum daha çok ikame edilebilir ürünler için geçerli olup, satış bölümündeki işçiler açısından önem taşımaktadır²²⁹. Örneğin plastik pencere üreten işverenin, satış müdürünün ağaç pencere üreten bir firmaya geçmemesinde meşru bir menfaati bulunmaktadır²³⁰. Nihayet özel durumlar haricinde, değişik fiyat katmanlarında faaliyet gösterme veya piyasadaki tanınırlık düzeyi gibi olgular, iki işletme arasında bir rekabet ilişkisinin var olma olasılığını dışlamamaktadır²³¹.

Rekabet yasağı kaydıyla işçinin işverenle ticari bağlantısı olan bir ara mal üreticisinin veya bir müşterinin yanında iş görmesi yasaklanabilir. Nitekim Alman hukukunda rekabet yasağını düzenleyen hukuki normların (§§ 74 ff. HGB) bu tür rekabet yasağı kayıtlarına da uygulanacağı görüşü egemendir²³². Oysa işverenler işten ayrılan işçinin işverenin müşterisiyle iş ilişkisi kurmasının işverenle doğrudan rekabet eden bir firmada çalışmasından daha tehlikeli olabileceği gerçeğini sıklıkla yadsımakta, böylece genellikle işçiye salt rakip bir işletmede çalışmama borcu yükleyen rekabet yasağı sözleşmeleri akdedilmektedir²³³. Ancak işçi işverenin tedarikçisi veya müşterisi pozisyonundaki bir işletmeye geçtiği takdirde işveren rekabet yasağı kaydını elden geldiğince geniş bir şekilde yorumlamaya çaba göstermektedir. Alman Federal İş Mahkemesi 1997 tarihli bir kararında otomobil

²²⁴ *Bohny*, s. 74

²²⁵ BGE 21 (1895) 610, E. 4f (S. 616ff) (*Bohny*'den naklen s. 74).

²²⁶ *Bauer/Diller*, s. 80.

²²⁷ *Bauer/Diller*, s. 80.

²²⁸ *Bohny*, s. 75.

²²⁹ *Dorndorf*, s. 228.

²³⁰ *Bauer/Diller*, s. 80.

²³¹ *Bauer/Diller*, s. 80.

²³² *Bauer/Diller*, s. 83.

²³³ *Bauer/Diller*, s. 83.

galerisinin üretici firmayla rakip işletme olmadığı gerekçesiyle işverenin rekabet yasağına aykırılık iddiasını reddetmiştir. Federal İş Mahkemesi'ne göre rekabet yasağı kaydını kendisine en etkin korumayı sağlayacak bir şekilde düzenleme yükümlüğü işverene ait olup, işverenin tek taraflı hazırladığı bir formda yer alan rekabet yasağı kaydının işçinin aleyhine bir şekilde genişletici yoruma tabi tutulması mümkün değildir²³⁴.

İşverenlerin ciddi kaygılarından biri, kilit bir elemanın iş sözleşmesini sona ermesinin ardından önemli bir müşteriyle iş ilişkisi kurmasıdır. Böylece müşteri firma satış stratejileri, fiyatlar ve kar marjları gibi önemli bilgilere erişebilecek, bu da fiyat pazarlığı konusunda anılan firmaya paha biçilmez bir avantaj sağlayacaktır²³⁵. Standart bir rekabet yasağı bu gibi olguları kapsamadığından, böyle durumlarda müşterilerin ad veya unvanlarının ayrıca belirtildiği rekabet yasağı kayıtlarının kararlaştırılması tavsiye edilmektedir. İşçinin tüm müşterilerle iş ilişkisine girmesini genel ve soyut bir anlatımla yasaklayan sözleşme kayıtlarının ise, gerek işverenin haklı işletmesel menfaatinin yokluğu gerekse yasağın kapsamının işçi tarafından kestirilemeyecek derecede geniş ve belirsiz olması gibi nedenlerden ötürü geçersiz olduğu ifade edilmektedir²³⁶.

İşçinin işverenin müşteri portföyünde bulunan bir şirkette çalışmasının iş sözleşmesinde yer alan rekabet yasağı kaydına aykırı bir davranış teşkil edip etmediği Yargıtay tarafından da ele alınmıştır. Somut olayda Yargıtay'ca irdelenen ve davalının iş sözleşmesinin beşinci maddesindeki rekabet yasağı kaydı şöyledir: *"...personel, şirketteki görevi sonrasında şirketin yazılı izni olmadan başka bir işte çalışamaz ve/veya başka bir şirkette ortak olamaz. Kendi isteği ile ayrılan personel, ayrıldığı tarihten itibaren 6 ay süresince şirketin izin olmadan, şirketin faaliyet gösterdiği yerlerde ve çalışma konusuna giren bir işte çalışamaz. Kurulmuş bir şirketin ortağı olamaz veya şirket kuramaz. Keza şirketin müşteri portföyündeki bir şirkette görev alamaz. Aksine davranışta bulunulması halinde, hiçbir hükme gerek kalmadan son alınan ücret, prim vs.nin 6 katı tutarında tazminat ödemekle*

²³⁴ BAG 21.1.1997 AP 44 zu § 611 BGB Konkurrenzklausele (Bauer/Diller'den naklen, s. 84).

²³⁵ Bauer/Diller, s. 84. Örnek: "...Otomobil üreticileri A ve B için iş yapan bir mühendislik firması araştırma-geliştirme müdürüyle işten ayrılmasından sonra bağımsız, bağımlı veya başka tarzda A veya B için iş yapmamasını öngören bir rekabet yasağı kararlaştırabilir..."

²³⁶ Bauer/Diller, s. 84 Örnek: "...Bay X iş ilişkisinin sona ermesini izleyen iki yıl boyunca, iş ilişkisinin sona ermesinden önceki son üç yılda işverenin dahil olduğu şirketler grubuyla ticaret yapan müşteri veya tedarikçilerle ticari ilişki kurmamayı taahhüt eder..."

yükümlüdür...” İşverenin ceza koşulu talebinin reddedildiği yerel mahkeme kararı, işverenin müşteri portföyünde yer alan bir şirkette görev alan işçinin rekabet yasağı kaydını ihlal ettiği gerekçesiyle Yargıtay tarafından bozulmuştur²³⁷.

IV. Yasak Faaliyetler

1.Kendi Hesabına Rakip Bir İşletme Açma

İşçinin kendi namına veya hesabına açtığı rakip bir işletmeyle rekabet yasağı kaydını ihlal etmesi mümkündür. Her ne kadar yasal düzenlemede işçinin kendi hesabına (*auf eigene Rechnung/pour son propre compte*) rakip bir işletme açmasından söz edilmekte ise de, yasak evleviyetle (*a fortiori*) işçinin kendi namına ve hesabına çalıştırdığı işletmeleri kapsamaktadır. Nitekim 818 Borçlar Kanunu’nda işçinin kendi namına işveren ile rekabet edebileceği bir iş yapmasının kararlaştırılabileceğini düzenlenmiştir. İşçinin rakip işletmeyi hangi hukuki kalıpta kurduğu tek başına önemli bir unsur değildir. Şu halde rakip işletme bir ticari işletme görünümüne bürünebileceği gibi, pekâlâ bir esnaf işletmesi de olabilir. Öte yandan rakip işletmenin tüzel kişiliğe sahip olması gerekli değildir. Bu bağlamda işçinin ortak olduğu bir adi şirket de rakip işletme olarak nitelendirilebilir. Bununla birlikte salt işçinin işverene rakip bir anonim şirkette pay sahibi olmasından, işçinin işverene rakip bir işletme kurduğu gibi bir sonuç çıkarılamaz. Aynı şekilde komandite bir

²³⁷ Yarg. 9. HD., 18.5.1999, 5784/9049, www.legalbank.net “...Dosyadaki bilgi ve belgelere göre davacı şirket bilgisayarla iştirak etmekte, üçüncü şahıs durumundaki firmanın ise daha geniş ve farklı bir faaliyet alanı bulunduğunu ancak, onun da bilgisayar hizmetlerini gerçekleştirdiği ve daha önceki dönemde de her iki şirket arasında bir sözleşme düzenlenerek bilgisayar işlerinin davacı şirkete yaptırıldığı ve bunun için de davalı işçinin giderek ihtiyaç duyulan hizmetleri gerçekleştirdiği, böylece hizmet akdinin feshinden kısa bir süre öncesine kadar davacı şirketin müşteri portföyündeki bir şirket pozisyonunda bulunduğu anlaşılmaktadır. Davalı işçinin bir dönem müşteri portföyünde bulunan şirkette davacı adına hizmet verip daha sonra portföyden çıktıktan sonra kısa bir süre içinde o şirkette görev alması, dava dışı şirketin çalışma konusuna girmiş olup davacı şirketin de konusunu oluşturan bir işte çalışma koşulunun gerçekleşmiş olduğunu gösterdiği gibi, müşteri portföyündeki bir şirket pozisyonunda bulunduğu anlaşılmaktadır. Davalı işçinin bir dönem müşteri portföyünde bulunan şirkette davacı adına hizmet verip daha sonra portföyündeki şirkette de görev alma koşulu gerçekleşmiş sayılmalıdır. Zira portföyden çıkma olgusuyla başka şirkette görev alma olgusu birbirini izlemektedir. Açıklanan bu maddi ve hukuki olgular karşısında sözleşmenin 5. maddesindeki koşulların gerçekleştiği düşünülerek hesaplama yapıp bir değerlendirmeye tâbi tutulmak suretiyle isteğin kabulü doğrultusunda hüküm kurulmak üzere kararın bozulması gerektirmiştir Açıklanan bu maddi ve hukuki olgular karşısında sözleşmenin 5. maddesindeki koşulların gerçekleştiği düşünülerek hesaplama yapıp bir değerlendirmeye tâbi tutulmak suretiyle isteğin kabulü doğrultusunda hüküm kurulmak üzere kararın bozulması gerektirmiştir...”

şirkette komanditer ortak unvanını haiz işçinin de rakip bir işletme açtığı öne sürülemez.

2. Rakip Bir İşletmede Çalışma

Rekabet yasağına aykırılığın sıkça karşılaşılan görünümülerinden biri, işçinin rakip bir işletmede çalışmasıdır. Bu durumda işçi kendi hesabına rakip bir işletme açmamakta, ancak eski işvereniyle rekabet eden başka bir işletmede çalışmaya başlamaktadır. Öncelikle belirtelim ki, rekabet yasağı kaydıyla rakip bir işletmede çalışmamayı üstlenen işçi, böyle bir işletmeyle iş ilişkisine girmekle rekabet etmeme borcunu ihlal etmiş olur. Ancak ‘*rakip bir işletmede çalışma*’ yasağını salt iş ilişkisine indirgemek doğru değildir. Başka bir anlatımla işçinin rakip işletmenin yararına herhangi bir faaliyette bulunması rekabet yasağının ihlali için yeterli kabul edilmekte olup, bu bağlamda işçinin bağımlılık ilişkisi söz konusu olmaksızın rakip işletmenin acenteliğini üstlenmesi veya anılan işletmeye danışmanlık yapması da rekabet yasağına aykırı sayılmaktadır²³⁸. Rakip bir işletmede çalışmamayı taahhüt eden işçinin bu nitelikteki bir işletmeyle vekâlet, eser veya yayın gibi bağımlılık unsurundan yoksun bir iş görme sözleşmesine dayanan bir hukuki ilişkiye girmesi de hukuka aykırı kabul edilmektedir²³⁹. Bununla birlikte işçinin herhangi bir ücret almaksızın ara sıra yaptığı hatır işlerinin rekabet teşkil eden bir fiil olarak değerlendirilmeyeceği ifade edilmektedir²⁴⁰. Bu noktada hatır işi ile rekabet teşkil eden faaliyetin ayırt edilmesinde ücret ölçütünün yeterli olmadığı, yasağa aykırılığın saptanmasında söz konusu faaliyetin süresinin ve eski işverenin işletmesi üzerindeki etkisinin de göz önünde bulundurulması gerektiği vurgulanmaktadır²⁴¹.

3. Rakip İşletmeyle Başka Türden Bir Menfaat İlişkisine Girme

Borçlar Kanunu’nda işçinin rakip işletmeyle başka türden bir menfaat ilişkisine girmemeyi üstlenebileceği belirtilmekteyken, Kaynak Kanunun Almanca metninde işçinin rakip işletmeye iştirak etmeme (*beteiligung*) borcundan bahsedilmektedir.

²³⁸ Bohny, s. 79; Haefliger, s. 50.

²³⁹ Bohny, s. 79.

²⁴⁰ Haefliger, s. 50.

²⁴¹ Dolayısıyla işçinin uzun bir süre boyunca ister zaman zaman isterse düzenli bir şekilde rakip işletmeye ücretsiz danışmanlık yaptığı durumlarda rekabet yasağına aykırı bir faaliyetin varlığı kabul edilmektedir. Haefliger, s. 50–51.

Böylece rakip işletmeyle başka türden bir menfaat ilişkisine girmemenin geniş ölçüde rakip işletmeye iştirak etmekle eş anlamlı olduğu kabul edilmelidir. İsviçre öğretisinde bazı yazarlar ve içtihat, rekabet yasağıyla ilgili hukuki düzenleme çerçevesinde iştiraki, işletmenin devamlı bir şekilde desteklenmesi veya teşvik edilmesi olarak tanımlamaktadır²⁴². Ne var ki TBK m. 444 (İBK m. 340) anlamında bir iştirakin varlığı için yalın bir destek veya teşvik yeterli sayılmamakta, işçinin nüfuz ettiği müşteri çevresiyle iş ve üretim sırlarını rakip işletme lehine değerlendirebilme olanağına sahip olması aranmaktadır²⁴³. Bu ise işçinin rakip işletmenin yönetimi üzerinde doğrudan veyahut dolaylı bir biçimde söz sahibi olmasını (*Einfluss auf Geschäftsführung des Konkurrenzunternehmens*) gerektirmektedir²⁴⁴. Alman Hukukunda tek başına rakip işletmenin sermayesine iştirakin, rekabet oluşturan bir faaliyet olarak değerlendirilemeyeceği düşüncesi egemendir²⁴⁵. Buna göre rekabet yasağı kaydına ilişkin normların, rekabet yasağı kaydıyla birlikte kararlaştırılan ve rakip bir işletmeye sahip olmayı veya böyle bir işletmede pay sahibi olmayı yasaklayan sözleşmelere genellikle uygulanamayacağı belirtilmektedir²⁴⁶. Ancak işçinin sermayeye iştirakle bağlantılı olarak yürüttüğü faaliyetlerin rekabet yasağının kapsamına dâhil olduğu hususu, Alman hukukunda tartışmasızdır²⁴⁷. Nihayet işçinin salt rakip bir işletmede çalışmasına veya ortak olmasına yönelik bir yasağın, böyle bir işletmenin kurulmasını da kapsadığı vurgulanmaktadır²⁴⁸.

İşverenle rekabet eden adi ortaklığa ortak olan işçinin söz konusu ortaklığın yönetiminde söz sahibi olduğu tartışma dışıdır. Gerçekten kural olarak bütün ortaklar ortaklığı yönetme hakkına sahip olup (TBK. m. 625/1), sözleşmede aksi kararlaştırılmamışsa her ortağın kazanç ve zarardaki payı eşittir (TBK m. 623/1). İşçinin adi ortaklığa gizli ortak sıfatıyla katıldığı olgularda ise gizli ortağın ortaklık tarafından alınan kararları etkileyebilme imkânını haiz olup olmadığı her somut olayda ayrıca araştırılmalıdır²⁴⁹. Her ortağın ortaklığın yönetimine katıldığı kolektif

²⁴² Haefliger, s. 51.

²⁴³ Haefliger, s. 52.

²⁴⁴ Bohny, s. 80; Haefliger, s. 52.

²⁴⁵ Bauer/Diller, s. 84.

²⁴⁶ Bauer/Diller, s. 84.

²⁴⁷ Bauer/Diller, s. 84.

²⁴⁸ Tersine rakip bir işletmeye doğrudan veya dolaylı iştiraki yasaklayan bir kaydın böyle bir işletmede iş sözleşmesiyle çalışmayı engellemeyeceği ileri sürülmüştür. Geniş bilgi için bkz. Bauer/Diller, Wettbewerbsverbote, s. 84–85.

²⁴⁹ Haefliger, s. 52.

ortaklıklarda da ortağın ortaklığın yönetiminde söz sahibi olduğu varsayılmaktadır²⁵⁰. Buna karşın, komandite ortaklığın yönetimini belirleyici bir şekilde etkileyebilme olanağından yoksun komanditer ortağın durumunun İsviçre Borçlar Kanunu'nun 340. maddesi anlamında iştirak (*beteiligung*) olarak nitelendirilemeyeceği dile getirilmektedir²⁵¹. İsviçre öğretisinde baskın görüş, rakip bir işletmenin paylarını iktisabın İsviçre Borçlar Kanunu'nun 340. maddesi anlamında iştirak (*beteiligung*) sayılamayacağı kanısındadır²⁵². Çünkü işletmenin yönetiminde herhangi bir söz hakkı bulunmayan paydaşa yalnızca genel kurulda oy kullanma hakkı tanınmıştır. Bununla beraber genel kurul kararlarını etkileyebilecek ölçüde önemli bir paya sahip olan paydaşın anonim ortaklığın yönetimi üzerinde söz sahibi olduğu kuşkusuzdur²⁵³. Benzer şekilde eski işçinin rakip işletmeye kefil olması veya ödünç para vermesi halinde de aynı sonuca varılmakta; özellikle ödünç veya kefalet sözleşmesine konu tutarın eski işçinin işletmenin yönetimini doğrudan veya dolaylı bir biçimde etkileyebilecek ölçüde yüksek olduğu durumlarda rekabet yasağı kaydının kapsamına giren bir iştirakin varlığı tereddütsüz olarak kabul edilmektedir²⁵⁴. Nitekim Alman öğretisi de, İsviçre doktrinine koşut bir biçimde, rakip bir işletmenin ödünç veya kefalet yoluyla desteklenmesinin anılan işletmeye iştirak anlamına gelip gelmediği sorununun her somut olayın özelliğinin göz önünde bulundurularak çözümlenmesi gerektiği görüşündedir²⁵⁵.

Yukarıda açıklanan iştirak türleri bir karine oluşturmakta olup, işçinin bu karineyi çürütmesi her zaman mümkündür. Dolayısıyla işçi rakip işletmenin yönetiminde söz sahibi olmadığını kanıtlayarak hukuki sorumluluktan kurtulabilir²⁵⁶.

²⁵⁰Bohny, s. 80; Haefliger, s. 52.

²⁵¹Bohny, s. 80; Ancak kâr ve zarara katılımın komanditer ortağın kişisel olarak sorumlu olacağı daha yüksek bir komandit miktarına bağlı tutulduğu takdirde *komanditer* ortağın rolünün iştirak (*beteiligung*) olarak nitelendirilebileceği iddia edilmektedir bkz. Haefliger, s. 53.

²⁵²Haefliger, s. 53.

²⁵³Haefliger, s. 53.

²⁵⁴Faaliyetini sürdürebilmesi işçinin vereceği ödünce bağlı işletme bunun tipik bir örneğidir. Böyle bir durumda işçi salt ödünçün faizini tahsil etmekle kalmayacak; kendisine bağımlı olan işletmenin yönetimini etkileyebilecek ve kontrol edebilecektir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Haefliger, s. 53.

²⁵⁵Bauer/Diller, s. 85.

²⁵⁶Bohny, s. 82.

V. Rekabet Yasağı Kaydının Yorumu

İşçiye iş ilişkisi sonrası eski işvereniyle rekabet etmeme borcu yükleyen sözleşme metnlerinin belirsiz ve kapalı ifadeler içermesi, rekabet yasağı kaydının nasıl yorumlanacağı sorununu da beraberinde getirmektedir. Özellikle rekabet yasağı kaydının zaman, yer veya konu bakımından kapsamı konusundaki belirsizliklerin ancak yorum yoluyla ortadan kaldırılabileceği ifade edilmektedir²⁵⁷. Sözleşme metnlerinin yorumunda ana kural, tarafların yanlışlıkla veya gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları sözcüklere bakılmaksızın, gerçek ve ortak iradelerinin esas alınmasıdır (TBK m. 19/1). Objektif yorum ilkesi olarak da anılan söz konusu yorum tekniğinde, hâkim, güven teorisine göre tarafların birbirine uygun gerçek ve farazi iradelerini tespit eder²⁵⁸. Tarafların gerçek iradeleri tespit edilemezse farazi iradeleri araştırılır. Ne var ki iltihaki (katılma) sözleşmeleri arasında yer alan iş sözleşmesi denk pazarlık gücüne sahip eşit taraflar arasında bağitlanmamakta, tersine bazı ayrıklı olgular dışında taraflardan biri (işveren) sözleşme koşullarını diğer tarafa (işçi) dikte etmektedir. Gerçekten iş sözleşmesi genellikle işverence hazırlanan matbu bir metinden ibarettir. Metindeki kayıt ve koşulların içeriği hakkında herhangi bir pazarlık gücünden yoksun işçi adayı, işverenin sunduğu iki seçenek arasında bir tercih yapmak zorundadır: Ya işverenin dayattığı koşulları kabul ederek iş sözleşmesini imzalayacak veyahut işverenin teklifini reddederek işsizler ordusunun bir üyesi kalmaya devam edecektir. Şu halde sözleşme taraflarından birince kaleme alınan ve diğer sözleşme tarafının metnin yazımına herhangi bir şekilde katılmadığı böyle bir sözleşmenin yorumunda tek başına objektif yorum yönteminden yararlanılamayacağı belirtilmelidir.

İş hukuku öğretisinde iş sözleşmelerinin yorumunda genel olarak sözleşmelerin yorumlanmasına ilişkin esasların uygulanacağı, tarafların iş sözleşmesinde kullandıkları terimlere bakılmaksızın gerçek ortak iradenin saptanmaya çalışılacağı, ortak iradenin ise temelini dürüstlük kuralında bulan güven teorisine göre belirleneceği ifade edilmektedir²⁵⁹. Ancak ortak sözleşme iradesi belirlenemiyorsa işçi lehine yoruma gidilmekte; işçinin borcuna ilişkin yorum zorunluluğu ortaya çıktığında dar yorum yapılmaktadır. Keza birkaç anlama

²⁵⁷ *Grove*, s. 82.

²⁵⁸ *Eren*, s. 429.

²⁵⁹ *Süzek*, Sarper: İş Hukuku, Yenilenmiş 4. Baskı, Beta, İstanbul 2008, s. 27.

gelebilen, müphem ve çelişkili ifadelerin sonuçlarına da işverenin katlanacağı vurgulanmaktadır²⁶⁰.

İş sözleşmesinin yorumunda benimsenen kuralların rekabet yasağı kaydına da uygulanması gerektiği iddia edilebilir. Ancak varlığı temel hukuki ilişkiye (iş sözleşmesi) bağlı tali bir sözleşme durumundaki rekabet yasağı kaydının özgün niteliği, işçiye rekabet etmeme borcu yükleyen sözleşmesel metnin yorumunun ayrıntılı olarak ele alınmasını zorunlu kılmaktadır. Alman öğretisinde rekabet yasağı kayıtlarında yasağın kapsamı konusunda oldukça karmaşık yorum sorunlarıyla karşılaşıldığına dikkat çekilmektedir²⁶¹. Bu duruma neden olarak, yasağın kararlaştırıldığı tarihle işçinin işten ayrılma anı arasında uzunca bir sürenin geçmesi ve bu süre zarfında işletmenin üretim yelpazesinin, piyasanın yapısının, uluslararası ekonomik ilişkilerin veya siyasi bağlantıların genellikle köklü bir değişim geçirmesi gösterilmektedir²⁶². Federal İş Mahkemesi'nin eski tarihli bir ilke kararına göre rekabet yasağı kayıtları, diğer irade beyanlarına göre ne daha dar ne de daha geniş yorumlanmalıdır²⁶³. Dolayısıyla rekabet yasağı kaydını yorumlayan hâkim tarafların gerçek iradelerini araştırmalı, kullanılan ifadelerin sözlük anlamıyla yetinmemelidir²⁶⁴. Ayrıca rekabet yasağı kayıtlarının yorumlanmasında dürüstlük kuralının da bir ölçü olarak benimsenebileceği ileri sürülmektedir²⁶⁵. Özellikle çelişkili ve muğlâk ifadeler içeren rekabet yasağı kayıtlarında hâkime sınırlamanın kapsamını dikkate alarak tarafların varsayılan iradelerini yorum yoluyla bulmak gibi bir görev düştüğü dile getirilmektedir²⁶⁶. Bununla birlikte taraflar arasında rekabet yasağı kaydının yorumu ve kapsamı hakkında bir uyuşmazlık ortaya çıktığında açılacak bir tespit davasıyla rekabet yasağı kaydının tamamının yorumlanmasının talep edilemeyeceği, sadece işçinin planladığı veya başladığı faaliyetin rekabet yasağı kaydının kapsamına girmediğinin tespitinin istenebileceği ifade edilmektedir²⁶⁷. Ne var ki Federal Mahkeme şartlı rekabet yasağı kayıtlarını ele aldığı daha yakın tarihli bir kararında eski içtihadından dönerek, şüphe halinde

²⁶⁰ *Süzek*, s. 27.

²⁶¹ *Bauer/Diller*, s. 96.

²⁶² *Bauer/Diller*, s. 96; *Growe*, s. 82; *Grüll/Janert*, s. 41.

²⁶³ 30.4.1965 AP 17 zu § 133f GewO (*Bauer/Diller*'den naklen, s. 97); ayrıca bkz. *Growe*, s. 82.

²⁶⁴ *Growe*, s. 82; *Grüll/Janert*, s. 41.

²⁶⁵ *Growe*, s. 82; *Grüll/Janert*, s. 41.

²⁶⁶ *Grüll/Janert*, s. 41.

²⁶⁷ *Grüll/Janert*, s. 41–42; *Preis*, Ulrich: *Der Arbeitsvertrag*, 2. Auflage, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln 2005, s.1530.

rekabet yasağı kaydının işverenin aleyhine yorumlanacağına hükmetmiştir²⁶⁸. Yüksek Mahkeme daha sonra bu yorum ilkesini rekabet yasağının konu bakımından tespitine de uygulayarak, rekabet yasağının konu bakımından kapsamını net ifadelerle saptama ve işçinin yapmama borcunu açık ve kesin bir şekilde tanımla yükümlülüğünün işverene ait olduğunu ve işçinin daha sözleşmenin kuruluş aşamasında yapmama borcunun kapsamıyla ilgili olarak herhangi bir duraksama yaşamaması gerektiğini vurgulamış, en azından matbu bir sözleşme metninin kullanıldığı durumlarda rekabet yasağının konu bakımından kapsamındaki belirsizliğin işveren aleyhine yorumlanacağı sonucuna varmıştır²⁶⁹. Öte yandan Borçlar Kanunu reformunun yürürlüğü girdiği ve genel işlem koşulları denetiminin iş hukuku alanındaki sözleşmelere uygulanmaya başlandığı tarihten bu yana, ileride çok sayıda benzer sözleşmede kullanılmak amacıyla işverence önceden tek başına hazırlanarak işçiye sunulan rekabet yasağı kayıtlarının da genel işlem koşulları düzenleyen hükümler çerçevesinde içerik denetimine tabi olduğu kabul edilmektedir²⁷⁰. Fransız hukukunda rekabet yasağı kaydının çalışma özgürlüğüne kısıtlama getirdiği ve bu yüzden dar yorumlanmasının uygun olacağı görüşü benimsenmektedir²⁷¹. Hollanda hukukunda rekabet yasağı kaydını diğer kayıtlardan daha dar yorumlamak için yeterli bir gerekçenin bulunmadığı iddia edilmiştir²⁷². Buna göre, rekabet yasağı kaydının içeriği *Haviltex* ölçütü doğrultusunda yorumlanmalı ve kaydın yorumunda somut olayda tarafların kayda yükledikleri anlam ve karşılıklı beklentileri esas alınmalıdır²⁷³. Eş deyişle muğlâk bir rekabet yasağı kaydını yorumlayan hâkim, rekabet yasağı kaydının kararlaştırıldığı anda bir tarafın diğer tarafın söz ve davranışlarından ne anladığı sorusunu yanıtlamak zorundadır²⁷⁴. Şayet rekabet yasağı kaydı birden çok yoruma elverişliyse, kayıt işçi lehine yorumlanmaktadır²⁷⁵. Ancak bir yerel mahkeme, işçinin rakip bir işletmede çalışmasını yasaklayan rekabet yasağı kaydını işçinin kendi hesabına rakip bir işletme de açamayacağı tarzında yorumlamıştır²⁷⁶.

²⁶⁸ 5.9.1995 AP 67 zu § 74 HGB (*Bauer/Diller*'den naklen, s. 97); ayrıca bkz. *Growe*, s. 82.

²⁶⁹ 27.1.1997 AP 44 zu § 611 BGB Konkurrenzklausele, (*Bauer/Diller*'den naklen, s. 97); ayrıca bkz. *Growe*, s. 82–83.

²⁷⁰ *Growe*, s. 83.

²⁷¹ Les contrats de travail et leurs clauses, par l'équipe rédactionnelle de RF social, s. 175.

²⁷² *Bouwens/Duk*, s. 211.

²⁷³ *Bouwens/Duk*, s. 211–212.

²⁷⁴ *Van Genderen/Fluit/Stefels/Witte/De Wolff*, s. 160.

²⁷⁵ *Bouwens/Duk*, s. 212; *Van Genderen/Fluit/Stefels/Witte/De Wolff*, s. 160.

²⁷⁶ Rb. Almelo 6.5.1981, NJ 1982, s. 141 (*Bouwens/Duk*'dan naklen, s. 212)

Öncelikle rekabet yasağı kaydına tabi işçi kitlesinin kayda değer bir bölümün nitelikli işçilerle üst düzey yöneticilerden oluştuğu vurgulanmalıdır. Gerçekten aynı veya kimi zaman daha elverişli koşullarda başka bir iş bulma şansı son derece yüksek bu işçiler, aralarında rekabet yasağı kaydının da olduğu tüm sözleşme kayıtlarını işverenle müzakere etme olanağına sahiptir. Dolayısıyla ortalama bir işçiden farklı olarak, işverence önerilen sözleşme şartlarını pazarlık yoluyla değiştirme imkânı bulunan nitelikli işçilerin ve üst düzey personelin iş sözleşmesinin zayıf tarafı olarak nitelendirilmesi, her zaman yerinde bir tespit değildir. Öte yandan rekabet yasağı kaydının yorumunu işverene de borç yükleyen iş sözleşmesi hükümlerinden (örneğin işçinin ücret ve ikramiye alacağına ilişkin kayıtlar) ayıran bir nokta, Türk/İsviçre hukukunda rekabet yasağı kaydını düzenleyen normların tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme modelini esas almasıdır. Bu doğrultuda, karşı edim koşuluna bağlanmayan rekabet yasağının sadece işçi için borç doğurduğu ve bu borcun da işçinin çalışma özgürlüğünü ağır bir şekilde zedelediği unutulmamalıdır. Ayrıca rekabet yasağının bazen çok sayıda işçi için önceden hazırlanmış matbu bir sözleşme metninde yer alan bir kayıt olarak düzenlenmesi, genel işlem koşulların yorumunda kullanılan *düzenleyenin aleyhine ve karşı tarafın lehine yorum* kuralının (*in dubio contra stipulatorem*) rekabet yasağı kayıtlarına da uygulanmasını gerektirmektedir (TBK m. 23)²⁷⁷. Nitekim İsviçre doktrini ve içtihadı da, rekabet yasağı kayıtlarını dar ve özellikle duraksama halinde, işverenin aleyhine yorumlama eğilimindedir²⁷⁸.

²⁷⁷ Genel işlem koşulları hakkında genel bilgi için bkz. *Atamer*, M. Yeşil: Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Değerlendirilmesi, Beta, İstanbul 1999. Alman hukukunda genel işlem koşullarını düzenleyen normlarla rekabet yasağı kaydına ilişkin yasal düzenleme arasındaki ilişki için bkz. *Koch*, Jens: Das Nachvertragliche Wettbewerbsverbot im einseitig vorformulierten Arbeitsvertrag, *Recht der Arbeit*, Heft 1, Januar/Februar 2006, s. 28-33.

²⁷⁸ *Rudolph*, Roger: Coup de projecteur sur le droit du travail: La problématique de la prohibition de faire concurrence, *Trex-Der Treuhandexperte* 2010, s. 96.(Makalenin Almanca metni için bkz. *Fokus Arbeitsrecht: Sorgenkind Konkurrenzverbot*, TREX 2010 s. 88-92)

İKİNCİ BÖLÜM

REKABET YASAĞI KAYDININ KOŞULLARI, SINIRLANMASI VE KARŞI EDİM

§ 4. REKABET YASAĞI KAYDININ KOŞULLARI

I. Geçerlilik Koşulu ve Bağlayıcılık Koşulu Ayırımı

Rekabet yasağıyla çalışma özgürlüğü arasında adil bir denge kurmayı amaçlayan bütün hukuk düzenlerinde rekabet yasağı kaydının geçerliliği ve bağlayıcılığı için bir takım koşullar aranmaktadır. İlk bakışta rekabet yasağı kaydının geçerlilik koşullarıyla bağlayıcılık koşulu arasında kayda değer herhangi bir fark bulunmadığı düşünülebilir. Nitekim Türk hukukunda rekabet yasağı kaydının koşullarıyla ilgili olarak geçerlilik ve bağlayıcılık koşulu ayırımı yapılmamış; bağlayıcı olmayan rekabet yasağı kayıtları geçersiz bir rekabet yasağı kaydı gibi değerlendiren Yargıtay, söz konusu kayıtlara da kesin hükümsüzlük yaptırımını uygulamıştır. Ekleyelim ki, Türk hukukunun tek tarafa borç yükleyen karşı edimsiz rekabet yasağı kayıtlarını caiz sayması, rekabet yasağı kaydının koşullarıyla ilgili böyle bir sınıflandırma yapılmamasında etkin bir rol oynamıştır. Oysa rekabet yasağı kaydının geçersizliğine bağlanan hukuki sonuçlarla bağlayıcı olmayan bir rekabet yasağı kaydına uygulanacak yaptırım arasında bir özdeşlikten söz edilmesi kesinlikle mümkün değildir. Konuyu Türk Borçlar Kanunu düzleminde irdelemeden önce, geçerlilik ve bağlayıcılık kavramlarının ayrıntılı ve sistematik bir tarzda tartışıldığı Alman hukukuna göz atmak yararlı olacaktır.

Alman hukukunda rekabet yasağı kaydına ilişkin hükümlere aykırılığa çok farklı hukuki yaptırımlar uygulanmaktadır. Bu doğrultuda kesin hükümsüzlüğün (*nichtigkeit*) yanında, tam veya kısmi geçersizlik (*vollständige nichtigkeit/teilweise nichtigkeit*) bir yaptırım türü olarak kabul edilmektedir²⁴⁶. Gerçekten Alman

²⁴⁶Bauer/Diller, s. 45–60. Growe, s. 136; Grill/Janert, s. 25–35.

hukukunda rekabet yasağı kaydı, ancak işveren bir karşı edim üstlendiği takdirde geçerli kabul edilmektedir. Ayrıca rekabet yasağı kaydı, işverenin haklı ticari menfaatlerinin korunmasına hizmet ettiği ölçüde bağlayıcı sayılmaktadır. Nihayet işçinin mesleki geleceğini tehlikeye düşüren ve iki yıllık azami süreyi aşan rekabet yasaklarına kısmi geçersizlik yaptırımı uygulanmaktadır. Alman öğretisinin ezici kısmı tarafından benimsenen görüş, rekabet yasağı kaydının bağlayıcı olmadığına sadece işçi tarafından ileri sürülebileceği yönündedir²⁴⁷. Dolayısıyla işçi akdedilen sözleşmeye bağlı kalıp kalmamak hususunda bir seçim hakkına sahiptir. Buna karşılık, işveren işçiyi rekabet etmeme borcunu yerine getirmeye zorlayamayacağı gibi, rekabet yasağı kaydının bağlayıcı olmadığına da dayanamaz. Şu halde işçi bağlayıcı olmayan bir rekabet yasağı kaydına uymayı yeğlediği takdirde, işveren karşı edimi ödemekten kaçınamayacaktır. Bu bağlamda rekabet yasağına ilişkin normların (§§ 74 ff. HGB) sadece işçi lehine etki yaratmasının, bu hükümlerin işçiyi koruyucu karakterini yansıttığı dile getirilmektedir²⁴⁸.

Borçlar Kanunu'nun '*koşulları*' başlıklı 444. maddesinin birinci fıkrasında rekabet yasağı kaydı; fiil ehliyetine sahip olan işçinin, işverene karşı sözleşmenin sona ermesinden sonra herhangi bir biçimde onunla rekabet etmekten, özellikle kendi hesabına rakip bir işletme açmaktan, başka rakip bir işletmede çalışmaktan veya bunların dışında, rakip işletmeyle başka türden bir menfaat ilişkisine girmekten kaçınmayı yazılı olarak üstlenmesi şeklinde tanımlandıktan sonra ikinci fıkrada, rekabet yasağı kaydının, ancak iş ilişkisi işçiyi müşteri çevresi veya üretim/iş sırları hakkında bilgi edinme imkânı sağlıyorsa ve aynı zamanda bu bilgilerin kullanılması, işverenin önemli bir zararına sebep olacak nitelikteyse geçerli olduğu belirtilmiştir. Maddenin sözüne bağlı kılındığında kanun koyucunun rekabet yasağı kaydı için üç geçerlilik koşulu aradığı (işçinin fiil ehliyetine sahip olması, yazılı şekil, iş ilişkisinin işçiyi müşteri çevresi veya üretim/iş sırları hakkında bilgi edinme imkânı sağlaması ve aynı zamanda bu bilgilerin kullanılmasının işverenin önemli bir zararına neden olacak nitelikte olması) ve bu üç koşuldan birinin dahi eksikliğinin rekabet yasağı kaydının kesin hükümsüzlüğü gibi bir sonuç doğuracağı gibi bir kanı uyandırmaktadır. Bu saptama, fiil ehliyetine ve yazılı şekle ilişkin koşullar bakımından doğru olmakla birlikte, üçüncü koşulla ilgili olarak gerçeği yansıtmamaktadır. Mehaz İsviçre Borçlar Kanunu'nun Türk Borçlar Kanunu'nun

²⁴⁷ Bauer/Diller, s. 48; Growe, s. 141; Grüll/Janert, s. 45.

²⁴⁸ Growe, 142.

444/2. maddesine karşılıyan 340. maddesinde rekabet yasağının sadece iş ilişkisinin işçiye müşteri çevresi veya üretim ve iş sırları hakkında bilgi edinme imkânı sağladığı ve bu bilgilerin kullanılmasının işverene önemli ölçüde zarar verebilecek nitelikte olduğu hallerde bağlayıcı (*verbindlich*) olacağı düzenlenmiştir²⁴⁹. Ne var ki Kanun koyucu İsviçre Borçlar Kanunu'nu iktibas ederken kanunun ruhunu pekiyi bir şekilde yansıtmayan Fransızca metni esas aldığından üçüncü koşulun da diğerleri gibi bir geçerlilik koşulu olduğu yönünde yanlış bir algılamanın önü açılmıştır²⁵⁰. Kanımızca TBK m. 444/2'deki 'geçerlidir' sözcüğü 'bağlayıcıdır' olarak yorumlanarak bu hata düzeltilmelidir. Gerçekten İsviçre öğretisinde de rekabet yasağı kaydının koşulları arasında akdedilme koşulları (*abschlussvoraussetzungen*) ve etki koşulları (*wirkungsvoraussetzungen*) gibi iki bir ayırımı gidilmekte; işçinin fiil ehliyetine sahip olmasıyla yazılı şekil akdedilme koşulu olarak nitelendirilirken, iş ilişkisinin işçiye müşteri çevresi veya üretim/iş sırları hakkında bilgi edinme imkânı sağlamasını ve aynı zamanda bu bilgilerin kullanılmasının işverenin önemli bir zararına sebep olacak nitelikte olmasını öngören koşul ise etki koşulu sayılmaktadır²⁵¹. Özellikle karşı edim içeren bir rekabet yasağı kaydında işverenin iş ilişkisinin işçiye müşteri çevresi veya üretim/iş sırları hakkında bilgi edinme imkânı sağlamadığı gibi bir gerekçeye yaslanarak karşı edim borcundan kurtulmasının normun koruma amacıyla bağdaşmayacağı ve böyle bir durumda rekabet yasağı kaydına tek taraflı bağlayıcı olmama (*einseitiger Unverbindlichkeit*) yaptırımının uygulanması gerektiği iddia edilmektedir²⁵². Buna göre, haklı bir işletmesel menfaate dayanmayan rekabet yasağına riayet eden işçi, rekabet yasağı kaydıyla kararlaştırılan karşı edimi işverenden talep edebilir. Böyle bir durumda, işveren söz konusu koşulun eksikliğine rağmen karşı edimi ödemek zorundadır²⁵³. Zira böyle bir rekabet yasağı kaydının kesin hükümsüz sayılmasında hiçbir kamusal yararın söz konusu olmadığı vurgulanmaktadır²⁵⁴. Buna karşılık tam fiil ehliyetine sahip olmayan işçiyle kararlaştırılan rekabet yasağı kaydında bir karşı edim öngörülse ve işçi yasağa uygun

²⁴⁹ 'Das Konkurrenzverbot ist nur verbindlich, wenn das Arbeitsverhältnis dem Arbeitnehmer Einblick in den Kundenkreis oder in Fabrikations-Und Geschäftsgeheimnisse gewährt und die Verwendung dieser Kenntnisse den Arbeitgeber erheblich schädigen könnte.' İBK Art. 340/2.

²⁵⁰ İsviçre Borçlar Kanunu'nun 340. maddesinin Fransızca metninde geçerli anlamına gelen valable sözcüğü tercih edilmiştir: 'La prohibition de faire concurrence n'est valable que si les rapports de travail permettent au travailleur d'avoir connaissance de la clientèle ou de secrets de fabrication ou d'affaires de l'employeur et si l'utilisation de ces renseignements est de nature à causer à l'employeur un préjudice sensible.' İBK Art. 340/2.

²⁵¹ Bohny, s. 84 vd.

²⁵² Bohny, s. 84.

²⁵³ Haefliger, s. 96.

²⁵⁴ Haefliger, s. 96.

davransa dahi, kayıt kesin hükümsüzdür²⁵⁵. Aynı şekilde yazılı şeklin işçinin aceleyle verilmiş bir kararla rekabet yasağı kaydını kabul etmekten alıkoyduğu ve böyle bir korumanın sinallagmatik rekabet yasağı kayıtları için de gerekli olduğu ifade edilmektedir²⁵⁶.

Gerek İsviçre Borçlar Kanunu'nun Almanca metninde geçen ibare ve kanunun sistematığı gerekse İsviçre hukukunda benimsenen yaklaşım; işçinin tam ehliyetli olmasıyla yazılı şeklin rekabet yasağı kaydının geçerlilik koşulları, iş ilişkisi işçiye müşteri çevresi veya üretim/iş sırları hakkında bilgi edinme imkânı sağlamadığı ve aynı zamanda bu bilgilerin kullanılması işverenin önemli bir zararına sebep olacak nitelikte olmadığı takdirde rekabet yasağı kaydının bağlayıcı olmadığını düzenleyen fıkranın ise bağlayıcılık koşulu olduğunu teyit etmektedir. Şu halde sözleşmenin akdedildiği tarihte işçi fiil ehliyetine sahip değilse veya yazılı şekil koşuluna uyulmamışsa, rekabet yasağı kaydı kesin hükümsüzdür. Örneğin rekabet yasağı kaydı içeren iş sözleşmesinin kurulduğu tarihte henüz ergin olmayan işçi rekabet etmeme borcunu ifa etse ve kayda bağlılığını açıklasa dahi rekabet yasağı kaydı *ex tunc* hüküm ifade etmez. Kaldı ki işverenin rekabet yasağı kaydıyla bir karşı edim yükümlenmesi dahi bu sonucu değiştirmez. Üstelik böyle geçersiz bir rekabet yasağı kaydı nedeniyle ödenen karşı edim taksitlerinin sebepsiz zenginleşme hükümlerine uyarınca iadesi bile gündeme gelebilir. Ayrıca rekabet yasağı kaydından doğan davalarda hâkim, rekabet yasağı kaydının geçerlilik koşullarını taşıyıp taşımadığını resen araştırma yükümü altındadır. Buna göre rekabet yasağı kaydının ihlali iddiasıyla açılan bir davaya bakan hâkim, tarafların bu yönde bir iddiası veya itirazı olmasa dahi, öncelikle rekabet yasağı kaydının kararlaştırıldığı tarihte işçinin fiil ehliyetine sahip olup olmadığını ve kaydın yazılı şekilde düzenlenip düzenlenmediğini araştırmalı; şayet dosyadaki delil ve belgelerden rekabet yasağı kaydının akdedildiği anda işçinin fiil ehliyetinin bulunmadığını ve/veya yazılı şekle riayet edilmediğini saptarsa rekabet yasağı kaydının geçersizliğine hükmederek davayı reddetmelidir. Ancak rekabet yasağında işverenin haklı bir işletmesel menfaati bulunmasını arayan koşulda tablo tamamen farklıdır. Rekabet yasağı kaydının geçerlilik koşullarının aksine, burada işçinin bir seçim hakkı söz konusudur. Altını çizerek belirtelim ki, işverenin haklı işletmesel menfaatleriyle ilgili koşulun geçerlilik koşulu değil, bağlayıcılık koşulu olmasının pratik sonucu; karşı edimli

²⁵⁵ Haefliger, s. 96.

²⁵⁶ Haefliger, s. 97.

rekabet yasağı kayıtlarında çok daha belirgindir. Şöyle ki iş sırlarını veya müşteri çevresini öğrenme imkânından yoksun ve iş sırlarını ya da müşteri çevresini öğrense dahi sahip olduğu bilgiler işverene önemli bir zarar verebilecek nitelikte olmayan işçi, işverenin karşı edim üstlendiği rekabet yasağı kaydı ile bağlı değildir. İşçi dilerse rekabet yasağı kaydında öngörüldüğü üzere işverenle rekabetten kaçınır. İşveren böyle bir durumda rekabet yasağı kaydının uygulanmasında haklı bir işletmesel menfaatinin söz konusu olmadığını ileri sürerek karşı edim borcundan kurtulamaz. Dilerse kendi hesabına rakip bir işletme açarak veya rakip bir işletmede çalışarak rekabet yasağına uymaz. Ne var ki tercihini rekabet yasağı kaydıyla bağlı olmamaktan yana kullanan işçi, bu sözleşmeye dayanarak herhangi bir hak talep edemez. Daha yalın bir anlatımla rekabet yasağı kaydıyla bağlı kalmak istemeyen işçi karşı edim hakkını yitirir. Kuşkusuz iş ilişkisi sona eren işçinin rekabet yasağına uyup uymayacağını işverene makul bir süre içinde bildirmesi yerinde olacaktır²⁵⁷. Zira rekabet yasağının uygulanmasında haklı bir işletmesel menfaati bulunmayan işverenden karşı edim borcuyla ilgili bir belirsizliğe uzun bir süre katlanması beklenemez. Ayrıca işveren işçiye uygun bir mehil vererek rekabet yasağı kaydından kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirip getirmeyeceğini açıklamasını da isteyebilir. Şayet işçi işverene söz konusu süre içinde bir yanıt vermezse, işçinin bu davranışından rekabet yasağı kaydıyla bağlı kalmak istemediği sonucu çıkarılmalıdır.

II. Geçerlilik Koşulları

1. İşçinin Fiil Ehliyetine Sahip Olması

Alman Hukukunda rekabet yasağının kararlaştırıldığı tarihte ergin olmayan (*minderjährig*) işçinin taraf olduğu rekabet yasağı kayıtları geçersiz (*nichtig*) sayılmaktadır (§ 74 a Abs. 2 Satz 1)²⁵⁸. Dolayısıyla Alman Hukukunda on sekiz yaşını doldurmamış bir işçiye rekabet yasağı getirilmesi mümkün değildir²⁵⁹. Kanuni düzenleme açıkça rekabet yasağının kararlaştırılma anından söz ettiğinden, iş ilişkisinin işçinin ergin olmasının ardından sona ermesi küçükle kararlaştırılan rekabet yasağını geçerli hale getirmez²⁶⁰. Öte yandan kanunun küçük işçinin tabi

²⁵⁷ Bohny, s. 85.

²⁵⁸ Growe, s. 139; Grüll/Janert, s. 26.

²⁵⁹ Bauer/Diller, s. 211.

²⁶⁰ Buchner, Wettbewerbsverbote während und nach beendigung des Arbeitsverhältnisses, Schriften zur AR-Blattei Neue Folge Bd. 2, 1995. C218; Growe, s. 139; Grunsky s. 53; Grüll/Janert, s. 26.

olduğu rekabet yasağına askıda hükümsüzlük yerine kesin hükümsüzlük gibi bir sonuç bağlaması, işçinin ergin olduktan sonra vereceği onayın rekabet yasağı kaydını geçerli kılmasını engellemektedir²⁶¹. Keza yasağın yürürlüğe girmesini küçük işçinin ergin olması koşuluna bağlayan rekabet yasağı kayıtları da hukuka aykırı kabul edilmektedir²⁶². Küçük işçiyle kararlaştırılan rekabet yasağının hüküm ifade edebilmesi ise, işçinin ergin olmasının ardından § 74 Abs. 1 HGB’de öngörülen şekle uygun yeni bir rekabet yasağı sözleşmesi bağitlanmasına bağlıdır²⁶³. Kanuni temsilcinin izin (*vorherige Einwilligung*) veya icazetinin (*nachträgliche Genehmigung*) rekabet yasağı kaydını ne ölçüde geçerli kılacağı da Alman öğretisince tartışılmıştır²⁶⁴. Alman Federal Mahkemesi’ne göre, bu gibi durumlarda da geçersizlik yaptırımı uygulanmalıdır²⁶⁵. Alman öğretisinde Federal Mahkeme’nin yaklaşımının tutarlı olduğu, zira kanunun küçük işçinin mesleki geleceğini olumsuz bir biçimde etkileyebilecek bir borç altına girmesini önlemeyi amaçladığı belirtilmektedir²⁶⁶. Bu doğrultuda, vesayet makamının (*Vormundschaftsgerichts*) izin verdiği veya bizzat küçük işçinin velileri tarafından akdedilen rekabet yasağı sözleşmeleri geçersiz addedilmektedir²⁶⁷. Ayrıca kanuni temsilcilerin verdiği yetki nedeniyle iş sözleşmesiyle ilintili tüm konularda sınırsız bir fiil ehliyetine sahip olan küçük işçiyle kararlaştırılan rekabet yasağı kayıtlarının da kesin hükümsüz olduğu vurgulanmaktadır²⁶⁸.

Hollanda hukukunda işveren ancak ergin (*meerderjarig*) bir işçiyle rekabet yasağı kaydı kararlaştırabilir²⁶⁹. Buna göre, ergin olmayan işçinin taraf olduğu rekabet yasağı kayıtları geçersiz (*nietig*) sayılmaktadır²⁷⁰. Hollanda öğretisinde erginliğe ilişkin koşulun *ratio*’sunun küçük işçinin korunması olduğu, çünkü küçük işçinin böylesine kısıtlayıcı bir kaydın yaratacağı sonuçları ergin bir işçi kadar hesap

²⁶¹ Gaul, Der erfolgreiche Schutz von Betriebs-und Geschäftsgeheimnissen, 1994,s. 169; Röhler/Bormann s. 101.

²⁶² Bauer/Diller, s. 211.

²⁶³ Buchner, C218; Grunsky s. 53; Grill/Janert, s. 26.

²⁶⁴ Grill/Janert, s. 26.

²⁶⁵ 20.4.1964 AP 17 zu § 90a HGB. Federal Mahkeme’nin tutumu bu konuda görüş bildiren yazarların tamamı tarafından paylaşılmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Buchner, C218; Grunsky s. 53; Growe, s. 139; Grill/Janert, s. 26; Röhler/Bormann, s. 101.

²⁶⁶ Bauer/Diller, s. 212; Grill/Janert, s. 26; Röhler/Bormann, s. 101.

²⁶⁷ Bauer/Diller, s. 212.

²⁶⁸ Bauer/Diller, s. 212.

²⁶⁹ Bouwens/Duk, s. 209; Bouwens/Houwerzijl/Roozendal, s. 86; Houweling/Loonstra, s. 39; Quist, s. 9; Treep, s. 65; VanLeeuwen/Nuijten/Veenstra/Tazelaar/Nieuwstad/Buijs, s. 236.

²⁷⁰ Houweling/Loonstra, s. 39; Loonstra, C.J.: De rechtsbescherming van werknemers en het concurrentiebeding, Prof. Dr. Ali Güzel’e Armağan, Beta, İstanbul 2010, s. 465.

edemeyeceği dile getirilmektedir²⁷¹. Bu noktada, Hollanda Medeni Kanunu'na göre kimlerin ergin sayıldığı açıklığa kavuşturulmalıdır. Rekabet yasağının geçerlilik koşullarını düzenleyen maddede herhangi bir yaş sınırı öngörülmemiş olup, 7:653 BW'nin öngördüğü tek şart erginliktir. Buna karşılık, Hollanda Medeni Kanunu'nda 18 yaşını doldurmayan kişiler küçük olarak nitelendirilmektedir (art. 1:233 BW)²⁷². Anılan normun karşıt anlamından (*a contrario*) 18 yaşını dolduran herkesin ergin olduğu ve dolayısıyla 18 yaşını dolduran bir kişiyle geçerli bir rekabet yasağı kaydı akdedebileceği anlaşılmaktadır²⁷³. Bunun yanı sıra, Hollanda hukukunda evlilik veya kayıtlı birliktelik (*geregistreerd partnerschap*) de kişiyi ergin kılmaktadır²⁷⁴. Diğer taraftan Hollanda hukukunda kişinin mahkeme kararıyla ergin kılınması mümkündür. O halde kazai erginlikle evlenmeyle kazanılan erginlik; on sekiz yaşını dolduranların ergin sayılacağına ilişkin ana kuralın iki istisnasını oluşturmaktadır²⁷⁵. Öğretide bazı yazarlar, erginlikle ilgili temel kuralın (18 yaşın) rekabet yasağı kaydına da uygulanması gerektiği kanaatindedir²⁷⁶. Buna göre, evlilikle veya mahkeme kararıyla ergin statüsünü kazanmasına karşın henüz 18 yaşını doldurmamış işçinin iş sözleşmesinde yer alan rekabet yasağı kaydının geçersiz sayılması gerektiği savunulmaktadır²⁷⁷.

Hollanda öğretisinde bazı yazarlar kanunun on altı yaşını dolduran işçilerle rekabet yasağı kaydı karşılaştırma olanağı sağladığı kanısındadır²⁷⁸. Anılan maddeye göre on altı yaşını dolduran her küçük iş sözleşmesi akdetmeye ehil olup, iş sözleşmesiyle ilgili her konuda erginle eşit sayılır. Dolayısıyla öğretinin bir kısmı tarafından benimsenen bu görüşe göre, rekabet yasağı kayıtları da bu çerçevede değerlendirilmelidir²⁷⁹. Nitekim rekabet yasağı kaydı akdetmenin maddedeki "...iş sözleşmesiyle ilgili her konuda erginle eşit sayılır..." ifadesinin kapsamına dâhil olduğuna işaret eden bir yazar, on altı yaşını dolduran işçiyle karşılaştırılan rekabet yasağı kayıtlarını hukuka uygun görmektedir²⁸⁰. Buna karşın diğer bazı yazarlar,

²⁷¹ Houweling/Loonstra, s. 40.

²⁷² Rekabet yasağı kaydını düzenleyen hükümlerin kabul edildiği 1907 tarihinde Hollanda Hukukunda erginlik yaşı 21 idi. 1.1.1988 tarihinde yürürlüğe giren bir kanun, söz konusu yaş sınırını 21'den 18'e çekmiştir. Bkz. Houweling/Loonstra, s. 40.

²⁷³ Houweling/Loonstra, s. 41; Quist, s. 10.

²⁷⁴ Quist, s. 10.

²⁷⁵ Quist, s. 10.

²⁷⁶ Bouwens/Duk, s. 210.

²⁷⁷ Bouwens/Duk, s. 210.

²⁷⁸ Houweling/Loonstra, s. 41.

²⁷⁹ Houweling/Loonstra, s. 41.

²⁸⁰ Loonstra, Het Concurrentiebeding in de arbeidsovereenkomst, s. 44.

geçerli bir rekabet yasağı kaydı için on sekiz yaşın doldurulmasının zorunlu olduğu düşüncesindedir²⁸¹. Sözü edilen yazarlar on altı yaşında bir işçiyle rekabet yasağı kaydı kararlaştırılabileceğini savunan görüşün yasal düzenlemenin amacı ile - gençlerin korunması (*bescherming van jeugdigen*)- kesinlikle bağdaşmadığını, rekabet yasağı kaydını düzenleyen hükümlerin yürürlüğe girdiği 1907 yılında erginlik yaşının 21 olduğu da dikkate alınacak olursa 16 yaşın rekabet yasağı için çok erken bir yaş olduğunu öne sürmektedir²⁸². Nihayet kanun koyucunun rekabet yasağı kaydıyla ilgili olarak herhangi bir istisna koymaması nedeniyle her iki görüşün de savunulabileceği, iki yıllık bir yaş farkının işçinin daha dikkatli kararlar vermesini fiilen sağlayıp sağlamayacağı şüpheli olduğu, yine de ileri bir yaşın erginliğe ilişkin koşulun korumayı amaçladığı menfaatle daha fazla örtüştüğü belirtilmektedir²⁸³.

Hollanda yargısının erginlik koşulunu ele aldığı yayınlanmış kararlarının tamamı 1.1.1988 öncesine aittir. Bu kararlara konu hukuki uyuşmazlıklarda henüz 21 yaşını doldurmamış bir işçinin kanuni temsilcisi aracılığıyla rekabet yasağı kaydı akdetmesi söz konusudur. Den Haag Sulh Mahkemesi'nin 1932 tarihli yılında irdelediği bir vakıda işveren, rekabet yasağı kaydının imzalandığı tarihte ergin olmayan, ancak ergin olduktan sonra yasağa örtülü bir şekilde rıza gösteren işçiden rekabet yasağının ihlali nedeniyle tazminat talep etmiştir. İşverenin talebini reddeden Mahkeme'ye göre, ancak işçinin ergin olmasından sonra yapılacak yeni bir yazılı sözleşme rekabet yasağına geçerlilik kazandırabilir²⁸⁴. Hollanda Yargıtayı tarafından incelenen başka bir davada ergin olmayan işçi işveren tarafından teklif edilen rekabet yasağı kaydına yazılı rıza göstermiş, ergin olduktan sonra ise rekabet yasağı kaydına aykırı davranmıştır. Somut olayda işçi, işe girdikten üç yıl sonra ücretinde değişiklik yapan bir mektubu imzalamıştır. Bu mektupta iş sözleşmesinin ve sözleşmenin muhtelif eklerinin herhangi bir değişiklik yapılmadıkça yürürlükte kalacağı bildirilmektedir. İşverenin talebinin kabul edildiği yerel mahkeme kararını bozan Hollanda Yargıtayı; işçinin ergin olmasını müteakip rekabet yasağı kaydının yazılı şekle uyularak yeniden kararlaştırılmasının gerektiğine ve işçinin ergin olmadığı bir tarihte akdedilen ve rekabet yasağı kaydını içeren yazılı bir iş sözleşmesine atıfta

²⁸¹ *Bouwens/Duk*, s. 210.

²⁸² *Bouwens/Duk*, s. 210.

²⁸³ *Houweling/Loonstra*, s. 42.

²⁸⁴ Ktr. Den Haag 30.11.1932, NJ 1933, s. 473-474.

bulunan bir mektubun imzalanmasının yeterli görülemeyeceğine hükmetmiştir²⁸⁵. Nitekim Hollanda öğretisinde işçinin rekabet yasağının kararlaştırılmasının ardından ergin olmasının fiil ehliyeti bulunmayan işçiyle bağtlanan iş sözleşmesindeki rekabet yasağı kaydını geçerli kılmayacağı, işçiye sözleşme sonrası rekabet yasağı uygulanabilmesinin tarafların yazılı şekilde yeni bir rekabet yasağı sözleşmesi bağtlamasına bağlı olduğu ifade edilmektedir²⁸⁶. Bu arada, kanuni temsilcinin onayının da ergin olmayan işçinin iş sözleşmesinde bulunan rekabet yasağı kaydını geçerli kılmayacağı ifade edilmelidir²⁸⁷. Nitekim Den Bosch Sulh Hukuk Mahkemesi'nin 1969 bir kararında husus şöyle gerekçelendirilmiştir: "...*Kanun koyucu bilinçli bir biçimde, küçük işçinin çalışma yaşamındaki deneyimsizliğinin suiistimal edilmesini engellemek amacıyla, rekabet yasağı kaydını geçerliliğini işçinin ergin olması ve yazılı şekil koşullarına bağlı tutmuştur...*"²⁸⁸. Hollanda doktrininde küçük işçiye sağlanan bu korumanın oldukça aşırı olduğunu kaydeden bir yazar, kanunun şu şekilde değiştirilmesini önermiştir: "...*Küçük işçi bu kaydı bağtlayabilmek için yasal temsilcisinin yazılı rızasını almak zorundadır. Kayıt en fazla beş yıl süreyle geçerlidir...*"²⁸⁹. Ne var ki *Houweling/Loonstra* rekabet yasağının başta çalışma özgürlüğü olmak üzere temel hakları üzerindeki olumsuz etkileri nedeniyle değinilen önerinin isabetsiz olduğunu, erginlikle ilgili koşulu dar yorumlayan yaklaşımın işini serbestçe seçme hakkıyla geniş ölçüde örtüştüğünü, kaldı ki erginlik yaşının 21'den 18'e düşürülmesiyle birlikte bu konudaki içtihadın ve ayrıca yazarın sunduğu önerinin önemini geniş ölçüde yitirdiğine işaret etmektedir²⁹⁰.

Eski Borçlar Kanunu'nda ve mehzar İsviçre Borçlar Kanunu'nun eski metninde geçerli bir rekabet yasağı kaydının kararlaştırılabilmesi işçinin ergin olması koşuluna bağlı tutulmuştu (EBK m. 348/2, Art. 356 Absatz 2). Bununla beraber, ayırt etme gücünden yoksun işçinin imzaladığı rekabet yasağı kayıtları da genel hükümler çerçevesinde geçersiz kabul edilmekteydi²⁹¹. Nihayet 1971 yılında İsviçre Borçlar Kanunu'nda yapılan bir değişiklikle erginlik koşulu yerini fiil ehliyeti koşuluna bırakmıştır (Art. 340 Absatz 1). 6908 sayılı Borçlar Kanunu da, İsviçre Borçlar

²⁸⁵ HR 1.7.1983, NJ 1984, s. 88 (*Bouwens/Duk*, s. 210'dan naklen, s. 87)

²⁸⁶ *Loonstra/Zondag*, s. 205.

²⁸⁷ Rb. Rotterdam 3.1.1934, NJ 1935, s. 646-647 (bkz. *Houweling/Loonstra*, s. 44.; Quist, s. 10).

²⁸⁸ Ktr. Den Bosch, 9.9.1969, SMA 1970, s. 16-18 (*Houweling/Loonstra*, s. 44'den naklen)

²⁸⁹ *t Hart*, 1977, s. 101 (*Houweling/Loonstra*, s. 44'den naklen).

²⁹⁰ *Houweling/Loonstra*, s. 44.

²⁹¹ *Bohny*, 85.

Kanunu'nda gerçekleştirilen revizyona paralel bir biçimde, işçinin fiil ehliyetine sahip olmasını rekabet yasağının akdedilme koşulları arasında saymıştır.

İsviçre öğretisinde fiil ehliyetini sahip olmayan işçinin taraf olduğu rekabet yasağı kaydını geçersiz sayan normun önemli birtakım menfaatleri koruduğu belirtilmektedir. Bu bağlamda, rekabet yasağının işçinin ekonomik geleceğini ve kişilik haklarını önemli ölçüde sınırladığı ifade edilmektedir²⁹². Şu halde rekabet yasağı kaydının geçerliliğini işçinin fiil ehliyetine sahip olmasına bağlayan hükmün öncelikli hedeflerinden biri, ehliyetsiz işçinin kişilik haklarının sınırlanmasını ve bundan dolayı zarara uğramasını önlemektir. Diğer yandan İsviçre öğretisinde söz konusu düzenlemenin her şeyden önce küçük işçiyi korumayı amaçladığı, zira böyle bir işçinin rekabet yasağının sonuçlarını gerektiği gibi algılayamayacağı ileri sürülmüştür²⁹³. Yasal düzenlemenin diğer bir amacı ise, gençlerin mesleki gelişim özgürlüğünün korunmasıdır²⁹⁴. Bu doğrultuda, mesleki gelişimin genç yaşta üstlenilen herhangi bir borçla sınırlanmamasının genel eğitim politikasının bir gereği olduğu belirtilmektedir²⁹⁵.

Türk Hukukunda ayırt etme gücü bulunmayanların, küçüklerin ve kısıtlıların fiil ehliyeti yoktur (TMK m. 14). Bundan dolayı ayırt etme gücünden yoksun olanların, küçüklerin ve kısıtlıların akdettiği rekabet yasağı sözleşmeleri geçersiz sayılmaktadır. Kişinin ayırt etme gücüne sahip olup olmadığı somut olaya göre değerlendirilir²⁹⁶. Bununla birlikte, erginlerin ayırt etme gücüne sahip olmaları karinedir. İşçi rekabet yasağı sözleşmesini bağtladığı tarihte hukuki işlem veya eylemlerinin doğuracağı sonuçları anlamasını engelleyecek düzeyde makul hareket edebilme iktidarından yoksunsa rekabet yasağı kaydı kesin hükümsüzdür. Esasen böyle bir sonuca varmak için rekabet yasağına özgü bir düzenleme yapılmasına da gerek yoktur. Zira Medeni Kanun'a göre, ayrık durumlar saklı kalmak üzere, ayırt etme gücüne sahip bulunmayan kimsenin fiillerinin hukuki sonuç doğurmamaktadır (TMK m. 15).

²⁹² Bohny, 86.

²⁹³ Haefliger, 40.

²⁹⁴ Bohny, 86; Haefliger, 40.

²⁹⁵ Bohny, 85.

²⁹⁶ Ayırt etme gücü kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Helvacı*, Serap: Gerçek Kişiler, 3. Bası, Legal, İstanbul 2010, s. 53 vd.; *Oğuzman*, M. Kemal/*Seliçi*, Özer/Özdemir, Saibe Oktay: Kişiler Hukuku, Yeniden gözden geçirilmiş ve mevzuata uyarlanmış 8. baskı, Filiz, İstanbul 2005, s. 43. vd.

Türk Hukukunda erginlik, kural olarak, on sekiz yaşın doldurulmasıyla başlamaktadır (TMK m. 11/1)²⁹⁷. Ne var ki ana kuralın iki istisnası bulunmaktadır. Öncelikle evlenme kişiyi ergin kılmaktadır (TMK m. 11/2)²⁹⁸. Ayrıca on beş yaşını dolduran küçüğün, kendi isteği ve velisinin rızasıyla veya vesayet altında ise vesayet veya denetim makamının izniyle mahkemece ergin kılınması mümkündür (TMK m. 12)²⁹⁹. İşçinin iş sözleşmesi akdedebilmesi için tam ehliyetli olması gerekli değildir. Sınırlı ehliyetsiz küçükler de kanuni temsilcilerinin izni ile iş sözleşmesi akdedebilir³⁰⁰. Buna karşılık, sınırlı ehliyetsiz küçüklerle bağitlanan iş sözleşmelerinde yer alan rekabet yasağı kayıtları geçersizdir. Küçük işçinin kanuni temsilcisinin böyle bir kayda izin vermesi de rekabet yasağı kaydını geçerli kılmamaktadır. Bununla birlikte, erginliği evlilik yoluyla veya mahkeme kararıyla kazanan işçilerin rekabet etmeme borcu altına girip giremeyeceği tartışılabilir. Kanun hükmünün lafzı esas alındığında, evlilikle veya mahkeme kararıyla ergin olan on sekiz yaşından küçük işçilerle kararlaştırılan rekabet yasağı kayıtlarının geçerli olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır. Gerçekten yasal düzenleme '*fiil ehliyetine sahip olan işçi*'den bahsetmektedir. Evlilikle veya mahkeme kararıyla ergin olanlar da aynen on sekiz yaşını dolduranlar gibi tam ehliyetlidir. Bununla beraber, rekabet yasağı kaydının geçerliliğini işçinin yasağın kararlaştırıldığı tarihte fiil ehliyetine sahip olması koşuluna bağlayan düzenlemenin bir amacının gençlerin mesleki yeteneklerini serbestçe geliştirme özgürlüklerinin korunması olduğu dikkate alındığında, ergin statüsüne evlilikle veya mahkeme kararıyla sahip olan on sekiz yaşından küçük işçilerle kararlaştırılan rekabet yasağı kayıtlarının geçersiz sayılması gerektiği de savunulabilecek bir görüştür. Nitekim İsviçre öğretisinde mahkeme kararıyla ergin kılınanların fiil ehliyetine sahip oldukları ve dolayısıyla işverenin böyle bir işçiyle rekabet yasağı kararlaştırabileceği ileri sürülmektedir³⁰¹. Buna karşılık, normun koruma amacını ön plana çıkaran diğer bir yaklaşım, erginliği evlilikle kazanan küçükle kararlaştırılan rekabet yasağı kayıtlarını geçersiz

²⁹⁷ Helvacı, s. 48; Oğuzman /Seliçi /Özdemir, s. 52.

²⁹⁸ Medeni Kanun on yedi yaşını dolduran kişinin evlenebileceğini; ancak hakimin olağanüstü durumlarda ve pek önemli bir sebeple on altı yaşını doldurmuş olan erkek veya kadının evlenmesine de izin verebileceğini düzenlemektedir (TMK m. 124).Helvacı, s. 49; Oğuzman /Seliçi /Özdemir, s. 52.

²⁹⁹ Helvacı, s. 49; Oğuzman /Seliçi /Özdemir, s. 53.

³⁰⁰ Ancak İş Kanunu'nun 71. maddesi on beş yaşını doldurmamış çocukların çalıştırılmasını kural olarak yasaklamış, on dört yaşını dolduran çocukların çalıştırılmasını ise bazı koşullara bağlamıştır.

³⁰¹ Haefliger, 40.

saymaktadır³⁰². Türk öğretisinde de kanun koyucunun herhangi bir yaş sınırı getirmediği, dolayısıyla erginliğin kazai erginlikle evlenme ile kazanılan erginliği de kapsayacak bir tarzda geniş yorumlanması gerektiği iddia edilmektedir³⁰³. Kanaatimizce sorunun çözümünde normun *ratio legis*'i göz ardı edilmemelidir. Düzenlemenin salt lafzını gözeten bir yorumun yaratacağı sonuç; on yedi yaşındaki sınırlı ehliyetsiz bir işçiyle akdedilen iş sözleşmesinde yer alan rekabet yasağı kaydının kesin hükümsüz sayılması, buna karşın aynı kaydın mahkemenin ergin kıldığı on altı yaşındaki bir işçiye rekabet etmeme borcu yüklemesidir. Böyle bir sonuç düzenlemenin lafzına uygun görünmekle birlikte, normun koruma amacıyla bağdaşmamaktadır. Zira rekabet yasağının geçerliliğini işçinin tam ehliyetli olmasına bağlayan kuralın başlıca amacı, genç işçilerin belli bir olgunluğa ulaşmadan kabul ettikleri bir sözleşmesel kaydın mesleki gelişimlerini engellemesinin ve böylece bu işçilerin gelecekte iş bulma şanslarının azalmasının veya tamamen ortadan kalkmasının önüne geçmektir. Sonuç olarak '*fil ehliyetine sahip işçi*' deyimini mahkeme kararıyla veya evlilikle ergin kılınan on sekiz yaşından küçük işçileri dışlayacak şekilde dar yorumlanarak, söz konusu işçilerin taraf olduğu rekabet yasağı kayıtları kesin hükümsüz sayılmalıdır.

Kısıtlılarla bağitlanan rekabet yasağı sözleşmelerinin/kayıtlarının da üzerinde durulmalıdır. Eski Borçlar Kanunu'nda ve İsviçre Borçlar Kanunu'nun eski metninde kısıtlı işçilerin rekabet yasağı sözleşmesine taraf olmasını engelleyen açık bir düzenleme yer almıyordu. Rekabet yasağı kaydını işçinin ergin olması koşuluna bağlayan mülga BK. m. 348/3'ün lafzının kısıtlıları kapsamadığı da çok açıktı³⁰⁴. Öğreti ise kanuni temsilcinin ayırt etme gücüne sahip kısıtlı adına rekabet yasağı sözleşmesi yapabilip yapamayacağı sorusunu genellikle olumsuz bir şekilde yanıtlamaktaydı³⁰⁵. Diğer yandan, kısıtlı işçinin kanuni temsilcisinin rızasını almaksızın rekabet yasağı sözleşmesi bağitlayabilip bağitlayamayacağı hususu da tartışmalıydı. Öğretide bir görüş, kısıtlının rekabet yasağı sözleşmesini kanuni

³⁰²Bohny, s. 86.

³⁰³Soyer, s. 43.

³⁰⁴Soyer, s. 46. Zira vesayet makamının kısıtlama kararı verebilmesi için kısıtlanacak kişinin ergin olması zorunludur. Medeni Kanunu'nun 405 maddesinde akıl hastalığı veya akıl zayıflığı sebebiyle işlerini göremeyen veya korunması ve bakımı için kendisine sürekli yardım gereken ya da başkalarının güvenliğini tehlikeye sokan her *erginin* kısıtlanacağı ifade edilmektedir.

³⁰⁵Soyer, s. 46. Yazar, kanuni temsilcinin sahip olduğu yetkiye rekabet yasağı alanında bir istisna tanınması doğru olacağını dile getirmektedir. Yazara göre, bunun nedeni, ekonomik alandaki harekete serbestfisinin üçüncü kişilerle yapılan sözleşmelerle kısıtlanamayacak olmasıdır.

temsilcisinin rızası olmaksızın akdedebileceği yönündeydi³⁰⁶. Buna karşılık, karşıt düşünce kanuni temsilci muvafakat etmediği sürece kısıtlı işçinin akdettiği rekabet yasağı sözleşmesinin bağlayıcı olmadığını kabul ediyordu³⁰⁷. Ne var ki 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle birlikte, bu tartışmalar önemini yitirmiştir. Zira TBK m. 444/1 rekabet yasağının geçerliliğini açıkça fiil ehliyetine bağlamıştır. Dolayısıyla kısıtlıların iş sözleşmelerine konulan rekabet yasağı kayıtları kesin hükümsüzdür³⁰⁸. Kuşkusuz 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nda rekabet yasağı kaydının geçerliliği için erginlik yerine tam fiil ehliyeti aranması, yasağın uygulama alanını daraltacaktır.

Fiil ehliyeti koşulu rekabet yasağı kaydının kararlaştırıldığı tarihte gerçekleşmelidir. Buna göre, rekabet yasağı kaydının yazılı olarak kararlaştırıldığı sırada fiil ehliyetinden yoksun olan işçinin fiil ehliyetini kazandıktan sonra rekabet yasağına örtülü veya açık bir şekilde rıza göstermesi geçersiz bir kaydı geçerli hale getirmeyecektir³⁰⁹. Öğretide erginlik koşulunun yasağı düzenleyen belgenin işçi tarafından imzalanması sırasında aranması gerektiği; işçinin ergin olduktan sonra işe başlayacak olmasının yasağın geçerli sayılmasını sağlamayacağı gibi, açık veya örtülü rızanın da daha önce kararlaştırılan rekabet yasağına geçerlilik kazandırmayacağı isabetli olarak belirtilmektedir³¹⁰. Örneğin rekabet yasağının kararlaştırıldığı tarihte on yedi yaşında olan bir işçinin iş ilişkisinin devamı sırasında on sekiz yaşını doldurarak ergin olması, geçersiz rekabet yasağı kaydının hüküm ifade etmesini sağlamaz. Keza bu işçinin söz konusu rekabet yasağına on sekiz yaşını doldurduktan sonra yazılı bir şekilde muvafakat etmesi dahi yasağı geçerli kılmaz. Aynı sonuç, rekabet yasağı kaydının kararlaştırıldığı tarihte ayırt etme gücüne sahip olmayan veya kısıtlı olan işçiler için de *a fortiori* geçerlidir. Gerçekten rekabet

³⁰⁶ Ercan, *Akyığıt*: İsviçre ve Türk İş Hukukunda İşçinin Hizmet Akdi Sonrasına Yönelik Rekabet Yasağı, Kamu-İş, Cilt 2, Ocak 1991, Sayı 6-7, s. 10.

³⁰⁷ *Soyer*, s. 46. Bu noktada, ikinci görüşün daha doğru ve isabetli olduğu söylenebilir. Çünkü, TMK. 16/1 ayırt etme gücüne sahip küçüklerin ve kısıtlıların, kanuni temsilcilerinin rızası olmadıkça, kendi işlemleriyle borç altına giremeyecekleri; karşılıksız kazanmada ve kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları kullanmada bu rızanın gerekli olmadığını hükme bağlamaktadır. Medeni Kanunu'nda yer alan genel kurala rekabet yasağı kaydına ilişkin bir istisna tanınmanın herhangi bir haklı gerekçesi mevcut değildir. Keza kişinin çalışma özgürlüğünü ciddi bir şekilde sınırlayan rekabet yasağı kaydı tarzında bir hukuki işlemde kanuni temsilcinin katılımı aranmadığı taktire kısıtlı işçinin menfaatleri önemli ölçüde zedelenecek, böyle bir sonuç ise varlık nedeni ve nihai amacı iş ilişkisinin zayıf tarafı konumundaki işçiyi korumak olan iş hukukunun temel ilkeleriyle kesinlikle bağdaşmayacaktır.

³⁰⁸ Bununla birlikte kendisine yasal danışman veya kayyım atanan kişilerin taraf olduğu rekabet yasağı sözleşmeleri geçerlidir. Çünkü danışman veya kayyım atanması, fiil ehliyetinin kaybı sonucunu doğurmaz.

³⁰⁹ *Bohny*, s.86; *Haefliger*, s. 40.

³¹⁰ *Soyer*, s. 43.

yasağı sözleşmesini bağtlatığı tarihte ayırt etme gücü bulunmayan işçinin ayırt etme gücünü kazandıktan sonra söz konusu yasağa icazet vermesi söz konusu sözleşmeyi geçerli kılmayacaktır. Benzer şekilde, rekabet yasağı kaydını kabul ettiği tarihte kısıtlı bulunan işçinin iş ilişkisi sürerken tam ehliyetli hale gelmesi de rekabet yasağının geçerlilik kazanması gibi bir sonuç doğurmaz. Ancak işçi on sekiz yaşını doldurduktan, ayırt etme gücünü kazandıktan veya vesayet sona erdikten sonra işverenle ayrı bir rekabet yasağı sözleşmesi yapabilir. Böyle bir sözleşmeden kaynaklanan rekabet yasağının geçerliliği konusunda herhangi bir duraksama yaşanmamalıdır.

Ayrıca belirtelim ki, öğreti kanuni temsilcinin katılımının fiil ehliyetine sahip olmayan işçinin taraf olduğu rekabet yasağı kayıtlarına geçerlilik kazandırmayacağı konusunda fikir birliği içerisindedir³¹¹. O halde işçinin kanuni temsilcisi tarafından kararlaştırılan rekabet yasağı kayıtları geçersiz olduğu gibi, kanuni temsilcinin izin veya icazetiyle kararlaştırılan rekabet yasağı kayıtları da hüküm ifade etmemektedir³¹². Önemle vurgulayalım ki, vesayet makamının (asliye hukuk mahkemesinin) izni dahi kısıtlı işçinin taraf olduğu rekabet yasağı kaydına geçerlilik kazandırmayacaktır.

2. Yazılı Şekil

TBK m. 444/1'de fiil ehliyetine sahip işçinin, işverene karşı, sözleşmenin sona ermesinden sonra herhangi bir biçimde rekabet etmekten kaçınmayı yazılı olarak üstlenebileceği belirtilmektedir. Fıkranın lafzından işçinin fiil ehliyetine sahip olmasının dışında, yazılı şeklin de rekabet yasağı kaydının geçerlilik koşullarından biri olduğu anlaşılmaktadır. Rekabet yasağı kayıtlarında yazılı şekil zorunluluğu, Avrupa hukuklarında da sıkça karşılaşılan bir olgudur. Alman hukukunda rekabet yasağı kaydının yazılı şekilde kararlaştırılması ve işverenin imzasını taşıyan bir belgenin işçiye teslim etmesi rekabet yasağı kaydının geçerlilik koşulları arasındadır (§ 74 Abs. 1 HGB)³¹³. Alman öğretisinde yazılı şekil koşulunun amacı tartışmalıdır. Bir görüşe göre, yazılı şeklin işlevi işçinin uyarılmasından (*Warnfunktion*) ibaret

³¹¹Haefliger, s. 40.

³¹²Soyer, s. 43.

³¹³Diller, Martin: Anmerkung zu BAG: Wirksamkeit eines nachvertraglichen Wettbewerbsverbots, Recht der Arbeit, Heft 1, Januar/Februar 2006,s. 46; Grill/Janert, s. 36.

olup, yazılı şekil işçiyi mesleki geleceğini olumsuz bir biçimde etkileyecek ani ve düşünülmemiş kararlar almaktan alıkoymaktadır³¹⁴. Diğer bazı yazarlar, buna ek olarak, yazılı şeklin işçinin acele davranmasını engelleyeceği kanısındadır (*Übereilungsschutz*)³¹⁵. Ayrıca yazılı şekille ilgili kuralın temel amacının rekabet yasağının belgelenmesi olduğu da ileri sürülmektedir³¹⁶. Gerçekten rekabet yasağının uygulanması, çoğu kez kararlaştırılmasından on yıl veya daha uzun bir süre sonra gündeme gelmektedir. Böyle bir durumda, yazılı şekle uyulmadan bağitlanan bir rekabet yasağının içeriğinin doğru bir biçimde tespit edilmesinin neredeyse olanaksız olduğundan kuşku duyulamayacağı dile getirilmektedir³¹⁷. Kanun tarafından şart koşulan bir şekil zorunluluğu söz konusu olduğundan, § 126 BGB rekabet yasağı kayıtlarına da uygulanmaktadır. Buna göre faks, elektronik posta veya teleks yeterli görülmemektedir³¹⁸. Rekabet yasağı kaydı yazılı şekilde düzenlenmeli ve her iki tarafın imzasını da içermelidir³¹⁹. Bununla beraber § 126 Abs. 2 BGB'ye göre tarafların aynı belgeyi imzalaması zorunlu değildir. Aynı içerikli iki belgenin kaleme alınması ve taraflardan her birinin karşı taraf için hazırlanan belgeyi imzalaması yeterli sayılmaktadır³²⁰. Alman hukukunda yazılı şekil koşuluna aykırılığın yaptırımı kesin hükümsüzlüktür (*nichtigkeit*). Ne var ki yazılı şekil konusunda işverenin veya ifa yardımcılarının kusurundan kaynaklanan bir hata söz konusu olduğu takdirde rekabet yasağı kaydının işverence geçersizliğinin ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirilebileceği kaydedilmektedir³²¹.

Alman Hukukunda üst düzey yöneticilerin işe alımında yaygın bir uygulama tüm sözleşme kayıtlarının standart bir sözleşmede yer almamasıdır. Genellikle farklı eklere (emeklilik düzenlemesi, makam arabası yönetmeliği vb.) gönderme yapan ana bir sözleşme hazırlanmakta ve imzalanmaktadır³²². Alman Federal Mahkemesi'nin içtihadına göre, kural olarak, imzalı bir iş sözleşmesinin rekabet yasağını düzenleyen imzasız bir ekine yapılan atıf yeterli değildir³²³. Buna karşın, imzasız ekin iş sözleşmesine sıkıca ilişitirildiği hallerde rekabet yasağının geçerli olduğu iddia

³¹⁴Buchner, C160.

³¹⁵Bauer/Diller, s. 61.

³¹⁶Bauer/Diller, s. 61.

³¹⁷Bauer/Diller, s. 61.

³¹⁸Grüll/Janert, s. 36.

³¹⁹Bauer/Diller, s. 61; Grüll/Janert, s. 36.

³²⁰Bauer/Diller, s. 61.

³²¹Grove, s. 138.

³²²Bauer/Diller, s. 63.

³²³30.10.1984, AP 46 zu § 74 HGB.

edilmektedir³²⁴. Diğer yandan önceki iş sözleşmesine yapılan atıflar da bazı sorunları beraberinde getirmektedir. Özellikle terfi eden işçilerle çoğu kez yeni bir iş sözleşmesi akdedilmekte, önceki iş sözleşmesi bir rekabet yasağı öngördüğü takdirde sözleşmeye genellikle şöyle bir hüküm konulmaktadır: “...31.1.1991 tarihinde Bay B ile kararlaştırılan rekabet yasağı anlaşması hiçbir değişiklik olmadan geçerliliğini sürdürür...” (ArbG Düsseldorf 12.10.1993- 1 Ca 5434/93, n.v.)³²⁵. Eski sözleşmede yer alan rekabet yasağı kanun hükümlerine uygun olduğu takdirde böyle bir gönderme yeterli sayılmaktadır. Başka bir anlatımla, eski sözleşme metninin tekrar yazılması gerekmemektedir. Ancak atıf tarafları sadece rekabet yasağı kaydını aynen kaleme alma yükümlülüğünden kurtarmaktadır. Ancak atfın kendisi §§ 74 Abs. 1 HGB ve 126 BGB’deki şekil koşullarına aykırı olmamalıdır³²⁶. Belirli süreli iş sözleşmesinin sözlü veya örtülü bir şekilde uzadığı durumlarda da benzer sorunlar ortaya çıkmaktadır³²⁷. Hamm Eyalet İş Mahkemesi, belirli süreli iş sözleşmesini uzatan sözleşmenin § 74 Abs. 1 HGB’deki şekle uygun olmaması nedeniyle söz konusu belirli süreli iş sözleşmesindeki rekabet yasağı kaydının geçerliliğini yitirdiğine hükmetmiştir³²⁸.

Kural olarak, § 74 Abs. 1 HGB’de rekabet yasağının ayrı bir belgeyle kararlaştırılması gibi bir koşul aranmamaktadır³²⁹. Buna göre, rekabet yasağının standart bir sözleşmede yer alması yeterlidir. Aksine rekabet yasağının ayrı bir belgeyle kararlaştırılmaması tavsiye edilmektedir. Zira bu gibi belgelerin zamanla unutulduğu veya kaybolduğu ve uygunsuz bir zamanda tekrar ortaya çıktığı belirtilmektedir³³⁰. Rekabet yasağının olağandışı ölçüde kapsamlı bir iş sözleşmesinin öğeleri arasında yer alması ve metinde vurgulanmaması olağan sayılmaktadır. Eş deyişle örneğin rekabet yasağının ayırt edici bir başlıkla açıkça vurgulanması gerekli değildir. Bununla birlikte, kapsamlı bir sözleşmede yanıltıcı bir başlık altında gizlenen rekabet yasağı kayıtları geçersiz sayılmaktadır³³¹. Rekabet yasağı kaydı, herhangi bir dilde kaleme alınabilir. Sadece Alman dilinde düzenlenen

³²⁴ Staub/Weber, § 74 Rn. 4.

³²⁵ Bauer/Diller, s. 63.

³²⁶ Sächs. LAG 10.3.1998 – 9 Sa 1297/97

³²⁷ Bauer/Diller, s. 63.

³²⁸ 14.12.2007-14 Sa 141/07. Ne var ki bu kararın rekabet yasağının devrinde herhangi bir şekil koşulu aramayan Federal İş Mahkemesi içtihadıyla örtüşmediği ifade edilmektedir. bkz. Bauer/Diller, s. 63.

³²⁹ Buchner C 159; Grunsky s. 59.

³³⁰ Bauer/Diller, s. 64.

³³¹ BAG 29.11.1995 AP 1 zu § 3 AGB-Gesetz.

rekabet yasağı kayıtlarının geçerli olacağına ilişkin herhangi bir kural mevcut değildir. Dolayısıyla İngilizce veya başka bir dilde yazılan rekabet yasağı kayıtları da hukuka uygun sayılmaktadır. Buna karşılık öğretilerde bazı yazarlar, yeterli düzeyde Almanca bilgisinden yoksun yabancı yöneticilerle yapılacak sözleşmelerin her halükarda iki dilli hazırlanmasını, ancak sadece Almanca metnin bağlayıcı kabul edildiğinin sözleşmede açıkça belirtilmesini tavsiye etmektedir³³².

Belgeleme işleviyle bağlantılı olarak, yazılı şeklin rekabet yasağı anlaşmasının tüm hükümlerini içermesi zorunludur. Asli yükümlülüklerinin yazılı şekilde kararlaştırılması, buna karşın tali (yan) yükümlülüklerin yazılı sözleşmeye –örneğin zımbayla- iliştilirilmeyen imzasız bir ekte yer alması yeterli değildir³³³. Bu tespit işçinin lehine tali düzenlemeler için de geçerlidir³³⁴. Bu arada, Baden-Württemberg Eyalet İş Mahkemesi'nin rekabet yasağının ve karşı edimin daima aynı belgeyle kararlaştırılması gerektiği yönündeki görüşünün hukuki bir dayanaktan yoksun olduğu dile getirilmektedir³³⁵. Tali sözleşmelerde yazılı şekle uyulmaması rekabet yasağının tümünün geçersizliğine neden olmamaktadır. Önemli olan tarafların ilgili tali sözleşme olmaksızın rekabet yasağını kararlaştırıp kararlaştırmayacaklarıdır³³⁶. Öte yandan kanun hükümlerine yapılan bir yollamanın şekil bakımından bir sakıncasının bulunmadığı belirtilmektedir³³⁷. Örneğin rekabet yasağına ilişkin yazılı metinde yalnızca “§74 Abs. 2 HGB'ye göre bir karşı edim” benzeri bir ifade kullanılsa dahi yazılı şekil koşulu tamamlanmış olur³³⁸. Aynı saptama rekabet yasağından kaynaklanan asli yükümlülüklerin (karşı edimin miktarı, işçinin rekabet etmeme borcunun tanımı) yazılı şekilde kararlaştırılması ve diğer konularda §§ 74 ff. HGB'nin düzenlemelerine yollama yapılması durumu için de geçerlidir³³⁹. Alman öğretisinde baskın görüş, toplu iş sözleşmesine veya işyeri anlaşmasına konulan bir rekabet yasağı kaydı söz konusuysa yazılı bir belgenin gerekli olmadığı

³³²Bauer/Diller, s. 65.

³³³BAG 14.8.1975 AP 35 zu § 74 HGB.

³³⁴LAG, Baden-Württemberg 6.9.1977 AR Blattei ES 121/1830.

³³⁵12.3.1969 BB 1969, 404 Ls. Bauer/Diller, s. 65.

³³⁶Örnek: “...Taraflar ilkin yazılı şekle uygun bir rekabet yasağı kararlaştırır. Daha sonra rekabet yasağı ihlallerine de uygulanacak bir ceza koşulu anlaşması yapılır. Ceza koşuluna ilişkin söz konusu ek § 126 BGB'deki şekille bağdaşmamaktadır...”. Burada tarafların ceza koşulsuz bir rekabet yasağı arzuladıkları kabul edilmelidir. Şekle aykırılık yalnızca ceza koşulunu hükümsüz kılmakta, buna karşın rekabet yasağının diğer hükümleri geçerliliğini korumaktadır. Bauer/Diller, s. 65.

³³⁷Bauer/Diller, s. 65.

³³⁸BAG 28.6.2006 AP 80 zu § 74 HGB.

³³⁹Bauer/Diller, s. 65-66.

kanaatindedir³⁴⁰. Bununla beraber § 74 a Abs. 1 HGB'nin aydınlatma işlevi göz önünde tutulacak olursa, toplu iş sözleşmesinin veya işyeri anlaşmasının bir nüshasının işçiye verilmesi uygun olacaktır³⁴¹. § 126a BGB uyarınca, elektronik imza içeren elektronik belgeyle de kanuni yazılı şekil tamamlanmış sayılır. Kanunun açıkça aksini düzenlediği durumlarda ise, sadece yazılı belgeler hüküm ifade eder (§ 126 Abs. 3 BGB). §§ 74 ff. HGB'de böyle bir sınırlamaya yer verilmediğinden § 74 Abs. 1 HGB'deki yazılı şekil koşulu İmza Kanunu'na (*Signaturgesetz*) uygun nitelikli bir elektronik imza içeren elektronik bir belgeyle de yerine getirilmiş olur³⁴². Altını tekrar çizelim ki, Alman hukukunda yazılı şekil koşuluna aykırılığın sonucu, rekabet yasağı kaydının geçersiz sayılmasıdır. Ne var ki şekil eksikliğinin işverenin kusurlu bir davranışından kaynaklandığı ve işverenin yazılı şekil koşuluna aykırılığı ileri sürerek karşı edim borcundan kurtulmak istediği durumlarda işçi dürüstlük kuralına dayanarak rekabet yasağı kaydını ayakta tutabilir³⁴³. Gerçekten Alman çalışma yaşamında tarafların yazılı şekle ilişkin formalitelerle ilgili olarak gerekli özeni göstermemesi, rekabet yasağı kayıtlarının bazen kesin hükümsüz sayılması sonucunu doğurmaktadır. Bundan dolayı, rekabet yasağı sözleşmesinin kuruluşunda kanuni şekil koşulu konusunda çok titiz davranılmasının yaşamsal bir önem taşıdığı kaydedilmektedir³⁴⁴.

§ 74 Abs. 1 HGB uyarınca rekabet yasağının geçerli olabilmesi için tarafların anlaşmış oldukları hususları içeren ve işverenin imzasını taşıyan bir belgenin işçiye verilmesi zorunludur (*Aushandigung einer Urkunde*)³⁴⁵. Rekabet yasağı sözleşmesinin aksine, işçinin bu belgeyi imzalaması şart değildir³⁴⁶. Alman Federal İş Mahkemesi'ne göre anılan düzenleme, gerçek anlamda bir şekil kuralı getirmemektedir³⁴⁷. Aksine işçiye bir belge verilmesini zorunlu kılan normun işlevi, rekabet yasağının belgelendirilmesiyle sınırlıdır³⁴⁸. Özellikle işçinin yıllar önce bağitlanan bir rekabet yasağı sözleşmesinin ayrıntılarını aklında tutmasının neredeyse imkânsız olduğu ve elinin altında herhangi bir sözleşme metni

³⁴⁰ *Buchner C 162f.*

³⁴¹ *Bauer/Diller, s. 66.*

³⁴² *Bauer/Diller, s. 66.*

³⁴³ *Grüll/Janert, s. 38.*

³⁴⁴ *Grüll/Janert, s. 26.*

³⁴⁵ *Grüll/Janert, s. 38.*

³⁴⁶ *Bauer/Diller, s. 66.*

³⁴⁷ 23.11.2004 NZA 2005, s. 411. Alman Federal İş Mahkemesi'nin dogmatik çerçevede eleştirisi için bkz. *Diller, Wirksamkeit eines nachvertraglichen Wettbewerbsverbots, s. 45–48.*

³⁴⁸ *Diller, Wirksamkeit eines nachvertraglichen Wettbewerbsverbots, s. 46.*

bulunmayan işçinin işverenden bilgi istemek dışında bir çaresinin olmadığı vurgulanmaktadır³⁴⁹. Öte yandan şekil kuralının böyle bir belgenin verilmesine ilişkin kısmının yalnızca işçiyi koruduğu ve işverenin dürüstlük kuralı gereğince şekil kuralının bu bölümüne aykırı davranılmasını, kural olarak ileri süremeyeceği savunulmaktadır³⁵⁰. Alman öğretisinde bu ayırımın özellikle meydana gelen hukuki sonuçlar açısından önemli olduğu kaydedilmektedir³⁵¹. Alman Federal İş Mahkemesi, işverenin bu yükümlülüğünü yerine getirmemesi halinde § 125 BGB'nin uygulanmayacağı kanısındadır. Böyle bir durumda işçi yasağa uyup uymama konusunda bir seçim hakkına sahip olacak, buna karşılık anılan belgeyi işçiye teslim etme borcunu ifa etmeyen işveren rekabet yasağının geçersizliğine dayanamayacaktır³⁵². Alman öğretisinde kimi yazarlar, uygulamada bu belgenin hazırlanması veya işçiye verilmesi sırasında, yazılı olarak kararlaştırılan rekabet yasağı kayıtlarının geçersizliğine yol açan hatalar yapıldığını dile getirmektedir. Örneğin iş sözleşmesinin bir nüshası her iki tarafça imzalanmakta ve bu nüsha işverende kalmakta, işçiye ise sadece bir fotokopi verilmektedir. Bu yöntem, yazılı şekil koşulunun tamamlanması açısından yeterli kabul edilebilir; ancak imzalı bir belgenin işçiye verilmesine ilişkin diğer koşul bakımından kesinlikle yeterli değildir. Gerçekten Alman öğretisinde baskın eğilim, böyle bir belgede işverenin orijinal imzasını aramaktadır³⁵³. Nitekim işçiye noterce tasdik edilmiş bir belgenin verilmesi dahi yeterli sayılmamaktadır³⁵⁴. Tersine bizzat noter tarafından düzenlenmiş bir belge ise, geçerli kabul edilmektedir³⁵⁵. § 74 Abs. 1 HGB ilk önce rekabet yasağının yazılı olarak kararlaştırılmasını, belgenin bilahare işçiye verilmesini aramamaktadır. İşveren söz konusu belgeyi rekabet yasağı sözleşmesinin bağitlanmasından önce de işçiye tevdi edebilir³⁵⁶. *Bauer/Diller*'e göre işverenin orijinal imzasını taşıyan bir sözleşme metnini işçiye yollaması, işçinin bu metnin bir fotokopisini alarak imzalaması ve daha sonra işverene göndermesi halinde de yazılı şekil koşulu tamamlanmış olur. Sözleşme işçi tarafından imzalanan belgenin işverene varmasıyla kurulmuş olup, kronolojik sıra önemli değildir. Hatta işçinin işverenin özgün imzasını içeren belgenin aslını saklamayarak bunun bir fotokopisini çekmesi ve

³⁴⁹*Diller*, Wirksamkeit eines nachvertraglichen Wettbewerbsverbots, s. 46.

³⁵⁰*Diller*, Wirksamkeit eines nachvertraglichen Wettbewerbsverbots, s. 46.

³⁵¹*Bauer/Diller*, s. 66.

³⁵²*Grove*, s. 138; *Bauer/Diller*, s. 66.

³⁵³*Buchner*, C 146.

³⁵⁴*Buchner*, C 146.

³⁵⁵*Buchner*, C 146.

³⁵⁶*Bauer/Diller*, s. 67.

orijinal metni işverene göndermesi dahi mümkündür³⁵⁷. Önemli olan ilkin işçiye her halükarda işverenin orijinal imzasını taşıyan bir belge sunulması ve işçinin fotokopiyi söz konusu orijinal metinden çekmesidir. Ancak iş sözleşmesine eklenmekle beraber işverence imzalanmamış bir belgenin işçiye verilmesi, iş sözleşmesinin kendisi işverenin imzasını içerse dahi yeterli kabul edilmemektedir³⁵⁸.

Yazılı şekil Hollanda hukukunda rekabet yasağı kaydının geçerlilik koşullarındandır³⁵⁹. 1907 tarihli yasama çalışmalarından yazılı şekil koşulunun iki amaca hizmet ettiği anlaşılmaktadır. Her şeyden önce yazılı şekil işçinin korunması açısından belli bir güvence sağlamaktadır³⁶⁰. Kanun koyucunun yazılı şekil koşuluyla işçinin rekabet yasağı kaydının olumsuz sonuçlarını iyi düşünmesini amaçladığı belirtilmektedir³⁶¹. Öte yandan yazılı şekil koşulunun ikinci amacı ispat kolaylığıdır³⁶². Bununla birlikte, yazılı şekil koşulunun öncelikli amacının işçiye belli bir güvence temin etmek olduğu unutulmamalıdır. Hollanda Yargıtayı yazılı şekil koşulunun sağladığı özel güvencenin, işçinin sakıncalı bu kaydın sonuçlarını yeterince kavrayabilmesinden ibaret olduğunu vurgulamıştır³⁶³. Şu halde güvence fonksiyonun temel amacı işçinin korunmasıdır. Hollanda hukukunda rekabet yasağı kaydının işçinin imzasını taşıması yeterli sayılmakta³⁶⁴; işçinin imzaladığı metnin işverenin zilyetliğinde kalmasının rekabet yasağını geçersiz kılmayacağı ifade edilmektedir³⁶⁵. Ayrıca işyeri yönetmeliklerindeki rekabet yasağı kayıtları geçersiz sayılmaktadır. Nitekim eski düzenlemedeki ‘*veya işyeri yönetmeliğiyle (bij reglement)*’ sözcüklerini madde metninden çıkararak tasarının gerekçesinde, işyeri yönetmeliklerine konulan rekabet yasağı kayıtlarının hukuki bir değerinin olmadığı açıkça dile getirilmektedir: “...*Kişisel niteliği ağır basan ve ayrıca iş sözleşmesinin sona ermesini müteakip işçinin çalışma özgürlüğüne müdahaleyi de bünyesinde barındıran rekabet yasağı kaydının işçiyle şahsen akdedilmesi gerekmektedir. Bundan dolayı, ön tasarıda da benimsendiği gibi, rekabet yasağının işyeri*

³⁵⁷ LAG Hamm 18.7.2003 – 7 Sa 734/03.

³⁵⁸ LAG Köln 14.12.1983 EzA 43 zu § 74 HGB.

³⁵⁹ *Bouwens/Duk*, s. 209; *Bouwens/Houwerzijl/Roozendal*, s. 86; *Loonstra*, De rechtsbescherming van werknemers, s. 465.

Nunes, s. 35; *Treep*, s. 65.

³⁶⁰ *Houweling/Loonstra*, s. 45.

³⁶¹ *Nunes*, s. 35.

³⁶² *Houweling/Loonstra*, s. 45.

³⁶³ HR 31 Maart 1978, NJ 1978, s. 325 (Goedegebuure/Dental Post).

³⁶⁴ *Bouwens/Duk*, s. 209.

³⁶⁵ *Houweling/Loonstra*, s. 46–47.

yönetmeliğiyle kararlaştırılması olanağı bertaraf edilmiştir...”³⁶⁶. Bu bağlamda rekabet yasağının işçinin başka bir yerde çalışma özgürlüğüne dönük bir kısıtlama getirdiği ve bu yüzden işçinin kişisel onayının arandığı kaydedilmektedir³⁶⁷. Dolayısıyla işçi rekabet yasağına bireysel iş sözleşmesiyle veya iş ilişkisi sırasında akdedilen ayrı bir sözleşmeyle onay vermelidir³⁶⁸; aksine genel iş koşullarına, işyeri yönetmeliğine veya rekabet yasağı kaydı içeren bir sözleşme ekine yapılan göndermeler ise yeterli sayılmamaktadır³⁶⁹.

Aynı şekilde Hollanda hukukunda işçiye toplu iş sözleşmesiyle iş ilişkisi sonrası rekabet yasağı getirilmesi de mümkün değildir³⁷⁰. Şu halde işçinin ancak şahsen onay verdiği bir rekabet yasağı kaydı hukuki sonuç doğurabilir³⁷¹. Kanun gerekçesinde rekabet yasağı kaydına ancak işçinin imzasını taşıyan bireysel bir iş sözleşmesinde veya işçi tarafından imzalanması kaydıyla diğer bir belgede yer verilebileceği belirtilmektedir. Bu şekli koşulun amacı, işçiye imzaladığı sözleşmenin içeriğini kavrama olanağı tanınmasıdır³⁷². Hollanda öğretisinde bazı yazarlar güvence işlevine yapılan bu güçlü vurgudan yola çıkarak rekabet yasağının yazılı iş sözleşmesinden ayrı bir belgeyle kararlaştırılması gerektiğini iddia etmiştir. Ancak genel eğilim rekabet yasağı kaydı taşıyan yazılı bir iş sözleşmesinin içi tarafından imzalanmasının yasağın geçerliliği açısından yeterli sayılacağı yönündedir³⁷³. Diğer bir soru, işverenin işçilerle rekabet yasağı kararlaştırmasını yasaklayan toplu iş sözleşmesi hükümlerinin durumudur. Hollanda öğretisince yasaklayıcı düzenlemeler (*verbodsbepalingen*) olarak adlandırılan bu hükümler geçerli sayılmaktadır³⁷⁴. Zira kanun koyucu iş sözleşmesi taraflarına rekabet yasağı kararlaştırıp kararlaştırmama hususunda bir serbesti tanımıştır. Taraflar rekabet yasağı sözleşmesi bağitlayabilir; ancak rekabet yasağı sözleşmesi bağitlama yükümlülükleri yoktur. Dolayısıyla rekabet etmemeyi üstlenecek işçinin ergin olması

³⁶⁶Kamerstukken II 1993/94, 23 438, nr. 3 p.35.

³⁶⁷*Bouwens/Duk*, s. 209. Diğer bir anlatımla rekabet yasağı kaydı doğrudan işçiyle işveren arasında kararlaştırılmalıdır. Bkz. *Nunes*, s. 35

³⁶⁸*Bouwens/Duk*, s. 209. *Bouwens/Houwerzijl/Roozendal*, s. 86; *Loonstra/Zondag*, s. 205. *Treep*, s. 65; *Van Grinsven/Geugjes*, s. 86; *Leeuwen/Nuijten/Veenstra/Tazelaar/Nieuwstad/Buijs*, s. 236.

³⁶⁹*Loonstra/Zondag*, s. 205; *Nunes*, s. 35; *Quist*, s. 8. Bununla birlikte, yazara göre, iş sözleşmesi ekinin hem işçinin hem de işverenin imzasını taşıdığı hallerde yazılı şekil koşulu gerçekleşmiş kabul edilmelidir. Ayrıca bkz. *Bouwens/Duk*, s. 209.

³⁷⁰*Bouwens/Duk*, s. 209; *Loonstra/Zondag*, s. 205; *Nunes*, s. 35; *Van Grinsven/Geugjes*, s. 86.

³⁷¹*Houweling/Loonstra*, s. 47.

³⁷²*Houweling/Loonstra*, s. 47.

³⁷³*Houweling/Loonstra*, s. 47–48.

³⁷⁴*Houweling/Loonstra*, s. 48.

ve rekabet yasağının yazılı şekilde kararlaştırılması zorunlu olup, bu koşullar emredici hukuk kurallarının bir parçasıdır. Sonuç olarak rekabet yasağıyla ilgili yasal düzenlemenin amacı iş sözleşmesinin zayıf tarafı olan işçinin korunmasıdır. O halde toplu iş sözleşmesiyle işverenin işçilerle rekabet yasağı sözleşmesi bağitlamasının yasaklanması rekabet yasağını düzenleyen hükümlerin *ratio*'suna uygun olup, böyle hükümler 7:653 BW'de yer alan emredici normlara aykırı sayılmamaktadır³⁷⁵. İşverenin böyle bir toplu iş sözleşmesi hükmüne aykırı bir biçimde bir veya daha fazla sayıda işçiyle kararlaştırdığı rekabet yasağı kayıtları geçersizdir³⁷⁶. Öte yandan Hollanda öğretisinde toplu iş sözleşmesiyle rekabet yasağının süresine veya konu bakımından kapsamına azami bir sınır getirilebileceği belirtilmektedir. Gerçekten bazı toplu iş sözleşmeleri, rekabet yasağının kapsamını sınırlayan hükümler içermektedir. Anılan toplu iş sözleşmesi kuralları rekabet yasağının süresini, yer ve konu bakımından kapsamını, ceza koşulunun azami tutarını ve kusurlu bir davranışıyla iş sözleşmesinin sona ermesine sebebiyet vermeyen işçinin rekabet yasağı kaydıyla bağlı olup olmadığını düzenlemektedir³⁷⁷. Bazen rekabet yasağı kaydının işyeri kurulunun (*ondernemingsraad*) görüşü alındıktan sonra somutlaştırılacağı öngörülmektedir³⁷⁸. Böyle toplu iş sözleşmesi hükümleri, rekabet yasağını düzenleyen kanun hükümlerinin koruyucu yapısıyla uyumludur. Ayrıca işçi sendikasının rekabet yasağının kapsamıyla ilgili azami sınırların tespitinde işçinin menfaatlerini daha iyi gözeticeği dile getirilmektedir³⁷⁹. Hiç kuşku yok ki, işçi ve işveren toplu iş sözleşmesinin çizdiği sınırları ihlal etmemek şartıyla rekabet yasağının içeriğini ve kapsamını belirlemekte özgürdür. İşçi ve işverenin bağitladığı rekabet yasağı sözleşmesinde toplu iş sözleşmesindeki hükme aykırı bir biçimde işçi aleyhine bir düzenlemeye gidildiği takdirde doğrudan toplu iş sözleşmesi hükmü uygulanacaktır. Elbette rekabet yasağı kaydıyla toplu iş sözleşmesindeki hükümlere göre işçinin daha lehine düzenlemeler yapılması mümkündür³⁸⁰.

Hollanda kanun koyucusu, yazılı iş sözleşmesinin genel iş koşullarına veya iş sözleşmesi eklerine yaptığı bir göndermenin geçerli bir rekabet yasağı için yeterli olup olmadığı sorusuna açık bir yanıt bir vermemiştir. Bununla birlikte Hollanda

³⁷⁵ *Houweling/Loonstra*, s. 50.

³⁷⁶ *Quist*, s. 9; *Houweling/Loonstra*, s. 50–51.

³⁷⁷ *Loonstra/Zondag*, s. 208.

³⁷⁸ *Loonstra/Zondag*, s. 208.

³⁷⁹ *Houweling/Loonstra*, s. 51.

³⁸⁰ *Houweling/Loonstra*, s. 51.

öğretisinde baskın eğilim, genel iş koşullarına ve işyeri yönetmeliğine yapılacak bir atıfla işçiye rekabet yasağı getirilemeyeceği yönündedir³⁸¹. Hollanda Yargıtayı'nın 2008 yılında verdiği ve ciddi eleştiriler yöneltilen bir ilke kararı, genel iş koşullarında düzenlenen rekabet yasağı kayıtlarının geçerliliği sorununa ışık tutacak niteliktedir. Uyuşmazlık konusu olayda Philips isimli işçi Oostendorp unvanlı bir şirketle bir yıl süreli bir iş sözleşmesi akdederek 1.4.1987 tarihinde muhasebeci asistanı olarak işe başlamıştır. Bu sözleşmede hukuka uygun bir rekabet yasağı kaydı bulunmaktadır. Daha sonra bu sözleşme, belirsiz süreli bir iş sözleşmesine dönüşür. İşveren 12.12.1997 tarihli bir mektupla genel iş koşullarının yenilenmiş bir nüshasını işçiye gönderir ve ekteki alındı belgesini imzaladıktan sonra iade etmesini ister. İşverenin bu isteğini yerine getiren işçi, mektuba “...*bu koşullar tarafımca kabul edilmiştir...*” cümlesini yazar. İşveren 2003 yılında iş koşullarına yönelik benzer bir talepte bulunur; ancak işçi bu koşulları imzalamaz. İşçinin 2006 yılında iş sözleşmesini feshetmesi üzerine, işveren genel iş koşullarına konulan rekabet yasağı kaydına dayanarak işçiye dava açar. Burada temel hukuki sorun, işçinin yalnızca ekte yer alan toplu iş koşullarına atıf yapan, ancak genel iş koşullarına koyulan rekabet yasağı kaydından kesinlikle söz etmeyen bir mektubu imzalamasının yazılılık koşulunun tamamlanması açısından yeterli olup olmadığıdır³⁸². Sulh hâkimi (*kantonrechter*) rekabet yasağı kaydının geçersizliğine hükmeder. Buna karşın, işçinin rekabet yasağıyla bağlı olduğuna kanısına varan istinaf mahkemesi, bu kararını üç gerekçeyle destekler: Öncelikle eklerde yer alan rekabet yasağına açıkça rıza göstermediğine ilişkin işçi tarafından ortaya atılan iddia, inandırıcılıktan uzaktır. Zira işçi “... *Bu koşullar tarafımca kabul edilmiştir...*” ifadesini kullanmıştır. İstinaf Mahkemesi'ne göre çoğul bir kalıbın kullanılması işçinin ekteki iş koşullarının tamamını uygun bulduğunun en önemli kanıtıdır. Üstelik 1987 tarihli sözleşme de işçiye rekabet yasağı getirmektedir. Dolayısıyla işçinin ekteki iş koşullarında da böyle bir rekabet yasağı kaydının var olduğundan kuşkulananması gerekirdi. Nihayet işveren ilgili iş koşullarını içeren yazılı bir metni, bizzat işçinin evine gönderdiğinden işçinin bu koşulları ayrıntılı bir biçimde incelemek için yeterli zamanı vardı³⁸³.

³⁸¹ *Houweling/Loonstra*, s. 52; *Leeuwen/Nuijten/Veenstra/Tazelaar/Nieuwstad/Buijs*, s. 236.

³⁸² *Houweling/Loonstra*, s. 54; *Loonstra*, *De rechtsbescherming van werknemers*, s. 473.

Loonstra/Zondag, s. 206.

³⁸³ *Houweling/Loonstra*, s. 55; *Loonstra/Zondag*, s. 206.

İstinaf Mahkemesi'nin kararı işçi tarafından temyiz edilmiş, ancak Hollanda Yargıtayı da rekabet yasağı kaydının yer aldığı eklere yollama yapan imzalı bir mektubun yazılı şekil koşulu açısından yeterli olduğu gerekçesiyle istinaf mahkemesi kararını onamıştır³⁸⁴. Sonuç olarak Hollanda Yargıtayı, işverenin rekabet yasağı kaydının yer aldığı ekleri işçiye göndermesini yazılı şekil koşulunun tamamlanması bakımından yeterli saymıştır³⁸⁵. Öğretide Hollanda Yargıtayı'nın bu görüşü bazı örnekler sunularak eleştirilmiştir³⁸⁶. Buna göre, işçiye makul bir düşünme süresi (*bedenktijd*) tanınmalı veya en azından iş sözleşmesinin eklerinin içeriğini öğrenmesi olanağı sağlanmalıdır³⁸⁷. Öte yandan rekabet yasağı kaydıyla ilgili yazılı şekil koşuluyla genel işlem koşullarını düzenleyen art. 6.231 BW vd. arasında bir bağlantı kurulması gerektiği ileri sürülmektedir³⁸⁸. Genel işlem koşullarını düzenleyen kuralların özünde genel işlem koşullarını düzenleyen tarafın sözleşmenin karşı tarafına genel işlem koşullarının içeriği hakkında bilgi sahibi olma imkânını sağlaması yatmaktadır. Genel işlem koşulunu kaleme alan taraf, sözleşmenin karşı tarafına bu olanağı sunmuşsa, artık karşı tarafın genel işlem koşullarının içeriğini öğrendiği kabul edilebilir. Aksine düzenleyen bu imkânı sağlamadığı takdirde karşı taraf sözleşme kaydının iptalini talep edebilir³⁸⁹. Öte yandan Hollanda Yargıtayı'nın *Philips/Oostendorpilke* kararıyla istinaf mahkemesinin gerekçesi birlikte değerlendirildiğinde Hollanda Yargıtayı'nın da örtülü bir biçimde de olsa işçiye bir düşünme süresi tanınması gerektiği kanaatinde olduğu anlaşılmaktadır. Gerçekten İstinaf Mahkemesi, işçiye belgeleri incelemesi için geniş bir süre tanındığını ifade etmiştir. Dolayısıyla yazılılık koşulunun temelindeki güvence fonksiyonu, işçiye ekteki belgeleri inceleme olanağının sağlanmasını zorunlu kılmaktadır. Örneğin işçiden belgeyi derhal imzalaması veya 150 sayfalık eki yarın sabah saat 9.00'a kadar gözden geçirmesi istendiği takdirde işçi genel iş koşullarına onay verse dahi geçerli bir rekabet yasağı kaydı söz konusu olmayacaktır³⁹⁰.

³⁸⁴ HR 28.3.2008, JAR 2008/113, Philips/Oostendorp (*Bouwens/Duk*'dan naklen, s. 210).

³⁸⁵ *Houweling/Loonstra*, s. 56.

³⁸⁶ Örneğin işçiye iş görüşmeleri sırasında imzalayacağı bir sözleşme metni verilir. İlgili işveren vekili işçiye söz konusu metni detaylı bir şekilde gözden geçirdikten sonra imzalamak isteyip istemediğini sorar. Ayrıca işveren vekili sözleşmenin imzalanmasının ardından iş ilişkisine uygulanacak genel iş koşullarını bir kopyasını işçiye elden teslim eder. İşçi sözleşmeyi üstünkörü okur, son derece kalın olan genel iş koşullarına da şöyle bir göz gezdirir. Daha sonra sözleşmeyi imzalar. Genel iş koşullarına alınan rekabet yasağı kaydı bu işçi için bağlayıcı mıdır? Hollanda Yargıtayı'nın içtihadı dikkate alındığında bu soruya olumlu bir yanıt vermek gerekir. Bkz. *Houweling/Loonstra*, s. 58; *Loonstra/Zondag*, s. 207.

³⁸⁷ *Houweling/Loonstra*, s. 58; *Loonstra/Zondag*, s. 207.

³⁸⁸ *Stamhuis*, s. 255–258.

³⁸⁹ *Stamhuis*, s. 255–258.

³⁹⁰ *Houweling/Loonstra*, s. 58.

Her ne kadar öğreti tarafından bir dizi eleştiriye uğrasa da Hollanda Yargıtayı'nın ilke kararından hangi örneklerde yazılı şekil koşulunu tamamlandığına ilişkin bir takım çıkarımlara gitmenin mümkün olduğu dile getirilmektedir. Bu örnekler şöyle sıralanmaktadır: a. Rekabet yasağı kaydının yer aldığı bir belgenin (iş sözleşmesi veya diğer bir belge) imzalanması; b. İşçinin genel iş koşullarında düzenlenen rekabet yasağı kaydına açıkça yollama yapan genel işlem koşullarını kabul ettiğini yazılı olarak onaylaması; c. İşçinin genel iş koşullarında düzenlenen rekabet yasağı kaydına açıkça yollama yapmayan genel işlem koşullarını yazılı olarak onaylaması³⁹¹; d. İşçinin rekabet yasağı kaydını kabul ettiği açıkça kabul ettiğini beyan etmesi şartıyla işçinin ekte yer almayan genel iş koşullarını yazılı olarak onaylaması³⁹². Nihayet Hollanda öğretisince tartışılan bir başka konu, işçinin bilgisayar ortamında rekabet yasağına rıza gösterip gösteremeyeceğidir. Yazılı sözleşme zorunluluğundan dolayı 7:653 BW'nin yürürlükteki metninin böyle bir imkan sağlamadığı belirtilmektedir³⁹³. Zira rekabet yasağı kaydının kabul edildiğinin elektronik postayla teyit edilmesi bu beyanın işçiden kaynaklandığı hususunda yeterli bir güvence sağlamamaktadır. Buna karşılık, günümüzde daha fazla sayıda işçinin güvenli elektronik imzaya sahip olduğu ileri sürülebilir. Ne var ki elektronik imza yoluyla rekabet yasağı kararlaştırılabilmesi için yasal düzenlemede bir değişikliğe gidilmesinin gerekli olduğu savunulmaktadır³⁹⁴.

Belçika hukukunda geçerli bir rekabet yasağı kaydının varlığı yazılı şekil koşuluna bağlanmış olup, yazılı şekil koşulunun yokluğunda rekabet yasağı kaydının geçersiz sayılacağı çok açık bir biçimde vurgulanmaktadır (Art.65/2 lid 8 AOW)³⁹⁵. Aynı zamanda kaydın diğer geçerlilik koşullarını da eksiksiz olarak içermesi gereği ifade edilmektedir³⁹⁶. Nihayet işyeri yönetmeliğine veya toplu iş sözleşmesine konulan rekabet yasağı kayıtlarının işçiyi bağlamadığı dile getirilmektedir³⁹⁷. Nitekim Gent İstinaf Mahkemesi rekabet yasağı kaydının yazılı şekilde

³⁹¹ Böyle bir durumda işçiye yeterli bir düşünme süresi tanınması gerektiği vurgulanmaktadır. bkz. *Houweling/Loonstra*, s. 59; *Loonstra/Zondag*, s. 206.

³⁹² *Houweling/Loonstra*, s. 59; *Loonstra/Zondag*, s. 206.

³⁹³ *Houweling/Loonstra*, s. 59; *Loonstra/Zondag*, s. 206.

³⁹⁴ *Houweling/Loonstra*, s. 60; *Loonstra/Zondag*, s. 206.

³⁹⁵ *Carlier*, s. 42; *De Schutter/Marquand*, 37; *Humblet/Rigaux*, s. 273; *Lebe-Dessard*, s. 228 *Maerten, P./Wouters*, O: Concurrentiebeding: Overzicht van Rechtspraak 2000–2004; *Quist*, s. 9.

³⁹⁶ Örneğin coğrafi sınırların saptanmadığı bir rekabet yasağı kaydı geçersiz kabul edilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. *Quist*, s. 121.

³⁹⁷ *Vannes*, s. 280.

kararlaştırılmasının tek başına yeterli olmadığını ve mutlaka bireyselleştirilmesi gerektiği gerekçesiyle işyeri yönetmeliğine konulan bir rekabet yasağı kaydının geçersizliğine hükmetmiştir³⁹⁸.

Fransız hukukunda rekabet yasağı kayıtlarının toplu iş sözleşmesiyle düzenlenmesi yaygın bir uygulama olup, toplu iş sözleşmesindeki hükmün içeriğine göre üçlü bir ayırım yapılmaktadır. Bu doğrultuda, kimi toplu iş sözleşmeleri işçilerle rekabet yasağı kararlaştırılmasını yasaklamaktadır³⁹⁹. Bazı toplu iş sözleşmeleri ise işverene iş sözleşmesine bir rekabet yasağı kaydı koyabilme imkânı tanımakla yetinmektedir. Nihayet bir kısım toplu iş sözleşmeleri, belli bir meslek kategorisinde yer alan işçilere rekabet yasağı getirmektedir⁴⁰⁰. Böyle bir durumda iş sözleşmesinde yer alan kaydın ilgili toplu iş sözleşmesine göndermede bulunması yeterli sayılmaktadır⁴⁰¹. Ne var ki Fransız Yargıtayı'nın toplu iş sözleşmesiyle işçiye iş ilişkisi sonrası rekabet etmeme borcu yüklenebilmesine olanak tanıyan içtihadı, rekabet yasağının ancak iş sözleşmesiyle kararlaştırılabileceğini öne süren öğreti tarafından eleştirilmiştir. Zira işçinin çalışma özgürlüğünün toplu iş sözleşmesiyle kısıtlanmasının kabul edilebilir bir yaklaşım olmadığı, ayrıca böyle sınırlamaların toplu müzakereye konu edilemeyeceği dile getirilmektedir. Bundan dolayı işçinin açık rızasının alınarak rekabet yasağının bireyselleştirilmesi gereğine işaret edilmektedir⁴⁰².

Şekil serbestisi, Türk borçlar hukukuna egemen olan ilkeler arasında ayrıcalıklı bir konuma sahiptir. Gerçekten, gerek kaynak İsviçre Borçlar Kanunu'nda gerekse Türk Borçlar Kanunu'nda Borçlar Hukukunun tarihsel gelişimine uygun bir biçimde şekil serbestisi ilkesini benimsemiş; Roma Borçlar Hukuku'ndan gelen şekil zorunluluğu ise istisnai durumlara özgülenmiştir. Nitekim Borçlar Kanunu'nun 12. maddesinde aksine bir yasal düzenleme bulunmadıkça sözleşmenin geçerliğinin hiçbir şekil koşuluna tabi olmadığı çok net olarak vurgulanmaktadır (TBK m. 12/1, Art. 340 Abs. 1 OR)⁴⁰³. Şekil serbestisi ilkesini temel kural olarak kabul eden Borçlar Kanunu, tarafları veya üçüncü kişileri koruma ve hukuk güvenliğini sağlama

³⁹⁸ Arbh. Gent, afd. Waver, 22.9.1999, A.R. 2688/W/98 (*Maerten/Wouters*'dan naklen, s. 260.)

³⁹⁹ *Antonmattei*, s. 87.

⁴⁰⁰ *Antonmattei*, s. 87.

⁴⁰¹ Örnek: 'X koşulları toplu iş sözleşmesinin Y maddesiyle saptanan rekabet yasağı kaydına uygun davranmakla yükümlüdür.' *Antonmattei*, s. 87.

⁴⁰² *Antonmattei*, s. 88.

⁴⁰³ *Haefliger*, s. 41.

kaygısıyla bazı sözleşmelerin ve diğer hukuki işlemlerin geçerliliğini yazılı şekil koşuluna bağlamıştır. Borçlar Kanunu'nun yazılı şekil zorunluluğu getirdiği sözleşmelere ve diğer hukuki işlemlere örnek olarak kefalet sözleşmesi (TBK. m. 581) ve alacağın devri (TBK m. 183) gösterilebilir.

Türk iş hukukunda da Türk borçlar hukukunda olduğu gibi şekil serbestisi ilkesi benimsenmiş olup, hem Borçlar Kanunu'nda hem İş Kanunu'nda iş sözleşmesinin Kanunda aksi belirtilmedikçe, özel bir şekle tabi olmadığı hükme bağlanmıştır (TBK m. 314, İK m. 8). Bununla birlikte, Borçlar Kanunu'nun hizmet akdine ilişkin düzenlemelerinde ve İş Kanunu'nda kimi iş sözleşmesi türlerinin yazılı şekilde yapılması zorunlu kılınmıştır. Belirli süreli iş sözleşmesi (İK m.8 ve m.11), çağrı üzerine çalışmaya dayalı kısmi süreli iş sözleşmesi (İK m.14) ve takım sözleşmesi (İK m.16) İş Kanunu'nun yazılı şekilde yapılmasını emrettiği iş sözleşmesi türleri arasındadır. İş Kanunu'nda yer alan yazılı şekil koşullarının geçerlilik koşulu olup olmadığı noktasında iş hukuku öğretisinde ciddi görüş ayrılıkları bulunmaktadır. Söz konusu tartışmalar özellikle İş Kanunu'nun belirli süreli iş sözleşmesi için öngördüğü şekil koşulu üzerinde yoğunlaşmış olup, son zamanlarda ortaya atılan ve çağdaş iş hukukunun yapısıyla da son derece uyumlu bir görüş; İş Kanunu'nda yer alan yazılı şekli geçerlilik koşulu olarak kabul etmekle birlikte yazılı şekil koşuluna aykırılığın yaptırımının borçlar hukukundaki gibi *ex tunc* veya *ex nunc* geçersizlik olmadığını, Kanunun yazılı şekilde yapılmasını istediği iş sözleşmesi türünün yazılı şekilde yapılmaması halinde taraflar arasında tam süreli çalışma esasına dayalı belirsiz süreli bir iş sözleşmesinin bağitlendiğinin kabul edilmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Ne var ki çalışmamızın sınırlarını aşan bu görüşlerin ve tartışmaların boyutları ayrı bir bilimsel çalışmaya tek başına konu olabilecek kadar kapsamlıdır.

Şekil serbestisinin iş hukukunun varlık nedeni ve başlıca amacı olan işçiyi koruma ilkesi ile geniş ölçüde uyumlu olduğu kabul edilmekle birlikte, bu durumun işçi açısından bir takım sakıncaları bulunduğu söylenebilir. Gerçekten iş sözleşmesinin yazılı şekilde akdedilmemesi, başta ücret ve çalışma süresi olmak üzere çalışma koşulları hususunda işçiyi belirsizliğe mahkûm etmekte ve süregelen bu belirsizlik işçiyi işveren arasında sayısız hukuki uyuşmazlığa yol açmaktadır. Avrupa Birliği değindiğimiz sakıncaları bertaraf etmek amacıyla 91/533 Sayılı

Yönergeyi kabul etmiştir. İş Kanunu da, anılan yönergeyle tam anlamıyla uyumlu olmasa da, benzer bir düzenleme içermektedir. Buna göre, yazılı sözleşme yapılmayan hallerde işveren işçiye en geç iki ay içinde genel ve özel çalışma koşullarını, günlük ya da haftalık çalışma süresini, temel ücreti ve varsa ücret eklerini, sözleşme süresini ve fesih halinde tarafların uymak zorunda oldukları hükümleri gösteren yazılı bir belge vermekle yükümlüdür. Bu belgeye konulacak bir kayıt ile işçiye rekabet yasağı getirilip getirilemeyeceği sorunu ilerleyen bölümlerde incelenecektir.

İsviçre hukukunda rekabet yasağı kaydının geçerliliği yazılı şekil koşuluna bağlıdır. İsviçre öğretisinde yazılı şekil koşulunun işçiyi, çalışma özgürlüğünü ağır bir biçimde kısıtlayan rekabet yasağı kaydına karşı dikkatli davranmaya, rekabet yasağı kaydı içeren bir iş sözleşmesini imzalamadan önce düşünmeye ve acele etmemeye sevk ettiğinin altı çizilmektedir⁴⁰⁴. Rekabet yasağı iş sözleşmesinde kayıt olarak yer alabileceği gibi, taraflar ayrı bir yazılı sözleşme ile de işçinin sözleşme sonrası işverenle rekabet etmesini yasaklayabilir⁴⁰⁵. Kural olarak, rekabet yasağı anlaşmasında sadece işçinin imzasının bulunması yeterli bulunmakla beraber⁴⁰⁶; rekabet yasağı karşılığında işverenin bir karşı edim ödemesi kararlaştırılması durumunda rekabet yasağı sözleşmesinin işverenin de imzasını taşıması gerektiği dile getirilmektedir⁴⁰⁷. Öte yandan, iş sözleşmesinin eki niteliğindeki işyeri yönetmeliğine rekabet yasağı kaydı konulamayacağı, rekabet yasağının ancak işçiyle bireysel olarak akdedilen iş sözleşmesi ile kararlaştırılabileceği belirtilmektedir.

Yukarıda ana hatlarıyla ele aldığımız yabancı hukuk sistemlerine ve kaynak İsviçre Borçlar Kanunu'na paralel olarak, Borçlar Kanunu da yazılı şekilde yapılmayan rekabet yasağı sözleşmelerinin geçersiz olduğunu hükme bağlamaktadır. Bu doğrultuda Borçlar Kanunu, rekabet yasağı kaydının yazılı şekilde kararlaştırılmasını emretmektedir (TBK m. 444/1). Öğretide bu düzenlemenin amacının yasağın kapsamı konusunda bilgi sahibi olmasını sağlayarak işçiyi korumak olduğu, bu nedenle yazılı şekil şartının rekabet yasağına ilişkin bir ön

⁴⁰⁴ *Von der Crone*, Hans Caspar: Nachvertragliches Konkurrenzverbot im Arbeitsvertrag und in der Agentur: Knebel oder gerechtfertigter immaterieller Schutz?, Seminar Socialschutz im Privatrecht, Wintersemester 2001/02, fotokopi. , s. 3; *Haefliger*, s. 41.

⁴⁰⁵ *Haefliger*, s 41; *Von der Crone*, s. 3.

⁴⁰⁶ *Haefliger*, s 41; *Bohny*,: s. 88.

⁴⁰⁷ *Bohny*, s. 88–89; *Von der Crone* s. 3.

sözleşmede de aranması gerektiği ileri sürülmüştür⁴⁰⁸. Yasal düzenlemenin aradığı yazılı şeklin adi yazılı şekil olduğu konusunda öğretide görüş birliği mevcuttur⁴⁰⁹. Öğretide bir yazar, tarafların önceden düzenlenmiş bir formüler kullanmalarının mümkün olduğu düşüncesindedir. Ancak yazara göre, böyle bir durumda işçinin özel olarak korunması gerekeceğinden genel işlem koşulları alanında geçerli olan ilkeler rekabet yasağı kaydına da uygulanmalıdır. Öte yandan, işyeri yönetmeliğine konulan bir hükümle veyahut iş sözleşmesinin söz konusu yönetmelikte yer alan bir rekabet yasağı kaydına yapacağı bir atıfla işçiye rekabet yasağı getirilip getirilemeyeceği de sorgulanması gereken bir konudur. Bilindiği üzere, iş sözleşmesinin eki niteliğindeki işyeri yönetmeliğinde yer alan kuralların işçiler açısından bağlayıcı olabilmesi için yönetmeliğin duyurulması gerekir. Ne var ki işverenin işçiyle karşılıklı olarak akdettiği iş sözleşmesinden farklı bir hukuki kurum niteliğindeki işyeri yönetmeliği, işçiye özel hükümlerin yer aldığı iş sözleşmesinin aksine, işyerinde çalışan tüm işçilere yönelik haklar getiren veya borçlar yükleyen genel düzenlemeleri bünyesinde barındırmaktadır. İşyeri yönetmeliğinin iş sözleşmesinin eki halini alabilmesi için işçiye duyurulması yeterli olup, ayrıca yönetmelikte işçinin imzasının bulunması şart değildir. Bundan dolayı, işçinin çalışma ve sözleşme özgürlüğüne ciddi bir müdahale anlamına gelen rekabet yasağı kaydı ancak tarafların imzalarını taşıyan yazılı iş sözleşmesiyle kararlaştırıldığı takdirde geçerli sayılmalı, iş sözleşmesinin işyeri yönetmeliğine yaptığı bir yollama söz konusu olsa dahi işyeri yönetmeliğinde yer alan rekabet yasağı kayıtlarının geçersizliği hakkında kuşku duyulmamalıdır. Zira yasal düzenlemenin rekabet yasağı kaydının geçerliliğini yazılı şekil koşuluna bağlamasının arkasında yatan neden (*ratio legis*), işçinin bu yasağın kapsamı konusunda tam bir bilgi sahibi olmasını sağlamaktır⁴¹⁰. İşçinin rekabet yasağı hakkında bilgi sahibi olması ise, işçinin korunması ilkesine hizmet etmektedir. Öyleyse yasanın aradığı yazılı şekil koşulunu iş hukukunun doğasına aykırı bir biçimde genişletici bir yoruma tabi tutmak yoluyla işyeri yönetmeliğine veya rekabet yasağı kaydını içkin diğer bir sözleşme ekine yapılan basit bir yollamanın yazılı şekil koşulu açısından yeterli olduğunu söylemek kesinlikle mümkün değildir.

Toplu iş sözleşmesinde yer alan bir hükümle işçiye rekabet yasağı getirilip getirilemeyeceği konusu da mutlaka irdelenmelidir. Bilindiği gibi, işçi sendikası ile

⁴⁰⁸Soyer, s. 40–41; Şahlanan, s. 74.

⁴⁰⁹Soyer, s. 41.

⁴¹⁰Soyer, s. 43.

işveren sendikası veya işveren sendikasına üye olmayan işveren arasında akdedilen toplu iş sözleşmesinin hükümleri, normatif hükümler ve borç doğurucu hükümler olmak üzere iki gruba ayrılmaktadır. Toplu iş sözleşmesinin zorunlu unsuru olan normatif bölümde iş sözleşmesinin kurulması, içeriği ve sona ermesine ilişkin hükümlere yer verilirken; borç doğurucu kısımda toplu iş sözleşmesi taraflarının, yani işçi sendikasıyla işveren sendikasının veya işverene sendikasına üye olmayan işverenin karşılıklı hak ve yükümlülükleri düzenlenmektedir. Toplu iş sözleşmesinin iş sözleşmesinin kurulması, içeriği ve sona ermesine ilişkin düzenlemeler getirdiği ve bu nedenle toplu iş sözleşmesiyle kararlaştırılacak bir rekabet yasağı kaydının TİSGLK'nun 2. maddesinin kapsamı dışında bulunduğu gibi gerekçelerle toplu iş sözleşmesine konulacak rekabet yasağı kayıtlarının geçersiz olduğu savunulmuştur⁴¹¹. Gerçekten toplu iş sözleşmesinin temel işlevi, işçilere emredici hukuk kuralları ve iş sözleşmeleri tarafından sağlanan hakların daha fazlasının toplu pazarlık yoluyla sağlanmasıdır. Esasen toplu iş sözleşmesinin normatif hükümleri, söz konusu amaca varmak için başvuru bir araçtan ibarettir. Ne var ki işçilerin çalışma koşullarını iyileştirmek gibi bir işlev üstlenen toplu iş sözleşmesiyle işçinin temel hakları arasında ayrıcalıklı bir yere sahip çalışma özgürlüğünün kısıtlanması kabul edilemez. Rekabet yasağı kaydının toplu iş sözleşmesinin normatif bölümünden sayılamayacağına ilişkin görüş bir yana, toplu iş sözleşmesine rekabet yasağı kaydı konulamayacağı sonucunu doğrudan TBK m. 444/1'in lafzından da çıkarmak mümkündür. Söz konusu düzenlemeyle rekabet yasağı kaydının geçerliliği yazılı şekil koşuluna bağlanmıştır. Maddenin yazılı şekilden kastının ise, taraflarca yazılı şekilde akdedilmiş bir iş sözleşmesi olduğu son derece açıktır. Zira yazılı şeklin gayesi çalışma özgürlüğünü önemli ölçüde kısıtlayan bir kayıt karşısında işçiyi düşünmeye sevk etmek ve ayrıca işçinin rekabet yasağı kaydının sınırları hakkında bilgi sahibi olmasını sağlamaktır. Oysa işçinin taraf sıfatını haiz olmadığı bir hukuki işlem niteliğindeki toplu iş sözleşmesine konulacak bir hükümle işçinin çalışma özgürlüğünün kısıtlanması, ne toplu iş sözleşmelerinin iş hukuku disiplini içinde üstlendiği fonksiyon ile ne de TBK m. 444/1'in *ratio legis*'i ile asla bağdaşmayacaktır⁴¹². Bundan başka, toplu iş sözleşmesiyle kapsamdaki işçilerin tamamı veya bir kısmıyla rekabet yasağı sözleşmesi bağlanması yasaklanıp

⁴¹¹ Şahlanan, tartışmalar, s. 101.

⁴¹² Hollanda iş hukuku literatüründe de toplu iş sözleşmesine taraf olmayan işçiye toplu iş sözleşmesiyle rekabet yasağı konulmasının mümkün olmadığı net bir şekilde dile getirilmektedir. *Quist*, s. 9.

yasaklanamayacağı sorusu da yanıtlanmalıdır. Kanaatimizce bu soruya verilecek yanıt olumludur. Zira toplu iş sözleşmesine konulacak bu tür bir hüküm, işçilerin temel hakları arasında yer alan çalışma özgürlüğünün bireysel iş sözleşmelerinde yer alan bir kayıtla ciddi biçimde kısıtlanmasını engellemekte olup, böyle bir sonuç toplu iş sözleşmesinin amacıyla da çelişmemektedir. Diğer yandan toplu iş sözleşmesi tarafları, rekabet yasağı kaydını işçilerin tamamı veya belirli işçiler için yasaklamaktansa rekabet yasağı kayıtlarının kanuni sınırlarını işçi lehine ağırlaştırabilir veya kanunda var olan koşul ve sınırlara yenilerini ekleyebilirler⁴¹³. Örneğin toplu iş sözleşmesine konulacak bir hükümlerle, rekabet yasağı kayıtlarının azami süresinin bir yılı ve yer bakımından kapsamının Marmara Bölgesi'nin coğrafi sınırlarını geçemeyeceği kararlaştırılabilir⁴¹⁴.

Nihayet yazılı sözleşme yapılmayan hallerde işverenin işçiye vermekle yükümlü olduğu çalışma belgesinde rekabet yasağı kaydına yer verilip verilemeyeceği tartışılmalıdır. Avrupa Birliği'nin 14.10.1991 tarih ve 91/533 Sayılı Yönergesi'ni iç hukukumuzda aktaran İş Kanunu'nun 8. maddesi uyarınca; yazılı sözleşme yapılmayan hallerde işveren işçiye en geç iki ay içinde genel ve özel çalışma koşullarını, günlük ya da haftalık çalışma süresini, temel ücreti ve varsa ücret eklerini, ücret ödeme dönemini, süresi belirli ise sözleşme süresini, fesih halinde tarafların uymak zorunda oldukları hükümleri gösteren bir belge vermekle yükümlüdür. İşçilerin çalışma koşulları hakkında bilgilendirilmesini ve işçilerin çalışma koşullarıyla bağlantılı olası belirsizliklerin giderilerek işçilerin geniş anlamda korunmasını amaçlayan anılan belge, işçinin katılımı olmaksızın işverence tek yanlı olarak düzenlenen bir belge niteliğine sahiptir. Bu açıdan söz konusu yazılı belge, işveren ile işçinin karşılıklı iradelerinin ortak bir amaca yöneldiği yazılı bir iş sözleşmesinden bütünüyle ayrılmaktadır⁴¹⁵. Öte yandan sözleşme niteliği taşımayan

⁴¹³ Türk toplu pazarlık sisteminde zikredilen hükümleri içeren toplu iş sözleşmelerine pek rastlanmamaktadır. Buna karşılık, Hollanda'da rekabet yasağı sözleşmelerinin kurulmasını daha ağır koşullarının varlığına bağlayan toplu iş sözleşmesi maddeleri oldukça yaygındır. Algemene Bank'da yürürlükte olan toplu iş sözleşmesinin 3.1.3. maddesi buna örnek olarak verilebilir. Bu maddeye göre, işin niteliği veya yerel koşullar zorunlu kılmadıkça iş sözleşmelerine rekabet yasağı kaydı konulamaz. Diğer örnekler için bkz, *Quist*, 9, dipnot 32.

⁴¹⁴ Yararlılık ilkesi gereğince işçi lehine olmak kaydıyla iş sözleşmelerinin toplu iş sözleşmelerine aykırı hükümler içermesi olanaklıdır. Örneğin yukarıdaki ihtimalde işçi ile işveren arasında bağitlanan iş sözleşmesiyle işçinin altı ay boyunca İstanbul ilinde rekabet etmesinin yasaklanması hukuka uygundur.

⁴¹⁵ Geniş bilgi için bkz. *Güzel, Ali/Ugan, Deniz/Ertan*, Emre: Avrupa Birliği ve Türk İş Hukukunda İşverenin Çalışma Koşulları Hakkında İşçileri Bilgilendirme Yükümlülüğü, Ünal Narmanlıoğlu'na Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 9 Özel Sayı, İzmir 2007, s. 43-74.

bu belgede işverenin imzası zorunlu bir koşul değildir⁴¹⁶. Tüm bu açıklamalarımızdan, başlıca amacı işçinin çalışma koşulları hakkında bilgilendirilmesi olan çalışma belgesine konulacak bir rekabet yasağı kaydının geçersiz olduğu sonucu çıkmaktadır. İşte bu noktada, rekabet yasağı kaydı içeren bir belgenin işçi tarafından imzalanması halinde az önce varılan sonucun değişip değişmeyeceği sorusu yöneltilebilir. Kanımızca, işçinin imzası bulunsa dahi çalışma belgesinde yer alan rekabet yasağı kaydının hüküm ifade etmeyeceği şeklindeki bir yorum daha isabetli görünmektedir. Zira rekabet yasağı kaydının geçerliliği, ortada işçi ile işveren arasında yazılı şekilde düzenlenen bir sözleşmenin olmasına bağlıdır. Kaldı ki çalışma belgesi, sadece çalışma koşullarına ilişkin bilgileri içerebilir. Rekabet yasağı kaydının işçiye yüklediği iş sözleşmesi sonrası rekabet etmeme borcu ise bir çalışma koşulu değildir. O halde işçiyi çalışma koşulları konusunda bilgilendirmeyi amaçlayan bir belgede işçinin çalışma özgürlüğünü kısıtlayıcı bir kayda yer verilmesi normun amacıyla bağdaşmayacak; rekabet yasağı kaydını içkin çalışma belgesinin işçi tarafından imzalanması da yasağı geçerli kılmayacaktır. Nitekim rekabet yasağı kaydına ilişkin hukuki düzenlemelerin yorumlanmasında başvurulan dar yorum yöntemi de bu sonucu desteklemektedir.

III. Bağlayıcılık Koşulu

1.Genel Olarak

Gerek Türk Hukukunda gerek de Avrupa Hukuklarında, iş görme ediminin içeriği ve konusu ne olursa olsun, her işçiye sözleşmesi sonrası rekabet yasağı getirilmesine olanak tanıyan bir sistem benimsenmemiştir. Gerçekten işçinin çalışma ve sözleşme özgürlüğüne yönelik ciddi bir müdahale anlamını taşıyan rekabet yasağı, hukuk düzeninin himaye edebileceği meşru bir amaca hizmet etmelidir. Zira nitelikli ve başarılı işçileri rakip işletmelere kaptırmak istemeyen işverenlerin herhangi bir koşula bağlanmamış rekabet yasağı kayıtlarını işçiler üzerinde bir baskı aracı olarak kullanmaları olasıdır. Şöyle ki iş sözleşmesini feshederek rakip bir işletmeye geçen deneyimli ve nitelikli bir işçinin eş değer bir işçiyle ikamesi her zaman kolay değildir. Özellikle uzman ve nitelikli işçi arzının düşük olduğu bir iş kolunda faaliyet gösteren bir işverenin, işten ayrılan deneyimli ve nitelikli işçinin yerine deneyimsiz

⁴¹⁶Güzel/Ugan /Ertan, s. 66.

bir işçi istihdam etmek ve ayrıca bu işçinin eğitimi için ekstra giderlere katlanmak dışında başka bir seçenekten yoksun olduğu ortadadır. Ne var ki hizmet içi eğitimi tamamlayan tecrübesiz işçinin işe alışması ve deneyimli eski işçinin performans düzeyine ulaşması görece uzun bir zaman alabilecektir. Diğer yandan rakip işletmeye geçen deneyimli ve aynı zamanda kalifiye işçinin söz konusu işletmenin rekabet gücüne sağlayacağı katkı yadsınmamalıdır. Sonuç olarak, deneyimli işçisini rakip bir işletmeye kaptıran işveren, yeni işçi için katlandığı eğitim giderleri ve anılan işçinin veriminin eski işçiye göre daha düşük olmasından kaynaklanan üretim kaybı gibi olumsuzluklarla yüz yüze gelecektir. Buna karşılık, rakip işletme, kadrosuna dâhil ettiği deneyimli ve nitelikli işçiler sayesinde ciddi bir ekonomik fayda elde edecektir. Özetlemek gerekirse, deneyimli ve/veya nitelikli işçilerin rakip işletmelere transferinin işverenin rekabet gücüne ciddi bir darbe indireceği kesindir.

Aslında deneyimli ve yetenekli personelini rakip firmalara kaptırmamak isteyen işverenin başvuracağı öncelikli yol, işçinin çalışma koşullarında (ücret, ikramiye, prim vb.) iyileştirme olmalıdır. Kural olarak, çalışma koşulları rakip işletmelerde çalışan emsal işçilere nazaran daha iyi olan nitelikli bir işçiden rakip bir işletmenin önerisini kabul ederek iş sözleşmesini feshetmesi beklenmez. Acaba işveren böylesine değerli bir işçinin rakip işletmenin transfer önerisini kabul etmesini iş sözleşmesine koyacağı bir rekabet yasağı kaydı ile önleyebilir mi? Gerçekten ihlali yüksek bir ceza koşuluna bağlanan rekabet yasağı kaydının rakip işletmeye geçmeyi planlayan işçi üzerinde caydırıcı bir etki yaratacağı şüphesizdir. Kaldı ki böyle bir rekabet yasağı kaydı, ücretinden ve diğer çalışma koşullarından hoşnut olmayan nitelikli işçilerin rakip işletmelere geçişini önleyebilir. Hatta rakip işletmenin cazip iş teklifini ceza koşulu endişesiyle reddeden işçinin çalışma koşullarında aleyhe değişiklik tekliflerini kabul etmesi dahi gündeme gelebilir. Eş söyleyişle işverene herhangi bir ayırım gözetmeksizin tüm işçilerle rekabet yasağı kararlaştırma hakkı tanınması, ceza koşulu veya tazminat gibi hukuki yaptırımlara maruz kalma kaygısı duyan işçinin her türlü haksız dayatmaya boyun eğmesi ve ne pahasına olursa olsun aynı işverenin yanında iş görmeyi sürdürmesine yol açacaktır. Sonuç olarak, işçinin çalışma özgürlüğünü hakkaniyete aykırı bir şekilde sınırlayan bu gibi bir rekabet yasağı kaydını içeren iş sözleşmesinden doğan hukuki ilişki, çağdaş bir işçi-işveren ilişkisinden ziyade ücretli bir köleliği andıracaktır. Bunun yanı sıra, rakip işletmeler arasında nitelikli iş gücü geçişini engellemeye yönelik rekabet yasağı kayıtlarının

serbest piyasaya dayalı bir ekonomik düzenle de bağdaşmayacağı unutulmamalıdır. Kaldı ki söz konusu rekabet yasağı kayıtlarının bağlayıcı sayılmasının iş kolunda cari ücret düzeylerini düşüreceği unutulmamalıdır.

O halde işverenin rekabet yasağıyla izlediği amaç, hem çağdaş iş hukukunun temel ilkelerine hem de serbest piyasa ekonomisinin kurallarına aykırı olmamalıdır. Çağdaş iş hukukunda işletmeye özgü bir takım üretim teknikleri, ticari bilgiler ve iş sırları hakkında bilgi sahibi olan veya işverenin müşteri çevresine nüfuz eden işçilerin; söz konusu teknik, bilgi veya sırları rakip işletmeler yararına kullanmak veya müşteri çevresini rakip bir işletmeye yönlendirmek suretiyle işverene zarar vermelerini engellemeyi amaçlayan rekabet yasağı kayıtları meşru ve bağlayıcı sayılmaktadır. Başka bir ifadeyle, herhangi bir sınırlamaya tabi olmayan rekabet yasağı kayıtlarının gerek temel haklar gerek de girişim özgürlüğüne dayalı ekonomik sistemi ciddi bir biçimde tehdit edeceği gerçeğini yadsımayan çağdaş hukuk düzenleri, rekabet yasağı kayıtlarının bağlayıcılığını işverenin korunmaya değer önemli bir menfaatinin varlığı koşuluna bağlamıştır. Alman hukukunda bu koşul *haklı ticari menfaat (berechtigte geschäftliche interesse)*, Fransız hukukunda ise *işletmenin meşru menfaatleri (intérêts légitimes de l'entreprise)* olarak kavramlaştırılmış; buna karşın, kazuistik bir yöntem tercih eden Türk Hukuku ise rekabet yasağının bağlayıcı sayılabilmesi için iş ilişkisinin işçiye işverenin müşteri çevresi veya iş/üretim sırları hakkında bilgi edinme imkânı sağlaması ve aynı zamanda bu bilgilerin işverenin önemli bir zararına sebep olacak nitelikte olması gibi koşullar aramıştır.

Alman hukukunda işverenin haklı ticari menfaatlerinin korunmasında herhangi bir yararı bulunmayan rekabet yasağı kayıtları, bağlayıcı sayılmamaktadır (§ 74a Abs. 1 Satz 1 HGB)⁴¹⁷. Alman öğretisinde haklı ticari menfaatin (*berechtigte geschäftliche interesse*) belirsiz bir kavram olduğu ve uygulama açısından önemli zorluklara yol açtığı belirtilmektedir⁴¹⁸. Öncelikle maddenin açık anlatımından rekabet yasağının bağlayıcılığı için işverenin şahsi bir menfaatinin yeterli olmadığı, mutlaka ticari bir menfaatin arandığı sonucu çıkmaktadır⁴¹⁹. Eski doktrin haklı ticari menfaat için özel bir koşul aramamış, işverenin rekabet yasağından sağlayacağı her

⁴¹⁷Bauer/Diller, s. 119; Grüll/Janert, s. 42.

⁴¹⁸Growe, s. 86; Bauer/Diller, s. 119.

⁴¹⁹Bauer/Diller, s. 120; Grüll/Janert, s. 43.

türlü yararı yeterli görmüştü⁴²⁰. Buna karşın, içtihat başlangıçtan bu yana daha dar bir yorumdan yana tavır takınmış; prensip itibariyle, rekabet yasağıyla işçinin eski işi arasında bir bağlantı olması gerektiğini savunmuştur⁴²¹. Dolayısıyla Alman yargı organları, iş veya işletme sırlarının korunmasında yararlı sayılan her rekabet yasağı kaydını bağlayıcı addetmektedir. Bununla birlikte, işverenin haklı ticari menfaat yalnızca ticari sırlarla işyeri sırlarının korunmasından ibaret değildir⁴²². Bu bağlamda, başta üst düzey yöneticiler olmak üzere, sahip olduğu özel bilgiler ve kişisel bağlantılar sayesinde işverenin müşteri çevresine ve tedarikçilerine nüfuz etme olanağı bulunan işçilerin işten ayrıldıktan sonra işverenle rekabet etmelerini önlemek amacıyla kararlaştırılan rekabet yasağı kayıtlarının da meşru bir amaca hizmet ettiği ifade edilmektedir⁴²³. Buna karşılık, nitelikli bir işçinin işten ayrılmasını ve başka bir işe girmesini engellemeyi amaçlayan rekabet yasağı kayıtlarının hukuken himaye edilebilir olmadığı vurgulanmaktadır⁴²⁴. Nitekim Alman Federal Mahkemesi de, iş sözleşmesini fesheden işçiyi cezalandırmayı amaçlayan rekabet yasağı kayıtlarını geçerli saymamıştır⁴²⁵. Alman Federal Mahkemesi'nin bu yaklaşımı çağdaş öğreti tarafından da desteklenmekte, eski doktrin tarafından temsil edilen görüşün Alman Anayasası'nın 12. maddesinde düzenlenen çalışma özgürlüğü ile bağdaşmadığı belirtilmektedir⁴²⁶. Zira her rekabet yasağının söz konusu temel hakka bir müdahale oluşturduğu, böyle bir müdahalenin haklı görülmesinin de ancak bir takım katı ölçütlerin konulması koşuluyla mümkün olacağı kaydedilmektedir⁴²⁷. Kural olarak, rekabet yasağının amacı işverenin yüksek menfaatlerinin korunmasıdır. Alman Federal Mahkemesi'ne göre de, işverenin yüksek menfaatleri, iş ve işyeri sırlarıyla müşteri ve tedarikçi çevresinin korunmasından ibarettir⁴²⁸. Dolayısıyla iş sırlarını başkalarına iletme olanağından yoksun nitelikli bir işçiyi işyerine bağlama ve işçinin iş değiştirmesini güçleştirme amacıyla kararlaştırılan rekabet yasağı kayıtları işçiyi bağlamamaktadır⁴²⁹.

⁴²⁰Bauer/Diller, s. 120.

⁴²¹ BAG 21.3.1964 AP 15 zu § 133f GewO; 22.11.1965 AP 1 zu § 611 BGB Abwerbung; 24.6.1966 AP 2 zu § 74a HGB; 9.9.1968 AP 22 zu § 611 BGB Konkurrenzklausele; 16.12.1968 AP 21 zu § 133f GewO (Bauer/Diller'den naklen, s.120). ayrıca bkz. Growe, s. 87.

⁴²²Bauer/Diller, s. 120; Growe, s. 87.

⁴²³Bauer/Diller, s. 120; Growe, s. 87.

⁴²⁴ BAG 16.12.1968 AP 21 zu § 133 f GewO (Bauer/Diller'den naklen, s.120); Growe, s. 86; Grill/Janert, s. 43.

⁴²⁵ BGH 18.7.2005 ZIP 2005, 1778; (Bauer/Diller'den naklen, s. 120)

⁴²⁶Bauer/Diller, s. 120.

⁴²⁷Bauer/Diller, s. 121.

⁴²⁸ BAG 1.8.1995 AP 5 zu § 74a HGB (Bauer/Diller'den naklen, s.121).ayrıca bkz. Growe, s. 87.

⁴²⁹Growe, s. 87.

İşverenin işçiyle rekabet yasağı kararlaştırmasında haklı bir ticari menfaatinin varlığını denetleyen mahkemenin, rekabet yasağı getirilen işçinin rakip bir firmaya geçmemesinde işverenin haklı bir menfaatinin bulunup bulunmadığını her somut olayda ayrı ayrı incelemesi gerekir. Alman öğretisinde işverenin haklı ticari menfaatinin mevcut olup olmadığının saptanmasında, bazı olguların yargı organına yol gösterici nitelikte olduğu belirtilmektedir. Öncelikle işverenin müşteri çevresine veya iş sırlarına nüfuz etme olanağından yoksun kalifiye işçilerin (*facharbeitern*) tabi olduğu rekabet yasağı kayıtları ele alınmalıdır. Alman Federal Mahkemesi, isabetli olarak, işlevi başarılı bir işçiyi işyerine bağlamak ve rakip işletmenin böyle bir işçinin emeğinden yararlanması önlemekten ibaret olan bir rekabet yasağı kaydının yasal düzenlemenin amacıyla bağdaşmadığına karar vermiştir⁴³⁰. İşverenin anılan işçilerin eğitimine ciddi yatırım yapması da böyle bir rekabet yasağını haklı kılmamaktadır. Zira böyle bir ihtimalde, işverenin zararını eğitim giderleri kaydı (*Rückzahlungsklausel*) yoluyla gidermesi mümkündür⁴³¹. Öte yandan Nürnberg Eyalet İş Mahkemesi, işçinin işverenin müşterisi konumundaki işletmelerde çalışmasının yasaklanmasında işverenin haklı ticari menfaatinin bulunduğu hükmetmiştir⁴³². Aynı şirketler topluluğuna mensup firmalar ayrık tutulacak olursa, salt başka bir işletmenin ticari menfaatleriyle ilgili faaliyetleri kapsayan bir rekabet yasağında işverenin haklı ticari menfaatlerinden söz edilemeyeceğine işaret edilmektedir⁴³³. Bununla beraber, ortak girişim (*arbeitsgemeinschaft*) veya uzman bir kartel çerçevesinde birleşen veya akdettikleri sözleşme nedeniyle aralarında yoğun bir know-how devri gerçekleşen işletmeler lehine rekabet yasağı kararlaştırılabileceği kabul edilmektedir⁴³⁴.

İşçi işverenin işyeri veya iş sırlarını öğrenmediğini kanıtlarsa işverenin korunmasında haklı ticari menfaati bulunan iş veya işyeri sırlarına ilişkin rekabet yasağı kaydı bağlayıcı olmaktan çıkar. İş ilişkisinin çok kısa sürmesi veya henüz deneme süresi sırasında sona ermesi bunun çok tipik bir örneğidir⁴³⁵. İşverenin korunmaya değer işyeri veya iş sırları hakkında bilgi sahibi olmadığını iddia eden

⁴³⁰BAG 9.9.1968 AP 22 zu § 611 BGB Konkurrenzklausele (*Bauer/Diller*'den naklen, s. 123).

⁴³¹*Bauer/Diller*, s. 123.v

⁴³²LAG Nürnberg 31.7.2001 NZA-RR 2002, s. 272.

⁴³³*Bauer/Diller*, s. 126.

⁴³⁴*Bauer/Diller*, s. 126.

⁴³⁵*Bauer/Diller*, s. 127.

işçinin işverenin korumayı amaçladığı sırrı yargılama sürecinde ifşa etmemesi gerekir. Alman Federal İş Mahkemesi işverenin rekabet yasağıyla korunan sırrının ne olduğunun yargılama sırasında açık bir şekilde tanımlanması gerektiğine hükmetmiştir⁴³⁶.

Fransız hukukunda rekabet yasağı kaydının geçerliliği yasağın işverenin meşru menfaatlerinin korunması için gerekli olmasına bağlıdır. Bu ölçütle işçinin yaptığı işin niteliği ve işletmenin fiilen faaliyet gösterdiği alan arasında yakın bir bağlantı söz konusudur⁴³⁷. Ayrıca işverenin korunmaya değer bir menfaatinden söz edebilmek için *know-how*'ın yitirilmesi veya müşteri çevresinin ayartılması tehlikesi gibi somut bir riskin ortaya çıkması şarttır⁴³⁸. Nitekim rekabet yasağı kayıtlarının kötüye kullanılmasını önlemeyi amaçlayan Fransız Yargıtayı, işverenin, işletmenin meşru menfaatlerinin korunması (*la protection des intérêts légitimes de l'entreprise*) için gerekli olmayan bir rekabet yasağı kaydına dayanarak herhangi bir hak talep edemeyeceğine hükmetmiştir⁴³⁹. İşveren söz konusu kaydın neden gerekli olduğunu açıkça belirtmek zorundadır. İşverenin faaliyet gösterdiği sektörün rekabetçi yapısı önemli olmakla beraber, sektörel özellikler rekabet yasağı kayıtları için tek başına yeterli değildir. İşçinin ifa ettiği iş görme ediminin özellikleri (rekabet riski) işletmenin meşru menfaatlerinin korunmasını haklı göstermelidir⁴⁴⁰. Nitekim Fransız Yargıtayı, sıradan bir iş görme edimini yerine getiren ve eski işverenin rakip işletmelerle mücadelesini aksatmaya elverişli özel veya gizli bilgilere erişim olanağından yoksun bir işçiyle karşılaştırılan rekabet yasağı kaydının işletmenin meşru menfaatlerinin korunması için gerekli olmadığına işaret ederek kaydın geçersizliğine karar vermiştir⁴⁴¹. Bir başka olayda, işçinin pozisyonu göz önünde tutulduğunda rekabet yasağının işverenin meşru menfaatlerinin korunması için

⁴³⁶ 1.8.1995 AP 5§ 74a HGB. Dava konusu olayda, işveren, satış konseptini sunular ve yayınlar aracılığıyla önceden ilan etmişti. Alman Federal İş Mahkemesi, satış konseptinin halkın erişimine kapalı bazı stratejiler içerdiği iddiasını işverenin korunmaya değer işyeri veya iş sırlarını yeterli bir şekilde tarif etmediği gerekçesiyle satış şefinin tabi olduğu rekabet yasağında işverenin haklı bir ticari menfaatinin bulunmadığına karar vermiştir.

⁴³⁷ *Signoretto*, s. 234; *Les contrats de travail et leurs clauses*, par l'équipe rédactionnelle de RF social, s. 175.

⁴³⁸ *Les contrats de travail et leurs clauses*, par l'équipe rédactionnelle de RF social, s. 176.

⁴³⁹ Cass. soc., 14.5.1992, n° 89-45.300; (*Damy*'den naklen, s. 1025).

⁴⁴⁰ *Damy*, s. 1025.

⁴⁴¹ Cass. soc., 13.1.1999, n° 97-40.023 (*Damy*'den naklen, s. 1025). Fransız öğretisinde işinin niteliği stratejik bilgilere veya müşteri çevresine erişime elverişli olmayan işçilerin iş sözleşmelerine rekabet yasağı kaydı konulamayacağı görüşü egemendir. Zira rekabet yasağı kaydının geçerliliği işveren açısından gerçek bir rekabet riskinin varlığı koşuluna bağlıdır. Ancak her görev tanımı için böyle bir risk söz konusu değildir. *Les contrats de travail et leurs clauses*, par l'équipe rédactionnelle de RF social, s. 177.

gerekli olmadığı gerekçesiyle bir temizlik firmasınınca istihdam edilen pencere camı yıkayan işçinin iş sözleşmesine konulan rekabet yasağı kaydı geçersiz sayılmıştır⁴⁴². Keza Fransız Yargıtayı bir yaşlı bakım evinde çalışan hekime iş ilişkisinin sona ermesinin ardından beş yıl süreyle kurumun çevresinde 20 kilometrelik bir alanda mesleğini icra etmesini yasaklayan rekabet yasağı kaydını işverenin meşru menfaatinin yokluğundan dolayı hukuka uygun bulmamıştır. Gerçekten bakım evi yaşlılara barınma ve benzer hizmetler vermekte olup, tıp alanında faaliyet gösteren bir kurum değildir⁴⁴³. Ayrıca işverenin menfaatlerinin korunması bakımından *know-how*'un (*savoir-faire*) kaybedilmesi veya müşterilerin ayartılması gibi bir risk aranmaktadır⁴⁴⁴. Fransız Hukukunda işçinin mesleki faaliyetini rakip bir işletme bünyesinde icra etmesi durumunda işletmenin gerçek bir zarara uğrayacağına ilişkin ispat yükü işverenin üzerindedir. Meşru menfaatlerin varlığı, somut olayın özelliğine göre (*in concreto*) takdir edilmektedir⁴⁴⁵.

İş sözleşmesine rekabet yasağı kaydı konulmasının giderek standart bir uygulama haline geldiği Hollanda'da işçinin işverenle rekabet edemeyeceği bir pozisyonda çalıştığı veya bu tür kayıtların salt işçi geçişini önlemek amacıyla yönelik olduğu durumlarda rekabet yasağı kayıtları geçersiz kabul edilmektedir⁴⁴⁶.

Belçika hukukunda rekabet yasağı kaydının geçerliliği, işçinin işletmeye özgü ticari ve endüstriyel bilgileri elde etmesi ve bu bilgilerin işçi veya rakip bir işletme yararına kullanılmasının işverene zarar verebilecek nitelikte olması koşullarının gerçekleşmesine bağlıdır (Artikel 65, § 1 *Arbeidsovereenkomstenwet*). Anılan koşulların yokluğu, rekabet yasağı kaydının geçersizliğine yol açar⁴⁴⁷. Anvers İstinaf İş Mahkemesi'nin bir kararında düzenlemenin her iki taraf açısından da emredici karakter taşıdığı belirtilerek işçinin yanı sıra işverenin de geçersizliğe dayanabileceği görüşü benimsenmiştir⁴⁴⁸. Bu doğrultuda Belçika yargı organları, rekabet yasağının konusunun işçinin yanında işverene de yarar sağlamasının zorunlu bir koşul olduğu kanaatinde. İş sözleşmesine rekabet yasağı kaydı konulmasında

⁴⁴² Cass. soc., 18.12.1992, n° 4996 PB (*Signoretto*'dan naklen, s. 234-235)

⁴⁴³ Cass. soc., 24.10.1995, n° 3976 D (*Signoretto*'dan naklen, s. 235)

⁴⁴⁴ *Signoretto*, s. 235

⁴⁴⁵ *Damy*, s. 1025.

⁴⁴⁶ Ayrıca görece kısa süreli belirli iş sözleşmelerinde de rekabet yasağı kaydı konulduğuna işaret edilerek işçinin bu kadar kısa bir süre içinde işverenin iş sırları veya müşteri çevresi hakkında bilgi sahibi olduğu iddiasına kuşkuyla yaklaşılması gerektiği savunulmaktadır. *Treep*, s. 66-67.

⁴⁴⁷ *Carlier*, s. 33.

⁴⁴⁸ Arbh. Antwerpen 3.2.1997, R.W. 1996-97 (*Herman*'dan naklen, s. 228)

işverenin ve işçinin herhangi bir menfaati bulunmadığı takdirde rekabet yasağı kaydının konusuz (*zonder voorwerp*) olduğu sonucuna varılmaktadır⁴⁴⁹. Her şeyden önce, işçinin işverene zarar vermesi olanağına sahip olması rekabet yasağı kaydının zorunlu bir ögesidir. Şu halde işçinin işverenle rekabet oluşturan herhangi bir eylemi yeterli görülmemekte, işverenin bu eylemden ötürü zarar görme olasılığı aranmaktadır⁴⁵⁰. Bu koşulun gerçekleşip gerçekleşmediği saptanırken rekabet yasağının kararlaştırıldığı tarih değil, iş sözleşmesinin sona erme anı esas alınır⁴⁵¹.

İşçinin iş görme edimiyle bağlantılı olarak işverenin sınai veya ticari faaliyet alanıyla ilgili özel ve kapsamlı bir bilgiye sahip olmadığı durumlarda da rekabet yasağı kaydının geçersiz olduğu vurgulanmaktadır⁴⁵². Böyle bir işçi rekabet yasağı kaydının kurucu koşullarından birinin gerçekleşmediğine dayanarak rekabet yasağına tabi olmaktan kurtulabilir. Şüphesiz rekabet yasağı kaydının hukuken hüküm ifade etmesi için işçinin belli bir beceri kazanması tek başına yeterli değildir; işçi özel bir bilgiye (*bijzondere kennis/connaissance particuliere*) sahip olmalıdır⁴⁵³. İşçinin öğrendiği bilginin çok genel nitelikte olması, rekabet yasağı kaydını geçersiz kılmaktadır⁴⁵⁴. Ayrıca işçinin ayrıldığı işyeri hakkında öğrendiği bilgi sınai veya ticari faaliyetlerle ilintili olmalı⁴⁵⁵; saf örgütsel veya denetsel görev tanımları ise rekabet yasağının dışında tutulmalıdır⁴⁵⁶. Örneğin üstü tarafından dikte edilen bir mektubu yazan veya aktarılan bilgileri emredilen şekilde işleyen sekreterin, kural olarak, eski işverene zarar veremeyeceği belirtilmektedir⁴⁵⁷. Ne var ki işçi söz konusu bilgileri hukuka aykırı bir şekilde kullanırsa eski işverenin haksız rekabet hükümlerine dayanarak dava açabileceği kabul edilmektedir⁴⁵⁸. Gand İş Mahkemesi'nin işçinin işverene zarar verme olasılığının yokluğuna hükmettiği bir kararında yer alan gerekçelerin aktarılması, yukarıda ortaya konulan noktaların somutlaştırılması açısından oldukça yararlı olacaktır:

⁴⁴⁹ *Arbh. Gent 15 april 1987, Soc. Kron. 1988, s. 12 (Carlier'den naklen, s. 34)*

⁴⁵⁰ *De Schutter/Marquand, 35; Wantiez, s. 18.*

⁴⁵¹ *Arbh. Antwerpen 3 februari 1997, R.W. 1996–1997, s. 1444 (Carlier'den naklen, s. 36). Ayrıca bkz. Herman, s. 228.*

⁴⁵² *Carlier, s. 33; Vannes, s. 272.*

⁴⁵³ *Arbrb. Luik 11 april 1972, J.T.T. 1971, s. 187 (Carlier'den naklen, s. 37); ayrıca bkz. De Schutter/Marquand, s. 35.*

⁴⁵⁴ *Arbh. Gent 9 Februari 1987, J.T.T., 1987, s. 355. (Carlier'den naklen, s. 37).*

⁴⁵⁵ *Vannes, s. 273.*

⁴⁵⁶ *Arbh. Gent 9 Februari 1987, J.T.T., 1987, s. 355 (Carlier'den naklen, s. 37).*

⁴⁵⁷ *Geerebaert/Vandebotermet, s. 88.*

⁴⁵⁸ *Geerebaert/Vandebotermet, s. 88.*

“...Somut olaydaki geçersizlik, her şeyden önce, işçinin sahip olduğu bilgi sayesinde ayrıldığı işletmeye herhangi bir zarar verme imkânına haiz olmamasından kaynaklanmaktadır. İşçinin işletmenin ticari veya sınaî alanına ilişkin bir bilgi edimesi söz konusu olmalıdır. İlgilinin 1 Şubat 1982 tarihli iş sözleşmesindeki görev tanımı şöyledir: ‘Muhasebe müdürlerinin iş paylaşımı ve yönetimi, ürünlerin montajı için gereken parça stokunun defterinin tutulması, yapılan işin kalitesinin denetimi ve işlerin seyrinin düzenli bir şekilde rapor edilmesi.’ Bu işçiye ticari ve sınaî konularda kapsamlı bir bilgi sağlamayan örgütsel ve denetsel bir görev tanımıdır. Dolayısıyla iddia edildiği gibi özel bir bilgi değil, genel nitelikte bir bilgi söz konusudur. Bu genel bilgi, ilgilinin terk ettiği işyerine herhangi bir zarar veremez...”

Bununla birlikte, bilginin ticari veya sınaî alanda elde edilmesi koşulu, asla işletmenin salt sanayi veya ticaret alanında faaliyet göstermesini gerektirmemekte olup; kâr amacı gütmeyen ve sınaî veya ticari faaliyet yürütmeyen bir işletme de hukuken geçerli bir rekabet yasağı kaydının tarafı olabilir⁴⁵⁹. Diğer taraftan işçinin işletmede sınaî veya ticari bir görev üstlenmesi koşulu aranmamakta, söz konusu işçinin sınaî ve ticari nitelikte özel bir bilgiye sahip olması yeterli sayılmaktadır. Anılan unsurun gerçekleşmesinde rekabet yasağı kaydının kararlaştırıldığı an değil, iş sözleşmesinin sona erme tarihi esas alınır⁴⁶⁰.

2. İşçinin İşverenin Müşteri Çevresi veya İş/Üretim Sırları Hakkında Bilgi Sahibi Olması

Türk ve İsviçre hukuklarında rekabet yasağı kaydı, iş ilişkisi işçiye işverenin müşteri çevresi veya üretim ve iş sırları hakkında bilgi edinme olanağı sağladığı ve bu bilgiler kullanıldığında işverenin önemli bir zarar görme olasılığı ortaya çıktığı takdirde bağlayıcı sayılmaktadır (Art. 340 Absatz 2 OR, TBK. m. 444/2)⁴⁶¹. Bu koşulların temelinde, ancak işverenin haklı bir menfaatine (*berechtigtes Interesse des Arbeitgebers/intérêts légitimes du patron*) hizmet eden rekabet yasağı kayıtlarının caiz sayılacağına ilişkin kural yatmaktadır⁴⁶². Görüldüğü üzere, Türk hukukundaki koşullarla Alman hukukundaki haklı ticari menfaat (*berechtigte*

⁴⁵⁹ *Carlier*, s. 37.

⁴⁶⁰ Arbrb. Brussel 30 Maart 1992, J.T.T. 1992, s. 362; Arbh. Brussel 21 Januari 1977, J.T.T. 1997, s. 204 (*Carlier*’den naklen, s. 37).

⁴⁶¹ *Haefliger*, 32.

⁴⁶² *Haefliger*, s. 32–33. *Pidoux*, s. 49.

geschäftliche interesse) koşulu aşağı yukarı örtüşmektedir. Ne var ki söz konusu kavramın içinin doldurulmasını öğretiyeye ve yargı kararlarına terk eden Alman hukukunun aksine, Türk Borçlar Kanunu'nda işverenin haklı menfaatleri kavramı son derece geniş ve ayrıntılı bir biçimde tanımlanmıştır⁴⁶³.

Türk Hukukunda bağlayıcılık koşulunun gerçekleşmesi açısından iş ilişkisinin sona erdiği tarih esas alınmaktadır⁴⁶⁴. Öyleyse rekabet yasağı kaydının bağlayıcı sayılabilmesi için rekabet yasağının kararlaştırıldığı tarih itibariyle işçinin gelecekte işverenin müşteri çevresi veya iş sırları hakkında bilgi edinme ihtimali olması, iş ilişkisi sürecinde işverenin müşteri çevresi veya iş/üretim sırlarına nüfuz etmesi ve bu bilgilerin iş ilişkisinin sona erdiği tarih itibariyle rakip bir işletme lehine kullanılmasının işverenin zararına yol açabilecek nitelikte olması gerekir⁴⁶⁵. Rekabet yasağının bağlayıcı sayılabilmesi için işçinin iş ilişkisi sırasında işverenin müşteri çevresine veya iş ya da üretim sırlarına nüfuz etmesi ve işçinin sahip olduğu bu bilgilerin rakip işletmeler tarafından kullanılmasının işverene önemli ölçüde zarar verebilecek nitelikte olması yeterlidir. Yoksa işçinin işverenin hem müşteri çevresi hem de iş veya üretim sırları hakkında bilgi sahibi olması zorunlu değildir⁴⁶⁶. Bununla birlikte, işçinin müşteri çevresine veya sırlara nüfuzu koşuluyla bu bilgilerin kullanılmasının işverenin önemli bir zararına sebebiyet verebilecek nitelikte olması birlikte (*kümülatif*) aranmaktadır. İşçi işverenin müşteri çevresine veya iş sırlarına nüfuz etse dahi işverenin önemli bir zarara uğrama olasılığı yoksa rekabet yasağı kaydının bağlayıcılığından söz edilemez. Rekabet yasağı kaydının bağlayıcılık koşulunun gerçekleştiğini ispat yükü işverene aittir. İşveren rekabet yasağıyla ilgili haklı menfaatinin varlığını genel ispat kurallarına çerçevesinde kanıtlayacaktır⁴⁶⁷. Buna göre, işçinin müşteri çevresi veya iş/üretim sırları hakkında bilgi sahibi olduğu

⁴⁶³ İsviçre Uzmanlar Komisyonu tarafından 1909 tarihinde yayınlanan taslakta yer alan tek koşul işçinin iş sırlarına nüfuzuydu. Müşteri çevresine nüfuz şartı, tasarıya parlamentoda yapılan müzakereler sırasında ilave edildi. İsviçreli yazar *Bohny*, Uzmanlar Komisyonu'nun bu ikinci kavrama haklı olarak yer vermediğini, zira iş sırları kavramının işverenin korunmaya değer müşteri çevresini de *a fortiori* kapsadığını ileri sürmüştür. Ayrıntılı bilgi için bkz. *Bohny*, s. 89.

⁴⁶⁴ *Haefliger*, s. 33.

⁴⁶⁵ *Bohny*, s. 90.

⁴⁶⁶ Öğretide, haklı olarak, yürürlükten kalkan Borçlar Kanunu'nun 348. maddesinin 2. fıkrasında "ve" bağlacının kullanılmasından işçinin işverenin hem müşteri çevresine hem de iş sırlarına nüfuz etmesinin zorunlu olduğu gibi bir sonuç çıkarılamayacağı, rekabet yasağı kaydının geçerliliği için söz konusu koşullardan sadece birinin gerçekleşmesinin yeterli olduğu, kaldı ki İsviçre Borçlar Kanunu'nun mülga 348. maddesinin Almanca metninde de *oder* (veya) bağlacının kullanıldığı belirtilmiştir. 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle birlikte bu tartışma güncelliğini yitirmiştir. Bkz. *Soyer*, s. 49.

⁴⁶⁷ *Bohny*, s. 91.

ve bu bilgilerin kullanılmasının işverenin önemli bir zararına yol açabileceği işverence kanıtlanmalıdır. İşveren bu koşulların gerçekleştiğini kanıtlayamadığı takdirde rekabet yasağı kaydı bağlayıcı sayılmaz⁴⁶⁸.

a) İşçinin İşverenin Müşteri Çevresi Hakkında Bilgi Sahibi Olması

İsviçre öğretisinde müşteri çevresi kavramının rekabet yasağı kaydının geçerlilik koşullarıyla ilgili düzenlemeye dâhil edilmesinin yerinde olmadığını savunan görüşlere rastlanmaktadır⁴⁶⁹. Buna göre, müşteri çevresinin bir sınırlama ölçütü olarak benimsenmesi kesinlikle isabetli değildir. Zira işçilerin ezici bir çoğunluğu, işverenin müşteri çevresi hakkında şu veya bu şekilde bilgi sahibidir. Ayrıca işletmelerin müşteri çevresini genişletme amacıyla giriştikleri mücadele serbest rekabet esasına dayalı bir ekonomik düzenin vazgeçilmez bir ögesi olup, bu bağlamda müşteri çevresinin hukuk düzeni tarafından korunan bir değer olarak nitelendirilmesi mümkün değildir⁴⁷⁰. Hiç kuşku yok ki, müşteri çevresi işverenin maddi olmayan malvarlığının bir bölümünü oluşturmaktadır. Ne var ki temeli insani ilişkilere dayanan müşteri çevresi salt mameleki bir kavram olarak nitelendirilemez⁴⁷¹. Dolayısıyla hukuk düzeninin korumadığı bir değer olan müşteri çevresinin rekabet yasağını haklı kılan haklı işletmesel menfaatler arasında yer almaması gerektiği iddia edilmiştir⁴⁷².

İşçinin işverenin müşteri çevresi hakkında bilgi sahibi olmasının koşullarını irdelemeden önce, müşteri çevresi kavramı tanımlanmalıdır. Müşteri, işverenin ürettiği veya tedarik ettiği mal veya hizmetleri süreklilik arz edecek bir şekilde alan kişi olarak tanımlanmaktadır⁴⁷³. Benzer bir tanıma göre, işletmeyle belli bir süre ticari ilişkisi olan kişi topluluğuna müşteri çevresi denir⁴⁷⁴. Dolayısıyla işverenle sadece bir defaya özgü ticari ilişki kuran gerçek veya tüzel kişilerin müşteri olarak adlandırılmayacağı ifade edilmektedir⁴⁷⁵. Buna göre işverenle yalnızca bir kez ticari ilişkiye giren kişilerin müşteri kavramına dâhil edilmesinin çok fazla korumacı bir

⁴⁶⁸Bohny, s. 91.

⁴⁶⁹Bohny, s. 91.

⁴⁷⁰Bohny, s. 91; Pidoux, s. 23.

⁴⁷¹Pidoux, s. 23.

⁴⁷²Nitekim İsviçre Parlamentosu'ndaki müzakerelerde de tasarının müşteri çevresinden bir geçerlilik koşulu olarak söz etmesi tartışma konusu olmuştur. Bohny, s. 91.

⁴⁷³Bohny, s. 92; Haefliger, s. 32.

⁴⁷⁴Pidoux, s. 23.

⁴⁷⁵Bohny, s. 93.

yaklaşım olduğu ve böyle bir yaklaşımın serbest piyasa ekonomisinin ruhuyla bağdaşmadığı belirtilmektedir⁴⁷⁶. Buna karşılık, işletmenin peştemaliyesinin (*goodwill*) bir bölümünü oluşturan ve devir halinde işletmenin diğer unsurlarıyla birlikte devralana geçen kişi topluluğu ise müşteri çevresidir⁴⁷⁷. Müşteri olarak nitelendirilemeyecek kişilerin kimler olabileceği hususunda ise çeşitli örnekler verilmektedir. İlk olarak, potansiyel müşterilerin TBK m. 444/2 anlamında müşteri sayılmasının uygun olmadığı öne sürülmektedir⁴⁷⁸. Öte yandan bir kişinin müşteri olarak nitelendirilmesinin ana koşulu, söz konusu kişinin işletmeyle tekrarlanan ticari ilişkiler kurmasıdır⁴⁷⁹. Bu koşul, müşterilerine yalnızca bir kere veya uzun aralıklarla mal veya hizmet arz eden işletmeler açısından özel bir öneme sahiptir⁴⁸⁰. Örnek olarak, elektrik süpürgesi satın alan kişilerin hukuki anlamda müşteri olmadığına işaret edilmektedir⁴⁸¹. Zira böyle bir malın alıcısının kısa veya orta vadede aynı firmayla benzer bir hukuki ilişkiye girmesi olağan dışı sayılmaktadır⁴⁸². Buna karşılık İsviçre Federal Mahkemesi, merkezi ısıtma sistemleri satan bir firmanın da Borçlar Kanunu'nun 340. maddesi çerçevesinde bir müşteri çevresine sahip olduğuna hükmetmiştir. Federal Mahkeme'ye göre, alıcılarla işletme arasındaki ilişki, merkezi ısıtma sisteminin kurulmasıyla sona ermemekte; sistemi kuran işçi tarafından yapılan bakım, tamir ve yenileme işlemlerinden dolayı söz konusu ilişki devam etmektedir. Bundan dolayı, somut olayda alıcılarla işveren arasında esasen sürekli bir ilişkinin var olduğu ileri sürülmüştür⁴⁸³.

Müşteri çevresi kavramının hukuki sınırlarının çizilmesinde, işçinin işe başlamasından önce işverenin hazır bir müşteri kitlesine sahip olması veya müşteri çevresinin iş ilişkisinin devam ederken edinilmesi önemli olmayıp, müşteriyle işveren arasındaki ticari bağın işçinin iş sözleşmesinin sona erdiği tarihte sürmesi yeterlidir⁴⁸⁴. İsviçre öğretisinde bir görüş, kamusal müşterilerle özel müşteriler

⁴⁷⁶ *Pidoux*, s. 26.

⁴⁷⁷ *Bohny*, s. 92; *Haefliger*, 32. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi'nin çok eski tarihli bir kararında müşteri çevresi kavramıyla işletmeyle ticari ilişki kuran herkesin değil, yalnızca işverenin gayri maddi malvarlığının bir bölümünü oluşturan ve işletmeyle birlikte devredilen hâlihazırdaki alıcıların kastedildiği belirtilmektedir. RO 55 II 258 = JT 1930 I 578 (*Pidoux*'dan naklen, s. 24).

⁴⁷⁸ *Bohny*, s. 93; *Haefliger*, 34.

⁴⁷⁹ *Bohny*, 93; *Haefliger*, 33.

⁴⁸⁰ *Bohny*, 93.

⁴⁸¹ *Haefliger*, s. 33.

⁴⁸² Bununla beraber, değinilen makine ve aletleri daha sık satın alan kişilerin müşteri kavramına dahil edilmesi uygun olur.

⁴⁸³ BGE 81 II 153 (*Haefliger*'dan naklen, 33)

⁴⁸⁴ *Haefliger*, 34.

arasında ayırma gitmekte; avukat-müvekkil veya hekim-hasta örneklerindeki gibi karşılıklı güvene dayalı bir sözleşmenin tarafını özel müşteri, daha geniş toplum çevreleriyle temasa geçen işletmelerin müşterilerini ise kamusal müşteri olarak tanımlamaktadır⁴⁸⁵. Buna karşın, İsviçre öğretisi ve içtihadında baskın görüş, bu ayırımın pratik bir öneminin olmadığı ve müşteri çevresinin sır teşkil etmesinin zorunlu olmadığı yönündedir⁴⁸⁶. Öte yandan İsviçre Federal Mahkemesi'nin yakın tarihli kararlarında, yalnızca müşterileri şahsen tanıyan ve söz konusu kişisel ilişki sayesinde müşterilerin niteliklerini ve ihtiyaçlarını öğrenen işçilerin işverenin müşteri çevresine nüfuz etmiş sayılacağına hükmedilmiştir⁴⁸⁷. Fransız Yargıtayı da 1995 tarihli bir kararında, bir birahane çalışan garsonun iş sözleşmesi sona erdikten sonra bir yıl boyunca şehirdeki diğer birahanelerde çalışmasını engelleyen rekabet yasağı kaydını geçerli kabul etmiştir. Somut olayda her ne kadar müşterilerinin ayarılmasından ötürü işverenin zarara uğrayacağı kanıtlanmamış olsa da işçinin görev tanımı nedeniyle müşteri çevresini tanınmasının işverenin meşru menfaatlerinin korunması yönünden yasağı haklı kıldığı ifade edilmektedir⁴⁸⁸.

Yargıtay kararlarında TBK m. 444/2'de geçen '*müşteri çevresi*' kavramının neyi ifade ettiği ve işçinin hangi durumlarda işverenin müşteri çevresine nüfuz etmiş sayılacağı hususunda herhangi bir açıklık yoktur. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin rekabet yasağı kaydıyla ilgili bazı kararlarının bozma gerekçelerinde, işçinin görevi itibarıyla davacı işverenin müşterilerini tanımak gibi bir konumunun bulunup bulunmadığının dosya içeriğinden anlaşılamadığı ve işçinin böyle bir konuma sahip olup olmadığının uzman bilirkişi incelemesi aracılığıyla saptanması gerektiğine de yer verilmiştir⁴⁸⁹. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin gerekçeli bir onama kararında ele

⁴⁸⁵ *Pidoux*, s. 23 vd.

⁴⁸⁶ *Haefliger*, s. 32.

⁴⁸⁷ ATF 4C.360/2004; ATF 101 Ia 450; (*Rudolph*, La problématique de la prohibition de faire concurrence'dan naklen, s. 94. dn. 4). (Makalenin Almanca metni için bkz. Fokus Arbeitsrecht: Sorgenkind Konkurrenzverbot, TREX 2010 s. 88-92)

⁴⁸⁸ Cass. soc. 5.1.1995, n°1008 (*Signoretto*'dan naklen, s. 235)

⁴⁸⁹ "...*Davalı işçinin yaptığı görevi itibarıyla davacı işverenin müşterilerini tanımak veya işlerin esrarına nüfuz etmek gibi Borçlar Kanununun 348.maddesinde belirtilen bir konumunun bulunup bulunmadığı dosya içeriğinden anlaşılamamaktadır. Gerçekten anılan madde hükmüne göre rekabet yasağı sözleşmesinin yapılabilmesi için belirtilen hususların varlığı gerekir...Mahkemece, taraflardan bu yönde delilleri sorularak, gerekirse konunun uzmanı olan bir bilirkişiden belirtilen hususlarda bir rapor alınmalı, bilirkişi görüşü ile birlikte dosya kapsamı yeniden bir değerlendirmeye tabi tutularak sonuca gidilmelidir. Eksik incelemeyle karar verilmesi hatalı olmuştur...*" (Yarg. 9. HD., 8.6.2004, 18581/14299, www.legalbank.net)
 "...*Mahkemece Borçlar Kanununun m. 348'in öğelerinin gerçekleşip gerçekleşmediği araştırılmamıştır. Başka bir anlatımla, davacının iş sahibinin müşterilerini tanıyıp tanımadığı, işyerinde yapılan işin sınırlarına sahip olup olmadığı ve son olarak da bu durumdan bir zarara*

aldığı rekabet yasağı kaydı, EBK m. 349'deki (TBK m. 445/1) şartları taşımadığından ve davalının iş sözleşmesinin haksız neden olmaksızın feshedildiğinden geçersiz sayılmakla birlikte, olay işverenin makine satış ve tanıtım sorumlusu unvanına sahip davalı işçinin müşterilerini tanıdığına ilişkin iddiası ve davalının savunması yönünden dikkat çekicidir⁴⁹⁰. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 2008 tarihli bir kararında ise, hemşire olarak iş gören davacının çalıştığı konum itibarıyla işverenin müşterilerini tanınmasının ve iş sırlarını bilmesinin olanaksız olduğu ve işverene önemli bir zarar verme olanağının da bulunmadığı belirtilerek davacı işverenin rekabet yasağı kaydına ilişkin ceza koşulu talebi reddedilmiştir⁴⁹¹.

Rekabet yasağının geçerliliğini iş ilişkinin işçiye işverenin müşteri çevresi hakkında bilgi sahibi olması koşuluna bağlayan düzenleme iki aşamalı bir şekilde değerlendirilmeli, bu doğrultuda öncelikle müşteri çevresi kavramı açıklığa kavuşturulmalıdır. Belirtelim ki, TBK m. 444/2'de geçen 'müşteri çevresi' deyimini

sebebiyet verip veremeyeceği anlaşılamamaktadır. Eksik inceleme sonucu verilen karar hatalı olup bozmayı gerektirmiştir..." (Yarg. 9. HD., 13.2.2006, 18581/14299, www.legalbank.net)
 "...Borçlar Kanununun 348.maddesinin 2.fıkrasında, "Rekabet memnuniyetine dair olan şart, ancak işçinin müşterileri tanınmasından ve esrara nüfuzundan istifade ederek iş sahibine hissolanacak derecede bir zarar husulüne sebebiyet verebilecek ise, caizdir" şeklinde kurala yer verilmiştir. Somut olayda işyerinde müfettiş yardımcısı olarak çalışan davalının müşterileri tanıma, işin sırrına vakıf olma ve en nihayet işverenin hissolanabilecek bir zararına neden olabilmesi yönlerinden gerekli inceleme yapılmamıştır. Konunun uzmanı olan bir bankacı bilirkişiden rapor alınmalı ve davalı işçinin davacı bankadaki çalışma sistemi belirlenerek Borçlar Kanununun 348/2.fıkrası hükmü doğrultusunda ceza şartın geçerli olup olmayacağı mahkemece bir değerlendirmeye tabi tutulmalıdır. Eksik incelemeyle karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir..." (Yarg. 9. HD., 23.5.2006, 6891/15193, www.legalbank.net)

⁴⁹⁰ "...Davacı vekili, müvekkili şirketin tekstil makineleri imalat ve pazarlaması ile iştigal ettiğini, davalının ise müvekkili bünyesinde makine satış ve tanıtım sorumlusu olarak çalışırken bütün ticari sırları öğrenip, müşterileri tanıdığını, elde ettiği bilgileri müvekkili şirketten ayrılıp aynı konuda şirket kuran kişilerle gizlice paylaştığını, bu nedenle iş akdine son verilen davalının aynı şirkette çalışmaya başladığını, müvekkilinin ürettiği makinelerin benzeri olan makineleri müvekkilinin müşteri potansiyeline pazarladığını, bu eylemlerinin haksız rekabet olduğunu, aynı zamanda davalının çalışırken imzalamış olduğu Ticari ve Teknik Bilgi Taahhütnamesine de aykırı davranmış olduğunu ileri sürerek, haksız rekabet nedeniyle uğranılanTL. maddi ve ...TL. manevi tazminatın davalıdan tahsilini talep ve dava etmiştir. Davalı vekili, müvekkilinin davacı şirketten ekonomik kriz nedeniyle çıkarıldığını, diğer bir şirketle gizli işbirliğinin bulunmadığını, yenı çalıştığı firmanın katıldığı fuarlarda edinilen müşterilere pazarlama yapıldığını, serbest piyasa koşullarında çalışıldığını, taahhütnamenin zorla imzalatılmış olduğunu, salt aynı iş kolunda çalışıyor olmanın haksız rekabet sayılamayacağını savunarak davanın reddini istemiştir..." (Yarg. 11. HD., 2.6.2005, E:2004/7838 K:2005/5737, www.legalbank.net)

⁴⁹¹ "...Somut olayda davacının 15.09.2000 tarihinde çalışmaya başladığı halde iş sözleşmesinin 1.12.2003 tarihinde imzalandığı anlaşılmaktadır. Davacı hemşire olup hizmet ilişkisinin sonradan imzalanan sözleşme ile belirli süreli hale dönüşmesi için objektif nedenler bulunmamaktadır. Bu nedenle davacının belirsiz süreli akitle çalıştığı kabul edilerek 7 maddede düzenlenen ceza şartı hükmedilemez. Davacının çalıştığı konum itibarıyla işverenin ilişkide olduğu müşterileri tanıması ve görülmekte olan işin bütün ayrıntılarına ulaşma imkanı olmadığı, işverene önemli bir zarar verme olanağı bulunmadığı da açıktır. Dolayısıyla sözleşmenin 12. maddesinde değerlendirilen rekabet yasağına dair ceza şartının da reddi gerekmektedir..." (Yarg. 9. HD., 13.6.2008, E: 2007/19368 K:2008/15558, www.legalbank.net)

sözlükteki müşteri kavramından son derece farklı olup, günlük kullanımda müşteri ve alıcı sözcükleri aynı kavrama tekabül etmektedir⁴⁹². Oysa bir işletmeden yalnızca bir defa mal veya hizmet alan kişiler TBK m. 444/2 anlamında müşteri sayılmamaktadır. İsviçre öğretisi de müşteriye işletmeyle belli bir süre boyunca ticari ilişki kuran kişiler topluluğu olarak tanımlamaktadır. Şu halde bir işletmeden belli bir süre boyunca düzenli bir şekilde mal veya hizmet alan gerçek veya tüzel kişiler, söz konusu işletmenin müşteri çevresidir. İşletmenin ticari faaliyetlerini sürdürebilmesi ise müşteri çevresinin muhafaza edilmesine bağlıdır. Bundan dolayı işletmelerin odaklandığı temel noktalardan biri; müşteri memnuniyetini sağlamak ve var olan müşteri çevresinin rakip işletmelere kaymasını engellemektedir. Başka bir anlatımla işletme, bir yandan müşteri çevresini genişletmeye çabalarken, diğer yandan da mevcudu korumaya gayret eder. Ne var ki firmalar arası rekabetin ana konularından biri müşteri çevresi olup, aynı müşteri çevresine hitap eden işletmelerin birbirlerinin müşterilerini kapma amacıyla giriştikleri mücadele serbest rekabeti esas alan ekonomik düzenin ayrılmaz bir parçasıdır. Dolayısıyla işletmenin rakip firmanın müşteri çevresini ayartma girişimleri kural olarak caiz sayılmaktadır; yeter ki işletme haksız rekabet oluşturan fiiler işlemesin.

Bununla beraber iş ilişkisi sırasında işverenin müşteri çevresi hakkında bilgi sahibi olan bir işçinin işten ayrıldıktan sonra eski işverenlerinin müşterilerini bizzat kurduğu veya çalışmaya başladığı rakip bir işletmeye yönlendirmesi olasılığı yadsınmamalıdır. İşverenin böyle bir tehlikeyi bertaraf etmek için başvurabileceği tek yöntem, müşteri çevresine nüfuz etme ihtimali söz konusu olan işçinin iş sözleşmesine konulacak bir rekabet yasağı kaydıyla işçinin iş ilişkisinin sona ermesinin ardından kendi hesabına rakip bir işletme açmasını veyahut var olan rakip bir işletmeyle iş sözleşmesi akdetmesini yasaklamaktan ibarettir. Ancak böyle bir rekabet yasağı kaydının hüküm ifade edebilmesi için işçinin iş ilişkisi sırasında işverenin müşteri çevresine nüfuz etmiş olması şarttır. Peki, işçi müşteri çevresine ne zaman nüfuz etmiş sayılır? Gerçekten çoğu işçi yanında çalıştığı işverenin müşterilerinin bir kısmını veya tamamını tanımaktadır. Oysa böyle bir tespitten yola çıkarak işverenin müşterilerini tanıyan her işçiyle rekabet yasağı kaydı kararlaştırılabileceği kesinlikle söylenemez. Örneğin gsm sektöründe faaliyet gösteren işçilerin azımsanmayacak bir bölümü abonelere ilişkin datalara

⁴⁹² Türkçe Sözlük, Gözden Geçirilmiş Beşinci Baskı, Türk Dil Kurumu Yayınları, Ankara 1969, s. 547.

erişebilmektedir. Ne var ki salt söz konusu işçilerin belirtilen datalara erişim olanağına sahip olmasından hareketle datalara erişebilen işçilerin rakip bir işletmede çalışmasının yasaklanması kabul edilemez. Zira anılan işçinin pozisyonu itibarıyla işverenin müşteri çevresini rakip bir işletmeye yönlendirebilme imkânı bulunmamaktadır. O halde işçinin işverenin müşteri çevresi hakkında bilgi edinmesinden kasıt, işçinin müşterileri kendi hesabına açacağı veya iş sözleşmesiyle çalışacağı rakip bir işletmeye yönlendirme imkânını haiz olup olmadığıdır. Üst düzey yönetici konumundaki kimi işçilerin böyle bir olanağına sahip olduklarından kuşku duyulmamalıdır. Nitekim işletmenin bütününe sevk ve idare eden işveren vekili ve yardımcılarıyla kurumsal müşteriler arasında özel bir ilişkinin var olduğu yadsınmaz. Öte yandan işverenin müşteri listelerini gizli tuttuğu ve yalnızca çok az sayıda işçinin erişimine açtığı durumlar da unutulmamalıdır. Buna göre, işçinin işverenin müşteri çevresine nüfuz etme yetisine sahip olup olmadığına karar verecek hâkim, işçinin ifa ettiği iş görme ediminin niteliği ve sahip olduğu görev tanımı itibarıyla eski işverenin müşterilerini ayartıp ayartamayacağını tespit etmelidir. Burada öncelikle işçinin görev tanımı ve böyle bir görev tanımına sahip işçinin müşterilerle kurduğu kişisel ilişkinin düzeyi irdelenmelidir. Yoksa işçinin müşterileri tanınması, rekabet yasağı kaydının geçerliliği için tek başına yeterli değildir. Müşterileri ayartma olanağına sahip işçilerin genellikle üst düzey yönetici unvanına sahip olduğu doğru olmakla birlikte, daha alt düzeydeki kimi işçilerin de işverenin müşteri çevresine nüfuz edebilme ve müşterileri ayartabilme potansiyelinin bulunduğu kesinlikle göz ardı edilmemelidir. Örnek verilecek olursa, bankaların ticari veya bireysel müşteri temsilcileri banka hiyerarşisinin en altında yer alan işçiler arasındadır. Ancak müşteri temsilcileri, temsilciliğini üstlendiği mevduat sahipleriyle pozisyonları gereği yoğun bir kişisel ilişki kurmakta ve söz konusu müşterilerle ilgili tüm kişisel bilgileri öğrenmektedir. Nitekim iş sözleşmesini feshederek başka bir bankaya geçen böyle bir işçi bakımından önceki bankanın müşterilerinin yeni bankaya yönlendirilmesi oldukça kolaydır. Dolayısıyla alt düzey personel konumundaki bireysel veya ticari müşteri temsilcilerinin iş sözleşmelerinde yer alan rekabet yasağı kayıtları geçerli sayılmalıdır. Tartışılması gereken diğer bir husus ise, kişisel özellik ve yetenekleri sayesinde işletmeye yeni müşteriler kazandıran işçilerin durumudur. Müşteri çevresini genişletmek ve yeni müşteriler kazanmak isteyen işverenin kullanabileceği yöntemlerden biri, özel yeteneklere veya bilgi donanımına sahip başarılı bir işçiyi istihdam etmektir. Sırf böyle bir işçinin varlığı sayesinde

işveren yeni müşteriler elde edecektir. Örneğin lüks bir restoranın çok ünlü bir aşçıyı işe alması ve bu sayede müşteri çevresini genişletmesi böyledir. Gerçekten bu durumda bahsedilen aşçının istihdamıyla müşterilerin artması arasında mutlak bir illiyet bağı bulunmaktadır. Aşçının restoranda çalışması adeta yeni müşterilerin de varlık nedenidir. Kanaatimizce müşterilerle işçi arasında bu gibi bir bağın mevcut olduğu hallerde kararlaştırılan rekabet yasağı kayıtları geçersizdir. Çünkü böyle bir durumda işçinin kişiliğini müşteri çevresinden ayırt etmek neredeyse olanaksızdır.

b) İşçinin İşverenin İş/Üretim Sırları Hakkında Bilgi Sahibi Olması

818 sayılı eski Borçlar Kanunu'nda rekabet yasağı kaydının, ancak işçinin müşterileri tanimasından ve sırlara nüfuzundan istifade ederek işverene hiss olunacak derecede bir zarar verebilecek nitelikteyse geçerli olduğu öngörülmüştü (m. 348/2). 6098 sayılı Borçlar Kanununda ise rekabet yasağı kaydının, ancak iş ilişkisi işçiye müşteri çevresi ya da üretim sırları ya da işverenin yaptığı işler hakkında bilgi edinme imkânı sağlaması ve aynı zamanda bu bilgilerin kullanılması işverenin önemli bir zararına sebep olacak nitelikteyse geçerli olacağı ifade edilmiştir (TBK m. 444/2). Her iki yasal düzenleme arasında göze çarpan en önemli fark, yürürlükten kalkan 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda işçinin sırlara nüfuzundan bahsedilirken 6098 sayılı Borçlar Kanununda işçinin üretim sırları ya da işverenin yaptığı işler hakkında bilgi sahibi olmasından söz edilmesidir. Mevzuatın İsviçre Borçlar Kanunu'nun Almanca metninde rekabet yasağı kaydının ancak iş ilişkisi işçiye müşteri çevresi veya üretim ve iş sırları (*Fabrikations-und Geschäftsgeheimnisse*) hakkında bilgi edinme olanağı sağlıyorsa ve bu bilgilerin kullanılması işverene önemli bir zarar verebilecek nitelikteyse bağlayıcı olduğu kurala bağlanmıştır (İBK m. 340/a). Kanunun Fransızca metninde de rekabet yasağının ancak iş ilişkisinin işçiye işverenin müşteri çevresi veya üretim sırları (*secrets de fabrication*) veya iş sırları (*secret d'affaires*) hakkında bilgi edinme imkânı sağlıyorsa ve bu bilgilerin kullanılması işverenin önemli bir zararına sebep olabilecek nitelikteyse geçerli olacağı belirtilmektedir. Anlaşılabileceği üzere, Türk Borçlar Kanunu'nun 444. maddesinin düzenlenmesinde İsviçre Borçlar Kanunu'nun Fransızca metni göz önünde tutulmuştur. Ne var ki İsviçre Borçlar Kanununun Fransızca metni çevrilirken çok fahiş bir hata yapılmış, fıkradaki '*işverenin iş sırları*' (*secrets d'affaires de l'employeur*) deyimini '*işverenin yaptığı işler*' şeklinde tercüme edilmiştir. Gerçekten '*işverenin yaptığı işler*' ibaresi

iş sırları kavramından son derece farklı olup, işverence yürütülen tüm iktisadi ve ticari faaliyetleri kapsamaktadır. İşçilerin aşağı yukarı tamamı, yanında çalıştıkları işverenin söz konusu iktisadi ve ticari faaliyetleri hakkında bilgi sahibidir. Kaldı ki işverenin yaptığı işler rakip işletmelerin de bilgisi dâhilinde olduğundan işletmenin mutlak faaliyetlerini bilen işçilerin rakip bir işletmeye geçmesinin veya kendi hesabına rakip bir işletme açmasının yasaklanmasında işverenin herhangi bir haklı ticari menfaatinden söz edilemez. Şu halde Türk Borçlar Kanunu'nun 444/2. maddesinde geçen '*işverenin yaptığı işler*' deyimıyla İsviçre Borçlar Kanunu'ndaki '*iş sırları*' (*Geschäftsgeheimnisse/secret d'affaires*) kavramının anlatılmak istendiği ortadadır.

İlk olarak, üretim sırrı ve iş sırrı kavramları açıklanmalıdır. Bu noktada, iş mevzuatında iş sırrı veya benzer deyimlerin geçtiği çeşitli düzenlemelerin varlığı anımsatılmalıdır. İş Kanunu'nun 25. maddesinde "...*işçinin, işverenin güvenini kötüye kullanmak, hırsızlık yapmak, işverenin meslek sırlarını ortaya atmak gibi doğruluğa ve bağlılığa uymayan davranışlarda bulunması...*" işveren açısından haklı nedenle derhal fesih nedenleri arasında sayılmıştır (İK m. 25/II, e). Borçlar Kanunu'nun özen ve sadakat borcu başlıklı maddesine göre; işçi, iş gördüğü sırada öğrendiği üretim ve iş sırları gibi bilgileri, hizmet ilişkisinin devamı süresince kendi yararına kullanmamakla veya başkalarına açıklamamakla yükümlüdür (TBK m. 397/4). Oysa ne Borçlar Kanunu'nun rekabet yasağı kaydına ilişkin düzenlemesinde ne de yukarıda aktarılan diğer yasa hükümlerinde iş veya üretim sırrının ne anlama geldiğiyle ilgili olarak herhangi bir açıklık mevcut değildir. Bununla birlikte, öğretide iş sırrı; 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, işverenin de başkaları tarafından öğrenilmesini istemediği, saklı kalmasında haklı bir menfaatinin bulunduğu, basitçe ve kolaylıkla öğrenilemeyecek her türlü bilgi olarak tanımlanmaktadır⁴⁹³. Öte yandan iş sırrı kavramının, İsviçre'de de yasal bir tanımı yoktur⁴⁹⁴. İsviçre hukukunda iş ve üretim sırları kavramının sübjektif ve objektif unsurları içerdiği kabul edilmektedir. İş ve üretim sırrının sübjektif unsurunu, işverenin bir olguyu gizli tutma iradesi

⁴⁹³ Uşan, M. Fatih: İş Hukukunda İş Sırrının Korunması (Sır Saklama ve Rekabet Yasağı), Seçkin, Ankara 2003, 29 vd. Yazar iş sırrının unsurlarını; sırrın niteliği, iş ile ilgili olması, işverenin gizli tutma iradesi ve işverenin haklı bir menfaatinin bulunması olarak sıralamaktadır.

⁴⁹⁴ Pidoux, s. 22.

oluşturmaktadır⁴⁹⁵. İşverenin iradesini açıkça dışa vurması şart olmayıp, olayların akışından işverenin böyle bir iradesinin varlığının bulunduğu anlaşılması yeterlidir. Önemli olan işverenin iradesinin bu yönde olduğunun işçi tarafından fark edilebilir olmasıdır⁴⁹⁶. İş ve üretim sırları kavramının objektif unsuru, sırrın işverene ait olmasıdır. Bu unsurun, işyerinde üretilen her şey için geçerli olduğu belirtilmektedir⁴⁹⁷. Ayrıca işverenin sır saklamakta objektif haklı bir menfaatinin de bulunması şarttır. Sırrın işveren için ekonomik bir değer taşıdığı ve sır ifşa edildiğinde işverenin ekonomik açıdan zarar göreceği hallerde, işverenin sırrın saklanmasında objektif haklı bir menfaatinin bulunduğu kabul edilmektedir⁴⁹⁸. Nihayet gerçek bir sır söz konusu olmalıdır. Buna göre, sırrın sadece aynı menfaat çevresine mensup az sayıda kişi tarafından bilinmesi gerekir⁴⁹⁹. Dolayısıyla bilgi veya üretim tekniğinin sınırsız sayıda kişinin erişimine açıldığı durumlarda ortada bir sır bulunmamaktadır. Ancak belli bir çaba sonucu keşfedilebilen bilgilerin iş sırrı niteliği taşıdığı kuşkusuzdur. Buna karşılık, işin içinde olmayan kişilerin dahi kolaylıkla erişebileceği bilgilerin sır olarak nitelendirilemeyeceği belirtilmektedir⁵⁰⁰. Öte yandan bir bilginin veya iş veya üretim sırrı olarak kabul edilebilmesi için söz konusu bilginin fikri veya sınaî mülkiyete konu olması da zorunlu değildir⁵⁰¹. İşverenin gizli tutmayı amaçladığı teknik, örgütsel ve finansal nitelikteki her çeşit özel bilgi iş veya üretim sırrı sayılabilir⁵⁰².

Kısacası iş sırrı kavramı, üçüncü kişilerce ve özellikle rakip işletmelerce öğrenilmesi istenmeyen, işletmeye ait tüm özel ticari ve teknik bilgileri kapsamaktadır⁵⁰³. Örneğin müşteri listeleri, tercihli tarifeler ve pazarlama stratejileri iş sırları arasında yer almaktadır⁵⁰⁴. Başka bir deyişle, işletmenin ticari organizasyonunu ve ticari ilişkilerini ilgilendiren olgulara iş sırrı sayılır⁵⁰⁵. Belli ürünlerin imalatına yönelik yöntemler ve laboratuvar sonuçları ise, üretim sırları

⁴⁹⁵Bohny, s. 103. Haefliger, s. 34; Pidoux, s. 22.

⁴⁹⁶Haefliger, s. 34.

⁴⁹⁷Haefliger, s. 34.

⁴⁹⁸Bohny, s. 103. Haefliger, s. 35; Pidoux, s. 22.

⁴⁹⁹Haefliger, s. 35; Pidoux, s. 22.

⁵⁰⁰Haefliger, s. 35.

⁵⁰¹Rudolph, s. 2. dp. 5.(Makalenin Almanca metni için bkz. Fokus Arbeitsrecht: Sorgenkind Konkurrenzverbot, TREX 2010 s. 88-92)

⁵⁰²Rudolph, s. 2. dp. 5.(Makalenin Almanca metni için bkz. Fokus Arbeitsrecht: Sorgenkind Konkurrenzverbot, TREX 2010 s. 88-92)

⁵⁰³Pidoux, s. 22.

⁵⁰⁴Pidoux, s. 22; Rudolph, s. 2. dp. 5.(Makalenin Almanca metni için bkz. Fokus Arbeitsrecht: Sorgenkind Konkurrenzverbot, TREX 2010 s. 88-92)

⁵⁰⁵Haefliger, s. 35.

olarak adlandırılmaktadır⁵⁰⁶. İşçinin mesleki deneyiminin sonucu olan bilgi ve tekniklerle kişisel bilgilerin ise kesinlikle iş sırrı olarak nitelendirilemeyeceği vurgulanmaktadır⁵⁰⁷. Zira işverenin zarar görmesi söz konusu dahi olsa, işçinin iş görme edimi sayesinde kazandığı deneyimi iş ilişkisinin sona ermesinden sonra belli bir ölçüde kullanabileceği dile getirilmektedir⁵⁰⁸. Burada iş sırrının geniş kapsamlı bir korumadan yararlanmasını arzulayan işverenin menfaatiyle deneyimini iş ilişkisinin sona ermesinin sonra da kullanmak isteyen işçinin menfaatinin çatıştığı belirtilmelidir⁵⁰⁹. İsviçre öğretisinde, ortada işçinin mesleki deneyimiyle bağlantılı bir olgunun mu yoksa gerçek bir iş sırrının mı bulunduğu somut olaya göre değerlendirilmesinin uygun olacağı ifade edilmektedir⁵¹⁰. Ayrıca işçinin mesleki deneyimine dayanan bilgilerin sadece işverene ait belli işletmelerde değil, fakat aynı sektördeki diğer işletmeler tarafından da kullanıldığı hatırlatılmaktadır⁵¹¹. Öte yandan sektöre özgü genel bilgilerin rekabet yasağı kaydının sağladığı hukuki korumadan yararlanmasının asla mümkün olmadığı iddia edilmektedir⁵¹². Rekabet yasağı kaydıyla güvence altına alınabilecek iş sırlarına, işverence bilinen ve işverenin sözleşme nedeniyle saklamayı taahhüt ettiği üçüncü kişilere ait sırlar da dâhildir⁵¹³. Özellikle işverenin, ifa yardımcılarının veya organların müşterilere ait sırlara yönelik ihlalleri nedeniyle genel hükümlere çerçevesinde sorumlu olduğuna işaret edilmektedir⁵¹⁴. İsviçre öğretisinde ve bazı yargı kararlarında iş sırrı kavramının geniş bir şekilde yorumlanmasından yana bir eğilim dikkat çekmekte olup, bu görüşü benimseyen yazarlara göre iş sırrı kavramını dar bir tarzda yorumlamak için ortada herhangi bir neden yoktur⁵¹⁵. Ne var ki iş sırrı kavramının geniş bir şekilde yorumlanmasının herhangi bir dogmatik temelden yoksun olduğunu savunan İsviçreli yazarlar da mevcuttur⁵¹⁶.

⁵⁰⁶Haefliger, s. 35; Rudolph, s. 2. dp. 5.(Makalenin Almanca metni için bkz. Fokus Arbeitsrecht: Sorgenkind Konkurrenzverbot, TREX 2010 s. 88-92)

⁵⁰⁷Haefliger, s. 35; Rudolph, s. 2. dp. 5.(Makalenin Almanca metni için bkz. Fokus Arbeitsrecht: Sorgenkind Konkurrenzverbot, TREX 2010 s. 88-92)

⁵⁰⁸Haefliger, s. 35.

⁵⁰⁹Haefliger, s. 35.

⁵¹⁰Haefliger, s. 35.

⁵¹¹Haefliger, s. 35.

⁵¹²Bohny, s. 103; Rudolph, s. 2. dp. 5.(Makalenin Almanca metni için bkz. Fokus Arbeitsrecht: Sorgenkind Konkurrenzverbot, TREX 2010 s. 88-92)

⁵¹³Bohny, s. 103; Uşan, İş Sırrının Korunması, s. 33.

⁵¹⁴Bohny, s. 103.

⁵¹⁵Pidoux, s. 22.

⁵¹⁶Bohny, s. 104.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 2004 tarihli bir kararında ele aldığı rekabet yasağı sözleşmesinde insan kaynakları müdürü olarak görev yapan işçi iş ilişkisinin sona erdiği tarihten itibaren iki yıl süre ile işverenle aynı işi yapan ve aynı alanda faaliyet gösteren bir firmada çalışmamayı, ortak olmamayı ve kendi adına iş kurmamayı, aksi takdirde 24 aylık brüt ücreti tutarında bir ceza şart ödemeyi taahhüt etmiştir. İlk derece mahkemesi davacının talebi doğrultusunda hüküm kurmuş, ancak Yargıtay davacının görevi itibariyle işverenin müşterilerini tanımak veya iş sırlarına nüfuz etmek gibi bir konumunun bulunup bulunmadığının dosya içeriğinden anlaşılamadığını belirterek yerel mahkemenin kararını bozmuştur⁵¹⁷. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 2006 tarihli bir kararında da yerel mahkemenin işçinin işverenin müşterilerini tanıyıp tanımadığını, işyerinde yapılan işlerin sırlarına sahip olup olmadığını ve son olarak bu durumun bir zarara neden olup olmayacağını araştırmadığı gerekçesiyle bozmaya hükmedilmiştir⁵¹⁸. Aynı tarihli bir diğer kararda ise bankada müfettiş yardımcısı olarak çalışan davalı işçinin müşterileri tanıyıp tanımadığı ve işin sırrına vakıf olup olmadığı ve nihayet işverenin önemli bir zararına sebebiyet verip veremeyeceği yönünden gerekli incelemenin yapılmadığı belirtilmiş; konunun uzmanı bankacı bir bilirkişiden rapor alındıktan ve davacı işçinin bankadaki çalışma sistemi belirlendikten sonra bir değerlendirmeye gidilmesi gerektiği ifade edilerek ilk derece mahkemesinin oy çokluğuyla bozulmasına karar verilmiştir⁵¹⁹. Buna karşılık karara ekli karşı oy yazısında müfettiş yardımcısı sıfatını haiz davacı işçinin konumunun diğer departmanlarda görev yapan banka çalışanlarına ve yöneticilere göre etkin olmadığı ve iş sırlarına vakıf olmayı gerektirmediği, dolayısıyla işçinin işvereni zarara sokacak nitelikte bir pozisyona sahip olmadığı belirtilerek davanın esastan reddedilmesi gerektiği savunulmuştur⁵²⁰.

⁵¹⁷ Yarg. 9. HD., 8.6.2004, 18581/14299, www.legallbank.com

⁵¹⁸ Yarg. 9. HD., 13.2.2006, E:2005/20733 K:2006/3050, www.legallbank.com

⁵¹⁹ Yarg. 9. HD. 235.2006, 6891/15193, www.legalbank.net.

⁵²⁰ Karşı oy yazısından: "...Davalının görevi, müfettiş yardımcılığı olup, bankacılık sektöründe bu görevin niteliği gereği, diğer departmanlarda görev yapan banka çalışanlarına ve yöneticilerine göre etkin değildir ve B.K.nun 348 nci maddesinde anlatılan ticari sırlara vakıf olmayı gerektirmemekte, dolayısıyla iş vereni zarara sokacak vasıfta bir görev değildir. Banka üst düzey yöneticisi, şube müdürü ve muhasebe müdürü gibi, banka sermayesi-müşteri portföyü, faiz politikası, gelir kaynakları, ticari sözleşmeler, teminat kaynakları ve mudi sayısı ve bunun gibi bankacılık ilişkilerine ve bilgilerine (sırlara) birebir girebilecek konumda bulunmadığından, daha ziyade batık krediler, istihbarat, soruşturmalar, hesap hataları, mükerrer ödeme gibi işleri soruşturduğundan, çalışma süresinin 2 yıl gibi kısa oluşu da göz önüne alınarak, iş akdini feshettiğinde, davacı bankaya ilişkin, bankacılık faaliyetleri ile ilgili "sır" derecesindeki bilgilere haiz olduğu düşünülmemelidir. Buna karşın, daire çoğunluk üyelerince, bozma ilamında araştırılması istenen, müfettiş yardımcısının mesaisini yaparken edineceği bilgilerin derecesi ve iş akdini erken feshetme ile bu bilgilerin rakip firmalarda göreve başladığında, ne derece eski işvereni zarara uğratacağı hususunda uygun tarafsız bilirkişiden görüş alındıktan sonra sonuca varılmasına dair bozma hükmü

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin diğ er bir kararında, hemş ire olarak ç alıř an iř ç inin iř verenin m ű řterilerini tanıma ve iř sırlarına n ű fuz etme olanađ ı bulunmadıđ ından s ű z edilerek iř verenin ceza koř ulu istemi reddedilmiř tir⁵²¹. Ő ğ retide rekabet yasađ ı kaydınn ın ancak, iř ç inin m ű řteri ç evresine veya iř sırlarına n ű fuz etme imkânına sahip bulunması nedeniyle iř verenin Ő nemli bir zarara uđ raması ihtimalinin varlıđ ı halinde bađ layıcı olduđ unu iliř kin d ű zenlemenin aynı zamanda alt kademedeki elemanlara rekabet yasađ ı getirilmesi imkânını Ő nemli Ő lç ű de bertaraf ettiđ i dile getirilerek karar isabetli bulunmuř tur⁵²². Bununla birlikte, yasal d ű zenlemeden yasađ ın bu durumda olan iř ç ilerinin t ű m ű n ű bađ lamadıđ ı y ű n ű nde bir genel sonu ç ç ıkarılamayacađ ı ve iř ç inin somut olayda m ű řteri ç evresine veya iř sırlarına n ű fuz edip etme imkânının bulunup bulunmadıđ ının belirleyici olduđ u vurgulanmaktadır⁵²³.

Aktarılan Yargıtay kararlarının hemen hemen tamamında dikkat ç eken nokta, iř g ű rme ediminin niteliđ inden ve g ű rev tanımından yola ç ıkararak iř ç inin iř verenin iř sırları hakkında bilgi sahibi olup olmadıđ ını saptama ç abasıdır. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi iř ç inin pozisyonundan (insan kaynakları m ű d ű r ű , hemş ire, m ű fettiř yardımıncısı) hareketle somut olaydaki iř ç inin iř sırlarına n ű fuz edip etmediđ inin tespit edilmesini istemektedir. Ő zel Daire yukarıda sunulan olguların b ű y ű k bir ç ođ unluđ unda iř ç inin iř sırları hakkında bilgi sahibi olup olmadıđ ının bilirkiři incelemesiyle belirlenmesi gerektiđ ine h ű kmetmiř , ancak bir olayda iř ç inin iř sırlarına n ű fuz edecek nitelikte bir g ű revinin bulunmadıđ ı gerekçesiyle yerel mahkemenin kararını esastan bozmuř tur. Kanaatimizce Yargıtay'ın t ű m bu kararlarda g ű zden kaç ırđ ıđ ı husus, iř ç inin iř sırları hakkında bilgi sahibi olduđ unu iliř kin ispat y ű k ű n ű n iř verenin ű zerinde olduđ udur. Gerç ekten korumaya deđ er bir iř veya űretim sırrının varlıđ ı ve iř ç inin bu sırra n ű fuz ettiđ ini kanıtlayacak olan taraf iř verendir⁵²⁴. İ ř veren, bu ç erç evede, iř veya űretim sırrı niteliđ indeki bilgi ve tekniklerin ana bař lıklarını ve rekabet yasađ ına tabi iř ç inin anılan bilgi veya tekniklere n ű fuz ettiđ ini ispatlamak zorundadır. Yoksa iř ç inin konumu itibariyle iř sırları hakkında bilgi sahip olduđ u y ű n ű nde soyut ve genel bir iddia yeterli deđ ildir. Elbette iř verenden iř sırlarının iç eriđ ini ifř a etmesi beklenemez. Ancak iř veren

kurulmuř tur. Tarafımızca azınlık g ű r ű ř ű olarak, bu tip bir arař tırma yapılmasına gereklilik bulunmamaktadır...”

⁵²¹ Yarg. 9. HD., 10.3.2008, E:2007/11865 K:2008/3993, www.legalbank.net

⁵²² *Soyer*, 2008 yılı kararları, s. 81.

⁵²³ *Soyer*, 2008 yılı kararları, s. 81.

⁵²⁴ *Bohny*, s. 108.

rekabet yasağı kaydıyla korumayı amaçladığı iş sırlarının neler olduğunu açıklamalıdır. Örneğin bankanın rekabet yasağı kaydıyla ‘*banka sermayesi-müşteri portföyü, faiz politikası, gelir kaynakları, ticari sözleşmeler, teminat kaynakları ve mudi sayısı*’ gibi iş sırlarının rakip işletmelerin eline geçmesini engellemeyi hedeflediğini ortaya koyması gerekir. Kuşkusuz banka sayılan sırların içeriğini, örneğin gelir kaynaklarının neler olduğunu beyan etmekle yükümlü tutulamaz. Rekabet yasağı kaydıyla korumak istediği bilgi yahut tekniğin iş veya üretim sırrı niteliği taşıdığını kanıtlayan işverenin ispatlayacağı ikinci vakıa, rekabet yasağına tabi işçinin iş ilişkisi sırasında söz konusu sırları öğrenmesidir. İşçinin görev tanımı ve iş görme ediminin türü iş veya üretim sırları hakkında bilgi sahibi olup olmadığı açısından çok önemli bir gösterge olmasına karşın, işçinin pozisyonundan yola çıkan bir yöntemin her zaman doğru sonuçlar verdiği söylenemez. Zira genellikle işletmesel sırlar hakkında bilgi sahibi olmayı gerektirmeyecek bir iş görme borcu ifa eden işçinin, nadiren dahi olsa, işverenin iş veya üretim sırlarına vakıf olması ihtimali göz ardı edilmemelidir⁵²⁵. Hâkim, işçinin iş ilişkisi sırasında işverenin iş veya üretim sırlarına nüfuz etme olasılığının varlığı konusunda bir kanaate varmadan önce; işçinin iş sözleşmesiyle üstlendiği iş görme ediminin tüm ayrıntılarını, tanık beyanlarını ve taraflarca sunulan yazılı delilleri çok titiz bir şekilde değerlendirmeli, gerekirse keşif yapmalı ve dosyayı uzman bir bilirkişi kuruluna tevdi etmelidir. Ne var ki hâkimin böyle davalarda bilirkişi incelemesine başvurması, mutlak bir kural olarak algılanmamalıdır. Bu bağlamda dosya içeriğinden ortada bir iş veya üretim sırrının bulunmadığı veya işçinin iş/üretim sırları hakkında bilgi sahibi olmadığı anlaşılıyorsa hakim bilirkişi incelemesine başvurmaksızın rekabet yasağı kaydının geçersizliğine karar verebilmelidir. Nitekim Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, isabetli olarak, hastanede hemşire olarak çalışan işçinin işverenin iş veya üretim sırlarına nüfuz edemeyeceği gerekçesiyle yerel mahkemenin kararını bozmuştur. Aksine Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, bankada müfettiş yardımcısı olarak iş gören davalı işçinin işverenin iş sırlarına nüfuz edip etmediğinin dosya içeriğinden tam olarak anlaşamadığı ve bu konuda uzman bir bilirkişiden rapor alınarak bir sonuca gidilmesi gerektiğini belirterek eksik inceleme gerekçesiyle ve oy çokluğuyla bozmaya hükmetmiştir. Yargıtay’ın yaklaşımını, en azından somut olay açısından paylaşmak mümkün değildir. Karşı oy yazısında da belirtildiği üzere, davalı işçinin müfettiş yardımcısı olarak çalıştığı ve görevi çerçevesinde batık krediler, istihbarat,

⁵²⁵ Benzer bir görüş için bkz. *Soyer*, 2008 yılı kararları, s. 81.

soruşturmalar, hesap hataları, mükerrer ödeme gibi işleri soruşturduğu; buna karşın, banka sermayesi-müşteri portföyü, faiz politikası, gelir kaynakları, ticari sözleşmeler, teminat kaynakları ve mudi sayısı gibi iş sırlarına vakıf olmadığı dosyadaki belgelerle sabittir. Dolayısıyla Yargıtay'ın somut olayda işçinin bankanın iş sırları hakkında bilgi sahibi olacak bir konumda olmadığından bahisle rekabet yasağı kaydının bağlayıcı olmadığına karar vermesi ve işverenin ceza koşulu talebini geri çevirmesi yerinde olacaktır. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin rekabet yasağı kaydına tabi bir insan kaynakları müdürüyle ilgili uyuşmazlıktaki tutumu da yerinde değildir. Zira insan kaynakları müdürünce öğrenilen bilgilerin (firmanın istihdam stratejisi, personelin özlük bilgileri vs.) rekabet yasağı kaydıyla korunabilecek bir iş sırrı olduğu söylenemez. O halde değinilen somut olayda, rekabet yasağı kaydı işçiyi bağlamamalıydı. Her halükârda iş veya üretim sırrının varlığıyla ve işçinin bu sırları öğrendiğiyle ilgili ispat külfetinin işverenin üzerinde olduğu asla unutulmamalı, rekabet yasağı kaydının haklı bir ticari menfaatini koruduğunun işverence somut vakıalarla ve delillere kanıtlanamadığı durumlarda söz konusu rekabet yasağı kaydından doğan dava derhal reddedilmelidir. Ortada bir iş veya üretim sırrının olup olmadığına karar verecek olan hâkim, her şeyden önce işverenin söz konusu bilgi veya tekniği gizli tutmayı isteyip istemediğini araştırmalıdır. Aralarında rakip işletmelerin de bulunduğu çok sayıda üçüncü kişinin bildiği bir bilgi veya tekniğin iş veya üretim sırrı karakteri taşıdığı söylenemez. Ekleyelim ki, herhangi bir bilgi veya tekniğin iş veya üretim sırrı olarak adlandırılabilmesi için değinilen bilgi veya tekniğin işletme içinde sınırlı sayıda bir kişi topluluğu veya dar bir çevre tarafından bilinmesi şarttır. Gerçekten çok sayıda işçi tarafından bilinen bir bilgi veya olgu iş sırrı sayılamaz⁵²⁶. Bunun yanı sıra, işverenin iş sırrı olarak nitelendirilen bilginin ifşa olmaması amacıyla ne gibi tedbirler aldığı da çok önemlidir. İşveren böyle bir bilginin öğrenilmemesi için herhangi bir tedbir almamışsa veya tedbir almış olsa dahi aldığı tedbirler bilginin yayılmasını önlemek bakımından yetersizse iş sırrının varlığından söz edilemez.

Yargıtay'ın 2008 yılından itibaren verdiği kararlarda işçinin işverenin iş ve üretim sırlarına nüfuz etme imkânına sahip olması kavramının yerine '*işçinin*

⁵²⁶ Bununla birlikte iş sırrının işyerinde çalışan diğer işçilerce bilinebileceği ileri sürülmüştür. *Uşan*, s. 29. Kanımızca bu görüş isabetli değildir. Zira binlerce kişinin istihdam edildiği bir işletmede en alt düzeydeki personel de dâhil tüm işçilerce bilinen bir olgu, iş sırrı olarak nitelendirilemez. Gerçekten böyle bir durum, işverenin bilgiyi saklı tutma iradesinin yokluğuna işaret etmektedir.

görülmekte olan işin bütün ayrıntılarına ulaşabilmesi' ifadesini kullanmaya başladığı gözlemlenmektedir⁵²⁷. Yukarıdaki satırlarda da belirttiğimiz üzere, rekabet yasağı kaydıyla korunan menfaatler, işverenin müşteri çevresi veya iş/üretim sırlarıdır. İşverenin görülmekte olan işle ilgili ayrıntıları saklı tutma yönünde bir iradesi yoksa ve işin ayrıntıları sınırlı bir çevre olarak nitelendirilemeyecek ölçüde çok sayıda kişi tarafından biliniyorsa, işverenin korunmaya değer bir menfaatinden söz edilemez. Aksi bir yorum, işyerinde görülmekte olan iş hakkında bilgi sahibi deneyimli ve kalifiye işçilerin çalışma özgürlüğünün haksız bir şekilde kısıtlanması sonucunu doğuracaktır. Gerçekten işverenin müşteri çevresi veya iş sırları hakkında herhangi bir bilgi sahibi olmayan deneyimli, yetenekli ve nitelikli işçilerin iş sözleşmelerini feshederek daha cazip çalışma koşulları öneren rakip işletmelere geçmelerini engellemek amacıyla kararlaştırılan rekabet yasağı kayıtları meşru sayılmamaktadır. Rekabet yasağı kaydının bağlayıcılığı bakımından göz önünde bulundurulacak kıstas; işçinin görülmekte olan işin ayrıntılarına ulaşabilmesi imkânı değil, işçinin iş veya üretim sırları hakkında bilgi sahibi olabilmesi olasılığı olmalıdır. Nitekim mehz İsviçre Borçlar Kanunu'nun gerek Almanca metninde gerekse Fransızca metninde, iş sırları tabirinin kullanılması (*Geschäftsgeheimnisse/secret d'affaires*) bu saptamayı teyit etmektedir. Ayrıca Alman hukukunda işverenin müşterilerini veya tedarikçilerini tanımayan ve iş sırlarını da bilmeyen işçilerle kararlaştırılan rekabet yasağı kayıtlarının yalnızca söz konusu işçileri işyerine bağlamak ve rakip işletmelere geçmelerini önlemek gibi bir işlev üstlendiği, böyle bir amacın ise yasal düzenlemeyle bağdaşmadığı görüşü yaygındır⁵²⁸. İşletmenin bu gibi işçilerin eğitimine çok ciddi tutarlarda yatırım yaptığı gibi bir argümanın da anılan kayıtları haklı kılmayacağı, zira eğitim giderleri kaydının bu gibi durumlarda işverenin menfaatlerinin korunması açısından yeterli olduğu belirtilmektedir⁵²⁹. Diğer yandan

⁵²⁷ "...Borçlar Kanununun 348. maddesinde, "İş sahibinin müşterilerini tanımak veya işlerinin esrarına nüfuz etmek hususlarında işçiye müsait olan bir hizmet akdinde her iki taraf, akdin hitamından sonra, işçinin kendi namına iş sahibi ile rekabet edecek bir iş yapamamasını ve rakip bir müessesede çalışmamasını ve böyle bir müessesede şerik veya sair sıfatla alakadar olamamasını, şart edebilirler. Rekabet memnuniyetine dair olan şart, ancak işçinin müşterileri tanımasından ve esrara nüfuzundan istifade ederek iş sahibine hiss olunacak derecede bir zarar husulüne sebebiyet verebilecek ise, caizdir" şeklinde kurallara yer verilerek rekabet yasağının esasları düzenlenmiştir. Buna göre işçinin, işverenle ilişkide olan müşterileri tanınması ve *görülmekte olan işin bütün ayrıntılarına ulaşabilmesi imkanının olduğu hallerde, iş sözleşmesinin sona ermesinin ardından işverenle rekabet oluşturacak şekilde kendi namına iş yapmaması, rakip bir firmada ortak olamaması ya da iş sözleşmesiyle çalışmaması şeklinde şart içeren sözleşmeler yapabileceklerdir...*" Yarg. 9. HD., 13.6.2008, E:2007/19368 K:2008/15558, www.legalbank.net Yarg. 9. HD., 15.4.2010, E:2008/24493 K:2010/15.4.2010, www.legalbank.net

⁵²⁸ Bauer/Diller, s. 123.

⁵²⁹ Bauer/Diller, s. 123.

Alman Federal Mahkemesi'nin yerleşik içtihadına göre, herhangi bir özel işyeri sırrının bulunmadığı sektörlerde kararlaştırılan rekabet yasağı kayıtları da işçiyi bağlamamaktadır⁵³⁰.

3. İşçinin Sahip Olduğu Bilgileri Kullanmasının İşverenin Önemli Bir Zararına Sebep Olacak Nitelikte Olması

Rekabet yasağı kaydının bağlayıcı kabul edilebilmesi için işçinin işverenin müşteri çevresi veya iş sırları hakkında bilgi sahibi olması yeterli değildir. Ayrıca işçinin sahip olduğu bu bilgilerin işverenin önemli bir zararına neden olabilecek niteliği haiz olması da şarttır (TBK m. 444/2). Mehaz Kanunun Almanca metninde işçinin elindeki bilgilerin kullanılmasının işverene önemli (*erheblich*) bir zarar verme olasılığından söz edilmektedir. Fransızca metinde ise duyumsanabilir derecede bir zarar (*préjudice sensible*) tabirine yer verilmiştir. Sonuç olarak mehaz Kanunun her iki metninde kullanılan deyimler arasında esaslı bir fark yoktur. İsviçre öğretisinde rekabet yasağı kaydının geçerliliğini işverenin önemli bir zarar görme olasılığının gerçekleşmesine bağlayan koşulun uygulanma kabiliyetinden yoksun ve gereksiz olduğu, işçinin işverenin müşteri çevresi veya iş/üretim sırları hakkında bilgi sahibi olmasının işveren açısından önemli bir zarar olasılığını da beraberinde getirdiği ileri sürülmüştür⁵³¹. Yazar, zararın varlığını ve tutarını ispat yükümlülüğünden kaçınmak isteyen işverenlerin rekabet yasağı kaydına genellikle bir ceza koşulu eklediğini, yasal düzenlemenin ceza koşulu yoluyla zararı ispat külfetinden kurtardığı işverenden önemli bir zarar görme olasılığını kanıtlamasını beklemenin anlamsız olduğunu vurgulamıştır⁵³². İsviçre öğretisindeki karşıt eğilim ise zarar olasılığına ilişkin ölçütün ve zararın önemli olmasına ilişkin koşulun asla gereksiz olmadığı, kanun koyucunun bu ölçütte açıkça ve bilinçli bir şekilde ısrar ettiği, teorik olarak her işçi işverenin iş sırlarına nüfuz edebilme imkânına sahip olduğundan, sonuç olarak, rekabet yasağı kaydının kapsamının bu koşulla sınırlandığı düşüncesindedir⁵³³. Yasal düzenlemeyi isabetli sayan bu görüş, *önemli zarartabirinin* yasağın sona ermesini işverenin *gerçek (önemli)* bir menfaatinin kalmamasına bağlayan düzenlemeyle de bağdaştığını, zira rekabet yasağının devamını rekabet

⁵³⁰ BAG, 21.3.1964 AP 15 zu § 133 f GewO (*Bauer/Diller*'den naklen, s. 123).

⁵³¹ *Pidoux*, s. 34.

⁵³² *Pidoux*, s. 35.

⁵³³ *Bohny*, s. 109. Karş. *Haefliger*, s. 37.

yasağının kurulmasından daha katı koşullara bağlamanın mantıklı olmadığını belirtmektedir⁵³⁴. Dolayısıyla zarar olasılığının (*Schädigungsmöglichkeit*) önemsiz olduğu durumlarda işverenin rekabet yasağına yönelik haklı bir menfaati bulunmamaktadır⁵³⁵.

Kanımızca rekabet yasağı kaydını işverenin önemli bir zarar görme olasılığının varlığına bağlayan koşul yersiz olarak nitelendirilemez. Elbette işçinin müşteri çevresine nüfuz ettiği veya iş sırlarını öğrendiği bir işverene çoğu kez zarar verme imkânı vardır. Başka bir deyişle işçinin işverenin müşteri çevresini veya üretim sırlarını öğrenmesine ilişkin koşulla işverenin önemli zarar görme olasılığıyla ilgili koşul eş zamanlı olarak gerçekleşmektedir⁵³⁶. Ancak işverenin önemli zarar görme olasılığını düzenleyen koşul, işçi açısından gerçek bir güvence anlamına gelmektedir. Gerçekten iş sırrı, üretim sırrı ve müşteri çevresi gibi kavramlar oldukça esnek ve belirsiz kavramlar olup; zikredilen kavramların tanımı, içeriği ve unsurları konusunda bir görüş birliği yoktur. Özellikle iş sırrı ve müşteri çevresi kavramlarını son derece geniş bir biçimde tanımlayan bir takım eğilimler de dikkate alındığında, işçinin edindiği bilgileri kullanmasının işverenin önemli bir zararına yol açabilecek nitelikte olmasını öngören koşulun ne denli isabetli olduğu kolaylıkla anlaşılmaktadır. Öte yandan işçinin işverenin müşteri çevresine veya iş/üretim sırlarına nüfuz etmesini şart kılan koşulla işverenin önemli zarara uğramasıyla ilgili koşul mantıksal bir dizinin birbirini izleyen bileşenlerini oluşturmakta ve birbirlerini kusursuz bir şekilde tamamlamaktadır. Şöyle ki işçi veya üçüncü kişiler tarafından kullanıldığında dahi işverene önemli bir zarar verecek nitelikte olmayan bir bilginin iş veya üretim sırrı ya da müşteri çevresi olarak adlandırılması doğru değildir. O halde işçinin sahip olduğu bilgileri kullanmasının işverenin önemli bir zararına neden olabilecek nitelikte olmasına ilişkin koşulun müşteri çevresi veya iş ya da üretim sırları gibi işverenin korunmasında haklı menfaati bulunan değerlerin tanımlanması ve sınırlandırılmasında da kullanılması oldukça yararlı olacaktır. Ayrıca *zarar olasılığı* koşuluna yer veren yegâne hukuk sistemi, İsviçre/Türk hukuku değildir. Nitekim Belçika hukukunda rekabet yasağı kaydı kararlaştırılan işçinin ayrıldığı işletmeye zarar verme olanağına sahip olması, rekabet yasağı kaydının geçerlilik koşulları

⁵³⁴Haefliger, s. 36.

⁵³⁵Haefliger, s. 36.

⁵³⁶Haefliger, s. 36.

arasında yer almaktadır⁵³⁷. Sonuç olarak, basiretli bir işverenin, gerçek bir zarar ihtimalinin olmadığı hallerde iş sözleşmelerinde rekabet yasağı kayıtlarına yer vermemesi gerektiği ifade edilmektedir⁵³⁸.

İşçinin nüfuz ettiği bilgilerin kullanılması nedeniyle işverenin önemli bir zarar görme olasılığı ortaya çıkmalıdır. Ayrıca işverenin karşı karşıya olduğu zarar riski hatırı sayılır ve kolayca telafi edilemeyecek boyutlarda olmalıdır⁵³⁹. Rekabet yasağı kaydının bağlayıcı addedilebilmesi için işçinin yasağa aykırı davranışından ötürü işçinin fiilen zarara uğraması şart değildir. İşçinin elindeki bilgilerin kullanılması nedeniyle işverenin önemli bir zarar görme olasılığı belirdiği takdirde rekabet yasağı kaydı bağlayıcı sayılmaktadır. Belirtelim ki, önemli zarar olasılığı koşulu iş ilişkisinin sona erdiği tarihte gerçekleşmelidir⁵⁴⁰. İş ilişkisi sırasında öğrendiği bilgilerin iş sırrı niteliğini yitirmesinden sonra iş sözleşmesini feshederek rakip bir işletmeye geçen işçinin bu eyleminin eski işverenin önemli bir zararına yol açması söz konusu olamaz. Zaten böyle bir durumda bu yasağın sürdürülmesinde işverenin önemli bir yararı kalmadığından rekabet yasağı kaydı artık bağlayıcı kabul edilmeyecektir (TBK m. 447/1). İşveren işçinin nüfuz ettiği bilginin rakip işletmeler tarafından kullanılması halinde ekonomik anlamda önemli bir zarar görebileceğini kanıtlamak zorundadır⁵⁴¹. Buna karşın, işçi, işten ayrılmasıyla ortaya çıkan zarar arasında herhangi bir bağlantının mevcut olmadığını ve anılan zararın zaten meydana geleceğini ispatlamak suretiyle sorumluluktan kurtulabilir⁵⁴². İsviçre Federal Mahkemesi'ne göre, işveren önemli bir zarar olasılığının varlığını her türlü delille ispatlayabilir⁵⁴³. Hâkim işverenin rekabet yasağı kaydının ihlali iddiasıyla açtığı davalarda işçinin sahip olduğu iş veya üretim sırrı gibi bilgilerin rakip işletmeler tarafından kullanılmasının işverene önemli bir zarar verip veremeyeceğini somut olayın özelliğine göre değerlendirmeli, gerekirse uzman bir bilirkişinin görüşüne başvurmalıdır⁵⁴⁴.

⁵³⁷ *Carlier*, s. 36; *Cuypers*, Schets van het Belgische Arbeidsrecht, s. 76; *Humblet/Rigaux*, s. 275.

⁵³⁸ *Haefliger*, s. 36.

⁵³⁹ *Bohny*, s. 109; *Haefliger*, s. 37.

⁵⁴⁰ *Bohny*, s. 90; *Haefliger*, s.37. Belçika Hukukunda da bu koşul rekabet yasağı kaydının kararlaştırıldığı tarihe göre değil iş sözleşmesinin sona erme anına göre değerlendirilmektedir. Bkz. *Carlier*, s. 36.

⁵⁴¹ *Bohny*, s. 111.

⁵⁴² *Bohny*, s. 111. Örneğin işçi müşterilerden gelen taleplerin daha önce ve farklı nedenlerle azaldığını kanıtlayarak davanın kendi lehine sonuçlanmasını sağlayabilir.

⁵⁴³ BGE 91 (1965) II, 372 (Bohny'den naklen, s. 111)

⁵⁴⁴ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi bazı yerel mahkeme kararlarını işçinin sahip olduğu bilgileri kullanmasının işverene önemli bir zarar verip vermeyeceğinin yeterince araştırılmadığı gerekçesiyle

§ 5. REKABET YASAĞININ SINIRLANMASI

I. Sınırlamanın Amacı: İşçinin Ekonomik Geleceğinin Hakkaniyete Aykırı Olarak Tehlikeye Düşmemesi

İşveren rekabet yasağı kaydıyla iş/üretim sırları ve müşteri çevresi gibi işletmenin malvarlığına dâhil bir takım değerlerin rakip işletmelerin eline geçmemesini amaçlamakta ve hukuk düzeni de işçiye sözleşme sonrası eski işvereniyle rekabetten kaçınma borcu yüklenmesini, haklı işletmesel menfaatlerin korunması için gerekli olduğu ölçüde caiz saymaktadır. Bununla birlikte, rekabet yasağı kayıtlarının işçinin çalışma ve sözleşme özgürlüğüne yönelik ciddi bir müdahale anlamına geldiği ortadadır. Gerçekten kimi olgularda işverenin haklı işletmesel menfaatlerinin yeterince korunabilmesi, rekabet yasağının kapsamının çok geniş tutulmasına bağlıdır. Ancak sınırsız ve ucu açık bir rekabet yasağının işçinin çalışma özgürlüğünü ortadan kaldıracağı, giderek işçinin ekonomik geleceğinin tehlikeye gireceği tartışma dışıdır. Zira ücret geliri işçinin genellikle tek geçim kaynağı olup, aşırı ve sınırsız bir rekabet yasağı nedeniyle emeğini istihdam piyasasına arz edemeyen işçiyi ve varsa ailesini karanlık günler beklemektedir. Bir takım işletmesel menfaatler uğruna işçinin mesleğini serbestçe icra etmekten tamamen alıkonulmasını olağan sayan bir yaklaşımın işçinin temel haklarının giderek ön plana çıktığı çağdaş iş hukuku anlayışında artık yeri yoktur. Şu halde sınırsız veya aşırı nitelikteki bir rekabet yasağının modern anayasaların neredeyse tamamında ifadesini bulan çalışma özgürlüğüyle bağdaşmayacağı ve rekabet yasağının kapsam bakımından sınırlandırılmasının anayasal düzeydeki normların bir gereği olduğu vurgulanmalıdır. Çalışma özgürlüğü ve mesleğini serbestçe icra etme hakkıyla *know-how* ve *good-will* gibi işletmeye özgü değerlerin korunması gibi aksi yönde iki menfaat arasında sağlıklı bir denge kurmayı öncelikli hedef olarak benimseyen

eksik incelemeden bozmuştur: "...Mahkemece Borçlar Kanununun m. 348'in ögelerinin gerçekleşip gerçekleşmediği araştırılmamıştır. Başka bir anlatımla, davacının iş sahibinin müşterilerini tanıyıp tanımadığı, işyerinde yapılan işin sırlarına sahip olup olmadığı ve son olarak da bu durumun bir zarara sebebiyet verip veremeyeceği anlaşılammaktadır..." (Yarg. 9. HD, 13.2.2006, E:2005/20733 K:2006/3050, www.legalbank.net) Yargıtay'ın son yıllarda verdiği ilke kararlarında da işverenin önemli bir zarar görme olasılığı yoksa rekabet yasağı kaydının geçersiz olduğu vurgulanmaktadır: "...Borçlar Kanununun ilgili hükmünde ikinci cümlede ise rekabet yasağının kapsamı sınırlandırılmış ve işverene önemli bir zarar verilmesi ihtimalinin olmadığı durumlarda bu tür düzenlemelerin geçerli olacağı hükme bağlanmıştır..." (Yarg. 9. HD., 13.06.2008, E: 2007/19368 K: 2008/15558, www.legalbank.net)

hukuk sistemlerinin sınırsız veya geniş kapsamlı bir rekabet yasağının işçinin ekonomik geleceğini hakkaniyete aykırı bir şekilde tehlikeye düşürmesini önlemek amacıyla kullandıkları başlıca yöntem, rekabet yasağına kapsam yönünden üç ayrı sınırlama getirilmesidir. Sınırlamanın unsurları tüm hukuk düzenlerinde özdeşlik göstermektedir: Süre (zaman) sınırlaması, yer sınırlaması, konu (işlerin türü) sınırlaması. Örneğin Alman hukukunda rekabet yasağı, işçinin ekonomik geleceğini hakkaniyete aykırı olarak güçleştiren biçimde yer, süre ve zaman sınırlamaları içerdiği ölçüde bağlayıcı kabul edilmemektedir⁵⁴⁵. Bu bağlamda, rekabetin bertaraf edilmesine dönük işletmesel menfaatle işçinin rekabet yasağı yüzünden mesleki gelişiminin engellenmemesine, eş deyişle işçinin rekabet yasağı süresi boyunca sosyal ve ekonomik bakımdan yükselme olanağından yoksun kılınmamasına yönelik menfaatinin çatıştığı dile getirilmekte; rekabet yasağına yer, zaman veya konu bakımından çizilen aşırı bir sınırın işçinin ekonomik geleceğinin hakkaniyete aykırı bir şekilde güçleştirebileceğine işaret edilmektedir⁵⁴⁶. Fransız hukukunda rekabet yasağı kaydının işçinin çalışma özgürlüğüne aşırı bir şekilde zarar vermemesi gerektiği belirtilmektedir⁵⁴⁷. İşçi eğitimine ve bilgisine uygun bir mesleki faaliyet icra edebilmelidir. Buna göre, işçinin teknik bilgisi çok belirginse rekabet yasağının kapsamı daha dar tutulmalı, tersine işçi değişik işlere veya görevlere bakıyorsa yasağın kapsamı genişletilebilmelidir⁵⁴⁸. Ayrıca işçinin eğitimi, niteliği veya mesleki deneyimi diğer bir sektörde çalışmaya elverişliyse hâkim rekabet yasağı kaydının işçinin çalışma özgürlüğünü kısıtlamadığına karar verebilir⁵⁴⁹. Belçika hukukunda rekabet yasağının benzer işlerle sınırlı olması ve yasağın kapsamının yer ve süre açısından sınırlanması rekabet yasağı kaydının geçerlilik koşulları arasındadır⁵⁵⁰. Türk Borçlar Kanunu'nda da rekabet yasağının, işçinin ekonomik geleceğini hakkaniyete aykırı olarak tehlikeye düşürecek biçimde yer, zaman ve işlerin türü bakımından uygun olmayan sınırlamalar içermeyeceği ve yasak süresinin özel durum ve koşullar iki yılı aşamayacağı öngörülmüştür (TBK m. 445/1). Ayrıca

⁵⁴⁵Grüll/Janert, s. 45.

⁵⁴⁶Grüll/Janert, s. 46.

⁵⁴⁷Signoretto, s. 235.

⁵⁴⁸Signoretto, s. 235.

⁵⁴⁹Signoretto, s. 236.

⁵⁵⁰Carlier, s. 52–53. Belçika Yargıtayı rekabet yasağı kaydının geçerlilik koşullarından birinin tamamlanmadığının ancak işçi tarafından ileri sürülebileceği, zira bu koşulların sadece işçinin yararı gözetilerek getirildiği kanaatindedir (Cass. 2.5.1988, R.W., 1988-1989, 608, *Herman*'dan naklen, s. 229). Bu içtihat işçinin karşı edimin tahsili istemiyle açtığı bir davada savunma olarak rekabet yasağı kaydının geçerlilik koşulları arasında yer alan çifte özdeşliğin (*dubbele gelijksoortigheid*) gerçekleşmediğini öne süren işvereni karşı edime mahkum eden Anvers İstinaf İş Mahkemesi'nin de teyit edilmiştir (Arbh. Antwerpen 3.2.1997, R.W. 1996-97, 1444, *Herman*'dan naklen, s. 229).

hâkime, aşırı nitelikteki rekabet yasağını, bütün durum ve koşulları serbestçe değerlendirmek ve işverenin üstlenmiş olabileceği karşı edimi de hakkaniyete uygun biçimde göz önünde tutmak suretiyle kapsam veya süre bakımından sınırlama yetkisi verilmiştir (TBK m. 445/2). Aşağıda öncelikle rekabet yasağının süre, yer ve konu (işlerin) bakımından sınırlanması konusu incelenecek, daha sonra aşırı rekabet yasağına hâkimin müdahalesi sorunu ele alınacaktır.

II. Süre Bakımından Sınırlama

Alman hukukunda işçinin mesleki ilerlemesini haksız bir şekilde güçleştirecek tarzda yer, zaman ve konu sınırlamaları içeren rekabet yasağı kayıtlarının bağlayıcı olmadığını hükme bağlayan kanun hükmünde, ayrıca iş ilişkisinin sona ermesini izleyen iki yıllık süreyi aşacak bir biçimde rekabet yasağı kararlaştırılmayacağı belirtilmektedir (§ 74a Abs. 1. Satz 3 HGB)⁵⁵¹. Buna göre, işçinin çalışma özgürlüğünü ölçsüz bir şekilde kısıtlayan rekabet yasağı kaydının geçersizliğini hükme bağlayan önceki maddenin somutlaştırıldığı söz konusu düzenlemeyle iki yılı aşan bir rekabet yasağının işçinin mesleki ilerlemesini hakkaniyete aykırı olarak güçleştirdiği kanuni bir faraziye olarak kabul edilmektedir⁵⁵². Rekabet yasağı süresinin (*karenzzeit*) başlangıcı iş ilişkisinin hukuken sona erdiği tarihtir⁵⁵³. Yoksa salt fesih bildirim, yasak süresinin işlemeye başlaması için yeterli değildir. Başka bir anlatımla, rekabet yasağı ihbar önelinin dolmasıyla yürürlüğe girer⁵⁵⁴. İşçinin sadakat borcu çerçevesinde rekabet etmeme yükümlülüğü ise ihbar öneli sırasında devam etmektedir. İki yıllık süre mutlak olup, bu sürenin tarafların anlaşmasıyla uzatılması olanak dışıdır. Hastalık ve benzeri askı süreleri de bu süreyi uzatmamaktadır⁵⁵⁵. Taraflar rekabet yasağının iş ilişkisinin bitiminden sonraki bir tarihte yürürlüğe gireceğini kararlaştırabilir. Örneğin rekabet yasağının iş ilişkisinin sona ermesini takip eden üçüncü aydan itibaren uygulanacağına yönelik bir düzenleme caiz görülmektedir⁵⁵⁶. Ne var ki böyle bir anlaşma, iki yıllık sürenin işlemeye başlamasını ertelememektedir. Ancak süre dolduktan sonra, 74. maddenin uygulanmayacağıının

⁵⁵¹ *Grove*, s. 81; *Grüll/Janert*, s. 47

⁵⁵² *Bauer/Diller*, s. 139; *Preis*, s. 1538.

⁵⁵³ *Grove*, s. 81; *Grüll/Janert*, s. 48.

⁵⁵⁴ *Bauer/Diller*, s. 139.

⁵⁵⁵ *Bauer/Diller*, s. 139.

⁵⁵⁶ *Grüll/Janert*, s. 48.

kararlaştırılması kaydıyla iki yıllık süre uzatılabilir⁵⁵⁷. İki yıllık süreden fazla bir rekabet yasağı öngörölmüşse azami yasal sınırı aşan kısım işçiyi bağlamamaktadır⁵⁵⁸. İşçi iki yıldan fazla süreli rekabet yasağına uymayı yeğleyerek, bunun karşılığında işverenden ayrıca tazminat talep edebilir⁵⁵⁹. Şayet iki yıllık bir rekabet yasağı süresi rekabet yasağının yer ve konu bakımından kapsamıyla birlikte ele alındığında işçinin ekonomik geleceğini hakkaniyetle bağdaşmayan bir tarzda güçleştiriyorsa, böyle bir yasağın sürdürölmesinde işverenin haklı bir ticari menfaati bulunmadığından işçi iki yıllık sürenin indirilmesini talep edebilir⁵⁶⁰.

Fransız hukukunda rekabet yasağının bir süreyle sınırlanması gerektiğı belirtilmektedir (*limitation temporelle*)⁵⁶¹. Buna göre rekabet yasağının süresi ucu açık, aşırı veya ilgili işin niteliğı göz önünde bulundurulduğunda çok uzun olmamalıdır⁵⁶². Böyle bir sınırlama getirilmediğı takdirde, hâkim rekabet yasağı kaydının geçersizliğine hükmedecek veyahut yasağın kapsamını daraltacaktır⁵⁶³. Rekabet yasağının süresi değerlendirilirken işçinin başka bir iş kolunda çalışma olanağı göz önünde bulundurulmaktadır. Hâkim işçinin çalışma özgürlüğüne yönelik kısıtlamanın boyutunu da dikkate alarak rekabet yasağı süresinin aşırı olup olmadığını serbestçe takdir etmektedir⁵⁶⁴. Fransız hukukunda rekabet yasağının azami süresi, genellikle 18 ay olarak kabul edilmektedir⁵⁶⁵.

Belçika İş Sözleşmeleri Yasası'nın (Arbeidsovereenkomstenwet) 65. maddesi uyarınca, her türlü rekabet yasağı kaydının geçerliliğı, rekabet yasağının iş ilişkisinin sona erdiği günden itibaren on iki ayı aşmaması koşuluna bağlıdır⁵⁶⁶. Bu süre azami olup, on iki aydan daha kısa bir süre kararlaştırılabilir⁵⁶⁷. Bir yıllık süre iş sözleşmesinin fiilen son bulduğu tarihten, eş söyleyişle işçinin işyerindeki son iş

⁵⁵⁷Bauer/Diller, s. 139.

⁵⁵⁸Bauer/Diller, s. 139; Grüll/Janert, s. 47; Preis, s. 1538.

⁵⁵⁹Bauer/Diller, s. 140; Preis, 1538.

⁵⁶⁰Grüll/Janert, s. 47

⁵⁶¹Signoretto, s. 237.

⁵⁶²Les contrats de travail et leurs clauses, par l'équipe rédactionnelle de RF social

⁵⁶³Damy, s. 39.

⁵⁶⁴Damy, s. 39.

⁵⁶⁵Edenfeld, s. 479. Ayrıca toplu iş sözleşmelerinin büyük bir bölümünün rekabet yasağını azami iki yılla sınırladığı kaydedilmektedir. Signoretto, s. 237; Les contrats de travail et leurs clauses, par l'équipe rédactionnelle de RF social, s. 177.

⁵⁶⁶Cuyper, Schets van het Belgische Arbeidsrecht, s. 77; De Schutter/Marquand, s. 36; Edenfeld, s. 474; Humblet/Rigaux, s. 275; Quist, s. 117; Truyts/Baart s. 3; Vannes, s. 283; Wantiez, s. 34; VanEeckhoutte, s. 2240.

⁵⁶⁷Carlier, s. 53.

gününden başlayarak hesaplanır; tek başına fesih bildirimini süreyi başlatmaz⁵⁶⁸. Rekabet yasağı kaydı ihbar öneli boyunca herhangi bir hukuki sonuç doğurmamaktadır. Zira rekabet yasağı kaydı hukuki etkisini, iş ilişkisinin sona ermesiyle birlikte göstermeye başlamaktadır⁵⁶⁹.

Rekabet yasağının on iki aylık azami bir süreyi geçemeyeceğine ilişkin temel kural, hem fikir işçilerini (*bedienden*) hem de beden işçilerini (*arbeiders*) kapsamaktadır. Ancak fikir işçilerine ayrık bir sözleşme kaydı (*afwijkend beding*) yoluyla on iki aydan daha uzun bir rekabet yasağı getirilmesi olanaklıdır (art. 86. 2 AOW). Bununla beraber, işçinin çalışma özgürlüğü ölçüsüz bir şekilde sınırlanamayacağından, değinilen kayıtlarla kabul edilen sürelerle de ihtiyatla yaklaşılmasının zorunlu olduğu savunulmaktadır⁵⁷⁰. İş Sözleşmeleri Kanunu'nun 104. maddesi ise, ticari temsilcilerle bağitlanan rekabet yasağı sözleşmelerini düzenlemektedir. Rekabet yasağı süresi ticari temsilciler için de on iki aydır (art. 104 lid 2 AOW). Rekabet yasağı kaydıyla on iki ayı aşan bir süre kararlaştırılmaz; böyle bir düzenleme rekabet yasağı kaydını geçersiz kılmaktadır. Belçika hukukunda hâkimin rekabet yasağı süresini on iki aya indirmek suretiyle böyle bir kayda geçerlilik kazandırması da mümkün değildir⁵⁷¹.

Hollanda hukukunda işçinin tabi olacağı rekabet yasağının açık bir şekilde sınırlayan herhangi bir yasal düzenleme bulunmamakla birlikte, iş sözleşmelerine uygulamada bir veya iki yıl süreli rekabet yasağı kayıtları konulduğu gözlemlenmektedir⁵⁷². Öte yandan rekabet yasağının süre bakımından kapsamını sınırlayan önemli sayıda toplu iş sözleşmesinin varlığından da söz edilmektedir⁵⁷³. Bununla birlikte hâkimin rekabet yasağı kaydına müdahalesini düzenleyen genel kural burada da uygulanmakta olup, işçinin çalışma özgürlüğünü aşırı derecede kısıtlayacak kadar uzun bir sürenin hâkim tarafından indirilmesi olanak dâhilindedir⁵⁷⁴.

⁵⁶⁸ *Quist*, s. 117.

⁵⁶⁹ *Quist*, s. 117.

⁵⁷⁰ *Quist*, s. 117.

⁵⁷¹ *Quist*, s. 117.

⁵⁷² *Quist*, s. 12; *Treep*, s. 65.

⁵⁷³ *Loonstra/Zondag*, s. 203.

⁵⁷⁴ *Quist*, s. 12.

Ne var ki Hollanda hukukunda rekabet yasağının yürürlük süresinin kanun tarafından hiçbir sınırlamaya tabi tutulmaması, rekabet yasağı kayıtlarının son derece uzun geçerlilik sürelerini içermesi gibi ciddi bir sakıncayı da beraberinde getirmektedir. Gerçekten “*Research voor Beleid*” unvanlı bir araştırma kuruluşunun yaptığı çalışmada rekabet yasağı kayıtlarının %56’sında iki yıldan daha uzun bir yürürlük süresinin öngörüldüğü, buna karşın rekabet yasağı kayıtlarının %39’unda sürenin bir yıl ile iki yıl arasında değişkenlik gösterdiği saptanmıştır. Bir yıldan daha kısa süreli rekabet yasağı kayıtları ise yalnızca %9’luk bir orana tekabül etmektedir⁵⁷⁵. Kanundaki bu boşluğun işçinin çalışma özgürlüğünü tehlikeye soktuğu gerçeğini yadsımayan çalışma grubu (*werkgroep*), rekabet yasağının yürürlük süresinin yasal düzenlemeyle sınırlanmasını tavsiye etmiştir. İşte tam bu noktada çalışma grubunca hazırlanan sonuç raporunun ilgili bölümünün aktarılması sorunun ortaya konulması açısından yararlı olacaktır:

“...Çalışma grubu, rekabet yasağı kaydının geçerlilik süresinin açıkça kanunla sınırlanmasını önermektedir. Bu bağlamda, belirsiz süreli iş sözleşmesinin sona ermesinin ardından bir yıllık azami bir sürenin kabulü düşünülebilir. Çalışma grubu, bir yıldan daha uzun süreli rekabet yasağı kayıtlarının işçinin çalışma özgürlüğünü aşırı bir şekilde kısıtladığı görüşündedir. Çalışma grubuna göre, bir yıllık süre her halükarda makuldür. Bir yıllık zaman dilimi işçi açısından kestirilebilir bir süredir. İşçi, bu süre boyunca, önceki işinde elde ettiği bilgi ve beceriyi tamamen kaybetmeksizin farklı işlerde çalışabilir. İşçinin işyeri hakkında sahip olduğu stratejik bilginin bir yıl zarfında kullanılamayacak bir hale geldiği varsayılacak olursa, bir yıllık maksimum süre işveren açısından da makuldür. Bir yıllık azami yasal süreyle birlikte, şu an sıklıkla daha uzun bir geçerlilik süresi içerendaha önceden kararlaştırılmış rekabet yasağı kayıtlarındaki ortalama süre de büyük ölçüde azalacaktır...”⁵⁷⁶.

Çalışma grubunun bu tavsiyesini dikkate alan Hollanda Hükümeti, 28167 sayılı Kanun Tasarısı’nda geçerlilik süresinin rekabet yasağı kaydında belirtilmesini zorunlu kılarak anılan sürenin bir yılı geçemeyeceğine yönelik bir düzenlemeye

⁵⁷⁵ Quist, s. 69.

⁵⁷⁶ Eindrapport MDW-werkgroep concurrentiebeding 1997, s. 39.

Tasarı'da yer vermiştir⁵⁷⁷. Bu doğrultuda, rekabet yasağı kaydında herhangi bir süre sınırlamasının bulunmadığı veya bir yıldan daha uzun süreli bir yürürlük süresinin kararlaştırıldığı hallerde kaydın geçersiz sayılması öngörülmüştür⁵⁷⁸. İşveren örgütlerinin temsilcileri, azami bir yılın keyfi bir sınır olduğuna ve böyle bir kısıtlamanın işverenlerin menfaatlerine zarar verebileceğine işaret etmiştir. Maksimum bir yıllık süreyle işverenin çıkarlarıyla işçinin çıkarları arasında iyi bir denge kurulduğunu savunan Hollanda Hükümeti ise, rekabet yasağı süresinin kısıtlanmasının hukuk güvenliği açısından yararlı olduğunu ve böyle bir düzenlemenin uzun rekabet yasağı süreleriyle bağlantılı olarak doğabilecek uyuşmazlıkların ve bu nedenle açılacak davaların önünü alacağını savunmuştur⁵⁷⁹. Hollanda Hükümeti Kanun Tasarısının gerekçesinde şu görüşleri dile getirmektedir:

“...İşçilerin çalışma özgürlüğünden kaynaklanan menfaatleriyle işverenlerin bir yıldan daha uzun süreli rekabet yasağındaki menfaatleri arasında bir karşılaştırma yapılmalıdır. Kural olarak bu sürenin dolduğu anda işçinin daha önce elde ettiği know-how ve kurduğu müşteri bağlantıları eskimiş ve zayıflamış olacak; dolayısıyla işçiyi rekabet yasağı kaydına daha fazla tabi tutmak çok fazla bir anlam ifade etmeyecektir. Bu açıklamalar ışığında, bir yıldan daha uzun süreli bir rekabet yasağı kaydının işçinin çalışma özgürlüğünü tehdit ettiği kanaatindeyiz. Bütün bunlar değerlendirildiğinde hükümet azami bir yıllık sürenin işçi ve işveren çıkarları arasında iyi bir denge oluşturduğu sonucuna varmaktadır. Rekabet yasağı süresinin kısıtlanması hukuk güvenliği açısından yararlı olup, uzun bir süreden doğacak uyuşmazlıkların ve bu nedenle açılacak davaların da önüne geçilecektir...”⁵⁸⁰.

İşçi örgütlerinin tüm haklı ve ısrarlı taleplerine karşın İsviçre Borçlar Kanunu'nun özgün metninde rekabet yasağına ilişkin azami bir süre sınırının yokluğu, yasal düzenlemeye yöneltilen eleştiriler arasında en ön sıralarda yer almaktaydı⁵⁸¹. Anılan dönemde rekabet yasağı kaydının süresi, diğer yasal sınırlamalara, özellikle işverenin rekabet yasağın sürdürülmesinde gerçek bir

⁵⁷⁷ 28 176 sayılı Kanun Tasarısı'na yönelik daha fazla bilgi ve yöneltilen eleştiriler için bkz. *Loonstra, C.J.: Tweede Kamer stent in met wetsvoorstel concurrentiebeding, Nederlands Tijdschrift voor Sociaal Recht 2004 (12), s. 401-402. Loonstra, C.J.: Ontknoping Rampendossier, Nederlands Tijdschrift voor Sociaal Recht, 2006 (5), s. 143-144.*

⁵⁷⁸ *Quist, s. 69.*

⁵⁷⁹ *Quist, s. 70.*

⁵⁸⁰ Kamerstukken II 2001/02, 28 167, nr. 3, s. 9.

⁵⁸¹ *Pidoux, s. 48.*

menfaati kalmadığı takdirde yasağın sona ereceğini belirten İsviçre Borçlar Kanunu'nun 360. maddesinin 1. fıkrasına göre değerlendirilmekteydi⁵⁸². Bu doğrultuda öğretilerdeki bir görüş, işçinin mesleki yeteneklerinin kaybolmasına yol açacak sürelerin hukuki açıdan kabul edilemez olduğunu savunuyordu⁵⁸³. Ancak bu dönemde İsviçre yargısının rekabet yasağının zamansal sınırıyla ilgili olarak işçinin menfaatlerini gözetken bir tutum sergilediğinin söylenemeyeceği öne sürülmektedir⁵⁸⁴. Öyle ki Zürih Ticaret Mahkemesi'nin çok eski tarihli bir kararında, matkap fabrikasında çalışan bir işçiye İsviçre'nin tamamında on yıl süreyle rekabet yasağı getirilmesi hukuka aykırı görülmemiştir⁵⁸⁵. Aynı şekilde teknik müdür pozisyonundaki bir işçinin taraf olduğu bir rekabet yasağı kaydında işçinin iş ilişkisinin bitiminden sonra on yıl boyunca işverenle rekabet etmesi yasaklanmış, ancak rekabet yasağının coğrafi sınırları saptanmamıştır. Ne var ki rekabet yasağı kaydının yer, zaman ve konu yönünden sınırlanmasına ilişkin kanun hükmünün kamu düzeninden olduğu ve dolayısıyla hâkimin zikredilen koşulları resen (*ex officio*) gözetmesi gerektiği yönündeki yerleşik uygulamasını somut olayda göz ardı eden İsviçre Federal Mahkemesi, rekabet yasağı kaydında yer alan on yıllık süre sınırını denetlememiştir⁵⁸⁶.

Kanun değişikliğinden önceki dönemde işçilerin üretim sırları hakkında bilgi edinme olanağına sahip olması şartıyla uzun süreli rekabet yasakları geçerli addediliyordu. Zira genellikle uzun süre boyunca gizli kalan üretim sırlarının ifşa edilmemesinde işverenin önemli menfaatinin söz konusu olduğu belirtilmekteydi⁵⁸⁷. Buna karşın işçinin sadece işverenin müşteri çevresine nüfuz edebileceği durumlarda, müşterileriyle ticari ilişkilerini istihdam edeceği başka işçilerle de sürdürebilecek işverenin uzun süreli rekabet yasağı kayıtlarına gereksinim duymayacağı iddia ediliyordu⁵⁸⁸. Nitekim Federal Mahkeme, eski düzenlemenin

⁵⁸²*Pidoux*, s. 48.

⁵⁸³*Pidoux*, s. 48.

⁵⁸⁴*Pidoux*, s. 48.

⁵⁸⁵BZR 8 (1919), 209 No 109 (*Pidoux*'dan naklen). Mahkeme'nin bu kararı haklı olarak eleştirilmiştir. Buna göre, nitelikli bir işçiyi on yıl boyunca başka bir meslek ifa etmeye veya ülkeyi terk etmeye zorlamak hiç de adil değildir. Bkz. *Pidoux*, s. 48.

⁵⁸⁶BGE 43 (1927) II 660, kararın eleştirisi için bkz. *Haefliger*, s. 56.

⁵⁸⁷*Haefliger*, s. 57.

⁵⁸⁸*Bohny*, s.128; *Haefliger*, s. 57. Bununla beraber işçi kişisel nitelikleriyle işverenin müşterilerini kalıcı bir surette elde etme olanağını sahipse uzun süreli rekabet yasağı kayıtları caiz sayılabilir. *Bohny*, s. 128.

yürlükte olduğu dönemde verdiği bir kararla müşteri temsilcisi unvanına sahip işçinin tabi olduğu uzun bir rekabet yasağı süresini iki yıla indirmişti⁵⁸⁹.

İsviçre Borçlar Kanunu'nda 1971 yılında yapılan değişiklikle benimsenen yeni yasal düzenleme, rekabet yasağını kural olarak üç yıla sınırlandırmıştır (Artikel 340a Absatz 1 OR)⁵⁹⁰. Buna karşın, özel koşulların varlığı halinde rekabet yasağı süresi üç yılı geçebileceği öngörülmüştür⁵⁹¹. Kanundaki üç yıllık sınır, işverenin yasağın sürmesinde artık önemli bir yararının kalmadığı anı ifade etmektedir⁵⁹². Öte yandan değinilen sınırla birlikte, işçinin rekabet yasağından ötürü mesleki becerilerini yitirdiği zaman diliminin tespit edildiği belirtilmektedir⁵⁹³. Bununla birlikte yasal düzenlemenin rekabet yasağını mutlak bir süreyle sınırlandırmadığı, özel koşulların var olması durumunda üç yıllık sürenin aşılabileceği ve üç yıllık süreye ilişkin düzenlemenin salt bir ispat kuralından ibaret olduğu ileri sürülerek değişiklik eleştirilmiştir⁵⁹⁴. Gerçekten üç yıllık yasal sınır bir ispat kuralı olarak anlaşılmalı ve üç yıldan daha uzun süreli bir rekabet yasağı için gerekli özel koşulların varlığı işverence kanıtlanmalıdır⁵⁹⁵. İşte tam bu noktada yasa metnindeki "...özel koşullar..." ifadesinden ne anlaşılması gerektiği sorusu akla gelmektedir. İsviçre Ulusal Meclisi Komisyonu bu soruya cevaben, işyerindeki pozisyonu sayesinde önemli üretim süreçleri hakkında bilgi sahibi olan, nitelikli ve yüksek ücretli bir kimyageri örnek göstermektedir⁵⁹⁶. Sonuçta hakim önüne gelen her hukuki uyuşmazlıkta, üç yılı aşkın süreli bir rekabet yasağı için gerekli koşullarının var olup olmadığını tarafların menfaatlerini karşılaştırarak takdir etmek zorundadır⁵⁹⁷. Üç yıldan daha uzun bir sürenin kararlaştırılabilmesi, işverenin böyle uzun bir rekabet

⁵⁸⁹ BGE 91 II 361 (*Haefliger*'den naklen, s. 57). Öğretide Bohny ise, sadece müşteri çevresine nüfuz imkânı olan işçinin tabi olacağı rekabet yasağı kaydının süresinin bir yılı geçmemesi gerektiği düşüncesindedir. *Bohny*, s. 128.

⁵⁹⁰ *Bohny*, s. 127; *Haefliger*, s. 56. Üç yıllık sürenin işçi ve işveren talepleri arasında bir orta yol olduğu ifade edilmiştir. Bkz. *Bohny*, s. 127.

⁵⁹¹ *Haefliger*, s. 56.

⁵⁹² *Bohny*, s. 127; *Haefliger*, s. 57.

⁵⁹³ *Haefliger*, s. 57.

⁵⁹⁴ *Rehbinder*, Manfred: Schranken und wegfall des konkurrenzverbots im arbeitsrecht, Prof. Dr. Haluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1990, s. 517. Buna karşılık, değinilen düzenlemeyi makul bulan başka bir yazar, söz konusu maddenin tedarikçilerin ve müşterilerin sıkça değiştiği işlerle ticari ilişkilerde istikrarla üretim tekniklerinin korunmasının belirleyici olduğu işler arasındaki farklılıkları göz önünde bulundurduğunu öne sürmüştür. Karş. *Pidoux*, s. 48.

⁵⁹⁵ *Bohny*, s. 127.

⁵⁹⁶ *Haefliger*, s. 57. Öğretide *Rehbinder* üretim sırlarının üç yıldan daha uzun süreli rekabet yasağını haklı kıldığını, zira yeni bir ürünün geliştirilmesinin üç yıldan daha uzun bir süre alabileceğini dile getirmektedir. Aynı doğrultuda bkz. *Bohny*, s. 127.

⁵⁹⁷ *Haefliger*, s. 57.

yasağı süresinde özel bir menfaatinin bulunması ve yasağın işçinin ekonomik durumunu ciddi biçimde güçleştirmemesi koşullarının birlikte gerçekleşmesine bağlıdır⁵⁹⁸.

Özetle İsviçre öğretisi, kanun değişikliğini takip eden dönemde, eski yargısal içtihadın değerini geniş ölçüde muhafaza ettiği düşüncesindedir⁵⁹⁹. Eklenmelidir ki, yasal düzenlemenin özel koşulların varlığı dışında rekabet yasağını üç yılla sınırlaması, üç yıldan kısa süreli rekabet yasağı kayıtlarının tamamının kayıtsız şartsız geçerli olduğu anlamına gelmemektedir⁶⁰⁰. Hakim somut olayda makul olarak nitelendirilemeyecek üç yıldan daha kısa süreli bir rekabet yasağı kaydına da müdahale edebilir⁶⁰¹. Bu doğrultuda İsviçre doktrininde müşteri çevresinin korunması için altı aylık bir sürenin kural olarak yeterli olduğu, zira eski işçinin yerine geçen işçinin bu süre içerisinde müşteriler tarafından kâfi derecede tanınabileceği vurgulanmaktadır⁶⁰². Nihayet rekabet yasağı süresinin rekabet yasağı kaydına aykırı eylemin başladığı veya davanın açıldığı tarihte değil, iş ilişkisinin son bulunduğu anda işleyemeye başlayacağı ve işverenin rekabet yasağı kaydına aykırı davranan işçiye açacağı davanın bu süreyi kesmeyeceği dile getirilmektedir⁶⁰³.

Eski Borçlar Kanunu'nda rekabet yasağı kaydının azami süresiyle ilgili herhangi bir kısıtlama yer almamakta olup, sürenin tespiti işçinin ekonomik geleceğini hakkaniyete aykırı bir şekilde sınırlanamayacağına ilişkin genel hükme tabiydi⁶⁰⁴. Yasal düzenlemede rekabet yasağı süresinin tavanı konusunda bir düzenlemeye yer verilmemesi öğretinin de dikkatini çekmiştir. Mülga kanun hükmüne eleştirisel açıdan yaklaşan bir yazar, savını karşılaştırmalı hukuktan sunduğu örneklerle de perçinleyerek Eski Borçlar Kanunu'nda rekabet yasağının

⁵⁹⁸ Örneğin işçi işverenin önemli üretim yöntemleri hakkında bilgi sahibiyse ve bahsedilen üretim yöntemlerinin üç yıllık sürenin dolmasından sonra kullanılmasının işverene ciddi şekilde zarar verme ihtimali varsa yasağın yer ve konu yönünden kapsamının dar olması ve rekabet yasağı kaydında bir karşı edim öngörülmesi şartıyla üç yıldan süreli bir rekabet yasağı kaydının geçerli kabul edilebileceği ifade edilmektedir. Bkz. *Haefliger*, s. 57–58. Buna karşın işverenin boya firmasında çalışan bir şoförle üç yıldan uzun süreli bir rekabet yasağı kaydı kararlaştırması asla mümkün değildir. Bkz. *Rehbinder*, Schranken und wegfall s. 517.

⁵⁹⁹ *Haefliger*, s. 57.

⁶⁰⁰ *Rehbinder*, Schranken und wegfall, s. 517.

⁶⁰¹ *Haefliger*, 57; *Rehbinder*, Schranken und wegfall, s. 517.

⁶⁰² Yazar eski işçinin yeteneklerinin ve becerilerinin müşterilerin seçiminde rol oynadığı durumlarda işverenin yeni işçiden memnun olmayan müşterileriyle en fazla ticari ilişkilerinin kesileceğinden söz etmektedir. *Rehbinder*, Schranken und wegfall, s. 517.

⁶⁰³ *Bohny*, Das Arbeitsvertragliche Konkurrenzverbot, 129.

⁶⁰⁴ *Akyiğit*, s. 14; *Soyer*, s. 65; *Taşkent/Kabakçı*, s. 30, *Manav*, s. 345.

azami süresiyle ilgili herhangi bir hükme yer verilmemesinin isabetli sayılamayacağını ve benzer bir sınırlamanın Türk hukukunda da yer almasının yerinde olacağını ileri sürmüştür⁶⁰⁵. Aksi düşüncüyü savunan bazı yazarlara göre, bu sürenin genel bir biçimde tespit edilmesi imkânsız olup, herhangi bir sürenin öngörülmemiş olması isabetlidir⁶⁰⁶. Öte yandan yasal düzenlemenin rekabet yasağı süresine bir üst sınır koymaması, öğretide kimi yazarları işçinin ekonomik geleceğini ve mesleki yaşamını tehlikeye sokmayacak bir takım nesnel ölçütler saptama arayışına itmiştir. Nitekim yasağın makul bir sınır içinde kalınarak kararlaştırılıp kararlaştırılmadığı hususunu tespit etmenin Türk hukuku bakımından nispeten zor olduğunu kabul eden ve bu konuda genel bir ölçü getirilemeyeceğini kabul eden bir görüş; üretim sınırlarının korunmasını konu alan rekabet yasaklarının müşteri çevresini koruyarlardan daha uzun bir süreye bağlanabileceğini, çünkü bunların uzun bir süre gizli kalmasının işveren açısından önemli olduğunu veya patente bağlanmalarının uzunca bir süreyi gerektirebileceğini ifade etmiştir⁶⁰⁷. Buna karşılık, işçinin işverenin müşteri çevresine nüfuz ettiği hallerde, işverenin rekabet yasağına ilişkin menfaati müşterilerle çalışacak yeni bir işçi bulunca sona ereceğinden müşteri çevresini korumayı hedefleyen rekabet yasağı kayıtlarının daha kısa bir süreyi gerektirdiği ileri sürülmüştür⁶⁰⁸. Ancak aynı yazar, somut olay bakımından söylediklerinin tersinin de geçerli olabileceğini, teknik alandaki gelişmelerin günümüzde çok büyük bir hız kazandığını ve rekabet yasağı ile korunmak istenen üretim alanındaki bilgilerin çok kısa bir süre içerisinde sır niteliğini kaybedebileceğinin hâkim tarafından gözden kaçırılmaması gerektiğine de işaret etmektedir⁶⁰⁹.

Öğretide kimi yazarlar; rekabet yasağının süre sınırlandırılmasında teknik iş sırları, ticari iş sırları ve müşteri çevresi hakkındaki bilgiler arasında bir farkın gözetilmesi gerektiğini, işverenin müşteri çevresine hâkim olmaya kıyasla teknik iş sırları açısından daha uzun bir rekabet yasağının hukuka uygun olduğunun söylenebileceğini ileri sürmüştür. Söz konusu yazarlar, işverenin müşteri çevresini koruyan rekabet yasağı için altı aylık somut bir zaman sınırlamasının yeterli olduğu inancındadır⁶¹⁰. İsviçre Hukukundaki yasal düzenlemeden esinlenen bir başka yazar;

⁶⁰⁵ *Soyer*, s. 21.

⁶⁰⁶ *Taşkent/Kabakçı*, s. 30.

⁶⁰⁷ *Soyer*, s. 21.

⁶⁰⁸ *Soyer*, s. 21.

⁶⁰⁹ *Soyer*, s. 21.

⁶¹⁰ *Taşkent/Kabakçı*, s. 30.

rekabet yasağı kaydıyla yasaklanan işin işçinin yapabileceği tek iş olup olmadığı, işverenin yasağın getirilmesindeki menfaatinin önem derecesi, yasağın konu ve yer itibariyle kapsamı gibi çeşitli faktörler de dikkate alınarak rekabet yasağının zamansal sınırının çizilmesinin yerinde olacağını iddia etmektedir. İsviçre Borçlar Kanunu'nda yer alan üç yıllık azami süreden hareketle yazar; rekabet yasağının zamansal sınırının kural olarak en fazla üç yıl olabileceğini, ancak özellikli bazı hallerde üç yılın da aşılabileceğini vurgulamaktadır⁶¹¹.

Yargıtay'ın görece eski tarihli kararlarında işçiye yönelik rekabet yasağına azami bir süre sınırı koyma eğilimi gözlemlenmemektedir. Bununla birlikte söz konusu kararlarda zikredilen rekabet yasağı süreleri, uygulama hakkında genel bir kanaat edinme açısından son derece önemlidir. Nitekim Yargıtay'ın 1999 tarihli bir kararda ele aldığı hukuki uyumsuzluğa yol açan rekabet yasağı kaydının süresi 6 ay ile sınırlıdır⁶¹². Yargıtay'ın rekabet yasağı kaydıyla ilintili olarak kısa bir süre sonra verdiği bir başka kararda, rekabet yasağı kaydında yer alan süre hakkında yüzeysel de olsa bir değerlendirmeye gidilmiştir. Somut olayda işverenin ceza koşulu talebine dayanak oluşturan rekabet yasağı kaydı şu şekilde kaleme alınmıştır: “...*Bankaya müfettiş olarak yetiştirilen, bankacılık hizmetlerinde saklanması ve gizliliği esas olan konularda bilgi sahibi olan A.E.; bankaya intisabından itibaren 4 yıl içerisinde hizmet akdini feshettiği bütün hallerde, iş ilişkisinin sona erdiği tarihten itibaren 2 yıl süreyle Türkiye'deki tüm bankalarda çalışmamayı kabul ve taahhüt eder. Bu taahhüdüne uymadığı takdirde, A.E. bankaya işe başladığı tarihten itibaren banka tarafından ödenen aylık ücretler ile diğer ek ödemelerinin tutarı ve son aylık ücretinin 10 katı tutarında bir ceza şartı, ilk talepte ve herhangi bir itirazda bulunmaksızın derhal ödemeyi kabul ve taahhüt eder...*”. İşverenin ceza koşulu isteminin geri çevrildiği İş Mahkemesi'nin ilamını farklı bir gerekçeyle onayan Yargıtay'a göre “...*Türkiye'deki tüm bankalarda çalışmamayı kabul ve taahhüt eder...*” biçimindeki sözleşme kaydı, her ne kadar iki yıl süre ile sınırlı olarak getirilmiş olsa da, Türkiye'deki tüm bankaları kapsamı bakımından yer açısından

⁶¹¹ *Akyiğit*, s. 14. Yazar bazı örneklerle vererek istisnai hallere açıklık getirmeye çalışmıştır. Öncelikle mühendis ve kimyager gibi nitelikli meslek sahipleriyle uzun bir süre kararlaştırabilir. Keza geliştirilmiş yeni üretim teknikleriyle know-how ve patent lisansı gibi fikri ve ticari haklarda, üç yıllık sürenin aşılması mümkündür. a.g.e., s. 14.

⁶¹² “...*Kendi isteği ile ayrılan personel, ayrıldığı tarihten itibaren 6 ay süresince şirketin izni olmadan, şirketin faaliyet gösterdiği yerlerde ve çalışma konusuna giren bir işte çalışamaz. Kurulmuş bir şirketin ortağı olamaz veya şirket kuramaz. Keza şirketin müşteri portföyündeki bir şirkette görev alamaz...*” Yarg. 9. HD., 18.5.2009, 5784/9049, www.legalbank.net

bir sınır söz konusu olmadığından geçersizdir⁶¹³. Yargıtay'ın kullandığı ifadeden, somut uyuşmazlıktaki iki yıl süre ile sınırlı rekabet yasağı kaydının hukuka aykırı görülmediği anlaşılmaktadır. 2004 yılına ait bir Yargıtay kararında, benzer şekilde iki yıllık bir yasak süresini içeren bir rekabet yasağı kaydı söz konusudur⁶¹⁴. İş Mahkemesi'nin kararını hukuka aykırı göyerek bozmaya hükmeden Yargıtay; 349. maddede öngörülen rekabet yasağı sınırları (yer, süre ve konu) bakımından bir değerlendirmeye gidilmediğini, gerekirse bu konuda uzman bir bilirkişiden rapor alınarak sonuca gidilmesinin gerektiğini vurgulamıştır⁶¹⁵. Aktarılan bu Yargıtay içtihadında rekabet yasağı kaydında yer alan iki yıllık sürenin hukuka uygunluğu hakkında bir kanaat belirtilmemekle birlikte, ihtilaf konusu rekabet yasağı kaydındaki süre sınırlamasının yargı organınca denetime tabi tutulmasının zorunlu olduğu örtülü biçimde dile getirilmektedir.

Nihayet Yargıtay'ın rekabet yasağı kaydıyla bağlantılı yakın tarihli iki ilke kararında rekabet yasağının süre bakımından kapsamı ile ilgili olarak da açıklamalara yer verilmiştir. Yargıtay, belirli süreli iş sözleşmesindeki rekabet yasağı kaydına dayanarak eski işçisinden ceza koşulu talep eden işverence açılan davayı, davacının çalıştığı konum itibarıyla işverenin ilişkide olduğu müşterileri tanınması ve görülmekte olan işin bütün ayrıntılarına ulaşma imkânı olmaması ve ayrıca işverene önemli bir zarar verme olanağının bulunmaması gibi gerekçelerle reddetmiştir. Bu kararda irdelediğimiz başlık açısından önemli olan husus ise Yargıtay'ın rekabet yasağının süresel sınırıyla ilgili görüşüdür. Yüksek Mahkeme, tarafların en fazla bir ya da birkaç yılı aşmayacak şekilde rekabet yasağı kararlaştırabileceklerini, aksi durumun işçinin ekonomik anlamda yıkımına neden olabileceğini açık bir şekilde

⁶¹³ "...Gerçekten '...Türkiye'deki tüm bankalarda çalışmamayı kabul ve taahhüt eder...' biçimindeki düzenleme **iki yıl süreli** olarak getirilmiş ise de, Türkiye'deki tüm bankaları kapsamı bakımından mahal ve banka açısından bir sınır söz konusu olmadığı için davalı bankacının geleceği bakımından ağır sonuçları beraberinde getirecek bir düzenleme olarak kabul edilmelidir. Rekabet yasağının bu yönden geçersiz sayılarak sonuca gidilmesi gerekirken yazılı şekilde davanın reddedilmesi hatalı ise de sonucu itibarıyla doğru olan kararın yukarıda belirtilen gerekçeyle onanması gerekmiştir..." Yarg. 9. HD., 6.7.1999, 8262/12073, www.legalbank.net

⁶¹⁴ "...Davalı işçinin imzasını taşıyan 25.1.2001 tarihli taahhütnamede, iş ilişkisinin sona erdiği tarihten itibaren **2 yıl süre** ile işverene aynı işi yapan ve aynı alanda faaliyet gösteren bir firma için çalışmayacağı, ortak olamayacağı ve kendi adına iş kuramayacağı kurala bağlanmıştır. Davalının işten ayrılmasını takiben bir başka firmada işe girdiği de anlaşılmaktadır..." Yarg. 9. HD., 8.6.2004, 18581/14299, www.legalbank.net

⁶¹⁵ "...Öte yandan aynı yasanın 349.maddesinde öngörülen rekabet yasağı sınırları bakımından da bir değerlendirmeye gidilmemiştir. Mahkemece, taraflardan bu yönde delilleri sorularak, gerekirse konunun uzmanı olan bir bilirkişiden belirtilen hususlarda bir rapor alınmalı, bilirkişi görüşü ile birlikte dosya kapsamı yeniden bir değerlendirmeye tabi tutularak sonuca gidilmelidir. Eksik incelemeyle karar verilmesi hatalı olmuştur..." Yarg. 9. HD., 8.6.2004, 18581/14299, www.legalbank.net

ifade etmiştir⁶¹⁶. Yargıtay’ın bu yaklaşımı, yasal düzenlemede rekabet yasağına süre bakımından bir üst sınır konulmamasının yarattığı hukuki boşluğu yargısal içtihatla doldurma çabası olarak nitelendirilmelidir. Gerçekten birkaç yılı aşan rekabet yasaklarının işçinin ekonomik anlamda yıkımına yol açabileceğini belirten Yargıtay, uzun süreli rekabet yasağının işçinin çalışma özgürlüğünü ortadan kaldıracağını ve giderek işçiyi ücret gelirinden yoksun kılarak işçinin ekonomik yıkımına yol açacağını ortaya koymuştur. Başka bir anlatımla, azami bir süreyi aşan rekabet yasağı kaydının mutlak olarak geçersiz sayılacağı, işverenin iş/üretim sınırlarının veya müşteri çevresinin korunmasında çok ciddi bir menfaati bulunmasının dahi aşırı derecede uzun süreli bir rekabet yasağı kaydını hukuka uygun bir hale getirmeyeceği, rekabet yasağının yer ve konu bakımından kapsamının darlığının veya kararlaştırılan karşı edimin yüksekliğinin de böyle bir rekabet yasağı kaydına geçerlilik kazandırmayacağı dile getirilmektedir. Yargıtay aynı tümceyi kullandığı diğer ilke kararında, işverenle aynı iş kolunda faaliyet gösteren diğer bir işverenin yanında iş görmek suretiyle bir yıl süreli bir rekabet yasağı kaydını ihlal eden işçiye yönelik ceza koşulu istemini reddeden yerel mahkemenin kararının bozulmasına hükmetmiştir⁶¹⁷. Yargıtay’ın bu kararından dava konusu rekabet yasağı kaydındaki bir yıllık sürenin somut olayda makul kabul edildiği anlaşılmaktadır. Öte yandan, irdelenen Yargıtay ilke kararlarından genel anlamda bir takım genel sonuçlara varmak mümkündür. Öncelikle Yargıtay içtihadı, rekabet yasağı kaydıyla kararlaştırılan yasak süresinin kural olarak bir yılı aşamayacağı, süresi birkaç yılı bulan rekabet yasağı kayıtlarının ise ancak istisnai hallerde geçerli sayılacağı şeklinde yorumlanmalıdır. Buna göre, beş yıl veya on yıl gibi süreler öngören rekabet yasağı kayıtları herhangi hukuki bir değer ifade etmeyecektir. Ayrıca Yargıtay tarafından kullanılan “*en fazla*” sözcüklerine, bir yıldan kısa süreli rekabet yasaklarının da, somut olayın şartlarına bağlı olarak, ölçüsüz ve hukuka aykırı sayılabileceği gibi bir anlam yüklemek pekâlâ olanaklıdır. Yargıtay’ın ilke kararına yöneltilebilecek en ciddi eleştiri, “*birkaç yıl*” ibaresindeki muğlaklıktır. Eş söyleyişle bu ifade ile iki yılın mı, üç yılın mı, yoksa benzer bir sürenin mi

⁶¹⁶ Yarg. 9. HD., 13.6.2008, E:2007/19368 K:2008/15558, www.legalbank.net

⁶¹⁷ “...Süre konusunda da en fazla bir ya da birkaç yılı aşmayacak şekilde rekabet yasağı öngörülebilir. Aksi durum işçinin ekonomik anlamda yıkımına neden olabilecektir... Ayrıca sözleşmede davalı işçi yönünden işten ayrıldıktan sonra **1 yıl süreyle** aynı iş kolunda çalışamayacağına ilişkin rekabet yasağı getirilmiştir. Ceza şart olarak da 5 aylık brüt ücret kararlaştırılmıştır. Diğer davalı firma davacı ile aynı alanda faaliyet göstermektedir. Davalı işçinin rekabet yasağına aykırı davrandığı sabittir. Davacı tarafın ceza şart alacağından davalı işçi sorumludur...” Yarg. 9. HD., 24.12.2009, 26954/36971, www.legalbank.net

kastedildiği belirsizdir. Yargıtay'ın 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden önceki dönemde içtihat yoluyla rekabet yasağına mutlak bir üst sınır getirmesinin, hem hukuk güvenliğinin sağlanması hem de yasal boşlukların doldurulması tekniği bakımından çok daha isabetli olacağını söylemek hiç de yanlış olmayacaktır.

6098 sayılı Borçlar Kanunu, adeta 818 sayılı eski Borçlar Kanunu'nda yer alan eksiklikten kaynaklanan hukuki tartışmaları noktalamak istercesine rekabet yasağını göreceli azami bir süreyle sınırlamış; rekabet yasağı süresinin, özel durum ve koşullar dışında iki yılı aşamayacağını kurala bağlamıştır (TBK m. 445/1). Madde gerekçesinde maddenin 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 348. maddesini karşıladığı ve maddenin düzenlenmesinde kaynak İsviçre Borçlar Kanunu'nun 340a maddesinin göz önünde tutulduğu belirtilmektedir. Ne var ki, gerekçedeki maddenin düzenlenmesinde İsviçre Borçlar Kanunu'nun 340a maddesinin göz önünde bulundurulduğu ifadesi, rekabet yasağı süresi bakımından gerçeği yansıtmamaktadır. Zira İsviçre Borçlar Kanunu 6098 sayılı Borçlar Kanunu'ndan farklı olarak, özel durum ve koşullar bir yana bırakılacak olursa, rekabet yasağının üç yılı aşamayacağını ön görmüştür. Bu aşamada Türk kanun koyucusunun süre tercihinin isabetli olup olmadığı sorusuna yanıt aranmalıdır. Çeşitli yabancı hukuklarda benimsenen süre sınırları hakkında aktarılacak özlü bir bilgi, 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun getirdiği iki yıllık sürenin isabetli bir tercih mi olduğu sorusuna verilecek yanıtın bulunmasına yardım edecektir.

Yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı gibi, rekabet yasağının azami süresi Alman hukukunda iki yıl, Belçika hukukunda ise bir yıl olarak belirlenmiştir⁶¹⁸. Portekiz hukukunda rekabet yasağı kaydı 49408 sayılı Kararname'nin 36. maddesinde düzenlenmiş olup, sözü edilen maddeye göre rekabet yasağının azami süresi üç yılı geçemez⁶¹⁹. 1.1.2001'de yürürlüğe giren Çek Cumhuriyeti İş Kanunu'nun (*Zákoník práce Èeské republiky*) 29. maddesinin 2. paragrafında sözleşme sonrası rekabet yasağının bir yıllık süreyi aşamayacağı kaydedilmektedir⁶²⁰. Macar Hukukunda rekabet yasağı kaydı Macar İş Kanunu'nda

⁶¹⁸ Hollanda hukukunda rekabet yasağını yer, zaman ve konu yönünden sınırlayan yasal bir düzenlemenin bulunmadığı, ancak yasalaşmayan 28167 sayılı Tasarının bir yıllık bir süre sınırı içerdiği önceki satırlarda açıklanmıştır.

⁶¹⁹ *Edenfeld*, 477.

⁶²⁰ *Edenfeld*, 478.

(Munka törvénekönyve 29/5) düzenlenmiştir. Anılan yasal düzenleme göre, sürenin üç yıldan kısa olması, rekabet yasağı kaydının geçerlilik koşulları arasında yer almaktadır⁶²¹. Rekabet yasağı kaydının sınırlarının yargı kararlarıyla çizildiği Fransız hukukunda ise, Yargıtay 10.7.2002 tarihli ilke kararıyla rekabet yasağının zaman yönünden sınırlanması gerektiğine ve bu sürenin ortalama olarak 18 ay olduğuna hükmetmiştir⁶²². Toplu iş sözleşmelerinin önemli bir rol oynadığı İsveç'te rekabet yasağı kaydını düzenleyen temel metin, ülkenin önde gelen işçi sendikalarının ve işveren kuruluşlarının 1969 yılında bağıtladığı toplu iş sözleşmesidir. Buna göre, rekabet yasağının süresi, sadece istisnai hallerde iki yılı aşabilir. Bununla birlikte, uygulamada genellikle bir yıllık süre uygun bulunmaktadır⁶²³. İtalyan hukukunda sözleşme sonrası rekabet yasağının koşulları Medeni Kanunu'nun (*Codice Civile*) düzenlenmiş olup; rekabet yasağı süresinin sıradan işçiler için üç yılı, yönetici konumundaki işçiler için ise beş yılı geçemeyeceği hüküm altına alınmıştır⁶²⁴. Avusturya Hukukunda yasal düzenleme rekabet yasağını bir yıllla sınırlamaktadır⁶²⁵. Polonya'da işçiye yönelik rekabet yasağını yasayla düzenleyen ülkeler arasındadır. Polonya İş Kanunu'nun 101/2. maddesi rekabet yasağının süreli olmasını emretmektedir. Ancak azami bir yasal süre öngörülmemiştir. Bununla birlikte rekabet yasağı süresi objektif bir şekilde gerekçelendirilmeli, yasağın süre açısından kapsamı işçinin çalışma özgürlüğünü ihlal edebilecek bir sınırı kesinlikle aşmamalıdır⁶²⁶. Bu paragrafta aktarılacak nihai örnek İspanya'dır. İspanyol Hukukunda sözleşme sonrası rekabet yasağı İş Kanunu'nun (Estatuto de los Trabajadores – E.T.) 21/2 maddesinde düzenlenmekte; rekabet yasağı süresinin teknik personel için iki yıla kadar, diğer işçiler için ise altı aya kadar kararlaştırılmasının mümkün olduğu dile getirilmektedir⁶²⁷.

Karşılaştırmalı hukuktaki mevcut görünüm özetlenecek olursa; rekabet yasağının azami süresinin üç yıl veya daha fazla olduğu ülkeler Portekiz, Macaristan ve İtalya'dır. Hatta İtalyan hukuku yönetici sıfatını haiz işçilere beş yıla kadar rekabet yasağı getirilmesine olanak tanımaktadır. İkinci gruba dâhil ülkeler, azami süre olarak bir buçuk ila iki yıl arasındaki sürelerin caiz görüldüğü Almanya, Fransa,

⁶²¹Edenfeld, 478.

⁶²²Edenfeld, 479.

⁶²³Edenfeld, 481.

⁶²⁴Edenfeld, 482.

⁶²⁵Edenfeld, 484.

⁶²⁶Edenfeld, 484.

⁶²⁷Edenfeld, 484.

İspanya ve İsveç'tir. Nihayet Belçika, Çek Cumhuriyeti, Avusturya ve İspanya ancak bir yıl veya daha kısa süreli rekabet yasaklarının geçerli sayıldığı hukuk sistemleridir. İspanya'da genel kural altı aylık azami bir süre olmakla birlikte, teknik personelin tabi olacağı rekabet yasağı kayıtlarının azami süresi iki yıldır. Ele alınan yabancı hukukların İsveç hariç tamamında rekabet yasağının azami süreleri kesin ve mutlak olup, olağan veya olağanüstü hiçbir koşulda bu sürelerin ötesine geçilmesi söz konusu değildir. Yalnızca süre sınırının toplu iş sözleşmesinden kaynaklandığı İsveç hukukunda istisnai hallerde iki yıllık sürenin aşılması mümkündür.

Karşılaştırmalı hukuk bağlamında değerlendirildiğinde Yeni Borçlar Kanunu'nun rekabet yasağına koyduğu iki yıllık üst sınır, makul ve ölçülü kabul edilebilir. Gerçekten mehz İsviçre Kanunu'nun ilgili maddesinin herhangi bir değişiklik yapılmadan alınması, hem kanun hükmünü *de lege ferenda* yönünden tartışmalı bir hale getirecek, hem de üç yıllık sürenin Anayasa'ya aykırı olup olmadığı sorununu ortaya çıkaracaktı. Buna karşın iki yıllık sürenin kesin olmaması ve başka bir ifadeyle kanunun özel koşul ve durumlarda bu sürenin de aşılmasına olanak tanınması bazı soruları da beraberinde getirmektedir: Özel durum ve koşullar deyiminden ne anlaşılmalıdır? Böyle bir düzenleme uygulamada ne gibi sorunlara yol açacaktır? Rekabet yasağının özel durum ve koşullarda iki yılı aşmasına olanaklı kılan hüküm Anayasa ile ne ölçüde bağdaşmaktadır? Birinci soruya yanıt bulmak son derece güçtür. İsviçreli yazarlar da bu soruya kesin bir yanıt bulmakta hayli zorlanmıştır. Ortaya atılan gerekçeler üretim sınırlarının korunması, işverenin özel menfaati ve süre nedeniyle işçinin ekonomik durumunun kötüleşmemesidir. Nihayet hâkimin özel koşulun var olup olmadığını somut olayın özelliğine göre değerlendirmesi gerektiği iddia edilmektedir. Görüldüğü gibi, özel koşulun ne zaman gerçekleşmiş sayılacağı sorusuna tatmin edici bir yanıt veremeyen İsviçre doktrini; kürsü hâkimini sorunla baş başa bırakmaktadır. Diğer yandan özel durum ve koşulların varlığı durumunda iki yıllık sürenin de aşılabilesine olanak sağlayan kanun hükmünün işverenlerce kötüye kullanılma olasılığı da küçümsenmemelidir. Şöyle ki sözleşme görüşmeleri sırasında taraflar arasında var olan eşitsizlik ve işçinin işveren karşısında pazarlık gücünden yoksun olması, iş sözleşmesinin özgün niteliklerindedir. İş sözleşmesi eşit şartlarda müzakerenin ürünü olmaktan çok, genellikle işverence hazırlanan yazılı bir sözleşme metninin işçi tarafından itirazsız bir şekilde kabul edilmesiyle kurulmaktadır. Gerçekten özel durum ve koşulları haklı

gösterecek bir olgunun yokluğuna rağmen, işverenlerin önemli bir bölümünün iş sözleşmelerindeki rekabet yasağı kayıtlarına iki yılın üzerinde süreler koyacaklarını söylemek hiç de abartılı bir öngörü değildir. Öyle ki yasanın tanıdığı bu olanak sayesinde, bir süre sonra, iki yıldan uzun süreli rekabet yasağı kayıtları yaygınlaşacak; hâkim her davada somut olayda özel bir koşul veya durumun söz konusu olup olmadığını irdelemek zorunda kalacaktır. Her ne kadar varlığını iddia ettiği özel koşul veya durumu ispat külfeti somut uyuşmazlıkta işverenin üzerinde dahi olsa, ön sorunun çözümünün kimi zaman bilirkişi incelemesini de gerektirmesi ve delillerin incelenmesi yargılama sürecinin uzamasına neden olacaktır. Nitekim bir süre sonra, iki yıllık süre sınırı ile güdülen temel amaçlar arasında yer alan hukuk güvenliği, yerini belirsizliğe terk edecektir.

Yeni üretim teknikleri günümüz bilgi toplumunda, kısa bir zamanda sır özelliğini yitirerek ilgililerin erişimine açık bir hale gelmektedir. Şu halde işverenin üretim sırlarına yönelik menfaatinin özel bir durum oluşturduğu, dolayısıyla iki yıldan daha uzun süreli bir rekabet yasağına meşruluk kazandırdığı gerekçesinin savunabilirliği de giderek azalmaktadır. Keza yeni yasal düzenleme, Yargıtay'ın rekabet yasağı süresinin bir veya birkaç yılı geçemeyeceğini yolundaki güncel içtihadı ile de örtüşmemektedir. Gerçekten iki yılı aşan süreli rekabet yasağı kayıtlarını özel durum ve koşullar altında geçerli sayan 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun 445. maddesi, Yargıtay kararları ile şekillenen pozitif hukukun dahi gerisindedir. Bundan başka yasal düzenleme geçen "...özel durum ve koşullar dışında..." ibaresi, Anayasa'nın çalışma ve sözleşme özgürlüğüne aykırıdır. Zira işçinin çalışma ve sözleşme özgürlüğünün hangi gerekçeyle olursa olsun makul sayılmayacak ölçüde uzun bir süre boyunca kısıtlanması, herkesin dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetine sahip olduğunu belirten Anayasa kuralına ters düşmekte, çalışma ve sözleşme özgürlüğünün özüne dokunmakta ve ölçülülük ilkesini de ihlal etmektedir. Bu bağlamda iki yıldan uzun süreli bir rekabet yasağı kaydından kaynaklanan bir davaya bakan yargı organının, taraflardan birinin ileri sürdüğü anayasaya aykırılık iddiası üzerine veya resen, somut norm denetimi yolunu işleterek maddedeki "...özel durum ve koşullar dışında..." sözcüklerinin iptali için Anayasa Mahkemesi'ne müracaat etmesi uygun bir çözüm olacaktır. Yargı organlarınca izlenebilecek diğer bir yöntem ise, "...özel durum ve koşullar dışında..." ibaresini dar bir şekilde ve işçi lehine yorumlamak, beş veya on yıl gibi

çok uzun süreli rekabet yasağı kayıtlarını makul sınırlara çekmek ve rekabet yasağına özel durum ve koşulların varlığında dahi aşılamayacak bir üst sınır koymak suretiyle hukuk güvenliğini tesis etmektir⁶²⁸.

Nihayet rekabet yasağı kaydının süresiyle ilintili öteki bazı hususlara açıklık getirmek yararlı olacaktır. Rekabet yasağı süresinin başlangıcı iş ilişkisinin fiilen sona erdiği tarihtir. İş sözleşmesinin süreli fesihle sona erdiği hallerde rekabet yasağının feshin bildirimiyile birlikte yürürlüğe girmesi ve bildirim süresinin rekabet yasağı süresine dâhil sayılması söz konusu olmaz. Zira iş ilişkisi ihbar öneli boyunca devam etmektedir. Rekabet yasağı kaydını ihlal eden işçinin diğer bir işverenle kurduğu iş ilişkisinin herhangi bir nedenle askıda kalması rekabet yasağı süresinin işlemesine engel oluşturmayacak, başka bir söyleyişle askıda geçen süreler rekabet yasağı süresinin uzamasına yol açmayacaktır⁶²⁹. Özellikle vurgulanmalıdır ki, rekabet yasağı süresi işçinin rekabet yasağı kaydını ihlal ettiği tarihten itibaren değil, iş ilişkisinin sona erdiği andan itibaren işlemeye başlar. Öte yandan işverenin ihtiyati tedbir istemi veya açtığı dava, rekabet yasağı süresinin kesilmesine yol açmayacaktır. Rekabet yasağına iki yıllık azami sınır koyan hüküm nispi emredicidir. Keza toplu iş sözleşmesindeki bir hükümlerle rekabet yasağının maksimum süresi kısaltılabilir. Böyle bir durumda kanundaki azami sınıra uygun olsa dahi, rekabet yasağının süresi toplu iş sözleşmesiyle saptanan tavanı aşamaz⁶³⁰. İş ilişkisinin bitiminden sonra taraflar ayrı bir sözleşme bağtlayarak yasak süresini uzatabilir veya kısaltabilir. Söz konusu

⁶²⁸ Özel durum veya koşul sabit olduğu takdirde dahi aşılması mümkün olmayacak bu sürenin üç yıl olarak tespit edilmesi isabetli olacaktır.

⁶²⁹ Konuyu iki örnekle aydınlatalım. Örnek 1: Bir kimya fabrikasında çalışan kimyager unvanlı bayan bir işçinin iş sözleşmesinde iki yıl süreli bir rekabet yasağı kaydı bulunmaktadır. İşçi işe girdikten bir yıl sonra işten ayrılarak derhal rakip bir firmada çalışmaya başlar ve eski işverenin üretim sırlarını yeni işverene aktarır. Rakip firmada çalışmaya başladıktan iki ay sonra toplam zorunlu doğum iznini kullanan söz konusu işçinin doğum öncesi ve sonrası çalışma yasağına tabi olduğu ve iş ilişkisinin askıda kaldığı toplam on altı haftalık süre iki yıllık rekabet yasağı süresine dâhil sayılacak, başka bir anlatımla iki yıllık rekabet yasağı süresi on altı hafta uzamayacaktır. Örnek 2: İşverenin müşteri çevresine nüfuz edebilecek satış ve pazarlama müdürüyle akdedilen iş sözleşmesindeki rekabet yasağı kaydının süresi bir yıldır. Rakip bir şirketten cazip bir iş teklifi alan işçi iş sözleşmesini feshederek rakip şirkette satış ve pazarlama müdürü olarak işe başlar. Ne var ki işe başladıktan sonra iki ay sonra genel bir ekonomik kriz yaşanmaya başlar ve üretim tamamen durur. İşyerinde altı ay süreli kısa çalışma uygulanır ve sürenin sonunda işçi iş görme borcunu yeniden ifa etmeye başlar. Rakip firmada çalışmaya başlayarak rekabet yasağı kaydına aykırı davranan işçinin kısa çalışmaya tabi olduğu altı aylık süre bir yıllık rekabet yasağı süresine dâhil sayılacak, eş söyleyişle bir yıllık rekabet yasağı süresi altı aylık kısa çalışma süresi kadar uzamayacaktır.

⁶³⁰ Örneğin toplu iş sözleşmesine rekabet yasağı kayıtlarının azami süresinin bir yılı geçemeyeceğini kurala bağlayan bir hüküm konulmuştur. TİS kapsamındaki bir işçinin imzaladığı iş sözleşmesi on sekiz ay süreli bir rekabet yasağı kaydını içermektedir. Somut örnekte toplu iş sözleşmesindeki bir yılı aşan altı aylık süre hüküm ifade etmeyecek, rekabet yasağı kaydı TİS doğrultusunda bir yıl olarak tatbik edilecektir.

değişiklik sözleşmesi genel hükümlere tabi olup, bu sözleşmeden doğacak hukuki uyumsuzlukların genel mahkemelerin görev alanına girdiği tartışmasızdır. Aynı şekilde sözleşmeyle eklenen süre sırasında ortaya çıkan ihlallerden ötürü açılan davalar da genel mahkemelerde görülmelidir.⁶³¹

III. Yer Bakımından Sınırlama

Alman hukukunda işçinin ekonomik geleceğini haksız bir biçimde sınırlayabilecek ölçüde geniş bir coğrafi kapsama sahip rekabet yasağı kayıtlarının bağlayıcı olmadığı kabul edilmektedir (§ 74a Abs. 1 HGB). Bununla birlikte, rekabet yasağına iki yıllık bir üst sınır getiren Alman Hukukunda rekabet yasağı kaydının yer bakımından kapsamını belli bir coğrafi alana özgüleyen herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Dolayısıyla işçiye yönelik rekabet yasağının bir ilçeyi, bir eyaleti veya Almanya'nın tamamını kapsaması olanaklıdır⁶³². Rekabet yasağının yer bakımından sınırı, işverenin rekabet yasağına olan menfaatine göre değerlendirilmektedir. Rekabet yasağının yer bakımından sınırının çizilmesinde belirleyici öge, işverenin faaliyet gösterdiği bölgedir⁶³³. Ülke genelinde faaliyet gösteren firmalarda Almanya'nın tamamını kapsayan rekabet yasaklarına çok sık rastlanmadığı belirtilmektedir⁶³⁴. Bununla beraber, işçinin mesleğini fiilen bırakmaya zorlandığı hallerle sınırlı olmak üzere, Almanya'nın tümünü kapsayan bir rekabet yasağının haklı görülemeyeceği; zira rekabet yasağının kesinlikle mesleği icra yasağı olmadıkça net bir şekilde dile getirilmektedir⁶³⁵. Alman öğretisinde diğer Avrupa Birliği üyesi devletlerin topraklarını da kapsayan rekabet yasağı kayıtlarının Avrupa Birliği hukuku ile bağdaşıp bağdaşmadığı da irdelenmiştir. Belirtelim ki, Alman öğretisi, sınır aşan rekabet yasağı kayıtlarının Avrupa Birliği Antlaşması'nın 39.

⁶³¹ Konuyu sade bir örnekle açıklayalım: İşverenle ticari sırları hakkında bilgi sahibi olması muhtemel üst düzey yönetici konumundaki işçi arasında bağitlanan iş sözleşmesindeki rekabet yasağı kaydıyla işçinin işten ayrıldıktan başlayarak bir yıllık süre içerisinde işverenle rekabet etmesi yasaklanmıştır. Zaman içerisinde işverenin ticari sırlarına nüfuz eden işçi iş sözleşmesini fesheder ve akabinde bir aynı sektörde faaliyet gösteren bir limitet şirkete kurucu ortak olur. İşçinin işten ayrılmasının altıncı ayında eski işverenle işçi rekabet yasağının süresini bir yıldan dört yıla uzatan bir sözleşme akdeder. Buna göre iş sözleşmesindeki rekabet yasağı kaydıyla belirlenen bir yıllık sürenin dolmasının ardından ortaya çıkabilecek sözleşmeye aykırı eylemlere 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun 444 ila 447. maddelerinin uygulanması olanaklı değildir.

⁶³² *Bauer/Diller*, s. 89. *Preis*, s. 1537.

⁶³³ *Grüll/Janert*, s. 46. Söz konusu pazar, yerel veya bölgesel olabileceği gibi ülkenin veya Avrupa Birliğini'nin tamamını da kapsayabilir.

⁶³⁴ *Grüll/Janert*, s. 46

⁶³⁵ *Preis*, s. 1537. Aynı şekilde rekabet yasağının coğrafi kapsamının işçiye mesleğini icra konusunda belli bir serbesti tanıyacak ve mesleğini bırakmaya zorlamayacak biçimde belirlenmesinin zorunlu olduğu ifade edilmektedir. Bkz. *Grüll/Janert*, s. 46.

maddesinde yer alan işçilerin serbest dolaşımı ilkesine aykırı olmadığı hususunda görüş birliği içindedir⁶³⁶. Buna karşılık, tüm dünyayı kapsayan rekabet yasağı kayıtların geçerli olup olmadığı konusu tartışmalıdır. Öğretideki bir görüş, rekabet yasağının dünya geneli için öngörülebileceğini ileri sürmektedir⁶³⁷. Aksi düşüncüyü savunan bir başka yazar ise, dünya genelinde bir rekabet yasağı kaydının kural olarak caiz olmadığını; böyle bir kaydın sadece, rekabet yasağının içeriğinin süre ve konu yönünden çok dar bir şekilde sınırlanması ve işçiye uygun bir karşı edim vaat edilmesi şartıyla hüküm ifade edeceğini belirtmiştir⁶³⁸.

Berlin Bölge İş Mahkemesi Almanya'nın birleştiği 1990 tarihinden önce, Batı Berlin'de dâhil olmak üzere Federal Almanya topraklarının tamamına yönelik rekabet yasağının eski Demokratik Almanya Cumhuriyeti'nin ortadan kalkması sonucunda Federal Almanya'ya katılan yeni eyaletlerde de uygulanacağına karar vermiştir⁶³⁹. Benzer doğrultuda, rekabet yasağı kaydında yer alan "...Avrupa Birliği topraklarında..." veya "...tüm Avrupa Birliği üyesi ülkelerde..." ifadelerinin şüphe halinde dinamik bir şekilde yorumlanması gerektiğinden hareketle Avrupa Birliği'ne sonradan katılan ülkelerdeki faaliyetlerin de rekabet yasağının kapsamına girdiği ileri sürülmektedir⁶⁴⁰. Avrupa için bağitlanan bir rekabet yasağı kaydının Avrupa dışında da geçerli olup olmayacağı somut olayın koşullarına bağlı olduğu; böyle bir kaydın dünya genelinde geçerliliğinin ise, ancak işverenin yasağın kararlaştırıldığı tarihte Avrupa sınırlarının dışında henüz bir rakibinin bulunmaması kaydıyla kabul edilebileceği vurgulanmaktadır⁶⁴¹. Rekabet yasağının coğrafi sınırları, çoğu zaman değişken/dinamik bir şekilde saptanmaktadır⁶⁴².

Almanya'da akdedilen rekabet yasağı kayıtları genellikle herhangi bir yer sınırı içermemekte; böylece yasak sınırsız bir hale gelmekte ve yurtdışını dahi kapsamaktadır. Ne var ki çoğu kez bu tür dünya çapında bir rekabet yasağının sürdürülmesinde işverenin haklı ticari bir menfaatinin varlığından söz edilemeyeceği

⁶³⁶ Bauer/Diller, s. 89; Edenfeld, 463; Preis, s. 1538.

⁶³⁷ Bauer/Diller, s. 89.

⁶³⁸ Preis, s. 1538. Nitekim Alman Federal İş Mahkemesi de 1989 tarihli bir kararında benzer bir sonuca varmıştır. BGH v 15.3.1989 (Preis'den naklen, 1537).

⁶³⁹ LAG Berlin 26.3.1991 NZA 1991, 674.

⁶⁴⁰ Bauer/Diller, s. 89.

⁶⁴¹ Bauer/Diller, s. 89.

⁶⁴² "...işten ayrıldığı tarihten geriye doğru son iki yılda işçinin çalıştığı tüm ülkeler..." veya "...işçinin işten ayrıldığı tarihte işverenin şubelerinin faaliyet gösterdiği bütün ülkeler..." tarzındaki rekabet yasağı kayıtları, bu tür dinamik kayıtların tipik örnekleridir.

belirtilmektedir⁶⁴³. Gerçi coğrafi kapsamı son derece geniş bu gibi bir rekabet yasağı kaydı, işçi açısından ciddi bir tehlike oluşturmamaktadır. Zira böyle bir durumda işverenin rekabet yasağı kaydının dünya çapında uygulanmasında haklı bir menfaati bulunmadığından, rekabet yasağı kaydının söz konusu kısmı geçersiz sayılmaktadır. Buna karşın, rekabet yasağı kaydının geri kalan bölümünün geçerliliğini sürdüreceği ifade edilmektedir⁶⁴⁴. Alman Hamm Bölge Adliye Mahkemesi 2002 tarihli bir kararında, rekabet yasağı kayıtlarında geçen *rakip işletme* veya *rakip* gibi kavramlarla kastedilenin işverenle aynı işkolundaki diğer tüm işletmeler olmadığını, bu gibi kavramlardan işverenle fiilen rekabet halinde olan işletmelerin anlaşılması gerektiğine hükmetmiştir⁶⁴⁵. Coğrafi açıdan küçük pazarlara sahip sektörlerde ise, diğer firmanın faaliyet gösterdiği bölgenin uzak olması durumunda işverenler arasında rekabet ilişkisinin varlığından söz edilemeyecektir⁶⁴⁶. Öte yandan Alman Hukukuna tabi bir rekabet yasağı kaydının, § 74a HGB'deki sınırlamaların gözetilmesi koşuluyla, rekabet yasaklarının ulusal hukuk tarafından yasaklandığı veya çok sınırlı bir şekilde geçerli sayıldığı ülkeleri de kapsayabileceği vurgulanmaktadır⁶⁴⁷. Alman öğretisince tartışılan diğer bir husus yer açısından kapsamı işletmeyle ilişkilendirilmiş rekabet yasağı kayıtlarının ne şekilde yorumlanacağı sorunu olup, yer sınırının tespitinde rakip işletmenin merkezinin mi yoksa rekabet yasağına aykırı eylemin gerçekleştiği yerin mi esas alınacağı sorusuna verilecek yanıtın çoğu kere belirsiz olduğu kaydedilmektedir⁶⁴⁸.

⁶⁴³Bauer/Diller, s. 89.

⁶⁴⁴Bauer/Diller, s. 89.

⁶⁴⁵LAG Hamm 10.1.2002 – 16 Sa 1217/01 – n.v. (Bauer/Diller'den naklen, 89).

⁶⁴⁶ Örneğin münhasıran Baden-Württemberg eyaletinde yayımlanan bir ilan gazetesinin genel yayın yönetmeniyle akdedilen iş sözleşmesindeki rekabet yasağı kaydında herhangi bir yer sınırlamasına yer verilmemiş ve işçinin tüm rakip işletmelerde çalışması yasaklanmıştır. Buna göre, kaydın işçinin Bayern veya Hessen eyaletlerinden yayımlanan ilan gazetelerinde iş görmesini yasaklamadığı benimsenmelidir. bkz. Bauer/Diller, s. 89–90.

⁶⁴⁷Bauer/Diller, s. 90.

⁶⁴⁸ Alman öğretisinde söz konusu karmaşık sorun iki örnek rekabet yasağı kaydı ile açıklanmaktadır: “1-İşçinin Almanya’da ilaç üreten veya satan herhangi bir işletmede çalışması yasaktır. 2- İşçinin ilaç üreten veya satan herhangi bir işletmede çalışması yasaktır. Yasak Almanya dâhilinde geçerlidir.” Birinci örnekteki rekabet yasağı kaydının lafzı uyarınca, yasağın yer bakımından kapsamı olası rakip işletmenin ticari faaliyetiyle ilişkilendirilmiştir. Dolayısıyla işçinin Almanya’ya da faal olan bir Amerikan ilaç firmasında çalışması yasak kapsamındadır. Buna karşılık, işçinin Almanya’da faaliyet göstermeyen bir Amerikan ilaç firmasında iş görmesinin sakıncası bulunmamaktadır. Hatta anılan işletme Almanya’da üretim veya satış yapmadığı sürece işçinin Almanya’da Amerikan firması için yeni bir ürün geliştirmesinin önünde de hiçbir engel yoktur. Birinci örneğin aksine ikinci örnekteki işçinin tabi olduğu rekabet yasağı kaydının coğrafi kapsamı işverenin faaliyeti ile ilişkilendirilmiştir. Şu halde işçinin Almanya’da faaliyet gösteren rakip bir işletmenin Amerika Birleşik Devletleri’ndeki işyerinde çalışması mümkündür. Buna karşılık söz konusu işçinin Almanya’da üretim ve satış yapmayan aynı ilaç firması için Almanya’da ilaç geliştirmesi, hiç kuşkusuz rekabet yasağı kaydına aykırı bir davranış olarak nitelendirilmelidir. bkz. Bauer/Diller, s. 90.

Fransız Yargıtay'ına göre, rekabet yasağı ancak belli bir coğrafi alanda uygulanabilir. Coğrafi sınır değişken olabilmekle birlikte, yasağın yer bakımından kapsamının tespitinde işçinin ifa ettiği iş görme borcu ve başka bir mesleği icra etme olanağı dikkat alınmaktadır⁶⁴⁹. Genel olarak, rekabet yasağının coğrafi kapsamı işçinin eski işvereniyle fiilen rekabet edebileceği yerlerle sınırlıdır⁶⁵⁰. Şayet işveren yalnızca bir şehirde faaliyet gösteriyorsa, işçiye ülke topraklarının tamamını kapsayacak bir tarzda rekabet yasağı getirilemez⁶⁵¹. Örneğin dış hizmetlerde çalışan işçilerle kararlaştırılan rekabet yasağı kayıtlarının yer bakımından kapsamı, genellikle işçinin iş görme edimini yerine getirdiği bölge ile sınırlı tutulmaktadır⁶⁵². İşçinin eğitimi ve önceki iş deneyimi sayesinde başka bir ülkede kolayca iş bulabileceği durumlarda, tüm ülke toprakları için geçerli olacak şekilde bir rekabet yasağı kaydı dahi kararlaştırılabilir⁶⁵³. Üniversiteyi Amerika Birleşik Devletleri'nde bitiren, daha sonra Almanya'da ve nihayet Fransa'da çalışan işçi bu duruma tipik bir örnek oluşturmaktadır. Bu bağlamda, Fransa'nın tamamını içeren bir rekabet yasağının böyle bir işçinin ekonomik geleceğini hakkaniyete aykırı bir tarzda güçleştirmeyeceğinin ortada olduğu ileri sürülmektedir⁶⁵⁴.

Belçika Hukukunda rekabet yasağı kaydının coğrafi kapsamı ikili bir sınırlamaya tabi tutulmuştur. Öncelikle rekabet yasağı kaydı, işletmenin niteliği ve faaliyet alanı (*actie radius*) göz önünde bulundurularak işçinin işverenle fiilen rekabet edebileceği yerlerle sınırlandırılmalıdır⁶⁵⁵. Ayrıca rekabet yasağı kaydının coğrafi kapsamının redaksiyonunda son derece dikkatli davranılması gerektiği vurgulanmaktadır. Zira Belçika hukukunda coğrafi kapsamı yeterince sınırlanmamış bir rekabet yasağı kaydı geçersizdir⁶⁵⁶. Rekabet yasağı kaydının yer açısından öteki

⁶⁴⁹Damy, s. 39.

⁶⁵⁰Signoretto, s. 237; Les contrats de travail et leurs clauses, par l'équipe rédactionnelle de RF social, s. 177.

⁶⁵¹Signoretto, s. 237; Les contrats de travail et leurs clauses, par l'équipe rédactionnelle de RF social, s. 177.

⁶⁵²Edenfeld, s. 480.

⁶⁵³Edenfeld, s. 480.

⁶⁵⁴Edenfeld, s. 480.

⁶⁵⁵Carlier, s. 52; Cuypers, Schets van het Belgische Arbeidsrecht, s. 76; Humblet/Rigaux, s. 275. Quist, s. 115; Truys/Baart, s. 3; Vannes, s. 283; Wantiez, s. 34.

⁶⁵⁶Soruna somut bir örnekle açıklık getiren yazar, Antwerp şehrinde bir kuaförle bağtlanan ve tüm Flaman bölgesini kapsayan rekabet yasağı kaydının geçersiz olduğunu, çünkü kaydın yeterli ölçüde sınırlanmadığını belirtmektedir. Çünkü işletmenin niteliği ve etki alanı (*actie radius*), işçinin Flaman bölgesinin tamamında işverenle rekabet etmesini olanaksız kılmaktadır. Örnek olayda

sınırı ise, ülke topraklarıdır. Buna göre, rekabet yasağı kaydının coğrafi sınırı Belçika topraklarını aşamaz⁶⁵⁷. Başka bir anlatımla, işletmenin gerçek faaliyet alanının tüm Belçika'yı kapsamına karşın rekabet yasağının Benelüks'ün tamamına teşmil edilmesi gibi bir durumda; Belçika sınırlarının aşılması nedeniyle rekabet yasağı kaydı geçersiz kabul edilmektedir⁶⁵⁸. Nitekim Brüksel İş Mahkemesi, Avrupa'nın tamamında uygulanan bir rekabet yasağı kaydının geçersizliğine karar vermiştir⁶⁵⁹. Her iki koşul kümülatif olup, zikredilen koşullardan birinin dahi eksikliği rekabet yasağı kaydının geçersizliğine yol açmaktadır⁶⁶⁰. Ekleyelim ki, coğrafi sınır içermeyen rekabet yasağı kayıtlarının da kesin hükümsüz olduğu belirtilmektedir⁶⁶¹. Nihayet rekabet yasağı kaydının bölgesel kapsamı, iyi tanımlanmış ve somut bir coğrafyayla ilişkilendirilmelidir⁶⁶². Bu doğrultuda Brüksel İstinaf İş Mahkemesi rekabet yasağını sınırlarının bir coğrafi bölge yerine Fransızca konuşulan bölgeye atıfta bulunularak belirlendiği bir rekabet yasağı kaydının geçersizliğine hükmetmiştir⁶⁶³. Buna mukabil, rekabet yasağının yer bakımından kapsamını "...işverenin acentelerinin faal olduğu bölgenin sınırları dâhili..." olarak tanımlayan kaydın geçersizliğine yönelik talep, sözleşmenin bütününden acentelerin faaliyet gösterdiği bölgenin anlaşıldığı gerekçesiyle reddedilmiştir⁶⁶⁴.

Kural olarak, beyaz yakalı işçiler de rekabet yasağının yer açısından kapsamına ilişkin koşullara tabidir. Bununla birlikte, taraflar Belçika İş Sözleşmeleri Kanunu'nun 86. maddesi bağlamında kararlaştırılan bir sözleşme kaydıyla genel düzenlemeden ayrılabilir. Böyle bir kayıtla beyaz yakalı işçinin eski işvereniyle Belçika dışında rekabet etmesi de yasaklanabilir. Ne var ki rekabet yasağı kaydının coğrafi kapsamının işçinin işverenle gerçekten rekabet edebileceği yerlerle sınırlandırılmasına ilişkin koşulun beyaz yakalı işçiler için de geçerli olduğu hatırlatılmaktadır⁶⁶⁵. İş Sözleşmeleri Kanunu'nun 104. maddesinin ticari temsilciyle

kuaför sıfatını haiz işçiyle kararlaştırılacak rekabet yasağı kaydının Antwerp şehrine veya bu şehrin birkaç semtine özgülenmesi ise hukuka aykırı değildir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Quist, s. 115.

⁶⁵⁷ Carlier, s. 52; Humblet/Rigaux, s. 275; Lebe-Dessard, s. 235.; Quist, s. 116; Truyts /Baart, s. 3; Vannes, s. 283.

⁶⁵⁸ Quist, s. 116.

⁶⁵⁹ C.T. Bruxelles, 21.1.1977 (Vannes'den naklen, s. 283).

⁶⁶⁰ Carlier, s. 52. Örneğin coğrafi açıdan Belçika toprakları ile sınırlı bir rekabet yasağı, işçinin eski işvereniyle Belçika'nın tümünde rekabete girişmesinin imkânsız olması halinde geçersizdir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Quist, s. 116.

⁶⁶¹ Lebe-Dessard, s. 235; Quist, s. 116; Wantiez, s. 34.

⁶⁶² Carlier, s. 53.

⁶⁶³ Arbh. Brussel 28.1.1998 (Carlier'den naklen, s. 53).

⁶⁶⁴ Arbh. Brussel 26.10.1971 (Carlier'den naklen, s. 53).

⁶⁶⁵ Arbh. Brussel 21.1.1977, Arbh. Brussel 5.3.1985 (Quist'den naklen, s. 116).

kararlaştırılan rekabet yasağı kaydının coğrafi kapsamını ticari temsilcinin faaliyet gösterdiği bölgeyle sınırlandırmaktadır (Art. 104 lid 2 AOW). Dolayısıyla rekabet yasağını ülke topraklarıyla sınırlayan koşul, acenteler için geçerli deđildir⁶⁶⁶. Bu bağlamda acentenin faaliyette bulunacağı coğrafi bölgenin işverenle ticari temsilci arasında bağıtlanan sözleşmeyle saptanması önerilmektedir⁶⁶⁷. Diğer taraftan bölgenin sınırlarının ayrıca rekabet yasağı kaydıyla tespitinin, gereksiz hukuki uyumsuzlıkların önünü alacağına işaret edilmektedir. Aksi takdirde acentenin faaliyet gösterdiği alan konusunda ciddi bir belirsizlik ortaya çıkacak; ticari temsilcinin belirli bir bölgesinin olmamasından ötürü rekabet yasağı üzerindeki geçerlilik denetimi zorlaşacak, hatta imkânsız hale gelecektir⁶⁶⁸. Bu da rekabet yasağı kaydının geçersizliğine yol açacaktır⁶⁶⁹.

Hollanda hukuku rekabet yasağı kaydının coğrafi sınırlarının tespitiyle ilgili olarak taraflara tam bir serbesti tanımaktadır⁶⁷⁰. Buna göre, rekabet yasağı işçinin iş görme edimini ifa ettiği yeri çevreleyen birkaç kilometre yarıçaplı bir bölgeyle sınırlı tutulabileceği gibi; rekabet yasağı kaydının coğrafi kapsamının belirli bir eyalete, tüm Hollanda'ya, Benelüks ülkelerine, Avrupa'nın tamamına veya bütün dünyaya teşmil edilmesi de mümkündür⁶⁷¹. Bununla birlikte, bazı toplu iş sözleşmelerinde ve iş sözleşmelerinde rekabet yasağı kaydının yer açısından kapsamını sınırlayan düzenlemelere rastlanmaktadır⁶⁷². Kuşkusuz tarafların menfaatlerini karşılaştıran hâkim, coğrafi kapsamı çok geniş bir şekilde belirlenmiş bir rekabet yasağını sınırlandırabilecektir⁶⁷³.

28167 sayılı Tasarı ile benimsenen düzenleme, rekabet yasağı kaydında yasağın hangi bölgede uygulanacağının net olarak belirtilmesini bir geçerlilik koşulu olarak düzenlemiřtir⁶⁷⁴. Tasarı'ya göre kaydın coğrafi kapsamı, işverenin eski işçisinin fiili

⁶⁶⁶ *Quist*, S. 116.

⁶⁶⁷ *Quist*, S. 116.

⁶⁶⁸ *Quist*, s. 116–117.

⁶⁶⁹ *Quist* s. 117.

⁶⁷⁰ *Loonstra/Zondag*, s. 208.

⁶⁷¹ *Quist*, s. 12; *Treep*, s. 65.

⁶⁷² *Loonstra/Zondag*, s. 208.

⁶⁷³ *Quist*, s. 12.

⁶⁷⁴ Kamerstukken II 2001/02, 28167 II 2001/02, 28167, nr. 3., s.10. Hollanda Hükümeti bu konuda da MDW çalışma grubunun önerisini dikkate almıştır. Çalışma grubuna göre, rekabet yasağı kaydının coğrafi kapsamı işverenin eski işçisinin fiili rekabetine maruz kalabileceği bölgeyle sınırlandırılmak zorundadır. Bu da somut olayın koşullarına bağlı olduğundan coğrafi kapsamın nihai sınırlarını belirlemek mümkün değildir. Dolayısıyla belirli hallerde dünya çapında bir rekabet yasağı kaydı dahi yerinde görülebilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. *Quist*, s. 67.

rekabetine maruz kalabileceği bölgeyle sınırlı kalmalıdır⁶⁷⁵. Ne var ki Tasarıda, rekabet yasağının coğrafi sınırlarının tanımlanmasını zorunlu kılan veya yeterince açık olmayan bir tanım içeren rekabet yasağı kaydının yaptırımının geçersizlik olduğunu öngören herhangi bir düzenleme yer almamıştır⁶⁷⁶. İşverenin işletmesel menfaatinin haklı kıldığından daha geniş bir coğrafi kapsam öngören rekabet yasağı kayıtlarına uygulanacak yaptırım, Hollanda öğretisinin ele aldığı konular arasındadır. Acaba rekabet yasağı kaydı hâkim tarafından geçersiz mi sayılacak, yoksa yalnızca sınırlandırılacak mıdır?⁶⁷⁷. Hollanda öğretisinde baskın görüş, rekabet yasağı kaydında tanımlanan coğrafi bölgenin işçinin görev tanımıyla bağlantılı çevreden daha geniş tutulmasının rekabet yasağı kaydının geçersizliğine yol açacağı doğrudur⁶⁷⁸.

İsviçre Borçlar Kanunu'nda rekabet yasağının yer yönünden uygun bir biçimde sınırlanmış olması koşulu aranmaktadır (Art. 340c Abs. 1 OR). Şu halde rekabet yasağı kaydı, işçinin rekabet teşkil eden faaliyetlere girişmesinin yasaklandığı coğrafi alanı tarif etmelidir⁶⁷⁹. İşverenin ticari veya iktisadi etkinliğinin olmadığı yerlerin rekabet yasağının yer açısından kapsamına dâhil edilmesi kesinlikle mümkün değildir⁶⁸⁰. Diğer bir anlatımla, rakip işletmenin etkin olduğu coğrafi alanla eski işverenin ticari faaliyetlerde bulunduğu bölgenin örtüşmediği durumlarda yasal düzenlemeye aykırı bir rekabetin varlığından söz edilemez⁶⁸¹. İsviçre öğretisinde rekabet yasağının diğer geçerlilik koşullarının çok soyut ve yoruma açık olması nedeniyle kaydın yer açısından kapsamının coğrafi olarak tanımlanması gerektiği, böylelikle işçinin rekabet yasağının boyutu hakkında bilgi sahibi olacağı ifade edilmektedir⁶⁸². Rekabet yasağının coğrafi kapsamı, belirli yerleşim alanlarının isimlerinin anılarak veyahut uzaklık gösterilerek sınırlandırılabilir⁶⁸³. Ayırt edici bir diğer hususun, rakip işletmenin rekabet yasağının uygulandığı bölgede işverenle

⁶⁷⁵ Kamerstukken II 2001/02, 28167 II 2001/02, 28167, nr. 3., s.16.

⁶⁷⁶ Quist, s. 68.

⁶⁷⁷ Quist, s. 68.

⁶⁷⁸ Loonstra, C.J., Het nieuwe art, s. 71.

⁶⁷⁹ Bohny, 125.

⁶⁸⁰ Bohny, 125. Pidoux, 49, Rehbinden, Schranken und wegfall, s. 516.

⁶⁸¹ Haefliger, 56.

⁶⁸² Bohny, 125

⁶⁸³ Rehbinden, Schranken und wegfall 516. Örneğin rekabet yasağı kaydının yersel kapsamı "Aarburg şehri ve 10 km yarıçapı", "SG, TG, AI ve AR kantonları" ve "İsviçre ve İsviçre'ye sınırı olan ülkeler" şeklinde belirlenebilir. Buna karşılık Federal Mahkeme'nin çok eski tarihli bir kararında "İsviçre veya başka bir yer" tarzındaki rekabet yasağı kaydının hukuka aykırı olduğuna hükmedilmiştir. Geniş bilgi için bkz. Bohny, 125.

rekabet edip edemeyeceğidir⁶⁸⁴. Rakip işletmenin rekabet potansiyelinin değerlendirilmesinde söz konusu işletmenin merkezi değil, ticari faaliyetleri ve müşteri bağlantıları dikkate alınır. Örneğin yasak bölgenin dışında kalan rakip bir işletmede çalışan işçinin bu bölgeye tanıtım mektupları göndererek rekabet yasağını ihlal etmesi mümkündür⁶⁸⁵.

Federal Mahkeme işçiyi İsviçre'nin doğusunda rekabeti yasaklayan bir kayıt geçerli kabul etmiştir⁶⁸⁶. Buna karşın, gıda sektöründe çalışan bir işçiyi İsviçre'de ve eski işverenin dâhil olduğu şirketler grubu tarafından kontrol edilen şirketlerin bulunduğu ülkelerdeki rakip firmalarda çalışmaktan alıkoyan bir rekabet yasağı kaydı Federal Mahkeme tarafından hukuka aykırı bulunmuştur⁶⁸⁷. Keza Federal Mahkeme, işçiyi beş yıl boyunca belirli peynir çeşitlerinin üretimiyle ilgili işlerde İsviçre'de veya başka bir ülkede iş görmekten meneden rekabet yasağı kaydının geçerliliğine karar vermiştir⁶⁸⁸. Bu kararda dikkat çeken nokta, rekabet yasağı kaydının konu bakımından kapsamıyla süre ve yer bakımından kapsamı arasında bir çeşit ters orantı kurulmasıdır. Eş söyleyişle, yasak konusu işin sınırları ne kadar dar çizilirse rekabet yasağı kaydının süre ve yer sınırı da aynı ölçüde genişlemektedir⁶⁸⁹. İsviçre gibi birden fazla resmi dile sahip ülkelerde ortaya çıkabilecek diğer bir sorun, rekabet yasağının işçiyi mesleğini farklı bir dilin kullanıldığı bölgede icraya zorlama olasılığıdır. İsviçre öğretisinde böyle bir rekabet yasağı kaydının çok katı bir şekilde denetlenmesi gerektiği, çünkü dilin somut olaya konu mesleğin icrasında belirleyici olması durumunda, coğrafi kapsamın yeterince sınırlandırılmış sayılamayacağı vurgulanmaktadır⁶⁹⁰.

Rekabet yasağı kaydının coğrafi kapsamı konusunda 6098 sayılı Borçlar Kanunu 818 sayılı Borçlar Kanunu'ndan farklı bir düzenleme içermemektedir. İki metin arasında var olan göz çarpan farklılık 818 sayılı Kanun'da yer alan *muhit* sözcüğünün yerine *yer* sözcüğüne yer verilmesidir. Öğretide de dile getirildiği üzere yer bakımından sınırlamayla yasağın coğrafi sınırları kastedilmekte olup, rekabet

⁶⁸⁴ *Rehbinder*, Schranken und wegfall, s.516.

⁶⁸⁵ *Rehbinder*, Schranken und wegfall, s. 516.

⁶⁸⁶ BGE 55 II 258 (*Haefliger*'den naklen,56).

⁶⁸⁷ BGE 91 II 372. Temsilci konumundaki işçi davaya konu olayda sadece Ob ve Nidwalden kantonlarında görev almıştı. Dolayısıyla işverenin işçinin rekabet etmeme borcuna uygun davranmasındaki menfaati yalnızca anılan iki kantonla sınırlıydı. *Haefliger*, s. 56.

⁶⁸⁸ Kaufman c. Schüler, RO 44 II 89 (*Pidoux*'dan naklen,56).

⁶⁸⁹ *Pidoux*, La prohibition, s. 56.

⁶⁹⁰ *Pidoux*, La prohibition, s. 56.

yasağı kaydında işçinin rekabetten kaçınmakla yükümlü olduğu bölge belirtilmelidir⁶⁹¹. Bu bağlamda söz konusu alanın işverenin ticari ilişkilerinin ulaştığı fiili sınırı asla aşmaması gerektiği ifade edilmekte, diğer sınırlamalar da dikkate alınarak yapılacak bir değerlendirme sonucundan işçinin ekonomik geleceğinin hakkaniyete aykırı bir biçimde güçleştirilmiş olduğu sonucuna varıldığı takdirde hâkimin yasağı sınırlandıracağı vurgulanmaktadır⁶⁹². Rekabet yasağının coğrafi kapsamının sözleşmede uzaklık veya bölge gösterilerek saptanmasının zorunlu olup olmadığı hususunda literatürde tam bir görüş birliğinden söz edilemez. Öğretide benimsenen bir yaklaşıma göre, yer bakımından sınırlandırma kural olarak şehir, coğrafi bölge ismi belirtilerek yapılacağı gibi; işverenin korunmakta olan menfaati ile ilgili çalışma alanına gönderme yapılarak örtülü bir biçimde belirtilmiş de olabilir⁶⁹³. Karşıt düşünce ise, yasağın uygulama alanının sözleşmede mesafe veya belirli bir bölge göstermek suretiyle saptanmasının gerekli olduğunu, aksi takdirde işçinin hangi yörede çalışmaktan kaçınacağını sözleşmeden çıkarabilmesinin imkânsızlaşacağını savunmaktadır⁶⁹⁴. Türk öğretisinde işverenin müşteri çevresini korumayı amaçlayan rekabet yasağı kaydının coğrafi sınırının tespiti de özel olarak irdelenmiştir. Buna göre, rekabet yasağı yalnızca işçinin etkin biçimde ilişki kurduğu müşterilerin bulunduğu yer ile sınırlı tutulmalıdır⁶⁹⁵. Öte yandan, rekabet yasağı kaydının var olan müşteri çevresinin korunmasını sağlayan bir hukuki araç olduğu, dolayısıyla bir bölge için getirilen yasağın sadece o bölgedeki mevcut müşterilerle sınırlı kalacağı ve o bölgedeki yeni müşterilerle temasın rekabet yasağı kaydına aykırı sayılmayacağını altı çizilmektedir⁶⁹⁶.

Yargıtay'ın eski tarihli kararlarında rekabet yasağı kaydının coğrafi kapsamıyla ilgili yeknesak ve tutarlı bir uygulamanın varlığından söz etmek oldukça zor görünmektedir. 9. Hukuk Dairesi'nin 1999 tarihli bir kararında ele alınan somut olayda, davacı işverene ait işyerinde 1.10.1997–31.3.1998 tarihleri arasında bilgisayar elemanı olarak çalışan bir işçiyle bağitlanan iş sözleşmesinin 5. maddesinde rekabet yasağı kararlaştırılmış, işveren eski işçisinin iş sözleşmesinin

⁶⁹¹ *Akyiğit*, s. 15; *Soyer*, s. 21; *Taşkent/Kabakçı*, s. 31.

⁶⁹² *Soyer*, s. 21.

⁶⁹³ *Şahlanan*, Sorunlar ve Çözüm Önerileri, 80.

⁶⁹⁴ *Soyer*, s. 21–22; aynı yönde *Taşkent/Kabakçı*, s. 31. Zira işçinin ancak ilgilendiği müşterilerle ilgili bilgilere vakıf olabileceği ve daha sonra kullanabileceği, daha geniş bir kapsamın işverenin haklı menfaatlerinin korunmasının ötesinde amacı aşan bir sonuca yol açacağı ileri sürülmektedir. bkz. *Taşkent/Kabakçı*, s. 31.

⁶⁹⁵ *Soyer*, s. 21; aynı yönde *Taşkent/Kabakçı*, s. 31.

⁶⁹⁶ *Soyer*, s. 21

sona ermesini müteakip dava dışı üçüncü şahsın işyerinde işe girmek suretiyle rekabet yasağı kaydını ihlal ettiğini öne sürerek işçiden ceza koşulu talep etmiştir⁶⁹⁷. İşverenin talebine dayanak teşkil eden rekabet yasağı kaydı şu şekilde kaleme alınmıştır: “...*personel, şirketteki görevi sonrasında şirketin yazılı izni olmadan başka bir işte çalışamaz ve/veya başka bir şirketle ortak olamaz. Kendi isteği ile ayrılan personel, ayrıldığı tarihten itibaren 6 ay süresince şirketin izin olmadan, şirketin faaliyet gösterdiği yerlerde ve çalışma konusunda giren bir işte, çalışamaz. Kurulmuş bir şirketin ortağı olamaz veya şirket kuramaz. Keza şirketin müşteri portföyündeki bir şirkette görev alamaz. Aksine davranışta bulunulması halinde, hiçbir hükme gerek kalmadan son alınan ücret, prim vs.nin 6 katı tutarında tazminat ödemekle yükümlüdür...*”. İş Mahkemesi şirketlerin faaliyet alanlarının farklı olduğu ve yeni girilen işyerinin sahibi şirketin davacı şirketin portföyünden çıktığı gerekçesiyle davayı reddetmiş; Yargıtay ise davalı işçinin bir dönem müşteri portföyünde bulunan şirkete davacı adına hizmet verdiğini ve daha sonra portföyündeki şirkette de çalışma koşulunun gerçekleştiğini belirterek yerel mahkemenin kararını bozmuştur. Karar metninden de anlaşılacağı üzere Yargıtay *şirketin faaliyet gösterdiği yerlerde* tarzında bir sınırlamayı hukuka uygun bulmuş, rekabet yasağının yer bakımından kapsamı belirlenirken herhangi bir coğrafi alan, idari birim veya belirli bir uzaklık gösterilmesini zorunlu bir unsur olarak aramamıştır⁶⁹⁸.

Yargıtay’ın aynı tarihte verdiği bir başka karar doğrudan rekabet yasağının coğrafi sınırlarıyla ilintili olup, öğretilerde de tartışılmıştır. Uyuşmazlığa konu rekabet yasağı kaydında bankada müfettiş olarak istihdam edilen işçinin iş ilişkisinin sona erdiği tarihten itibaren 2 yıl süre ile Türkiye’deki tüm bankalarda çalışmaması kararlaştırılmış, aksine davranış durumunda işçinin son aylık ücretinin 10 katı tutarında bir ceza şart ödemesi öngörülmüştür⁶⁹⁹. Yargıtay rekabet yasağı sözleşmesindeki “*Türkiye’deki tüm bankalarda çalışmamayı kabul ve taahhüt eder*” biçimindeki düzenleme Türkiye’deki tüm bankaları kapsadığından yer ve konu açısından bir sınırın söz konusu olmadığını, bundan dolayı işçinin ekonomik geleceği bakımından ağır sonuçları da beraberinde getireceğini ifade ederek davacının ceza

⁶⁹⁷ Yarg. 9. HD., 18.5.1999, 5784/9049, www.legalbank.net.

⁶⁹⁸ Kararın isabetli olduğu yönünde bkz. *Ekmekçi*, Hizmet Akdinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtay’ın 1999 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtay’ın İş Hukukuna İlişkin 1999 Kararlarının Değerlendirilmesi, İstanbul 2001, s. 74.

⁶⁹⁹ Yarg. 9. HD., 6.7.1999, 8262/12073, www.legalbank.net.

koşulu talebini farklı bir gerekçeyle reddeden yerel mahkeme kararını gerekçeli onamıştır. İki yıllık süre sınırlamasını hukuka aykırı görmeyen Yargıtay, rekabet yasağı kaydının yer konu sınırlaması içermediğinden hareketle davacı işverenin ceza koşulu istemini geri çevirmiştir. Kararı değerlendiren bir yazar, günümüzde her mal ve hizmetin her bölgede hareket etmesi mümkün bulunduğundan, rekabet yasağı kapsamının bir bölge veya yöre olarak değil, tüm Türkiye olarak belirlenmiş olmasının BK m. 349 hükmüne aykırılık oluşturmayacağını, özellikle banka gibi tüm Türkiye çapında işyerleri bulunan işletmeler bakımından yasağın tüm Türkiye'yi kapsayabileceğini savunmuştur⁷⁰⁰. Buna karşılık, öğretinin büyük bir çoğunluğu farklı gerekçelerle dahi olsa Yargıtay'ın görüşünü desteklemiştir. Öğretide bir görüş rekabet yasağı kurumunun özünde işvereni korumaktan çok işçinin ekonomik yıkımına neden olmamanın yattığını, dolayısıyla yasağın en azından bir bölgeyle sınırlandırılması kaydıyla geçerli olacağını ifade etmiştir⁷⁰¹. Başka bir yazar da aynı düşünceye katılmakla beraber, bölge sınırlamasının bir bölge ile değil, işverenin faaliyet alanı bakımından rakiplerine karşı kendisini koruması gereken bölgeye özgülenebileceği belirtmiştir⁷⁰². Doktrinde ayrıca rekabet yasağı kayıtlarının değerlendirilmesinde işçinin çalışma hakkının göz önünde bulundurulmasının zorunlu olduğunu, batı hukuklarında da rekabet yasağının işçinin çalışma özgürlüğü açısından değerlendirildiğini ve yasal düzenlemelerde bu noktanın temel alındığını dile getirmiştir⁷⁰³. Yargıtay'ın yaklaşımını paylaşan bir yazar ise, işçinin çalışma özgürlüğünün tehlike düşürülmemesi gerektiğini ve bu nedenle rekabet yasağı kaydının bir yerle sınırlama koşuluyla geçerli olduğunu vurgulamıştır⁷⁰⁴.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 1999 yılında verdiği bir diğer karara konu olan olayda davacı işçinin iş sözleşmesini feshederek başka bir işyerinde çalışmaya başladığı hususlarında taraflar arasında çekişme bulunmamaktadır. Davacı işverenin ceza koşulu istemini dayandığı rekabet yasağı kaydında davalı işçinin iş sözleşmesinin bitiminden itibaren iki yıl içinde kendi adına iş sahibi ile rekabet edeceği bir iş yapmaması, rakip bir kurumda çalışmaması ve böyle bir kurumda ortak

⁷⁰⁰ *Ekmekçi*, 1999 yılı kararları, s. 72.

⁷⁰¹ *Şahlanan*, Fevzi: Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin 1999 Kararlarının Değerlendirilmesi, Genel Görüşme, s. 160.

⁷⁰² *Ekonomi*, Münir: Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin 1999 Kararlarının Değerlendirilmesi, Genel Görüşme, s. 165.

⁷⁰³ *Güzel*, Ali: Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin 1999 Kararlarının Değerlendirilmesi, Genel Görüşme, s. 165–166.

⁷⁰⁴ *Çelik*, Nuri: Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin 1999 Kararlarının Değerlendirilmesi, Genel Görüşme, s. 165–166.

veya diğ er bir sıfatla görev almaması ö ngörölmüştür. Davalının ö nceki ç alışma yeri ile Değ irmendere'deki iş yerinin aynı il sınırları iç inde bulunduğu gerekçesi ile kaydı geç erli kabul eden Yargıtay, davalının ç alıştığı iş yeri ile sözleşmeyi feshettikten sonra görev aldığı firmadaki iş tıgal konusunun özdeşlik gösterip göstermediği noktasında yeterli araştırma yapılmamasını gerekç e göstererek İş Mahkemesi'nin kararını bozmuřtur⁷⁰⁵.

Yargıtay'ın 2000 tarihli bir kararında taraflar arasında uyuşmazlığa yol aç an rekabet yasağı kaydı, hem yer hem de süre sınırlaması yönünden ele alınmıştır. Davanın ö zü, genel müdür yardımcısı sıfatını haiz iş ç iye ö denen özel emeklilik ö deneginin 9.9.1996 tarihinde iş yerinde yayınlanan sirkülerin (f) maddesiyle düzenlenen rekabet yasağı kaydı gereğince iadesi talebidir. Anılan madde "*...ö dül den yararlandırılanların topluluktan ayrıldıktan sonra rakip firmalarda ç alışmamaları esastır. Rakip firmalarda full-time veya part-time ç alışan bir personele yapılan ödeme Hazine bonusu yıllık ortalama faiziyle birlikte geri alınacaktır...*" kuralını iç ermektedir. İş verenin iş ç inin iş ten ayrıldıktan sonra rakip bir inşaat firmasında üst düzey yönetici olarak işe girdiği iddiasıyla özel emeklilik ö deneginin faiziyle birlikte iş ç iden tahsili amacıyla aç tığı dava Yerel Mahkeme tarafından kabul edilmiş; buna karşın Yargıtay yasal düzenlemenin zaman, yer ve faaliyet türü bakımından sınırlamalar ö ngördüğünü, davacı iş verenin yayınladığı sirkülerde ise süre ve yerle ilgili bir sınırlamaya yer verilmediğini, bunun sonucu olarak da ö ldüç a genç yaşta iş yerinden ayrılan davacının sınırlandırıldığını, böyle bir düzenlemenin geç ersiz olduğunu ifade etmiřtir⁷⁰⁶. Yargıtay'ın 2004 tarihli kararına konu olayda İş Mahkemesi, rekabet yasağı kaydını ihlal ettiği ileri sürölen iş ç iyi kararlaştırılan ceza koşulunu iş verene ö demeye mahkûm etmiş; Yargıtay ise Mahkeme'nin rekabet yasağı kaydının EBK. m. 348 ve EBK. m. 348'de sayılan

⁷⁰⁵ Yarg. 9. HD., 13.9.1999, 11359/12864, www.legalbank.net.

⁷⁰⁶ Yarg. 9. HD., 14.3.2010, 522/2892, www.legalbank.net "*...Ne var ki uyuşmazlığın ç ö zümünde, "ö dül den yararlandırılanların topluluktan ayrıldıktan sonra rakip firmalarda ç alışmamaları esastır. Rakip firmalarda full-time veya part-time ç alışan bir personele yapılan ödeme Hazine bonusu yıllık ortalama faiziyle birlikte geri alınacaktır". şeklindeki rekabet yasağının Borçlar Kanunu'nun 349. maddesi göz önünde tutularak bir karşılaştırma yapılması zorunluluğu mevcuttur. 349. maddede "rekabet memnuniyeti ancak iş ç inin iktisadi istikbalini hakkaniyete muhalif olarak tahliyeye girmesini men edecek surette zaman, mahal ve iş in nevi noktasına hal icabına göre münasip bir sınır dahilinde şart edilmişse muteberdir" kuralına yer verilmiştir. Bu düzenleme anılan yasağın zaman, yer ve faaliyet türü bakımından sınırlamalar ö ngörmektedir. Davacı iş verenin yayınladığı sirkülerde ise bu konuda süre ve yerle ilgili bir sınırlama getirilmemiştir. Bunun sonucu olarak da ö ldüç a genç yaşta iş yerinden ayrılan davalının ekonomik geleceği hakkaniyete uygun olmayacak şekilde sınırlandırılmış bulunmaktadır. Böyle bir düzenlemenin geç erli olacağı görüşü benimsenemez..."*

geçerlilik koşullarını taşıyıp taşımadığını araştırmadığını gerekçe göstererek kararı bozmuştur⁷⁰⁷.

Yargıtay'ın 2006 tarihli bir kararda irdelediği olayda işveren, müfettiş yardımcısı olarak görev yapan işçinin 4 yıllık süre dolmadan ayrılması halinde diğer bankalar ile finans sektöründe faaliyet gösteren mali kuruluşlarda Marmara, Ege ve İç Anadolu Bölgesi kapsamına giren illerde 2 yıl boyunca çalışmasını yasaklayan 26.2.2002 tarihli rekabet yasağı sözleşmesine aykırı davrandığını iddia ederek ceza koşulu isteminde bulunmuştur. Yargıtay m. 348/2'de belirtilen işverenin müşterilerini tanıma, iş sırlarına vakıf olma ve işverenin ciddi zararına neden olma yönlerinden gerekli incelemenin yapılmadığı gerekçesiyle kararı bozmuştur. Karara ekli karşı oy yazısında çalışma yasağı konulan coğrafi bölgelerin Türkiye genelinde ticaret hacminin ve nüfus yoğunluğunun en fazla olduğu ve dolayısıyla bankacılık faaliyetleri yönünden en hareketli bölgeler olduğu, bu bölgeler için çalışma ve ortaklık ve ticari faaliyete girme yasağı konulması ile davalıya olumsuz rekabet yasağı getirildiği, geriye kalan coğrafi bölgelerde bankacılık faaliyetleri çok daha dar olduğundan iş bulma imkânının da azalacağı, çok yoğun üç coğrafi bölgede çalışma yasağının tek başına geçersizlik nedeni olduğundan söz edilerek rekabet yasağı kaydının geçersiz olduğu savunulmuştur⁷⁰⁸. Yasağın coğrafi kapsamıyla ilgili olarak muhalefet şerhinde ileri sürülen görüşler, somut olaydaki rekabet yasağı kaydının işçinin ekonomik geleceğini hakkaniyete aykırı bir biçimde sınırlandığını ifade eden yazarlar tarafından da isabetli bulunmuştur⁷⁰⁹.

⁷⁰⁷ Yarg. 9. HD., 8.6.2004, 18581/14299, www.legalbank.net "...Mahkemece, her iki davanın birleştirilmesi yoluna gidilerek yapılan yargılama sonunda, ceza şart ile eğitim giderinin kabulüne karar verilmiş, diğer istekler ile karşı dava reddedilmiştir. Kararı her iki taraf da temyiz etmiştir. Davalı işçinin imzasını taşıyan 25.1.2001 tarihli taahhütnamede, iş ilişkisinin sona erdiği tarihten itibaren 2 yıl süre ile işverenle aynı işi yapan ve aynı alanda faaliyet gösteren bir firma için çalışmayacağı, ortak olamayacağı ve kendi adına iş kuramayacağı kurala bağlanmıştır. Davalının işten ayrılmasını takiben bir başka firmada işe girdiği de anlaşılmaktadır. Davalı işçinin yaptığı görevi itibarıyla davacı işverenin müşterilerini tanımak veya işlerin esrarına nüfuz etmek gibi Borçlar Kanununun 348.maddesinde belirtilen bir konununun bulunup bulunmadığı dosya içeriğinden anlaşılacaktır. Gerçekten anılan madde hükmüne göre rekabet yasağı sözleşmesinin yapılabilmesi için belirtilen hususların varlığı gerekir. Öte yandan aynı yasanın 349.maddesinde öngörülen rekabet yasağı sınırları bakımından da bir değerlendirmeye gidilmemiştir. Mahkemece, taraflardan bu yönde delilleri sorularak, gerekirse konunun uzmanı olan bir bilirkişiden belirtilen hususlarda bir rapor alınmalı, bilirkişi görüşü ile birlikte dosya kapsamı yeniden bir değerlendirmeye tabi tutularak sonuca gidilmelidir. Eksik incelemeyle karar verilmesi hatalı olmuştur..."

⁷⁰⁸ Yarg. 9. HD., 23.5.2006, 6891/15193, Legal İHSGHD 2007/13, s. 366-370.

⁷⁰⁹ Şahlanan, Karar İncelemesi, s.5;Yenisey, Kübra Doğan: Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2006, Bireysel İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay'ın 2006 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Ankara 2009, s.56-57.

Yargıtay'ın 2007 tarihli bir kararında irdelediği rekabet yasağı kaydında, coğrafi sınır, Türkiye olarak belirlenmiştir. Ne var ki davacı işverenin ceza koşulu talebi iş sözleşmesinin feshinde işçinin kusurunun bulunmamasından ötürü EBK. m. 352 uyarınca reddedilmiş; rekabet yasağı kaydının yer açısından kapsamı ise ayrıca ele alınmamıştır⁷¹⁰. Nihayet 2008 ve 2009 tarihli kararlar, Yargıtay'ın rekabet yasağı kaydının coğrafi kapsamına yönelik ilkesel bir çerçeve belirleme çabasının somut bir yansımasıdır. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin anılan kararlarında Türkiye sınırları içinde rekabet yasağı içeren düzenlemelere geçerlilik tanımadığının altı çizilmiş, ancak yabancı uyruklu olup çalışma yaşamının çoğunu Türkiye dışında geçirmiş bir işçiye ülke topraklarının tamamında geçerli olabilecek biçimde rekabet yasağı getirebileceğini vurgulayarak az önce değinilen genel esasa bir istisna tanımıştır. Öte yandan, il sınırları ya da belli bir bölge ile sınırlandırmanın işin niteliğine göre yerinde görülebileceği belirtilmiştir⁷¹¹.

Rekabet yasağı kaydının yer açısından sınırlandırılmasıyla bağlantılı olarak öncelikli olarak aydınlatılması gereken sorun, yer açısından sınırlamanın ne anlama geldiğidir. Başka bir anlatımla, rekabet yasağı kaydının yer bakımından kapsamının ülke, coğrafi bölge, il, ilçe belirtilerek veya belli bir uzaklık gösterilerek saptanması mutlak bir zorunluluk mudur? Yoksa rekabet yasağının yer sınırının, öğretilerdeki bazı yazarlarca da savunulduğu üzere, “işverenin faaliyet gösterdiği yerlerde” gibi bir ifadeyle işverenin korunmakta olan menfaati ile ilgili alanına örtülü atıfta bulunularak örtülü bir şekilde belirlenmesi mümkün müdür?⁷¹² Sorunun yanıtı, geniş ölçüde, yasadaki yer (mahal) sözcüğünün amaçsal yorumuna bağlıdır. Gerçekten yasal düzenlemede rekabet yasağı kaydının yer, zaman ve işlerin türü bakımından sınırlandırmasının temelinde yatan düşünce; işçinin çalışma özgürlüğünün aşırı bir biçimde kısıtlanmasının veya bütünüyle ortadan kaldırılmasının önüne geçilmesidir. Bu doğrultuda, rekabet yasağının kapsamının herhangi bir kuşkuyla yer bırakmayacak

⁷¹⁰ Yarg. 9. HD., 3.4.2007, 913/9258, www.legalbank.net

⁷¹¹ Yarg. 9. HD., 13.6.2008, E:2007/19368 K:2008/15558 www.legalbank.net; Yarg. 9. HD. 24.12.2009, 26954/36971, www.legalbank.net “...*Borçlar Kanununun 349. maddesinde ise, rekabet yasağının işçinin iktisadi geleceğini tehlikeye düşürmemesi için süre, yer ve işin türü bakımından sınırlandırılması gerektiği ifade edilmiştir. Buna göre süre, yer ve işin türü bakımından sınırlandırılmış olmadıkça rekabet yasağı geçerli olmayacaktır. Sınırlamaların işin ve hatta işçinin niteliğine göre belirlenmesi gerekir. Dairemizce, Türkiye sınırları içinde rekabet etmeme yönünden öngörülen düzenlemelere geçerlilik tanınmamıştır. Ancak yabancı uyruklu olup çalışma hayatının çoğunu Türkiye dışında geçirmiş bir işçi bakımından rekabet yasağının Ülke sınırları ile belirlenmesi mümkün olabilecektir. Yine, il sınırları ya da belli bir bölge ile sınırlandırma işin niteliğine göre yerinde görülebilir...*”

⁷¹² Şahlanan, Karar İncelemesi, s.5.

şekilde tespiti, işçi açısından yaşamsal önem taşımaktadır. “İşverenin faaliyet gösterdiği yerlerde” tarzında bir sınırlama ise son derece genel ve soyut olup, işçiye yeterli bir hukuki güvence sağlamamaktadır. Şöyle ki sermayenin temel özelliklerinden biri, yatırımlar ve başka ekonomik araçlar yoluyla faaliyet alanını sürekli genişletme arzusudur. Sözü edilen gaye küreselleşen dünya ekonomisinin ayrılmaz bir parçasını oluşturan çok uluslu şirketler açısından çok daha fazla ön planda olup, rekabet yasağı kaydı içeren sözleşmenin bağtlandığı tarihte dar bir coğrafyada faaliyette bulunan işverenin faaliyet gösterdiği alanın sözleşmenin sona erdiği ana kadar işleyecek süre zarfında giderek genişlemesi, yadsınamaz bir gerçek olarak karşımıza çıkmaktadır. Böyle bir durumda rekabet yasağı kaydına konulan örtülü yer sınırı, *de facto* herhangi bir anlam ifade etmeyecektir. Diğer yandan işverenler arasında var olan karşılıklı ekonomik/ticari ilişkilerin karmaşıklığı da dikkate alındığında, işçinin işverenin ticari faaliyetlerinin coğrafi sınırlarını tüm hatlarıyla bilmesi her zaman mümkün görünmemektedir. Kaldı ki, yasada geçen yer (mahal) sözcüğü, rekabet yasağı kaydında coğrafi bir birimin anılması gerektiğine ilişkin görüşümüzü desteklemektedir. Tüm bu anlatımlar çerçevesinde, 18.5.1999 tarihli Yargıtay kararına konu rekabet yasağı kaydındaki “şirketin faaliyet gösterdiği yerlerde” tarzındaki ifadenin yasal düzenlemenin aradığı bir yer sınırlaması olarak kabul edilemeyeceği, dolayısıyla söz konusu rekabet yasağı kaydını hukuka uygun bulan Yargıtay kararının isabetsiz olduğu belirtilmelidir⁷¹³. Nitekim Yargıtay’ın yakın tarihli ilke kararlarında ortaya koyduğu esaslar, rekabet yasağı kaydının yer bakımından kapsamının coğrafi yer gösterilerek belirlenmesi yolundaki görüşümüzle örtüşmektedir⁷¹⁴. Ekleyelim ki, rekabet yasağı kaydının yer bakımından sınırının rakip işletmelerin faaliyet gösterdiği coğrafi alan açıkça anılarak çizildiği rekabet yasağı kayıtları hukuka aykırı değildir⁷¹⁵.

Sözleşme sonrası rekabet yasağının coğrafi açıdan sınırlandırılmasında iki temel yöntem söz konusudur. Akla gelen ilk yöntem rekabet yasağının yer açısından

⁷¹³ Yarg. 9. HD., 18.5.1999, 5784/9049, www.legalbank.net. Aksi görüşte Şahlanan, Karar İncelemesi, s.5. Bununla birlikte böyle bir rekabet yasağı kaydının doğrudan geçersiz sayılması yerine, hakim tarafından sınırlandırılması yasal düzenlemenin amacına daha uygun olacaktır.

⁷¹⁴ Yarg. 9. HD., 13.6.2008, E:2007/19368 K:2008/15558 www.legalbank.net; Yarg. 9. HD. 24.12.2009, 26954/36971, www.legalbank.net “...Dairemizce, Türkiye sınırları içinde rekabet etmeme yönünden öngörülen düzenlemelere geçerlilik tanınmamıştır. Ancak yabancı uyruklu olup çalışma hayatının çoğunu Türkiye dışında geçirmiş bir işçi bakımından rekabet yasağının Ülke sınırları ile belirlenmesi mümkün olabilecektir. Yine, il sınırları ya da belli bir bölge ile sınırlandırma işin niteliğine göre yerinde görülebilir...”

⁷¹⁵ Örnek: ‘İşçinin Türkiye’de ilaç üreten veya satan herhangi bir işletmede çalışması yasaktır’

kapsamının belli bir mesafe belirtilerek saptanmasıdır⁷¹⁶. Ancak değinilen yöntem yalnızca bir veya birkaç işyerinden oluşan ve münhasıran bir şehirde faaliyet gösteren işverenler açısından elverişlidir. Buna karşın anılan yöntem esas alınarak hazırlanmış bir rekabet yasağı kaydı, ülkenin farklı coğrafi bölgelerinde sayısız işyeri bulunan devasa bir işletmenin iş sırlarının ve müşteri portföyünün korunması bakımından yetersiz kalacaktır. Şu halde, rekabet yasağı kaydının yer itibarıyla kapsamının il veya coğrafi bölge gösterilerek saptanması bu gibi işverenlerin çıkarlarıyla daha çok bağdaşacaktır⁷¹⁷. Ayrıca rekabet yasağı kaydında belirli bir coğrafi bölgenin yanında bu coğrafi bölgenin dışında kalan bazı iller de gösterilebilir⁷¹⁸. Ekleyelim ki Türkiye'nin 7 coğrafi bölgesinin sınırlarıyla il sınırları her zaman örtüşmemekte, bazı illerin toprakları komşu coğrafi bölgeye uzanmaktadır⁷¹⁹. Dolayısıyla işverenle Marmara Bölgesi'nde rekabet etmemeyi üstlenen işçinin eski işvereniyle böyle bir ilin diğer bir bölgenin coğrafi sınırlarına dâhil bir ilçesinde rekabet etmesi, yasağın ihlali olarak değerlendirilemez⁷²⁰.

Bu arada, Yargıtay'ın işçiye Türkiye sınırları içinde rekabet etmeyi yasaklayan kayıtlara karşı takındığı olumsuz tavrın ne derece isabetli olduğu sorgulanmalıdır. Karşılaştırmalı hukuktaki örneklerden Almanya, Hollanda ve Belçika'da ülke coğrafyasının tamamını kapsayan rekabet yasağı kayıtları *per se* geçersiz kabul edilmemekte; örneğin Almanya'nın tümünü kapsayan bir rekabet yasağının,

⁷¹⁶ Örnek 1: İşçi iş ilişkisinin sona ermesini takip eden 1 yıl boyunca Eskişehir il merkezinde ve Eskişehir il merkezinin çevresindeki 100 km yarı çaplı alan dahilinde faaliyet gösteren bilişim sektöründeki rakip şirketlerde çalışmamayı veya böyle bir şirketle ortak, paydaş veya benzeri bir sıfatla alakadar olmamayı taahhüt eder. Örnek 2: İşçinin iş sözleşmesinin sona ermesini izleyen 18 ay süresince işyerini çevreleyen 200 km yarı çaplı alanda kimya sektöründeki AR-GE işlerinde bağımlı veya bağımsız çalışması yasaktır.

⁷¹⁷ Örnek 1: İşçi iş ilişkisinin sona ermesini takip eden 2 yıl boyunca Ege ve Marmara bölgelerinde faaliyet gösteren bilişim sektöründeki rakip şirketlerde çalışmamayı ve böyle bir şirketle ortak, paydaş veya benzeri bir sıfatla alakadar olmamayı taahhüt eder. Örnek 2: "... İşçinin iş sözleşmesinin sona ermesini izleyen 18 ay boyunca İstanbul, Bursa, Kocaeli, Yalova, Sakarya ve Tekirdağ il sınırları dahilinde kimya sektöründeki AR-GE işlerinde bağımlı veya bağımsız çalışması yasaktır..."

⁷¹⁸ Örnek 3: "...İşçi iş ilişkisinin sona ermesini takip eden 2 yıl boyunca Ege ve Marmara bölgeleriyle Antalya, Burdur ve Isparta illerinde faaliyet gösteren bilişim sektöründeki rakip şirketlerde çalışmamayı ve böyle bir şirketle ortak, paydaş veya benzeri bir sıfatla alakadar olmamayı taahhüt eder..."

⁷¹⁹ Bir örnek vermemek gerekirse il merkezi Marmara Bölgesi'nde yer alan Balıkesir'in Edremit, Havran, Burhaniye, Ayvalık ve Dursunbey ilçeleriyle Bursa'nın Orhaneli, Keles, Büyükşehir ve Harmancık ilçeleri Ege Bölgesi'ne dâhildir.

⁷²⁰ Örneğin iş ilişkisinin sona ermesinin ardından iki yıl süreyle Marmara Bölgesindeki lojistik işlerinde çalışmamayı taahhüt eden işçinin lojistik sektöründe faaliyet gösteren rakip bir işletmenin Ayvalık'ta bulunan işyerinde çalışması rekabet yasağına aykırılık oluşturmaz. Buna mukabil, rekabet yasağı kaydında "...Marmara Bölgesi'ndeki iller..." tarzında bir ifade kullanıldığı takdirde merkezi Marmara Bölgesi'nde bulunan illerin diğer bölgelerdeki ilçelerinin de rekabet yasağının coğrafi kapsamına dâhil olduğu kabul edilmelidir.

Almanya’da işçinin öğrendiği mesleği fiilen bırakmaya zorlandığı hallere özgü olmak üzere haklı görülemeyeceği; zira rekabet yasağı kaydıyla bir mesleğin icra edilmesinin yasaklanamayacağı belirtilmektedir⁷²¹. Gerçekten Yargıtay’ın rekabet yasağının yer bakımından uygun olmayan sınırlamalar içermeyeceğine ilişkin yasal düzenlemeden rekabet yasağının Türkiye’nin bütününe teşmil edilemeyeceği sonucunu çıkarması doğru bir yaklaşım olarak nitelendirilemez. Zira yasanın aradığı rekabet yasağı kaydının yer bakımından uygun bir şekilde sınırlanmasıdır. Somut olayın koşullarına göre, rekabet yasağı bir veya birkaç bölgeyi veyahut bir veya birden çok ili kapsayabileceği gibi, Türkiye Cumhuriyeti topraklarının tamamını da içerebilir. Elbette tüm Türkiye’yi kapsayan bir rekabet yasağının yasal düzenlemenin tabiriyle “aşırı nitelikte” olma olasılığı bir veya birkaç bölgeyle sınırlı rekabet yasağı kayıtlarına göre nispeten daha yüksektir. Nitekim hâkim Türkiye’nin tamamını içeren rekabet yasağı kayıtlarına temkinli yaklaşmalı; yasak süresinin uzunluğu, yasaklanan işin türü, işverenin üstlendiği karşı edimin tutarı, işverenin yasakla korunan menfaatinin önemi ve yasağın işçinin anayasal çalışma özgürlüğüne etkisi gibi çeşitli somut verileri irdelemek suretiyle coğrafi kapsam bakımından bu denli geniş bir yasağın işçinin ekonomik geleceğini tehlikeye düşürüp düşürmediği konusunda bir değer yargısına varmalıdır. Türkiye çapında uygulanması öngörülen bir rekabet yasağının aşırı nitelikte olduğu kanaatinde olan hâkime düşen görev ise; rekabet yasağı kaydının geçersizliğine hükmetmek değil, rekabet yasağı kaydının coğrafi kapsamını tüm durum ve koşulları da göz önünde bulundurarak makul sınırlara çekmektir.

Yargıtay’ın ilke kararlarında dikkat çeken bir eksiklik, işçiyse Türkiye sınırları dışında rekabetin yasaklanıp yasaklanmayacağı sorusunun yanıtı bırakılmasıdır. Küreselleşme olgusunun ön plana çıktığı ve ticari ilişkilerin ülke topraklarıyla sınırlı kalmadığı günümüzde rekabet yasağının devlet sınırlarını aşamayacağını iddia etmek gerçekçi bir yaklaşım olarak kabul edilemez. Örneğin işverenin ticari sırlarına vâkıf işçinin Türkiye’de ticari açıdan etkin rakip yabancı sermayeli bir şirketin yurtdışındaki merkez ofisinde çalışmaya başlama olasılığı işverenin ekonomik çıkarlarını ciddi şekilde tehdit edebilecektir. Böyle bir durumda, Türkiye topraklarıyla sınırlı bir rekabet yasağı kaydı işverenin ticari sırlarının ve/veya müşteri çevresinin korunması bakımından yetersiz kalacaktır. Kaldı ki yasal düzenleme,

⁷²¹ Preis, s. 1537.

rekabet yasağının coğrafi kapsamına yabancı bir ülkenin dâhil edilmesini engelleyen herhangi bir hükme yer vermemiştir. Ancak dünya çapında bir yasak koyan kaydın hukuka uygunluğu son derece kuşkuludur. Kanaatimizce işçiye dünya genelinde rekabeti yasaklayan bir kaydın, yer itibariyle herhangi bir sınırlama içerdiği kabul edilemez. Başka bir ifadeyle coğrafi kapsamı dünya olarak belirlenen bir rekabet yasağı kaydıyla herhangi bir coğrafi sınırlama içermeyen bir kayıt arasında anlamlı bir fark yoktur.

Rekabet yasağı kaydındaki yer sınırlamasının yorumunda göz önünde bulundurulacak temel noktalardan biri kullanılan ifadelerdir. Örneğin Marmara Bölgesi'nde kimya işkolunda faal bir işverenin ticari sırları hakkında bilgi sahibi işçilerinin rakip firmalara geçerek şirkete zarar vermesini önlemek amacıyla iş sözleşmelerine koyduğu “...İşçi bir buçuk yıl süreyle kimya sektörüyle ilgili işlerde Marmara Bölgesi'nde çalışmamayı taahhüt eder...” şeklindeki bir rekabet yasağı kaydı beklenen yararı sağlamayacaktır. Pekâlâ, işçi Marmara Bölgesi'nde de aktif olmakla beraber merkezi Ege Bölgesi'nde bulunan şirketin Ege'deki işyerinde çalışarak eski işvereniyle rekabet edebilir. Ne var ki bu gibi bir durumda işçinin yukarıdaki kayda aykırı davrandığı iddia edilemez. Çünkü rekabet yasağı kaydı işçinin Marmara Bölgesi'nde çalışmasını yasaklamakta, rakip işletmeler bünyesinde dahi olsa Marmara Bölgesi dışında iş tutmasını önlememektedir. Buna karşın, örneğimize konu olan rekabet yasağı kaydı, “...İşçi bir buçuk yıl süreyle kimya sektörüyle ilgili işlerde Marmara Bölgesi'nde faaliyet gösteren rakip işletmelerde çalışmamayı taahhüt eder...” biçiminde kaleme alınmış olsaydı işçinin iş sözleşmesini feshederek Marmara Bölgesi'nde etkinlik gösteren herhangi bir rakip firmayla iş sözleşmesi bağtıladıktan sonra iş görme borcunu değinilen işverenin Marmara Bölgesi dışındaki bir işyerinde yerine getirmesi rekabet yasağı kaydına aykırılık bir davranış sayılacaktı.

Rekabet yasağı kaydının yorumunda tereddüt uyandırabilecek diğer bir konu, Türkiye'nin idari taksimatında meydana gelebilecek değişikliklerin rekabet yasağı kaydının coğrafi kapsamı üzerindeki muhtemel etkileridir. Nitekim oy kaygısı ve ekonomik veya askeri gerekçelerle bazı ilçelere il statüsü verilerek mevcut il sayısının artırılması yakın siyasi tarihimizin bilinen gerçeklerindedir. Son olarak 1999 yılından meydana gelen Gölcük Depremi ve Düzce depremlerinin ortaya

çıkardığı yıkımın sonuçlarını hafifletmek gayesiyle İstanbul'un Yalova ilçesiyle Bolu'nun Düzce ilçesi il yapılmıştır. Sorunu bir örnekle somutlaştıralım: 1998 yılında bağtlanan bir iş sözleşmesindeki rekabet yasağı kaydı işçinin işverenle İstanbul il sınırları içinde rekabet etmesini yasaklamaktadır. İşçi 2010 yılında iş sözleşmesinin feshettikten sonra rakip bir işletmenin Yalova'daki işyerinde işe girdiği takdirde rekabet yasağı kaydını ihlal etmiş olacak mıdır? Bu soruya verilecek yanıt olumsuzdur. Zira rekabet yasağının coğrafi kapsamının yorumlanmasında ihlalin meydana geldiği tarihteki idari yapının esas alınması menfaatler dengesine daha uygun düşmektedir⁷²². Sonuç olarak, Türkiye'nin idari yapısında gerçekleşen değişikliklerin sıklığı da göz önünde tutulacak olursa, rekabet yasağı kaydının coğrafi sınırlamasının il adı belirtilerek yapılması işverenin müşteri çevresinin veya üretim sınırlarının korunmasında yeterli bir güvence sağlamamaktadır⁷²³.

Nihayet işçiye rekabetin yasaklandığı coğrafyanın işverenin iktisadi ve ticari etkinlik alanıyla (*actie radius*) örtüşmesi zorunludur. Öyleyse işçiye işverenin etkinlik alanı dışında getirilecek bir yasağın, rekabet yasağı kurumunun amacıyla kesinlikle bağdaşmayacaktır. Böyle bir yasağın sürdürülmesinde işverenin haklı bir işletmesel menfaatinin varlığı söz konusu olmadığından değinilen rekabet yasağı kaydı geçersiz sayılacaktır. Öteki bir olasılık, rekabet yasağı kararlaştırılan bölgenin işverenin ticari açıdan aktif olduğu coğrafyanın sınırlarını aşmasıdır. Ne var ki böyle bir olayda, hâkim rekabet yasağı kaydının geçersizliğine hükmetmemeli, kısmi geçersizlik yaptırımını uygulayarak rekabet yasağının yer açısından kapsamının işverenin ticari faaliyet alanını aşan bölümünün geçersizliğine karar vermelidir.

IV. Konu Bakımından Sınırlama

Alman hukukunda rekabet yasağı kaydının bağlayıcılığının diğer bir koşulu, yasağın konu (*gegenstand*) bakımından sınırlanmış olmasıdır (§ 74a Abs. 1 Satz 2 HGB). Kural olarak, işçiye bağımlı çalışma yasağı getirilebileceği gibi işçinin

⁷²²Nadiren de olsa siyasi tarihimizde bir ilin ilçe yapılarak bir başka ile bağlanması olgusuna da rastlanmaktadır. Örneğin Demokrat Parti'nin 1957 seçimlerinde Millet Partisi'ni destekleyen Kırşehir'i cezalandırarak ilçe yapması bu nadir örneklerden biridir. Bu olasılık işçi aleyhine bir durum yaratabilecektir. Şöyle ki kaydın kararlaştırıldığı tarihte yasağın yer itibarıyla kapsamında yer almayan bir yer de yasağın kapsamına girebilecektir.

⁷²³Rekabet yasağı kaydının coğrafi kapsamının belirlenmesinde bu yöntemde ısrarlı olunması halinde ise rekabet yasağı kaydının coğrafi kapsamının idari yapıda gerçekleştirilecek olası değişikliklerden etkilenmeyeceğinin mutlaka belirtilmesi gerekmektedir.

mesleki faaliyetini bağımsız olarak yürütmesi de yasaklanabilir⁷²⁴. Öte yandan rekabet yasağı kaydının konu bakımından kapsamına aynı anda hem bağımlı çalışmanın hem de bağımsız çalışmanın dâhil edilmesinin önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır⁷²⁵. İşçinin rakip bir işletmeyle iş sözleşmesi akdetmesini yasaklayan bir kaydın esas itibariyle bağımsız çalışmayı kapsamadığı ifade edilmektedir⁷²⁶. Ayrıca rekabet yasağının konu bakımından kapsamı, işçinin rekabet yasağı süresince yeteneklerini kullanmasını engelleyecek ve böylece eğitimiyle o ana kadarki mesleki gelişimini feda edecek kadar aşırı olmamalıdır⁷²⁷.

Alman öğretisinde ve yargı kararlarında genellikle *işle bağlantılı rekabet yasağı* (*Tätigkeitsbezogene Wettbewerbsverbote*) ve *işletmeyle bağlantılı rekabet yasağı* (*Unternehmensbezogene Wettbewerbsverbote*) tarzında bir ayırım yapılmaktadır⁷²⁸. İşle bağlantılı rekabet yasağı kavramından işçiye belirli türdeki işlerin yasaklanması anlaşılmaktadır⁷²⁹. Buna karşın işletmeyle bağlantılı rekabet yasaklarında işçinin ismen anılan veya sektör gösterilerek tanımlanan işletmelerde çalışması yasaklanmaktadır⁷³⁰. Alman Federal Mahkemesi'nin eski içtihatlarında işletmeyle ilişkilendirilmiş rekabet yasağı kayıtlarını bağlayıcı saymamaktaydı. Ne var ki Federal Mahkeme, 1970 tarihli bir kararıyla içtihat değişikliğine giderek, işletmeyle ilişkilendirilmiş bir rekabet yasağında işverenin haklı ticari menfaatinin bulunabileceğine karar verdi⁷³¹. İşle bağlantılı rekabet yasağı ve işletmeyle bağlantılı rekabet yasağı ayırımı, bilhassa üretim yelpazesi geniş işletmeler açısından önem arz etmekte olup, işletmeyle bağlantılı rekabet yasağının kapsamı çok geniş tutulduğu takdirde HGB'nin § 74a maddesine aykırılık sorunu ortaya çıkacaktır⁷³². Buna karşın, işle bağlantılı rekabet yasağının işveren açısından dezavantajlı yönü, işçinin rakip işletmede fiilen hangi işte çalıştığını denetlemenin neredeyse imkânsız oluşudur⁷³³. Ayrıca rekabet yasağı kaydında işçinin rakip işletme bünyesinde ifa edemeyeceği işlerin kapsamı çok geniş tutulsa bile, rakip işletme işçiyi yasak

⁷²⁴ Preis, s. 1534.

⁷²⁵ Preis, s. 1534.

⁷²⁶ LAG Hamburg Urt. V. 20.9.1968, BB 1969, 363 (Preis'dan naklen, s. 1534).

⁷²⁷ Grüll/Janert, s. 48.

⁷²⁸ Growe, s. 89; Preis, s. 76;

⁷²⁹ Growe, s. 89; Preis, s. 76. Örnek: İşçi işten ayrıldıktan sonra yaşam sigortası acenteliği yapmamayı taahhüt eder.

⁷³⁰ Growe, s. 90; Preis, s. 76. Örnek: İşçi herhangi bir sigorta şirketinde/X ve Y sigorta şirketlerinde çalışmamayı taahhüt eder.

⁷³¹ 30.1.1970, AP Nr. 24 zu § 133 f GewO (Growe'den naklen, s. 91).

⁷³² Preis, s. 77.

⁷³³ Growe, s. 89; Preis, s. 77.

kapsamına girmeyen bir pozisyonda görevlendirerek rekabet yasağını dolanabilir⁷³⁴. Bu bağlamda işverenin iş ve üretim sırlarını veya müşteri çevresini ancak işletmeyle ilişkilendirilmiş bir rekabet yasağı ile koruyabileceği belirtilmektedir. Zira rakip işletmeye geçen işçinin eski işvereninindeki işinden tamamen farklı bir pozisyonda görevlendirilmesi ihtimalinde dahi, işletmeyle ilişkilendirilmiş rekabet yasağına tabi bir işçinin hangi sıfatla olursa olsun rakip işletmede çalışması yasaktır⁷³⁵.

İşle ilişkilendirilmiş rekabet yasakları, değişime duyarlı olmamalarından ötürü oldukça sorunludur. Söz konusu rekabet yasaklarının üst düzey yönetici konumundaki işçilerin iş görme ediminde iş ilişkisi sürecinde yaşanabilecek olası bir değişimi yeterince hesaba katmadığı söylenmektedir⁷³⁶. Zira yönetici konumundaki işçilerin işletmenin farklı bölümlerinde görevlendirilmesi olağan bir uygulama olup, hangi görev tanımlarının korunmaya değer bilgilerin öğrenilmesine olanak sağladığı rekabet yasağı sözleşmenin kuruluş aşamasında öngörülemez⁷³⁷. Öte yandan işçinin üstlendiği işle ilişkilendirilmiş rekabet etmeme borcunu, iş görme ediminin kapsamında meydana gelen değişikliklere uyarlamakla yükümlü tutulamayacağı ifade edilmektedir⁷³⁸. İşle ilişkilendirilmiş rekabet yasağının aksine, işletmeyle ilişkilendirilmiş rekabet yasağı genellikle dinamiktir. Böyle bir yasak, işletmenin faaliyet konusunun değişmesinden etkilenmemektedir. Bundan dolayı, uygulamada işletmeyle ilişkilendirilmiş rekabet yasağı kararlaştırılması, Almanya’da kural halini almıştır⁷³⁹. İşçilerle bağitlanan sözleşmelere işletmeyle ilişkilendirilmiş rekabet yasağı kayıtları koyup, yasağın kapsamına yalnız işçinin çalıştığı son işi dâhil etmek diğer bir alternatiftir⁷⁴⁰. Böylelikle, firmalar arası rekabetin konusu işçinin eski işverenin yanında en son ifa ettiği iş görme edimi ile bağlantılı olmadığı takdirde, işçinin de farklı bir işletmeye geçmesi mümkün olmaktadır⁷⁴¹. Bazen üstün körü

⁷³⁴ *Growe*, s. 89.

⁷³⁵ BAG 16. 12. 1968 AP 24 zu § 133 f GewO (Preis’dan naklen, s. 77).

⁷³⁶ *Growe*, s. 89; *Preis*, s. 77.

⁷³⁷ *Preis*, s. 77. Bu konuda işe girdiği kimya firmasında ilaç geliştirme bölümünde çalışmaya başlayan ve kısa bir süre sonra işletmenin devredilmesi üzerine boya ve deterjan malzemesi satış departmanında görevlendirilen kimyager örneği verilmektedir. Rekabet yasağı kaydı, işten ayrılan işçinin ilaç üreticisi başka bir firmada çalışmasını yasaklamaktadır. İşçinin işten ayrılmasından sonra bu kaydın hukuki herhangi bir değeri kalmayabilir.

⁷³⁸ *Growe*, s. 89; *Preis*, s. 77.

⁷³⁹ Hess. LAG 10.2.1997 LAGE 1 zu § 74a HGB (Preis’dan naklen, s. 77). Ayrıca bkz. *Growe*, s. 90.

⁷⁴⁰ *Preis*, s. 77.

⁷⁴¹ *Preis*, s. 77. Örnek: “...İşçinin işten ayrıldıktan sonra, iş sözleşmesinin sona erdiği tarihten önceki son üç yıl içinde çalıştığı işlerde işverene rekabet eden işletmelere geçmesi yasaktır...” Tıbbi ilaçların yanı sıra alternatif tıp ürünleri de geliştiren bir kimya fabrikasında çalışan işçinin son üç yıldaki iş görme ediminin konusu alternatif tıp ürünleriyle sınırlı kaldığı takdirde anılan işçinin

kaleme alınan rekabet yasağı kayıtlarının işletmeyle mi, yoksa işyeriyle mi ilişkilendirildiği hususunda duraksamalar yaşanmaktadır. Alman öğretisinin bu konuda verdiği örnek şöyledir: “...İşçi iş ilişkisinin sona ermesinin ardından iki yıl süreyle rakip bir işletmede ortak, hissedar, yasal temsilci, serbest danışman veya işçi sıfatıyla çalışamaz ve diğer bir şekilde eski işvereniyle bağımlı veya bağımsız rekabet edemez. Rekabet yasağı, işverenin işçiyi görevlendirdiği çalışma alanları veya işçinin iş görme edimiyle bağlantılı olarak elde ettiği bilgilerle sınırlıdır...”⁷⁴². Burada işletmeyle ve işle ilişkilendirilmiş rekabet yasaklarından hangisinin kararlaştırılmak istendiği çok açık değildir⁷⁴³. Her halükarda, rekabet yasağı kayıtlarının şüphe halinde işçi lehine yorumlanacağı kuralı (*in dubio pro stipulatorem*) unutulmamalıdır⁷⁴⁴.

Alman öğretisinin rekabet yasağının konusuyla bağlantılı olarak ele aldığı bir konu, şirketler grubunun (*konzern*) durumudur. Bu bağlamda, işçiye rakip işletmede çalışmayı yasaklayan rekabet yasağı kaydının söz konusu işçinin rakip işletmenin bağlı olduğu gruba dâhil diğer bir şirkette iş görmesini de kapsayıp kapsamadığı ve işçinin işverenin yanı sıra işverenle aynı şirketler topluluğuna mensup öteki şirketlerle rekabet etmesinin yasaklanıp yasaklanamayacağı sorularına yanıt aranmaktadır⁷⁴⁵. Öncelikle, rekabet yasağının kapsamına işverenin dışında işverene bağlı diğer işletmeleri de açıkça dâhil eden sözleşmesel kayıtlarının caiz sayıldığı vurgulanmalıdır⁷⁴⁶. Böyle bir rekabet yasağı, işverene ve işverene bağlı firmalara optimal bir koruma sağlamaktadır⁷⁴⁷. Bununla birlikte şirketler topluluğunu kapsayan rekabet yasağında da işverenin haklı ticari menfaatlerinin varlığı koşulu aranmaktadır. İşçinin iş görme edimiyle yasaklanan faaliyet arasında nihai bir bağ bulunmalı, eş söyleyişle işçi ifa ettiği iş görme edimi sayesinde rakip bir işletmede işe girdiğinde rekabet yasağıyla korunan işletme aleyhine kullanabileceği önemli bilgilere erişmiş olmalıdır⁷⁴⁸. Hukuki denetimde ikinci adım, şirketler topluluğunu kapsayan bir böylesine geniş bir rekabet yasağının işçinin mesleki gelişimini

faaliyet sahası tıbbi ilaç üretimiyle sınırlı herhangi bir firmaya geçmesi böyle bir rekabet yasağı kaydına aykırı değildir.

⁷⁴²Preis, s. 78.

⁷⁴³Preis, s. 78.

⁷⁴⁴Preis, s. 78.

⁷⁴⁵Growe, s. 92; Preis, s. 85.

⁷⁴⁶Örnek: “...Rekabet yasağı firmaya bağlı işletmeler için de geçerlidir...”Preis, s. 85.

⁷⁴⁷Ne var ki, işverenin belirli bir alanda faaliyet gösterdiği durumlarda bu tarz bir yasağın benimsenmesinde işverenin herhangi bir haklı ticari menfaatinin bulunmamasının kuvvetli bir olasılık olduğuna işaret edilmektedir. Preis, s. 85.

⁷⁴⁸Growe, s. 94.

hakkaniyete aykırı olarak güçleştirip güçleştirmedir. Zira dünya çapında faaliyet gösteren şirketler topluluğunda faaliyet gösteren bir şirketler topluluğunda iş gören işçiye işletmeyle ilişkilendirilmiş çok geniş boyutlu bir rekabet yasağı getirilmesi, işçinin mesleğini icra edememesine ve sonuçta mesleğini değiştirmek zorunda kalmasına yol açacaktır⁷⁴⁹. Ancak rekabet yasağı kayıtlarında yasağın işverene bağlı işletmeleri de kapsadığı çoğu kere açık bir şekilde öngörülmemekte; dolayısıyla işverenin aleyhine sonuçlar ortaya çıkmaktadır. Alman Federal İş Mahkemesi'nin 1966 tarihli bir kararındaki olay bunun tipik bir örneğidir⁷⁵⁰: Somut olayda işçi dondurma üreten bir firmanın müdürüdür. Taraflar işletmeyle ilişkilendirilmiş bir rekabet yasağı kararlaştırır. Dondurma üretimi daha sonra ayrı tüzel kişiliği olan yavru şirkete (*Tochtergesellschaft*) kaydırılır. İş sözleşmesi devredilen işçi yavru şirkette genel müdür sıfatıyla çalışmaya başlar. İşçi iş sözleşmesinin sona ermesinin ardından dondurma üreticisi rakip bir şirkete geçer.

Alman Federal Mahkemesi işverenin rekabet yasağının ihlali iddiasıyla açtığı davayı kaydın işçiye sadece ana şirketin rakiplerinde çalışmayı yasakladığı gibi biçimsel bir gerekçeye dayanarak reddetmiştir. Bu karar Alman öğretisinin ciddi eleştirilerine maruz kalmıştır⁷⁵¹. Gerçekten işçinin şirketler topluluğunun tamamında çalışmak veya şirketler topluluğunda yer alan şirketlere ana şirket kanalıyla (*obergesellschaft*) danışmanlık yapmak suretiyle işverenin ticari sırları hakkında bilgi sahibi olması mümkündür. Bu gibi durumlarda, aksi açıkça kararlaştırılmadığı müddetçe, rekabet yasağının şirketler topluluğu düzeyinde uygulanması gerektiği ileri sürülmektedir⁷⁵². Diğer yandan işçinin şirketler topluluğuna dâhil farklı şirketlerde istihdam edildiği durumlarda rekabet yasağının üstü örtülü olarak ilgili şirketleri kapsayacağı kabul edilmektedir⁷⁵³. Keza kendine ait bir işyeri olmayan holding şirketlerde de aynı esas uygulanması gerektiği savunulmaktadır⁷⁵⁴. Rekabet yasağı kaydında işçinin şirketler topluluğu bünyesindeki diğer şirketlere de rekabet etmemeyi taahhüt ettiğine ilişkin açık bir düzenleme yer almadığı sürece, işçinin

⁷⁴⁹ *Grove*, s. 94.

⁷⁵⁰ BAG 24.6.1966 AP 2 zu § 74a HGB, (Preis'dan naklen, s. 86).

⁷⁵¹ Duden Anm. Zu BAG, AP 2 zu § BAG, AP 2 zu 74a HGB; (Preis'dan naklen, s. 86).

⁷⁵² *Preis*, s. 86.

⁷⁵³ *Martens*, s. 245.

⁷⁵⁴ LAG Berlin 17.4.1998 LAGE 2 zu § 74a HGB (Preis'dan naklen, s. 86).

rekabet etmeme yükümlülüğünün muhatabı yalnızca iş sözleşmesiyle bağlı olduğu şirkettir⁷⁵⁵.

Alman Hukukunda, kural olarak, rekabet yasağı kaydıyla işçinin işverenle rekabet eden bir işletmenin yanı sıra işverenle rekabet halindeki işletmeye bağlı diğer bir şirketle iş ilişkisi kurmasının da yasaklanabileceği kabul edilmektedir⁷⁵⁶. Kapsamı son derece geniş tutulmuş böyle bir rekabet yasağı kaydına ilişkin en temel sorun, bu yasağın konulmasında işverenin § 74a Abs. 1 anlamında haklı bir ticari çıkarının bulunup bulunmadığıdır. Ayrıca rekabet yasağının geniş yorumlanarak rakip işletmeyle bağlantılı firmaların da yasak kapsamına dâhil edilip edilemeyeceği yanıtlanması gereken bir başka sorudur. Gerçekten rakip bir şirketi de bünyesinde barındıran bir şirketler topluluğuna geçen işçinin asıl niyetini anlamak işveren açısından pek kolay değildir⁷⁵⁷.

Bu gibi durumlarda, ana ilke, aksi açıkça kararlaştırılmadığı sürece işçinin yalnızca işverenin fiilen rakibi sıfatını haiz şirkette çalışmasının yasak olduğudur⁷⁵⁸. İşçinin, işverenin konumundaki şirketle aynı şirketler topluluğunda yer almakla birlikte işverenle rekabet etmeyen diğer bir şirketle iş sözleşmesi akdetmesi caizdir⁷⁵⁹. Şu kadar ki, bu ilkenin bir takım istisnaları olduğu belirtilmektedir⁷⁶⁰. Örneğin eski işvereniyle somut olarak herhangi bir şekilde rekabet etmeyen bir şirkette çalışan işçi, aynı şirketler topluluğunun eski işvereniyle rekabet halindeki bir başka şirketinde de önemli bir görev üstlendiği takdirde, rekabet yasağının bu iş görme edimini de kapsamı düşünülebilir⁷⁶¹. Aynı biçimde işçinin şirketler topluluğundaki ana şirketin üst yönetiminde yer alması veya iş ilişkisi çerçevesinde ifa etmeyi yükümlendiği iş görme ediminin şirketler topluluğunun bütününe ilgilendirmesi halinde de aynı çözüm tarzının benimsenmesinin uygun olacağı savunulmaktadır⁷⁶².

⁷⁵⁵ LAG Hamm 8.2.2001 LAGE 17 zu § 74a HGB (Preis'dan naklen, s. 86).

⁷⁵⁶ Preis, s. 87.

⁷⁵⁷ Söz gelimi ilaç firmasının üst düzey yöneticisinin iş sözleşmesini feshederek deterjan üreten bir firmaya geçmesi, anılan deterjan firmasının rakip bir ilaç firmasıyla aynı şirketler topluluğunda yer aldığını bilen eski işvereni kaygılandıracaktır. Çünkü işçinin şirketler topluluğu içindeki bir başka şirkete devredilip devredilmediğini veya ödünç verilip verilmediğini denetleyebilmesi hemen hemen imkânsızdır. bkz. Bauer/Diller, s. 87.

⁷⁵⁸ Bauer/Diller, s. 87.

⁷⁵⁹ Buchner C 238 ff.; Martens, s. 245.

⁷⁶⁰ Bauer/Diller, s. 87.

⁷⁶¹ Bauer/Diller, s. 87.

⁷⁶² ArbG Osnabrück, 18.5.1999 – 3 Ga 6/99, (Bauer/Diller'dan naklen, s. 87).

Fransız hukukunda rekabet yasağına tabi işçinin mesleki eğitimine uygun bir faaliyet yürütebilme olanağından yoksun kılınmamasına dikkat edilmektedir (*limitation professionnelle*). Böyle bir olanağın varlığı saptanırken işçinin eğitimi, mesleki deneyimi ve bilgileri göz önünde bulundurulmaktadır⁷⁶³. Eğitim düzeyi ve mesleki deneyim gibi unsurlar işçiye değişik bir işte çalışabilme olanağı sağladığı ölçüde rekabet yasağının konu bakımından kapsamı geniş tutulabilir. Aksine teknik uzmanlığa sahip bir işçiyle karşılaştırılan rekabet yasağı, işlerin türü bakımından daha sınırlı olmalıdır⁷⁶⁴. Kural olarak, rekabet yasağı kaydı yalnızca işçiyle işveren arasında geçerlidir. Bununla beraber, işçinin rekabet yasağı kaydıyla aynı zamanda işverenin dâhil olduğu şirketler topluluğundaki diğer şirketlerle de rekabet etmemeyi üstlenebileceği kabul edilmektedir⁷⁶⁵.

Hollanda hukukunda rekabet yasağının kapsamının işin türü bakımından sınırlandırılmasını öngören bir kanun hükmü bulunmamakta olup, rekabet yasağının kapsamını konu bakımından sınırlayan düzenlemelere sadece toplu iş sözleşmelerinde rastlanmaktadır⁷⁶⁶. Ne var ki işçinin iş ilişkisinin sona ermesinin ardından yapamayacağı iş ve faaliyetlerin tanımlanmadığı bir rekabet yasağı kaydının düşünülmemeyeceği, zira işçiye rekabet yasağı kaydının neye izin verip neyi yasakladığını değerlendirebilme imkanı tanınması gerektiği belirtilmektedir⁷⁶⁷. Buna mukabil uygulamada rekabet yasağı kayıtlarının işin türünü çok geniş tanımladığı, işçinin iş sözleşmesinin sona ermesinin ardından kendi adına rakip bir işletme açmasını veya işverenin veyahut işverenin yavru şirketlerinin, iştiraklerinin veya ortak girişimlerinin rakibi bir işletmede çalışmasını yasaklayan rekabet yasağı kayıtlarının istisna olmaktan çıkarak kural haline geldiği vurgulanmaktadır⁷⁶⁸. Bu bağlamda rekabet yasağı kaydının konu itibarıyla kapsamı ne kadar geniş saptanırsa, işçinin çalışma özgürlüğünün de aynı oranda kısıtlanacağı savunulmaktadır. Dolayısıyla önüne gelen her somut olayda tarafların karşılıklı menfaatlerini tartarak bir çözüm yolu arayan hâkim açısından, rekabet yasağının konu bakımından kapsamının çok geniş tutulduğu bir kaydın kısmi de olsa geçersizliğine hükmetmek,

⁷⁶³ *Signoretto*, s. 237.

⁷⁶⁴ *Signoretto*, s. 237.

⁷⁶⁵ Cass. soc. 22.5.1995, BC V n° 162 (*Signoretto*'dan naklen, s. 240)

⁷⁶⁶ *Loonstra/Zondag*, 209.

⁷⁶⁷ *Quist*, s. 11.

⁷⁶⁸ *Quist*, s. 11–12.

işçiye yasaklanan iş ve eylemlerin ayrıntılı bir biçimde sıralandığı bir rekabet yasağı kaydın geçersizliğine karar vermekten çok daha kolaydır⁷⁶⁹.

Bu çeşit geniş kapsamlı rekabet yasağı kayıtlarının önünü almak isteyen 28167 sayılı Kanun Tasarısında rekabet yasağı kaydında sınırlanan işlerin tanımlanması gerektiği belirtilmektedir. Tasarının gerekçesinde bu durum şöyle dile getirilmektedir: “...işveren ve işçi açısından önemli olan husus, kaydın kapsamının hem önceden hem de iş ilişkinin sonunda açık olmasıdır. Bu yargının iş yükünü de azaltır...Konu bakımından kapsamın tanımlanırken başka bir yerde yapılamayacak işlerin tam olarak belirtilmesi gerekir...İşçi bu zorunlu tanıma çerçevesinde rekabet yasağı kaydının yapmak istediği işi kapsayıp kapsamayacağını daha kolay bir biçimde inceleyebilir...”⁷⁷⁰. Ekleyelim ki, Tasarı hükme aykırı her kaydın geçersiz olduğunu düzenlemektedir. Rekabet yasağı kaydının geçersizlik gibi ağır bir yaptırıma maruz kalmasını engellemek işverenin kaydın konu itibarıyla kapsamını olabildiğince ayrıntılı ve spesifik bir tarzda formüle etmesinin isabetli olacağı iddia edilmekle beraber, detaylı bir tanımlamanın işveren açısından bir dizi sakıncaları da beraberinde getireceğine işaret edilmektedir⁷⁷¹. Gerçekten böyle bir durumda rekabet yasağı kaydının hukuki bağlayıcılığından sıyrılmak isteyen kayıta boşluk arayacak ve bu yöntemle kaydı dolanmaya çalışacaktır. Rekabet yasağı kaydında yasak konusu işlerin çok soyut bir şekilde tanımlanması kaydın geçersizliği gibi bir risk doğurmakta, ayrıntılı ve somut bir düzenleme ise işçinin yasağı dolanabilmesine imkân sağlamaktadır⁷⁷².

Bu noktada üzerinde durulması gereken sorun, Tasarı’da yer alan işler (*werkzaamheden*) kavramının işinin nasıl doldurulacağıdır. Tasarı’nın gerekçesinde başka bir yerde yapılamayacak işlerin tam olarak ve somut bir şekilde tanımlanmasının zorunlu olduğu, ayrıca bu işlerle işçinin iş görme edimi arasında bir bağlantı bulunması gerektiği ileri sürülmektedir⁷⁷³. Tasarı’daki söz konusu düzenleme Hollanda iş hukuku öğretisince eleştirilmiştir⁷⁷⁴. Zira Hollanda’da yürürlükteki yasal düzenleme çerçevesinde hazırlanan rekabet yasağı kayıtlarında

⁷⁶⁹ Rechtbank Arnhem, sector kanton, locatie Nijmegen 17 mei 2002, JAR 2002/178 (*Quist*’den naklen, s. 65).

⁷⁷⁰ Kamerstukken II 2001/02, 28 167, nr. 3, s. 10–11.

⁷⁷¹ *Quist*, s. 65.

⁷⁷² *Quist*, s. 66.

⁷⁷³ Kamerstukken II 2001/02, 28 167, nr. 3, s. 13.

⁷⁷⁴ *Loonstra, C.J.*, Het nieuwe art. 7:653 BW gewogen in het licht van art. 19 lid, s. 72.

işçinin görev tanımı genellikle dikkate alınmamakta, işçinin işverenle aynı veya benzer mal veyahut hizmet üreten işletmelerde çalışması yasaklanmaktadır⁷⁷⁵. İşverenin rekabet yasağı kaydıyla güttüğü temel amaç, işten ayrılan işçilerin önemli bilgileri yeni işverene aktarmasını önlemekten ibarettir. *Loonstra* bir yandan rekabet yasağının geçerliliği ile işçinin görev tanımı arasında kurulan bağlantının yukarıda değinilen amacın gerçekleştirilmesini olanaksız kılacağını öne sürerken, diğer yandan rekabet yasağı kaydının işin türü bakımından katı bir biçimde tanımlanmasının işçinin çalışma özgürlüğünün korunması yönünden genellikle yararlı olduğunu itiraf etmektedir⁷⁷⁶. Bununla beraber, rekabet yasağı kaydının konu bakımından kapsamının işçinin iş görme edimiyle ilişkilendirilmesi, kimi zaman işçinin aleyhine sonuçlara neden olabilecektir. *Loonstra*'ya göre bu durum, özellikle belirli bir iş koluna özgü olmayan işlerde daha belirgindir. Söz gelimi inşaat sektöründe alım elemanı unvanına sahip işçiyle karşılaştırılan rekabet yasağı kaydının konu itibarıyla kapsamının *alım elemanı* saptanması, işçinin çiçek soğanı yetiştirme sektöründe veya diğer bir sektörde *alım elemanı* olarak çalışmaması gibi bir sonuç doğuracak; işçinin mesleki yeteneklerini geliştirme hakkı ve anayasal çalışma özgürlüğü (art. 19 lid 3 Grondwet) ölçsüz bir şekilde sınırlandırılmış olacaktır⁷⁷⁷.

Belçika hukukunda rekabet yasağı kaydının geçerliliği, rekabet yasağının konusunun benzer faaliyetlerle sınırlanmış olmasına bağlıdır⁷⁷⁸. İş Sözleşmeleri Yasası'nın hazırlık çalışmaları *benzer faaliyetler (soortgelijke activiteiten/activités similaires)* ibaresinden ne anlaşılması gerektiğini aydınlığa kavuşturmamaktadır⁷⁷⁹. Ne var ki Belçika Yargıtayı'nın 25 Haziran 1970 tarihli bir kararıyla bu kavrama açıklık getirilmiştir: "...30 Temmuz 1963 tarihli Yasa'nın 18. maddesinin 2. fıkrasında geçen benzer faaliyetler kavramından işçinin işverenle en az bir dalda rekabet eden işletmelere bağlı olarak yürüttüğü kesintisiz faaliyetler anlaşılmalıdır..."⁷⁸⁰. Belçika hukukunda benzer faaliyetler kavramı, iki ana

⁷⁷⁵ *Loonstra, C.J.*, Het nieuwe art. 7:653 BW gewogen in het licht van art. 19 lid, s. 72. Bu işletmelerin ismen belirtilmesinin gerekli olmadığı hakkında bkz. *Quist*, Het Concurrentiebeding nader beschouwd, s. 66.

⁷⁷⁶ *Loonstra, C.J.*, Het nieuwe art. 7:653 BW gewogen in het licht van art. 19 lid, s. 72.

⁷⁷⁷ *Loonstra, C.J.*, Het nieuwe art. 7:653 BW gewogen in het licht van art. 19 lid, s. 72.

⁷⁷⁸ *Humblet/Rigaux*, s. 275; *Lebe-Dessard*, s. 234, *Van Eeckhoutte*, Willy: Sociaal Compendium Arbeidsrecht 2006–2007, Kluwer, s. 2239.

⁷⁷⁹ *Wantiez*, s. 32

⁷⁸⁰ Cass., 25 Juin 1970, Pas., 1970, s. 947 (*Wantiez*'den naklen, s. 32).

unsurdan oluşmaktadır⁷⁸¹. Öncelikle işçinin rakip bir işletmede ifa ettiği her çeşit iş görme ediminin rekabet yasağının kapsamına dâhil edilmesi mümkün değildir⁷⁸². İkinci olarak, rekabet yasağının konu bakımından kapsamı işverenin rakipleriyle sınırlı tutulmalıdır⁷⁸³. Özetle rekabet yasağı kaydının geçerliliği bakımından salt işçinin benzer faaliyetlerinin yasaklanması yeterli sayılmamakta; kaydın her iki unsuru da içermesinin zorunlu olduğu dile getirilmektedir⁷⁸⁴. Liège İş Mahkemesi'nin 1991 tarihli bir kararında da aynı husus vurgulanmaktadır: “...Kaydın geçerliliği çifte benzerlik koşuluna bağlıdır: işlerin benzerliği ve işverenlerin benzerliği. Rakip işletmenin ekonomik faaliyet alanının ötesinde işçinin üstlendiği görevlerde eski işvereniyle bağtadığı iş sözleşmesi çerçevesinde yerine getirdiği iş görme edimi ile benzeşmelidir...”⁷⁸⁵. Esasen rekabet yasağı kaydının tanımlandığı yasal düzenlemenin de çifte benzerlik koşulunu içerdiği anımsatılmaktadır⁷⁸⁶.

Rakip işletmenin faaliyetleriyle ve işçinin rakip işletmede yerine getirdiği iş görme ediminin içeriği, işçinin eski işverenin yanında yaptığı işle karşılaştırılarak benzerlik saptanabilir⁷⁸⁷. İşçinin rakip işletmede her türlü işi yapmasını yasaklayan rekabet yasağı kayıtlarının ise geçersiz olduğu kaydedilmektedir⁷⁸⁸. Nitekim kanun koyucunun amacının işçinin rakip işletmede her türlü işi yapmasını önlemek olmadığını vurgulayan Brüksel İş Mahkemesi, işçinin rakip işletmede her türlü işi yapmasını yasaklayan bir rekabet yasağı kaydının geçersizliğine hükmetmiştir⁷⁸⁹. Brüksel İş Mahkemesi'nce incelenen diğer bir davaya konu rekabet yasağı kaydı şu şekildedir: “...İşçi aynı sektörde Kızılhaç ile rekabet teşkil eden doğrudan veya dolaylı bir faaliyette bulunmamayı taahhüt eder...” Mahkeme rekabet yasağının tüm rekabet faaliyetlerinden ziyade yalnızca somut olaydaki hemşirelik işini kapsayabileceğinden hareketle, işçinin dolaylı ve dolaysız bir biçimde rekabet sayılabilecek herhangi bir faaliyette bulunamayacağını öngören rekabet yasağı

⁷⁸¹ Quist, s. 115. Wantiez, s. 34.

⁷⁸² Quist, s. 114.

⁷⁸³ Carlier, s. 34.

⁷⁸⁴ Wantiez, s. 32.

⁷⁸⁵ Cour trav. Liège, 22 Mars 1990, J.T.T., 1991, s. 28.

⁷⁸⁶ İş Sözleşmeleri Kanunu'nun 65. maddesine göre, rekabet yasağı kaydından işçinin işyerinden ayrıldıktan sonra gerek kendi adında bir işyeri kurarak gerek rakip bir işverenin yanında çalışarak benzer faaliyetlerde bulunmamayı üstlendiği kayıt anlaşılır. Bkz. Wantiez, s. 32.

⁷⁸⁷ Wantiez, Les clauses de non-concurrence et le contrat de travail, s. 32.

⁷⁸⁸ Carlier, s. 35; Quist, s. 114; Truys /Baart, s. 3; Wantiez, s. 32.

⁷⁸⁹ Arbrb. Brussel 29 januari 1974, J.T.T. 1974, 104 (Carlier'den naklen, s. 35).

kayıtlarının geçersiz olduğu kanaatine varmıştır⁷⁹⁰. İşçinin işveren tarafından yürütülen faaliyetlerle özdeş hiçbir bir iş yapmamayı üstlendiği rekabet yasağı kayıtları da geçersiz kabul edilmektedir⁷⁹¹. Mahkeme yukarıda zikredilen yargı kararları bağlamında benzer faaliyetleri kapsamayan rekabet yasağı kaydının geçersizliğine ilişkin olarak bir tespit kararı vermekle yetinmelidir. Eş deyişle hâkimin böyle bir rekabet yasağı kaydını yasal düzenlemenin öngördüğü sınırlara indirmek suretiyle yasağı ayakta tutması mümkün değildir⁷⁹². Özdeşlik koşulunun (*la condition de similarité*) gerçekleşip gerçekleşmediği değerlendirilirken iş sözleşmesinin sona erme anına göz önünde bulundurulur⁷⁹³. Geçerlilik denetiminde işçinin iş sözleşmesinin sona erdiği tarihte ifa ettiği iş görme edimi dikkate alınacağından işçiye verilecek görevlerin rekabet yasağı kaydının kararlaştırılma anında belirlenmesinin yararlı olmayacağı savunulmaktadır⁷⁹⁴.

İsviçre hukukunda rekabet yasağının konu bakımından sınırlayan düzenlemenin İsviçre Borçlar Kanunu'nun 340. maddesindeki *rekabet oluşturan faaliyetler* kavramı ile bağlantılı olduğu kabul edilmektedir⁷⁹⁵. Bu doğrultuda rekabet yasağı kaydının işçinin iş sözleşmesinin sona ermesinin ardından her türlü işi yapmasını yasaklayamayacağı, sadece işverenle rekabet anlamına gelebilecek iş ve eylemleri yasak kapsamına alınabileceği belirtilmektedir⁷⁹⁶. İşçinin işverenin faaliyet alanının yalnızca bir kısmıyla ilgili bilgi sahibi olduğu durumlarda rekabet yasağı sadece bu kısma özgülenmelidir. Zira işçinin sahip olduğu bu bilginin diğer faaliyet alanlarında işverene zarar vermesi imkânsızdır⁷⁹⁷. Rekabet yasağı kaydında işçiye hangi görev tanımlarının ve sözleşme türlerinin yasaklandığı açıkça yazılmalıdır⁷⁹⁸. Dolayısıyla rekabet yasağı kaydında iş sözleşmesi sona eren işçinin kendi hesabına rakip bir işletme açamayacağı, rakip bir işletmeye ortak olamayacağı ve böyle bir işletmede iş sözleşmesiyle çalışamayacağı net olarak belirtilmelidir⁷⁹⁹.

⁷⁹⁰ Arbrb. Brussel 12 januari 1979, T.S.R. 1979, 347 (*Carlier*'den naklen, s. 35).

⁷⁹¹ Arbrh. Brussel 18 november 1997, O.R. 1998, nr. 1, 4. (*Carlier*'den naklen, s. 36).

⁷⁹² Arbrb Antwerpen 8 Januari 1974, AR 2130; Arbh. Brussel 26 oktober 1988, J.T.T. 1988 441; ayrıca bkz. Arbh. Brussel 18 November 1997, Or. 1998, nr. 1, 4. (*Carlier*'den naklen, s. 36).

⁷⁹³ *Lebe-Dessard*, s. 235.

⁷⁹⁴ *Lebe-Dessard*, s. 235.

⁷⁹⁵ *Haefliger*, s. 58.

⁷⁹⁶ *Bohny*, s. 129. *Rehbinder*, Schranken und wegfall s. 517

⁷⁹⁷ *Haefliger*, s. 58.

⁷⁹⁸ *Bohny*, s. 129.

⁷⁹⁹ *Bohny*, s. 129–130.

Rekabet yasağı kaydında işçinin gerek kendi hesabına rakip bir işletme açmak veya böyle bir işletmeye ortak olmak, gerekse rakip bir firmada işe girmek yoluyla üretim sürecine katılamayacağı ürünlerin ve yerine getiremeyeceği edimlerin nelerden ibaret olduğunu sıralanmasının zorunlu olduğu kaydedilmektedir. Zira ancak rekabet sayılan eylemlerin açık ve seçik gösterildiği bir rekabet yasağı kaydı işçinin üstlendiği yükümlülüğün boyutunu tahmin edebilmesine olanak sağlayacaktır⁸⁰⁰.

İsviçre’de gerek öğreti gerek içtihat, işçinin edindiği mesleği icra etme özgürlüğünün korunması konusunda oldukça duyarlıdır. İşçinin edindiği mesleği icra etmesini geniş ölçüde güçleştiren veya fiilen imkânsız kılan rekabet yasağı kayıtları işçinin ekonomik gelişimini ciddi bir biçimde sınırlamakta olduğundan bu gibi kayıtlar hukuka aykırı görülmektedir⁸⁰¹. Bununla beraber, işçinin bir iş kolunun tamamında çalışmasının yasaklanmasının rekabet yasağının süre ve yer bakımından kapsamının daha dar tutulması şartıyla mümkün olduğu iddia edilmektedir⁸⁰². Ne var ki uzman kimyager örneğinde olduğu gibi işçinin mesleki deneyimi bir iş koluyla sınırlıysa işkolunun bütününe içine alan bir yasağın hukuka uygun olmadığı, zira böyle bir rekabet yasağının işçinin ekonomik varlığını ve mesleki ilerlemesini tehlikeye düşüreceği dile getirilmektedir⁸⁰³. Bazı durumlarda kimi işverenler rekabet yasağı kaydını düzenlerken işlerin türüyle ilintili olarak yuvarlak ifadeler kullanmayı tercih etmekte ve yasağının konusunu iş ilişkisinin sonunda belirleme hakkını saklı tutmaktadır. İşçinin ekonomik geleceği tehlikeye düşmediği ölçüde bu yöntemin kanunun lafzına aykırı olmadığı ve hatta işçinin nüfuz ettiği bilgiler ifa ettiği işlere göre değişkenlik gösterebileceğinden işveren açısından daha elverişli olduğu iddia edilmekle birlikte, işçinin sözleşmesel yükümlülüğünün boyutu hakkında fikir sahibi

⁸⁰⁰Bohny, s. 130.

⁸⁰¹Haefliger, s. 58.

⁸⁰²Haefliger, s. 58.

⁸⁰³Haefliger, s. 58. Yazar, hâkimin içeriği itibariyle aşırı rekabet yasağı kayıtlarını İsviçre Borçlar Kanunu’nun 340a maddesinin ikinci paragrafı uyarınca hukuka uygun sınırlara çekebileceğini belirtmektedir. Rekabet yasağı kaydının hukuka uygun olup olmadığının saptanmasında iş sözleşmesinin sona erdiği tarih esas alınır. Bu ilkeyi anımsatan yazar, iş ilişkisinin sona erdiği anda kanunun aradığı koşullarla bağdaşan bir rekabet yasağı kaydı hazırlanmasının işveren açısından çok güç olduğunu, çünkü emek piyasasındaki durumun kötüleşmesi gibi kaydın hukuka uygunluğunu etkileyebilecek olumsuzlukların ortaya çıkabileceğini ifade etmektedir. Yazar, bu nedenle, iş sözleşmelerinde kaydında yer alan rekabet yasağı kayıtlarının konu bakımından kapsamının şartların değişmesi halinde dahi hukuki etkisini sürdürebilecek biçimde geniş tutulmasını tavsiye etmektedir. Hâkim böyle bir rekabet yasağı kaydının geçersizliğine hükmetmeyecek, salt sınırlandırmakla yetinecektir.

olmasını engelleyen bu uygulamanın kanunun ruhuyla kesinlikle bağdaşmayacağı vurgulanmaktadır⁸⁰⁴.

Rekabet yasağıyla ilgili bir uyuşmazlık ortaya çıktığında işçilerin genellikle yeni işverenlerinin yanında tamamen farklı bir pozisyon üstlendikleri gibi bir savunma yaptıkları belirtilmektedir⁸⁰⁵. Hatta yeni işveren yazılı bir belge hazırlayarak işçinin farklı bir iş yaptığını ve işletme içinde bir bilgi aktarımının imkânsız olduğunu beyan etmekte, söz konusu yazılı belge işçi tarafından mahkemeye ibraz edilmektedir. Ne var ki İsviçre Federal Mahkemesi 2001 tarihli bir kararında rekabet olgusunun gerçekleşmesi ve yasağın ihlal edilmiş sayılması için işçinin rakip bir işletme tarafından işe alınmasının yeterli olduğuna hükmetmiştir⁸⁰⁶. Diğer bir anlatımla, bilginin işletme içinde aktarılmasının ve bununla bağlantılı olarak eski işverenin zarar görme olasılığının ihlal varsayımını haklı gösterdiği dile getirilmektedir⁸⁰⁷. Aksi yönde bir yaklaşımın kötüye kullanmaların önünü açacağı, zira eski işverenin rakip işletmenin beyanına güvenmesinin mümkün olmadığı ifade edilmektedir⁸⁰⁸.

İsviçre öğretisinin rekabet yasağı kaydının konu bakımından sınırlanması çerçevesinde ele aldığı çetrefilli bir sorun, şirket topluluklarında ve holdinglerde çalışan ve tamamen farklı sektörlerde faaliyet gösteren bağlı şirketlerin işlerine nüfuz eden üst düzey yöneticilere, işverenin yanı sıra şirketler topluluğuna dâhil diğer şirketlerle de rekabetten kaçınma borcu yüklenip yüklenemeyeceğidir⁸⁰⁹. Bu noktada yasal düzenlemedeki ‘işverene karşı’ (*envers l’employeur/gegenüber dem arbeitgeber*) tabiri, işveren dışında üçüncü bir kişinin rekabet etmeme borcunun alacaklısı olamayacağı görüşünü desteklemektedir. Ancak İsviçre doktrinindeki baskın eğilim, bu tür rekabet yasağı kayıtlarını geçerli sayma eğilimindedir⁸¹⁰.

⁸⁰⁴ *Pidoux*, s. 50.

⁸⁰⁵ *Rudolph*, La problématique de la prohibition de faire concurrence, s. 99. (Makalenin Almanca metni için bkz. Fokus Arbeitsrecht: Sorgenkind Konkurrenzverbot, TREX 2010 s. 88–92)

⁸⁰⁶ ATF 4C.298/2001 (*Rudolph*, La problématique de la prohibition de faire concurrence’dan naklen, s. 99)

⁸⁰⁷ *Rudolph*, La problématique de la prohibition de faire concurrence, s. 99. (Makalenin Almanca metni için bkz. Fokus Arbeitsrecht: Sorgenkind Konkurrenzverbot, TREX 2010 s. 88–92)

⁸⁰⁸ *Rudolph*, La problématique de la prohibition de faire concurrence, 99. (Makalenin Almanca metni için bkz. Fokus Arbeitsrecht: Sorgenkind Konkurrenzverbot, TREX 2010 s. 88–92)

⁸⁰⁹ *Bohny*, s. 130; *Rudolph*, La problématique de la prohibition de faire concurrence, 101. (Makalenin Almanca metni için bkz. Fokus Arbeitsrecht: Sorgenkind Konkurrenzverbot, TREX 2010 s. 88–92)

⁸¹⁰ *Rudolph*, La problématique de la prohibition de faire concurrence, 101. (Makalenin Almanca metni için bkz. Fokus Arbeitsrecht: Sorgenkind Konkurrenzverbot, TREX 2010 s. 88–92)

Gerçekten şirketler topluluğundaki diğer şirketlerle işçi arasında herhangi bir iş ilişkisi var olmamasına karşın, işverenin diğer şirketlerin de faaliyet alanına ilişkin sırlarını koruma hususunda belirgin bir menfaati bulunmaktadır. Yine de diğer şirketlerle rekabetinin yasaklanması işçinin mesleğini icra etme hakkına ölçsüz bir müdahale anlamını taşıyacak; çok yüksek bir karşı edimin kararlaştırıldığı hallerde bile işçinin çalışma özgürlüğünün aşırı derecede kısıtlanıp kısıtlanmadığı tartışma konusu olacaktır⁸¹¹. Bundan dolayı, kaydın işçiye yasakladığı işlerin ayrıntılı bir tarzda kaleme alınmasının bu gibi sorunların bertaraf edilmesi bakımından yararlı olacağı ileri sürülmektedir⁸¹². Eş deyişle, rekabet yasağı kaydında ana şirket ile yavru şirket arasındaki bağlantı ortaya konulmak ve yasağın konusu somutlaştırılmak şartıyla işçinin yavru şirketle de rekabet etmesi yasak kapsamına dâhil edilebilir⁸¹³. Her halükarda işçinin rekabetten kaçınma borcunun şirketler topluluğundaki öteki şirketleri de kapsadığı rekabet yasağı kaydında açıkça belirtmeli ve işçi bu şirketlerin iş ve üretim sırları veya müşteri çevresi hakkında fiilen bilgi sahibi olmalıdır⁸¹⁴. Ayrıca işçinin şirketler topluluğundaki diğer şirketlerle rekabet etmesinin -dolaylı da olsa- işverene zarar vermesi başka bir koşul olarak aranmaktadır; zira işçi rekabet etmeme borcunu sadece işverene karşı üstlenebilir⁸¹⁵. Şirket toplulukları ile bağlantılı ikinci sorun, işçinin rakip işletmenin dâhil olduğu şirketler topluluğuna dâhil öteki şirketlerle iş sözleşmesi bağitlayıp bağitlayamayacağıdır. Kural olarak, işçinin işverene organik bağı bulunan başka bir şirketle rekabete girişmesi işverenin zarar görmesine yol açmayacağından rekabet yasağının yavru şirkete teşmil edilebilmesi, işçinin iş ilişkisiyle bağı olduğu ana şirket üzerinden diğer şirketlerle ilgili gizli bilgilere erişebilme imkânına sahip olması koşulunun gerçekleşmesine bağıdır⁸¹⁶.

Gerek Eski Borçlar Kanunu'nda gerekse 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nda rekabet yasağı kaydının işin türü bakımından uygun olmayan sınırlamalar içermeyeceği düzenlenmiştir. Burada dikkat çeken nokta, kanun koyucunun mehz İsviçre Borçlar Kanunu'nun Almanca metnindeki konu (*gegenstand*) terimi yerine

⁸¹¹Bohny, s. 130.

⁸¹²Bohny, s. 130.

⁸¹³Rehbinder, Schranken und wegfall, s. 517

⁸¹⁴Rudolph, La problématique de la prohibition de faire concurrence, 101. (Makalenin Almanca metni için bkz. Fokus Arbeitsrecht: Sorgenkind Konkurrenzverbot, TREX 2010 s. 88–92)

⁸¹⁵Rudolph, La problématique de la prohibition de faire concurrence, 101.(Makalenin Almanca metni için bkz. Fokus Arbeitsrecht: Sorgenkind Konkurrenzverbot, TREX 2010 s. 88–92)

⁸¹⁶Bohny, s. 130.

Fransızca metindeki işlerin türü (*genre d'affaires*) tabirini kullanmayı yeğlemesidir. Türk öğretisinin rekabet yasağının işin türü bakımından sınırlandırmasıyla ilgili görüşleri İsviçre öğretisinde savunulan düşüncelerle büyük ölçüde benzerlik göstermektedir. Öncelikle rekabet yasağının konu bakımından kapsamının işverene ait faaliyet alanı ile sınırlı kalması gerektiği, rekabet yasağının işletmenin ana sözleşmesinde belirtilen faaliyet alanını değil fiili çalışma alanını kapsayacağı ve bu faaliyet alanının çerçevesinin sözleşmenin sona erdiği tarihe göre belirlenmesinin lazım geldiği gibi temel esaslar vurgulanmaktadır⁸¹⁷. Bunun yanı sıra rekabet yasağının konu bakımından kapsamının işçinin işletmedeki görev alanıyla sınırlı kalmasının zorunlu olduğu, işçinin son derece genel bir ifadeyle -örneğin elektronik ve kimya alanında rekabette bulunamayacağı- şeklinde bir sınırlamanın kural olarak kabul edilemeyeceği, böyle bir düzenlemenin meslek yasağı anlamına geleceği savunulmaktadır⁸¹⁸. Öte yandan öğretilerde rekabet yasağı kaydının konu bakımından sınırlandırılmasıyla bağlantılı olarak şirketler topluluğuyla ilintili sorunlar da mercek altına alınmış; işçinin müşteri çevresine veya iş sırlarına nüfuz etmiş olması nedeniyle şirketler topluluğunda yer alan diğer şirketlere karşı da rekabetten kaçınmasını sağlamakta işveren açısından korunmaya değer bir bulunduğu sürece, rekabet yasağı kaydı ile üçüncü kişi durumundaki şirketlerin de faaliyet alanlarını koruma altına almanın mümkün olduğu iddia edilmiştir⁸¹⁹.

Sorun yaratabilecek bir başka olgunun, işverenin faaliyet alanını değiştirmesi olduğu öne sürülmektedir. Anılan durumu ele alan yazarlara göre, işverenin vazgeçtiği faaliyetler ile işçinin iş sözleşmesi sona erdikten sonra girdiği yeni faaliyetler yasak kapsamına alınamaz⁸²⁰. Yasağın sınırları açısından bir daralma sonucunu ortaya çıkaran değişikliklerde ise, önceden tespit edilen sınırların artık dikkate alınmasının mümkün olmadığı kaydedilmektedir⁸²¹. Öğretilerde kimi yazarlar tarafından savunulan ilginç bir görüş ise, konu bakımından sınırlandırma yapılırken somut olarak hangi faaliyetin yasaklandığının yazılı biçimde tespitinin gerekmediğidir. Anılan yazarlar, yürürlükten kalkan BK m. 348/1'de yer alan "...iş sahibi ile rekabet edecek bir iş yapmamasını..." şeklindeki anlatımdan işçinin rekabet oluşturan her türlü davranıştan kaçınmasının zorunlu olduğu sonucunu

⁸¹⁷Soyer, s. 67; Şahlanan, Sorunlar ve Çözüm Önerileri, s. 81. Taşkent/Kabakçı, s. 32.

⁸¹⁸Soyer, s. 68.

⁸¹⁹Ayrıntılı bilgi için bkz. Soyer, s. 69-70.

⁸²⁰Taşkent/Kabakçı, s. 32.

⁸²¹Taşkent/Kabakçı, s. 32.

çıkarmaktadır. Zira yasağın kararlaştırıldığı tarihte tarafların tüm hizmet ve ürünleri öngörmesinin mümkün olmadığı; işçi ve işverenin sözleşmede sadece imza tarihindeki mal ve hizmetleri sayabileceği öne sürülmektedir⁸²².

Yargıtay'ın 18.5.1999 tarihli bir kararında ele alınan rekabet yasağı kaydında yasağın konusunu şöyle tarif edilmektedir: “...*Kendi isteği ile ayrılan personel, ayrıldığı tarihten itibaren 6 ay süresince şirketin izin olmadan, şirketin faaliyet gösterdiği yerlerde çalışma konusuna giren bir işte, çalışamaz. Keza şirketin müşteri portföyündeki bir şirkette görev alamaz...*”⁸²³. Yerel Mahkeme şirketlerin faaliyet alanlarının farklı olması ve yeni işverenin davacı eski işverenin portföyünden çıktığını gerekçe göstererek davayı reddetmiş; buna karşın Yargıtay davacı şirketin bilgisayar işiyle uğraştığını, dava dışı eski işverenin faaliyet alanının bilgisayar işini de kapsadığını, daha önce yeni işverenin bilgisayar işlerinin ve ihtiyaç duyulan hizmetlerin davalı tarafından gerçekleştirildiğini belirterek Yerel Mahkeme'nin kararını bozmuştur⁸²⁴. İhtilafli rekabet yasağı kaydının rekabet yasağının konusunu iki yönden sınırladığı anlaşılmaktadır. Birinci sınırlama, davacı işverenin faaliyet konusuna giren işlerdir. Dolayısıyla rekabet yasağının konu bakımından ilk sınırını bilgisayar işleri oluşturmaktadır. İkinci sınırlama ise, işverenin müşteri portföyündeki şirketlere yöneliktir. Kaydın lafzında da anlaşılacağı üzere, rekabet yasağı kaydıyla işin türü konusunda herhangi bir fark gözetilmeksizin davacı işverenin müşteri portföyündeki şirketlerde çalışmasına yönelik mutlak bir yasak getirilmiştir. Ne var ki yasağın konu bakımından kapsamının makul olup olmadığı ciddi şekilde kuşkuludur. Gerçekten rakip işletmelere rakip olmayan işletmeler arasında hiçbir ayırım gözetilmeksizin işçinin her türlü bilgisayar işinde çalışmasının yasaklanması, işçinin çalışma özgürlüğünü büyük ölçüde ortadan kaldırmaktadır. Zira bilgisayar uzmanlığını meslek olarak edinmiş bir kişinin bilgisayar işlerinde

⁸²² *Taşkent/Kabakçı*, s. 33.

⁸²³ Yarg. 9. HD., 18.5.1999, 5784/9049, www.legalbank.net.

⁸²⁴ “...davacının bilgisayarla işgal ettiğini, üçüncü şahıs durumundaki firmanın ise daha geniş ve farklı bir faaliyet alanı bulunduğunu ancak, onun da bilgisayar hizmetlerini gerçekleştirdiğini böylece hizmet akdinin feshinden kısa bir süre öncesine kadar davacı şirketin müşteri portföyündeki bir şirket pozisyonunda bulunduğunu, davalı işçinin bir dönem müşteri portföyünde bulunan şirkette davacı adına hizmet verip daha sonra portföyden çıktıktan sonra kısa bir süre içinde o şirkette görev alması, dava dışı şirketin çalışma konusuna girmiş olup davacı şirketin de konusunu oluşturan bir işte çalışma koşulunun gerçekleşmiş olduğunu gösterdiği gibi, müşteri portföyündeki bir şirket pozisyonunda bulunduğu anlaşılmaktadır. Davalı işçinin bir dönem müşteri portföyünde bulunan şirkette davacı adına hizmet verip daha sonra portföyündeki şirkette de görev alma koşulu gerçekleşmiş sayılmalıdır. Zira portföyden çıkma olgusuyla başka şirkette görev alma olgusu birbirini izlemektedir...” a.g.k., www.legalbank.net.

çalışmasının yasaklanması kişinin edindiği mesleği icra etmesinin engellenmesiyle aynı anlama gelir ki, hukuk düzeninin böyle bir sonuca cevaz vermesi hiçbir surette kabul edilemez. Müşteri portföyündeki şirketlere ilişkin sınırlama da aşırı olup, davalı işçinin söz konusu şirketlerin nezdinde her türlü iş görme ediminden yasaklanması hukuka aykırıdır. Bununla birlikte, aşırı dahi olsa işin türü açısından sınırlama içeren bu gibi rekabet yasağı kayıtları geçerlidir. Bu gibi durumlarda yargı organının izlemesi gereken yöntem; öncelikle rekabet yasağı kaydının konu bakımından bir sınırlama içerip içermediğini incelemek, rekabet yasağı kaydı işin türü bakımından herhangi bir sınırlama öngörmemişse işin esasına girmeden kaydın geçersizliğinin tespiti ile yetinmek, bir sınırlama içeren kayıtlarda ise anılan sınırlamanın aşırı olup olmadığını mercek altına almak, aşırılık saptanığı takdirde sınırlamayı makul sınırlara çektikten sonra işçinin hukuka uygun bir kalıba sokulan rekabet yasağı kaydını ihlal edip etmediğini değerlendirmektir.

Yargıtay'ın 6.7.1999 tarihli bir kararında tartıştığı rekabet yasağı kaydı, bankacılık sektörünün tamamını kapsamaktadır “...*Bankaya müfettiş olarak yetiştirilen, bankacılık hizmetlerinde saklanması ve gizliliği esas olan konularda bilgi sahibi olan A.E.; bankaya intisabından itibaren 4 yıl içerisinde hizmet akdini feshettiği bütün hallerde, iş ilişkisinin sona erdiği tarihten itibaren 2 yıl süreyle Türkiye’deki tüm bankalarda çalışmamayı kabul ve taahhüt eder...*”⁸²⁵. İşçiye Türkiye’deki bankaların tamamında mutlak bir çalışma yasağı koyan ve rekabet yasağını işçinin somut görev tanımıyla da sınırlamayan böylesine bir kaydın işçinin ekonomik geleceğini hakkaniyete aykırı bir şekilde tehlikeye düşürdüğü aşıkardır. Buna karşılık, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi “...*Türkiye’deki tüm bankalarda çalışmamayı kabul ve taahhüt eder...*” biçimindeki düzenlemede yer ve banka (konu) açısından bir sınırlandırma olmadığı gerekçesiyle rekabet yasağı kaydını geçersiz saymıştır. Yargıtay’ın rekabet yasağı kaydının hukuka aykırı olduğu yönündeki saptaması isabetli olmakla birlikte; söz konusu kaydın yer ve konu bakımından herhangi bir sınırlama öngörmediği, dolayısıyla geçersiz sayılması gerektiği yolundaki düşüncesi isabetli değildir. Zira dava konusu kaydın aşırı olduğu doğru olmakla beraber, herhangi bir sınırlama içermediği söylenemez. Dolayısıyla böyle bir olayda benimsenmesi gereken yol, rekabet yasağı kaydının aşırılığını saptayıp kaydın konu ve yer bakımından kapsamını hukuka uygun bir sınıra

⁸²⁵ Yarg. 9. HD., 6.7.1999, 8262/12073, www.legalbank.net.

indirdikten sonra bu yeni sınırlar dâhilinde işçinin yasağı ihlal edip etmediğini tespitten ibarettir.

Yargıtay'ın aynı yıl verdiği diğer bir kararında ele aldığı rekabet yasağı kaydında işçinin iş sözleşmesinin bitiminden itibaren iki yıl içinde kendi adına iş sahibi ile rekabet edeceği bir iş yapmaması, rakip bir kurumda çalışmaması ve böyle bir kurumda ortak veya diğer bir sıfatla yer almaması kararlaştırılmıştır. Yargıtay rekabet yasağının konu bakımından kapsamının aşırılığı tartışmasına girmeden davalının çalıştığı işyeri ile sözleşmeyi feshinden önce görev yaptığı firmadaki işteğal konularında özdeşliğin mevcut olup olmadığının, bilirkişi marifeti ile incelenerek bir sonuca gidilmesi gerektiğine hükmetmiştir. 2000 tarihli bir kararda ele alınan rekabet yasağı kaydı ise şu şekildedir: “...Ödülden yararlandırılanların topluluktan ayrıldıktan sonra rakip firmalarda çalışmamaları esastır...”⁸²⁶. Yer ve süre bakımından herhangi bir sınırlama içermediği gerekçesine dayanarak kaydın geçersizliğine hükmeden Yargıtay'ın rakipfirmalar ifadesini geçerli bir konu sınırlaması olarak kabul ettiği anlaşılmaktadır.

Yargıtay'ın sonraki yıllarda verdiği kararlarda ele alınan rekabet yasağı kayıtları işçiye yasaklanan iş türlerini somutlaştırmamakta, genellikle soyut ve genel ifadeler taşımaktadır. Örneğin 2004 tarihli bir Yargıtay kararında tartışılan kayıta işçinin işverenle aynı işi yapan ve aynı alanda faaliyet gösteren bir firma için çalışmayacağı, ortak olamayacağı ve kendi adına iş kuramayacağı düzenlenmiştir. Yargıtay'ın ilamda değindiği bozma gerekçelerinden biri de Yerel Mahkeme'nin rekabet yasağı sınırları bakımından bir değerlendirmeye gitmemesidir⁸²⁷. Yargıtay'ın 2007 yılında önüne gelen rekabet yasağı kaydında işçinin işverenin işteğal alanına giren hiçbir işi kabul etmeyeceği ve bu gibi şirketlerde görev yapamayacağı kurala bağlanmıştır⁸²⁸. 11. Hukuk Dairesi'nin incelediği bir uyuşmazlıktaki rekabet yasağı kaydında ise, işçi, iş sözleşmesi sona erdikten sonra işverenin faaliyet sahasında çalışan herhangi bir şirkette doğrudan veya dolaylı olarak yer almamasını ve hiçbir şekilde akrabası kanalıyla dahi bir ilişki içinde bulunmamayı vaat etmiştir⁸²⁹.

⁸²⁶ Yarg. 9. HD., 13.9.1999, 11359/12864, www.legalbank.net.

⁸²⁷ Yarg. 9. HD., 8.6.2004, 18581/14299, www.legalbank.net.

⁸²⁸ Yarg. 9. HD., 3.4.2007, 913/9258, www.legalbank.net.

⁸²⁹ Yarg. 11. HD., E:2009/12093 K:2010/640, www.legalbank.net.

Nihayet 9. Hukuk Dairesi 2008 yılında rekabet yasağı kaydına ilişkin bir ilke kararı oluşturmuş, anılan ilke kararı rekabet yasağı kaydının sınırlandırılmasıyla bağlantılı temel esasları da belirlemiştir: “...*Borçlar Kanununun 349. maddesinde ise, rekabet yasağının işçinin iktisadi geleceğini tehlikeye düşürmemesi için süre, yer ve işin türü bakımından duruma göre sınırlandırılması gerektiği ifade edilmiştir. Buna göre süre, yer ve işin türü bakımından sınırlandırılmış olmadıkça rekabet yasağı geçerli olmayacaktır. Sınırlamaların işin ve hatta işçinin niteliğine göre belirlenmesi gerekir. Dairemizce, Türkiye sınırları içinde rekabet etmeme yönünden öngörülen düzenlemelere geçerlilik tanınmamıştır. Ancak yabancı uyruklu olup çalışma hayatının çoğunu Türkiye dışında geçirmiş bir işçi bakımından rekabet yasağının Ülke sınırları ile belirlenmesi mümkün olabilecektir. Yine, il sınırları ya da belli bir bölge ile sınırlandırma işin niteliğine göre yerinde görülebilir. Süre konusunda da en fazla bir ya da birkaç yılı aşmayacak şekilde rekabet yasağı öngörülebilir. Aksi durum işçinin ekonomik anlamda yıkımına neden olabilecektir...*”⁸³⁰.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi’nin anılan ilke kararında *konu sınırlaması* kavramına somut bir anlam yükleme çabası içine girdiği anlaşılmaktadır. Yargıtay’a göre sınırlamanın işin ve hatta işçinin niteliğine göre belirlenmesi gerekir. Ne var ki Yargıtay’ın bu görüşü rekabet yasağının konu bakımından sınırına ilişkin belirsizliği gidermemekte, hatta sorunu daha da karmaşık bir hale getirmektedir: Rekabet yasağının konu bakımından kapsamının sınırlandırılmasında işin niteliği ve işçinin niteliği koşulları birlikte mi aranacaktır? Aksine ve bağlacının veya olarak yorumlanması yoluyla konu bakımından kapsamın salt işin niteliğine veya tek başına işçinin niteliğine göre belirlenmesi mümkün müdür? Yargıtay kararında geçen *hatta* sözcüğü özel bir anlam taşımakta mıdır?

Bakırköy 7. İş Mahkemesi’nin Yargıtay tarafından da onanan 2008 tarihli bir kararında irdedelediği uyuşmazlık konusu rekabet yasağı kaydı şöyledir: “...*Personel, iş sözleşmesini sona erdirdiği tarihten itibaren veya işverence haklı bir nedenle feshini izleyen ayı takip eden aybaşından itibaren 18 ay süre ile çalıştığı işyerinin faaliyet konusuna giren konulardan birinde veya birkaçında faaliyet gösteren bir başka kurum ve kuruluşta veya işyerinde ücretli veya ücretsiz görev alamaz. Aynı*

⁸³⁰ Yarg. 9. HD., E:2007/19368 K:2008/15558, www.legalbank.net.

konuda kendi nam ve hesabına uğraşı veremez. Kurulmuş veya kurulacak ortaklıklarda ortak, denetici vs. gibi adlarla da olsa görev alamaz...’’⁸³¹.

Yargıtay kararlarından da anlaşılacağı gibi, uygulamada rekabet yasağı kayıtlarının ezici bir çoğunluğu rekabet yasağı kaydının konu bakımından sınırını; işverenin çalışma konusuna giren iş ve kendi adına iş sahibi ile rekabet edeceği iş gibi çok genel ve soyut ifadelerle belirlemektedir. Bazı rekabet yasağı kayıtları işçinin rakip firmalarda çalışmasını yasaklarken, diğer kayıtların konusu ise banka örneğinde görüldüğü üzere bir ekonomik sektörün tamamını kapsamaktadır. Öğreti tarafından savunulan görüşlerden ve Yargıtay kararlarından kolayca anlaşılacağı üzere, rekabet yasağının konu bakımından sınırlanması oldukça karmaşık bir sorundur. Rekabet yasağının konu bakımından sınırlanması sorununu tutarlı bir çözüme kavuşturmak amacıyla atılacak öncelikli adım, kanun metninde geçen sözcüklerin dilbilimsel bir analize tabi tutulmasıdır. Yukarıda da değinildiği gibi, Borçlar Kanunu işlerin türü bakımından sınırlamadan söz etmekte olup, yasal düzenlemede kaynak İsviçre Borçlar Kanunu’nun Almanca metnindeki konu (*gegenstand*) sözcüğü değil, Fransızca metnindeki işlerin türü (*genre d’affaires*) sözcüğü kullanılmaktadır. Fransızcada *affaire* sözcüğü girişim, ticaret, teşebbüs ve iş gibi anlamlara gelmekte olup; anılan sözcük, işçinin niteliğini değil işin niteliğini tanımlamaktadır⁸³². Dolayısıyla kanunun işlerin türü kavramıyla işin niteliğinin kastedildiği varsayılabilir. Bununla birlikte, konu bakımından sınırlamayla rekabet yasağını tanımlayan madde arasındaki yakın ilişkinin gözden kaçırılmaması gerekir. Borçlar Kanunu’nun 444. maddesine 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 rakip işletmede çalışmaktan veya bunların dışında rakip işletmeyle başka türden bir menfaat ilişkisine girmekten kaçınmak zorundadır. Buna göre, işçinin rekabet yasağı kaydıyla üstlendiği yapmama borcunun içeriği; kendi hesabına işverene rakip bir işletme açmamak ve/veya işverene rakip bir işletmede bağımlı veya bağımsız olarak çalışmamaktır. Maddenin karşıt anlamından (*argumentum a contrario*) işçinin işverenin rakip olmayan bir işletmeyle iş sözleşmesi bağitlamasının ve/veya işverene rakip olmayan bir işletme kurmasının yasaklanamayacağı sonucu çıkmaktadır. O

⁸³¹ Bakırköy 7. İş Mahkemesi E:2007/182 K:2008/378, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi’nin 2.12.2010 tarih ve E:2008/41875 K:2010/35558 sayılı kararı ile onanmıştır, Sicil İş Hukuku Dergisi, Mart 2011-Sayı 21, s. 116–120.

⁸³² Saraç, Tahsin: Büyük Fransızca Türkçe Sözlük, Adam Yayınları, 2. Baskı, İstanbul 1989, s. 48.

halde rekabet yasağının konu bakımından ilk sınırı, *rakip işletme* kavramıdır. Dolayısıyla rekabet yasağı kaydının konu bakımından sınırlanmasındaki temel kıstas yasağın işverenin rakiplerin yönelik olması olup, hukuk düzeni işverenle aynı iş kolunda faaliyet göstermesine karşın işverenle rekabet halinde olmayan işletmelerin yasağın kapsamına dâhil edilmesini meşru saymayacaktır.

Tekrar vurgulamak gerekirse, rakip işletmelerle rakip olmayan işletmeler arasında fark gözetmeksizin işçinin işverenle aynı sektörde faaliyet gösteren tüm işletmelerde çalışmasının yasaklanması hukuka aykırıdır. İşte bu aşamada şu soru yöneltilmelidir: rekabet yasağı kaydının konu bakımından sınırlanmasında kullanılacak tek ölçüt rakip işletme kıstası mıdır? Bu soruya olumlu bir yanıt verilmesi mümkün değildir. Zira kanunun bir başka maddesinde rekabet yasağının işlerin türü bakımından uygun olmayan bir sınırlama içereceği düzenlenmektedir. Şayet İsviçre ve Türk kanun koyucuları rakip işletme kıstasını yegâne sınırlama ölçütü olarak benimseseydi ayrı bir maddeyle rekabet yasağının yer, zaman ve işlerin türü bakımından uygun olmayan sınırlamalar içermeyeceği öngörülmez, rekabet yasağının salt zaman ve yer yönünden sınırlanması yeterli kabul edilirdi. Ekleyelim ki, rekabet yasağının çeşitli yönlerden sınırlanmasıyla izlenen amaç; işçinin ekonomik geleceğinin tehlikeye düşürülmemesi, daha özlü bir ifadeyle işçinin çalışma özgürlüğünün hukuka aykırı bir şekilde zedelenmemesidir. Bazen işverenin rakipleri aynı sektörde faaliyet gösteren bir veya birkaç firmadır. Rekabet yasağı kaydıyla rakip işletmelerde iş görmesi yasaklanan işçi, aynı iş kolunda işverene rakip olmayan işletmelerde işe girebilir. Kimi zaman işverenle aynı iş kolunda yer alan işletmelerin tamamı işverenin rakibi sıfatını haizdir. İşçiye sektördeki tüm firmalarda çalışma yasağı getiren bir rekabet yasağının işçinin çalışma özgürlüğüne ciddi bir müdahale anlamı taşıdığı kuşkusuzdur. Hatta böyle bir rekabet yasağı kaydı; kimyager, elektronik ve haberleşme mühendisi, tekstil mühendisi, gemi inşaat mühendisi ve enformatik uzmanı gibi farklı iş kollarında iş bulmaları son derece güç nitelikli ve uzman işçiler açısından bir mesleği icra yasağı görünümü alabilir. Bu nedenle rekabet yasağının konu bakımından kapsamını değerlendirilirken işçinin niteliğiyle beraber, iş kolunun yapısal özelliklerinin de dikkate alınması uygun olacaktır. Rekabet yasağının konusunun işçinin niteliği ve sektörün yapısı gibi nedenlerle bağlantılı olarak işçinin çalışma özgürlüğünü büyük ölçüde kısıtladığı hallerde, hâkim, yasağın yer ve süre bakımından kapsamıyla işverenin üstlendiği karşı edimi de nazara alarak rekabet yasağını konu bakımından sınırlayabilir.

Rekabet yasağı kaydıyla sadece işçinin rakip işletmelerde üstleneceği benzer işlerin mi yoksa her çeşit iş görme ediminin mi yasaklanabileceği tartışmalıdır. Kural olarak, rekabet yasağının konusu işçinin üstlendiği somut iş görme edimi ve benzer görev tanımları ile sınırlı kalmalıdır. İşçinin rakip işletmede üstlendiği iş görme ediminin eski işverenin haklı ticari menfaatlerine zarar verme imkânı bulunmadığı takdirde rekabet yasağına kaydına aykırı bir davranıştan söz edilemez. Şu kadar ki, rekabet yasağı kaydına tabi işçiyle anlaşarak söz konusu işçiyi görünürde farklı bir pozisyonda istihdam eden rakip işletmenin, anılan işçiyi gerçekte eski işverenin yanında ifa ettiği iş görme edimiyle özdeş bir görev tanımında çalıştırması olasılığını da yadsımamak gerekir. Rekabet yasağına tabi işçinin ve işverenin rakibi konumundaki yeni işverenin gerçek iradelerini yansıtmayan böyle bir anlaşmanın muvazaalı olduğu aşikâr olup, işçinin rekabet yasağı kaydını ihlal edip etmediğini değerlendiren hâkimin fiili duruma göre karar vermesi gerekir. Esasen muvazaa olgusunu ispat yükü, muvazaa olgusunun varlığını iddia eden tarafa; eş söyleyişle eski işverene aittir. Ne var ki önceki işverenin yeni işverenin eski işçisi arasındaki muvazaayı ispat etmesi son derece güçtür. Kaldı ki iş/üretim sırları veya müşteri çevresi hakkında sahip olduğu bilgilerle eski işverene önemli bir zarar verme potansiyeli bulunan işçinin farklı bir pozisyonda çalışsa bile anılan bilgileri yeni işverene aktarması olasılığı ihmal edilmemelidir. Bu nedenle, hâkimin somut olayın özgün koşullarıyla çalışma yaşamının ve iş yargılamasının kendisine kazandırdığı deneyimleri de göz önünde bulundurarak, işçiyle yeni işvereni arasındaki hukuki ilişkinin muvazaalı olduğu yönünde fiili bir karine oluşturması isabetli olacaktır. Ekleyelim ki, rekabet yasağı kaydına aykırı hareket etmediğini öne süren işçiye, rakip işletmedeki pozisyonun eski işverenin menfaatleriyle çelişmediğini ve nüfuz ettiği iş veya üretim sırlarını rakip işletmeye iletmediğini kanıtlamak suretiyle karineyi çürütme imkânı tanınmalıdır.

Nihayet üzerinde durmaya değer bir konu, şirket topluluklarının durumudur. Çağdaş şirketler hukukunun ayırt edici önemli bir özelliği, şirketler topluluğu ve benzeri yapıların giderek ön plana çıkmasıdır. Nitekim anılan olguyu yadsımayan Yeni Türk Ticaret Kanunu şirketler topluluklarıyla ilgili ayrıntılı düzenlemeler getirmiştir (TTK m. 195–209). Şirketler topluluğunda yer alan bir şirketle iş sözleşmesi bağitlayan işçiyle kararlaştırılan rekabet yasağı kaydından şirketler topluluğundaki diğer bir şirketin yararlanıp yararlanamayacağı sorusuna verilecek

yanıt çeşitli olasılıklara göre değişkenlik göstermektedir Her şeyden önce, esasen bir borçlar hukuku sözleşmesi niteliğini haiz rekabet yasağı kaydının yalnızca kaydın tarafları arasında hüküm ifade ettiği vurgulanmalıdır. Bundan dolayı üçüncü kişi konumundaki şirketin değinilen kayda dayanarak işçiden bir talepte bulunması hukuken mümkün değildir. Bununla birlikte, rakip bir işletmeye geçen işçinin sahip olduğu bilgiler yoluyla işverenle aynı şirketler topluluğunda yer alan diğer şirketlere zarar vermesi olasıdır. Bilhassa ana şirkette üst düzey yönetici sıfatıyla görev yapan ve ana şirketin ticari sırlarına nüfuz etme imkânına sahip olan işçinin yavru şirketlerin ticari sırları hakkında da bilgi sahibi olması olağan karşılanmalıdır. Bu doğrultuda, işçi rekabet yasağı kaydında işverenle birlikte işverenle organik bağı bulunan diğer şirketlerle de rekabet etmemeyi taahhüt edebilir. Hiç kuşkusuz bağlayıcılık koşulu işverenle aynı şirketler topluluğunda yer alan şirketler açısından da aranacak, işçinin söz konusu şirketlerin iş veya üretim sırları hakkında bilgi edinme imkânı yoksa rekabet yasağı kaydı bu şirketler yönünden işçiyi bağlamayacaktır⁸³³. Öte yandan, işverenin bağlı olduğu şirketler topluluğundaki diğer şirketlerinde rekabet yasağı kaydının tarafı sayıldığı hallerin işçinin çalışma özgürlüğünü ciddi bir biçimde zedeleyebileceği unutulmamalıdır⁸³⁴.

Bakırköy 7. İş Mahkemesi'nin kesinleşmiş bir kararına konu olayda dikkat çeken özellik; rekabet yasağı kaydına taraf işçinin çalışmaya başladığı şirketin aslında işverene değil, işvereni kontrol eden şirkete rakip olmasıdır. Somut olayda davalı işçi dış kaynak kullanımlı çağrı merkezi alanında faaliyet gösteren işverenle akdettiği iş sözleşmesini feshederek bir telekomünikasyon şirketinde çalışmaya başlamıştır. İşverenin hâkim ortağı bir başka telekomünikasyon şirketi olup, bu şirketin işçinin iş ilişkisi kurduğu işverenle rekabet halinde olduğu hususu ihtilafli değildir. İşçinin ana şirketle rekabet etmemeye ilişkin sözleşmesel bir vaadi ise

⁸³³ Bununla birlikte İsviçreli bazı yazarlar tarafından ortaya atılan tezlerden esinlenen bir görüş; işçinin müşteri çevresine veya iş sırlarına nüfuz etmiş olması nedeniyle diğer teşebbüslere karşı da rekabetten kaçınmasını sağlamakta işveren açısından korunmaya değer bir menfaat bulunduğu sürece bu sözleşme ile üçüncü kişi durumundaki teşebbüslerin faaliyet alanlarını da korumanın mümkün olduğunu, tüzel kişiliğe sahip bulunan diğer teşebbüslerin müstakil birer hukuk süjesi olduklarının değil, işverenle tek bir teşebbüs gibi birlikte hareket ettikleri düşüncesinin ön planda tutulması gerektiğini, bu bakımdan esas teşebbüs veya bağlı şirket rekabete taraf ise diğerinin de prensip olarak rekabetin tarafı sayılacağını ileri sürmektedir. Kanımızca üçüncü kişi durumundaki şirketlerin rekabet yasağı kaydına dayanarak talepte bulunabilmesi, rekabet yasağı kaydında işçinin anılan şirketlerle de rekabet etmeyeceğinin açıkça öngörülmüş olması koşulunun gerçekleşmesine bağlıdır. Rekabet yasağı kaydında böyle bir düzenlemeye yer verilmediği takdirde işveren kavramının şirketler topluluğunda yer alan diğer şirketleri de kapsayacak tarzda yorumlanmaya elverişli olmadığı kanaatindeyiz.

⁸³⁴ Karş. *Soyer*, s. 70.

bulunmamaktadır. Ne var ki Yerel Mahkeme; davacı işverenin yavru şirket, üçüncü kişi konumundaki telekomünikasyon şirketinin ise ana şirket olduğu, yavru şirkette çalışan bir işçinin pozisyonu ne olursa olsun ana şirketle ilgili bilgilere nüfuz etmesinin sıra dışı bir durum olarak kabul edilmesi gerektiği ve yeni işverenin rekabet yasağı kaydının tarafı eski işverene rakip olup olmadığının genellikle teknik bilirkişi incelemesi ile saptanabileceği gibi hususları dikkate almamış; giderek hukukçu bilirkişi tarafından hazırlanan isabetsiz rapora dayanarak hüküm kurmuştur⁸³⁵.

İşçinin rakip işletmeyle aynı şirketler topluluğunda yer alan şirketlerde çalışması yasaklanabilir mi? Daha da ileri giderek, rakip işletmenin dâhil olduğu şirketler topluluğunun tamamı rekabet yasağının kapsamına dâhil edilebilir mi? Yasal düzenlemenin lafzından rakip işletmeyle aynı şirketler topluluğuna üye diğer şirketlerin rekabet yasağı kaydının konu bakımından kapsamına alınabilmesinin söz konusu şirketlerle işveren arasında bir rekabet ilişkisinin varlığına bağlı olduğu anlaşılmaktadır. Bununla birlikte, paragrafın başında yöneltilen sorulara verilecek yanıt bu kadar basit değildir. Şirketler topluluğunun tamamını veya bir bölümünü kapsayan rekabet yasağı kayıtlarının işçinin ekonomik geleceğini hakkaniyete aykırı bir biçimde tehlikeye düşürme olasılığı son derece yüksek olmasına karşın, kimi durumlarda rekabet yasağının şirketler topluluğundaki rakip işletmeyle sınırlı tutulmasının işverenin haklı ticari menfaatlerinin korunması açısından yetersiz kalacağı gerçeği yadsınmamalıdır. Gerçekten iş ilişkisinin sona ermesini müteakip rakip işletmenin dâhil olduğu şirketler topluluğundaki farklı bir şirketle iş sözleşmesi bağtlayan işçinin iş sözleşmesinin devri veya geçici iş ilişkisi yoluyla rakip

⁸³⁵“...Davacı şirketin hakim ortağı ... A.Ş. 'nin faaliyet alanı GSM operatörlüğüdür. Davacı ... Çağrı Servisi Hizmetleri A.Ş. hem hakim ortağı hem oldukça önemli müşterisi olan ...'in müşteri ilişkilerinin önemli bir kısmını oluşturan call center hizmetlerini yürütmektedir. ... müşteri hizmetleri faaliyetlerini davacı şirkete devretmiştir. Davacı şirketin temel işi müşteri hizmetleri yönetimidir. Bu nedenle ...'in müşteri profiline ilişkin bilgilere sahiptir. Davalının, davacı şirkette stratejist olarak görev yaptığı; sektör, rakip şirketler, davacı şirketin güçlü ve zayıf yönleri, gelecek için belirlediği stratejiler ile pazar ve müşteri bilgilerine sahip olduğu açıktır. Mahkememizce dinlenen tüm tanıklar da bu yönde beyanda bulunmuşlardır. Davacı şirketin, ana hissedarı ve en önemli müşterisi olan ...'in faaliyetlerine olan katkısı nedeniyle GSM hizmetleri sektöründe çok önemli bir yerde bulunduğu anlaşılmaktadır. Bu nedenle ... 'i zarara uğratabilecek bir husus, davacı şirketi de zarara uğratabilecek bir etkiye sahip olacaktır...” İş Mahkemesi'nin gerekçesinde yer alan bu paragraf Bilirkişi Raporu'ndan alıntıdır. Ne var ki hukukçu bilirkişilerin kendi uzmanlık alanlarına girmeyen bu gibi konularda tespit ve değerlendirmelerde bulunması doğru değildir. Mahkeme'nin bir elektronik haberleşme mühendisi, bir işletmeci ve bir hukukçudan oluşan üç kişilik bir bilirkişi kurulu tayin etmesi ve anılan kurul tarafından hazırlanacak rapor doğrultusunda bir karara varması uygun olacaktır. Bakırköy 7. İş Mahkemesi E:2007/182 K:2008/378, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 2.12.2010 tarih ve E:2008/41875 K:2010/35558 sayılı kararı ile onanmıştır, Sicil İş Hukuku Dergisi, Mart 2011-Sayı 21, s. 116-120.

işletmeye geçmesi olasıdır. Öte yandan işçinin şirketler topluluğundaki hâkim şirketle iş ilişkisi kurması ise, eski işveren için başlı başına bir risk kaynağıdır. Bu gibi haklı gerekçelerle, istisnai de olsa, rekabet yasağı kaydıyla işçinin rakip işletmenin dâhil olduğu şirketler topluluğunda yer alan diğer şirketlerle iş ilişkisine veya başka türden bir menfaat ilişkisine girmesinin yasaklanabileceği kabul edilmelidir. Önemle vurgulayalım ki, yasağın şirketler topluluğuna mensup diğer şirketleri kapsayabilmesi için bu hususun rekabet yasağı kaydında açıkça belirtilmesi şarttır. Aksi takdirde rekabet yasağının konu bakımından kapsamı rakip işletmeyle sınırlı kalacaktır. Nihayet rakip işletmeyle aynı şirketler topluluğuna mensup öteki şirketleri de kapsayan rekabet yasağı kayıtlarının işçinin çalışma özgürlüğüne ciddi bir tehdit oluşturma ihtimali göz ardı edilmemeli, dolayısıyla söz konusu kayıtlara ihtiyatla yaklaşılmalıdır.

V. Yaptırım: Aşırı Rekabet Yasağının Hâkim Tarafından Sınırlanması

1. Genel Olarak

Rekabet yasağının işçinin ekonomik geleceğini hakkaniyete aykırı olacak tehlikeye düşürecek biçimde yer, zaman ve işlerin türü bakımından sınırlamalar içermesi ve süresinin de, özel durum ve koşullar dışında iki yılı aşması durumunda uygulanacak hukuki yaptırım, rekabet yasağının hâkim tarafından kapsamı ve süresi bakımından sınırlanmasıdır. Bu bağlamda Borçlar Kanunu hâkime, bütün durum ve koşulları serbestçe değerlendirmek ve işverenin üstlenmiş olabileceği karşı edimi de hakkaniyete uygun biçimde göz önünde tutmak suretiyle aşırı nitelikteki rekabet yasağını sınırlama yetkisi tanımıştır (TBK m. 445/3). Ne var ki Yargıtay eski Borçlar Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde verdiği kararlarda rekabet yasağının yargısal bir müdahaleyle aşırıktan arındırılarak sözleşmenin ayakta tutulması yöntemini uygulamamış ve aşırı nitelikteki rekabet yasağı kayıtlarını doğrudan geçersiz sayma yoluna gitmiştir⁸³⁶. Gerçi eski Borçlar Kanunu'nda hâkimin aşırı rekabet yasağına müdahalesini düzenleyen açık bir hüküm yoktur. Ancak doktrinde

⁸³⁶ “...*Borçlar Kanununun 349. maddesinde ise, rekabet yasağının işçinin iktisadi geleceğini tehlikeye düşürmemesi için süre, yer ve işin türü bakımından duruma göre sınırlandırılması gerektiği ifade edilmiştir. Buna göre süre, yer ve işin türü bakımından sınırlandırılmış olmadıkça rekabet yasağı geçerli olmayacaktır. Sınırlamaların işin ve hatta işçinin niteliğine göre belirlenmesi gerekir. Dairemizce, Türkiye sınırları içinde rekabet etmeme yönünden öngörülen düzenlemelere geçerlilik tanınmamıştır...*” (Yarg. 9. HD., E: 2009/26954 K: 2009/36971, 24.12.2009, www.legalbank.net)

rekabet yasağının kapsamındaki aşırılığın yaptırımının kesin hükümsüzlük değil, hâkim tarafından sınırlandırma olduğu görüşü egemendi⁸³⁷. 6098 sayılı Borçlar Kanunu'ndaki hâkime aşırı nitelikteki rekabet yasağını sınırlama yetkisi veren açık düzenlemeyle birlikte süre, yer ve işin türü bakımından sınırları çok geniş tutulmuş rekabet yasağı kayıtlarına geçersizlik gibi ağır bir hukuki yaptırım uygulayan Yargıtay uygulamasının herhangi bir hukuki dayanağı kalmamıştır. Nitekim Türk Borçlar Kanunu'nun rekabet yasağı kaydına ilişkin maddelerinin çeviri yoluyla alındığı İsviçre hukukunda da işçiye aşırı bir rekabet etmeme borcu yükleyen sözleşme kayıtlarının geçersiz olmadığı, ancak böyle aşırı bir yasağın kapsamının hâkim tarafından kabul edilebilir bir sınıra çekileceği belirtilmektedir⁸³⁸. Hatta rekabet yasağı kaydının yazımında çok sınırlayıcı bir ifade kullanmanın doğru olmadığı, yasak konusu faaliyetlerin sınırlı sayı kuralıyla belirlenmesi yerine rekabet oluşturan tüm faaliyetlerin yasaklandığı vurgulandıktan sonra 'özellikle' sözcüğü kullanılarak birkaç faaliyet alanının veya ürünün anılmasının rekabet yasağına daha dinamik bir yapı kazandıracığı ileri sürülmektedir⁸³⁹. Örneğin İsviçre'nin sadece doğusunda faaliyet gösteren bir işverenle işçi arasında akdedilen iş sözleşmesindeki rekabet yasağı kaydında İsviçre'nin tamamının yasak kapsamına alınması kaydın geçersizliğine yol açmamakta, rekabet yasağının süresi ve konu bakımından kapsamıyla işverenin üstlenmiş olabileceği karşı edimi de göz önünde tutan hâkim yasağın işçinin ekonomik geleceğini tehlikeye attığı kanısına vardığında rekabet yasağını kapsam ve süre bakımından daraltabilmektedir⁸⁴⁰. Buna göre, Yargıtay yasal düzenlemeyi (TBK m. 445/2) dikkate alarak içtihadını gözden geçirmeli ve aşırı nitelikteki rekabet yasağı kayıtlarına geçersizlik gibi kanuna aykırı bir yaptırım uygulamamalıdır.

⁸³⁷ Soyer, s. 67-68. Öğretide Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 13.2.2006 tarih ve E:2005/20733 K:2006/350 sayılı kararını inceleyen bir yazar; rekabet yasağı kaydının kapsamının zaman, konu ve yer bakımından sınırlanmamasının yaptırımının kaydın geçersizliği olmadığını, hakimin sözleşmeye müdahale ederek yasağı hakkaniyete uygun bir hale sokması gerektiğini, bir başka anlatımla yaptırımın geçersizlik değil, hakimin tek taraflı müdahalesiyle sınırlama olduğunu ileri sürmüştür. Gerçekten rekabet yasağı kaydının işçinin ekonomik geleceğini tehlikeye düşürecek biçimde yer, süre ve konu bakımından uygun olmayan sınırlamalar içermesinin yaptırımı, yasağın kapsamının hakim tarafından sınırlanmasıdır. Ancak hakimin hiçbir sınır içermeyen bir rekabet yasağı kaydını sözleşmeye müdahale yoluyla ayakta tutması mümkün değildir. Dolayısıyla yazarın hiçbir sınır içermeyen rekabet yasağı kayıtlarının hakim tarafından sınırlanabileceği yönündeki görüşü isabetsizdir. *Yenisey*, 2006 yılı kararları, s. 57.

⁸³⁸ *Rudolph*, La problématique de la prohibition de faire concurrence, s. 97.(Makalenin Almanca metni için bkz. Fokus Arbeitsrecht: Sorgenkind Konkurrenzverbot, TREX 2010 s. 88-92)

⁸³⁹ *Rudolph*, La problématique de la prohibition de faire concurrence, s. 97.(Makalenin Almanca metni için bkz. Fokus Arbeitsrecht: Sorgenkind Konkurrenzverbot, TREX 2010 s. 88-92)

⁸⁴⁰ *Rudolph*, La problématique de la prohibition de faire concurrence, s. 97.(Makalenin Almanca metni için bkz. Fokus Arbeitsrecht: Sorgenkind Konkurrenzverbot, TREX 2010 s. 88-92)

Fransız hukukunda yer, süre ve konu sınırlamalarının mutlaka kümülatif olması aranmamaktadır. Daha yalın bir anlatımla rekabet yasağı kaydının geçerli olabilmesi aynı anda yer, süre ve konu sınırlaması getirilmesine bağlı değildir⁸⁴¹. Gerçekten her sınırlamanın aşırı olup olmadığı diğer koşullar da dikkate alınarak takdir edilmektedir. Buna göre, rekabet etmeme borcunun süresinin uzun ve rekabet yasağının coğrafi kapsamının geniş tutulmasına karşılık, yasak konusu faaliyetin sınırlarının dar bir şekilde belirlenmesi hukuken mümkündür⁸⁴². Tersine rekabet yasağına konu faaliyete ilişkin geniş bir sınırlama getirildiğinde, yasağın süresi kısa olmalı ve coğrafi kapsam da daraltılmalıdır. Rekabet yasağı kaydının geçerliliği için belirleyici fakyör, yasağın çalışma özgürlüğüne getirdiği farklı sınırlamaların bileşiminin işçiyi eğitimini aldığı mesleği icra etmesini olanaksız kılmamasıdır⁸⁴³. Fransız Hukukunda hâkimin aşırı bir rekabet yasağı kaydını kısmen geçersiz sayarak yasağın etkisini daraltabileceği kabul edilmektedir (*réfaction judiciaire*)⁸⁴⁴. Bununla birlikte, rekabet yasağının işletmenin meşru ticari menfaatlerinin korunması için gerekli olmasına ilişkin koşul gerçekleşmediği takdirde kaydın geçersiz olduğu, hâkimin böyle bir kaydı sınırlandırma yoluyla dahi ayakta tutamayacağı ifade edilmektedir⁸⁴⁵. Hâkim coğrafi kapsamı çok geniş veya çok uzun süreli bir rekabet yasağı kaydını sınırlayarak hukuka uygun bir hale getirebilir. Fransız Yargıtayı'na göre, hâkimin tüm Fransa'yı kapsayan bir rekabet yasağını işçinin görev yaptığı birkaç bölgeyle sınırlaması mümkündür⁸⁴⁶. Keza hâkim kaydın süresini de indirebilir⁸⁴⁷. Öğretide 18.10.2002 tarihli *Gan Vie* kararıyla yargısal sınırlama yetkisinin aşıldığı iddia edilmiştir. Fransız Yargıtayı bu kararında işletmenin meşru menfaatlerinin korunması için gerekli olmasına karşın, işçinin eğitime ve mesleki deneyimine uygun bir iş görmesini engelleyen bir rekabet yasağı kaydını süre, yer ve diğer yönlerden sınırlayabileceğine hükmetmiştir⁸⁴⁸. Anılan yaklaşım hâkime rekabet yasağı kaydıyla işçiye yüklenen borçları yeniden tanımlamak yoluyla yasağın kapsamını büyük ölçüde daraltma imkânı sağlamıştır. Bununla birlikte Fransız yazarlar böyle bir yaptırımın yerinde olup olmadığı hususunda görüş ayrılığı

⁸⁴¹ *Signoretto*, s. 238.

⁸⁴² *Signoretto*, s. 238.

⁸⁴³ *Signoretto*, s. 238.

⁸⁴⁴ *Antonmattei*, s. 103; *Signoretto*, s. 238.

⁸⁴⁵ *Damy*, s. 40.

⁸⁴⁶ Cass. soc., 25.3.1998, Dr. soc. 1998, s. 545.

⁸⁴⁷ *Damy*, s. 40; *Signoretto*, s. 238.

⁸⁴⁸ Somut olayda çok geniş kapsamlı bir rekabet yasağı işverenin müşterilerini caydırmamakla sınırlandırılmıştır. Cass. Soc., 18.10.2002 (*Damy*'den naklen, s. 40).

içindedir. Rekabet yasağının sınırlanmasından yana olan kimi yazarlar, kaydın kesin hükümsüz sayılmasının işletmenin meşru ticari menfaatlerini yok saymak anlamına geleceği düşüncesindedir⁸⁴⁹. Buna karşın, öğretilerdeki karşıt görüş, rekabet yasağı kaydının sınırlama yoluyla onarılmasının işçiyi yükümlülüklerinin kapsamı konusunda belirsizliğe mahkûm edeceğini ve aşırı rekabet yasağı kayıtlarından kaynaklanan suiistimallerle etkili bir şekilde mücadeleyi önleyeceği kanaatindedir⁸⁵⁰.

Sonuç olarak geniş yetkilerle donatılan Fransız hâkiminin, bireysel iş ilişkilerinin yapısından kaynaklanan dengesizliği işçi lehine giderme yöntemini aşırı rekabet yasaklarının sınırlanması sorununda da izlediği vurgulanmaktadır⁸⁵¹. Yasağın kapsamının ölçülülük ilkesi doğrultusunda sınırlanmasının rekabet yasağı kaydının işverenin aleyhine olacak bir şekilde geçersiz sayılmasını önlediği çok açıktır. Bununla beraber, bu yetkinin hâkime yeni bir rekabet yasağı kaydı düzenleme imkânı sağladığı ve adil bir denge kurmaya dönük böyle bir arayışın ise işçinin temel haklarının korunmasına ilişkin genel esasların dahi ötesine geçtiği belirtilmektedir⁸⁵². Buna göre, hâkim rekabet yasağı kaydıyla tarafların karşılıklı olarak üstlendiği borçların önemini tartmakta; rekabet yasağının kapsamını sınırlarken sözleşmesel dengeyi göz önünde tutmaktadır⁸⁵³.

Hollanda Hukukunda hâkime, işverenin korunmaya değer menfaatlerine nazaran işçinin hakkaniyetle bağdaşmayacak bir tarzda zarar gördüğü durumlarda, rekabet yasağı kaydını tamamen veya kısmen geçersiz kılma yetkisi tanınmıştır (Art. 7:653 lid 2 BW)⁸⁵⁴. Kanun koyucunun hâkime böyle bir yetki vermekle, rekabet yasağı kaydının gerekli durumlarda karşılıklı menfaatler çerçevesinde denetlenebilmesini amaçladığı ifade edilmektedir⁸⁵⁵. Buna göre, rekabet yasağı kaydını denetleyen hâkim, işverenin rekabet yasağının sürdürülmesindeki menfaatiyle işçinin çalışma özgürlüğünün kısıtlanmamasındaki menfaatini somut

⁸⁴⁹Vatinet, R: Dr. soc. 1998, s. 534.

⁸⁵⁰Damy, s. 40.

⁸⁵¹Damy, s. 40.

⁸⁵²Damy, s. 40.

⁸⁵³Damy, s. 41.

⁸⁵⁴Bouwens/Duk, s. 215, Bouwens/Houwerzijl/Roozendaal, s. 87; Loonstra, De rechtsbescherming van werknemers s. 465.

Van Grinsven/Geugjes, s. 86; Van Leeuwen/Nuijten/Veenstra/Tazelaar/Nieuwstad/Buijs, s. 238.

⁸⁵⁵Houweling/Loonstra, s. 158; Hoorn, E.G./Louwers, J.L.M.W.: Hoofdlijnen actuele rechtspraak inzake het concurrentiebeding (oude stijl), Arbeid Integraal 2005/2, s. 29-38.

olayın özelliklerini de dikkate alarak tartmak ve değerlendirmek zorundadır⁸⁵⁶. Hâkim rekabet yasağı kaydının tüm unsurlarını değiştirme yetkisine sahiptir. Şu halde hâkim, rekabet yasağı kaydının zaman, yer veya konu bakımından kapsamını tamamen veya kısmen geçersiz sayabilir; diğer bir anlatımla, rekabet yasağının yürürlük süresiyle coğrafi ve konu bakımından kapsamını sınırlayabileceği gibi daha da ileri giderek rekabet yasağı kaydının toptan geçersizliğine dahi hükmedebilir⁸⁵⁷. Örneğin işçinin dünya genelinde yaşamı boyunca işverenle türdeş faaliyetlerde bulunmasını yasaklayan bir rekabet yasağı kaydının kısmen geçersiz sayılarak tarafların karşılıklı menfaatleriyle bağdaşan bir müşterilerle ilişki yasağı kaydına (*relatiebeding*) dönüştürülmesi mümkündür⁸⁵⁸. Hollanda Medeni Kanunu'nun 3:51. maddesine ve devamındaki maddelere göre, hâkim aksine hükmetmediği sürece hukuki işlemi geçersiz kılan yargı kararları geçmişe etkilidir (*terugwerkende kracht*). Dolayısıyla geçersizliğin geçmişe etkili olup olmayacağı hâkim tarafından takdir edilir⁸⁵⁹. Böyle bir sonuç, ilgili rekabet yasağı kaydını ihlal eden ve bundan dolayı kayıta belirtilen ceza koşulunu ödeme borcu doğan işçi açısından yaşamsal önem taşımaktadır. Zira hâkim geçmişe etkili bir karar verdiğinde ceza koşulu da geçersiz hale gelecektir⁸⁶⁰. Hollanda öğretisinde rekabet yasağı kaydının kısmi geçersizliğine ilişkin kararların geçmişe etkisinin kural, geleceğe etkisinin ise istisna olarak kabul edilmesinin uygun olduğu savunulmuştur⁸⁶¹. Diğer bir söyleyişle rekabet yasağının işçiye haksız bir şekilde zarar verdiğini tespit eden hâkim, kural olarak, kaydı başlangıçtan itibaren geçersiz saymalıdır⁸⁶². Bununla birlikte, hâkim, somut olayın koşulları gerektirdiği takdirde, Medeni Kanun'un 3:53. maddesini uygulayarak geleceğe etkili bir karar da verebilir⁸⁶³.

Hollanda Medeni Kanunu'nun 7:653. maddesinin ikinci fıkrası, hâkime çok geniş bir serbesti tanımıştır. Maddenin lafzından hâkimin rekabet yasağı kaydını

⁸⁵⁶ *Houweling/Loonstra*, s. 159; *Loonstra*, De rechtsbescherming van werknemers s. 465.

⁸⁵⁷ *Bouwens/Duk*, s. 216; *Bouwens/Houwerzijl/Roozendaal*, s. 87; *Hoorn/Louwers*, s. 29–30; *Houweling/Loonstra*, s. 159.

⁸⁵⁸ Buna karşılık hâkimin söz konusu maddeye dayanarak rekabet yasağı kaydında yer alan ceza koşulunu indirip indiremeyeceği tartışmalıdır. Hollanda Yargıtayı'nın yerleşik içtihadına göre rekabet yasağı kaydına bağlı bir ceza koşulu Medeni Kanunun 7:653/2. maddesi uyarınca tenkise tabidir. *Houweling/Loonstra* aksi kanıdadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. *Houweling/Loonstra*, s. 160.

⁸⁵⁹ *Bouwens/Duk*, s. 216; *Houweling/Loonstra*, s. 161.

⁸⁶⁰ *Houweling/Loonstra*, s. 161.

⁸⁶¹ *Houweling/Loonstra*, s. 161.

⁸⁶² Öğretide rekabet yasağı kaydının işçinin menfaatlerini hakkaniyete aykırı olarak zedelediği durumlarda rekabet yasağı kaydının geçmişe etkili bir biçimde tamamen ve kısmen geçersiz kılınabileceği vurgulanmaktadır. *Bouwens/Houwerzijl/Roozendaal*, s. 87

⁸⁶³ *Houweling/Loonstra*, s. 161.

tamamen veya kısmen geçersiz kılma konusunda bir yükümlüğünün değil, aksine bir takdir yetkisinin (*discretionaire bevoegdheid*) bulunduğu anlaşılmaktadır⁸⁶⁴. Bununla birlikte söz konusu takdir yetkisinden hâkimin rekabet yasağı kaydını resen (*ambtshalve/ex officio*) sınırlayabileceği gibi bir sonuca ulaşmanın imkânsız olduğu dile getirilmektedir⁸⁶⁵. Nitekim Hollanda öğretisinde ve yargı kararlarında hâkimin ancak işçinin talebi üzerine rekabet yasağı kaydının tamamen veya kısmen geçersizliğine hükmedilebileceği kabul edilmektedir⁸⁶⁶. İşçi iş sözleşmesi sırasında böyle bir nadiren böyle bir talepte bulunmaktadır⁸⁶⁷. Nitekim Hollanda doktrininde işçinin iş ilişkisi henüz sona ermeden de böyle bir dava açmasının önünde herhangi bir hukuki engel bulunmadığını vurgulanmaktadır⁸⁶⁸. Öte yandan işçi işverenin rekabet yasağı kaydının ihlali iddiasıyla açacağı davayı bekleyerek kaydın kısmen veya tamamen geçersizliğini bu davada sunacağı cevap dilekçesiyle talep edebileceği gibi, bu talebini ayrı bir davayla da ileri sürebilir⁸⁶⁹.

Hollanda Medeni Kanunu'nun 7:653. maddesinin 2. fıkrası, rekabet yasağı kaydının tamamen veya kısmen geçersiz olup olmadığını değerlendirecek hâkime, işverenin korunması gereken menfaatleriyle işçinin rekabet yasağından ötürü uğradığı haksız zarar arasında bir karşılaştırma yapmasını (*belangenafweging*) emretmektedir. Hollandalı yazarlara göre, fıkroda zikredilen haksız zarar (*onbillijke benadeling*) sözcüğü çok dar bir şekilde ve borçlar hukukundaki klasik zarar kavramı anlamında yorumlanmamalıdır⁸⁷⁰. İşçinin malvarlığında fiilen bir azalmanın söz konusu olup olmadığına rekabet yasağı kaydının yol açtığı zararın tespiti ikincil bir rol oynamaktadır. Hollanda Medeni Kanunu'nun 7:653. maddesinin 2. fıkrasındaki zarar kavramından maksat; insanın geçimini sağlamanın engellenmesi, eş deyişle Hollanda Anayasası'nın 19/3. maddesiyle tanınan temel hakkın (çalışma özgürlüğü) sınırlanmasıdır⁸⁷¹. Bununla beraber yasal düzenlemede hâkimin tartacağı ve karşılaştıracağı karşılıklı menfaatlerinin içeriği konusunda herhangi bir açıklamaya yer verilmemiş; aksine bu husustaki nihai takdir yetkisi bilinçli olarak hâkime

⁸⁶⁴ *Houweling/Loonstra*, s. 162.

⁸⁶⁵ *Houweling/Loonstra*, s. 162.

⁸⁶⁶ *Bouwens/Houwerzijl/Roozendaal*, s. 87

⁸⁶⁷ Ktr. Haarlem 31.3.1916, NJ 1916, s. 911–912; Ktr. Harderwijk 10.2.1988, Prg. 1988, nr. 2851, Ktr. Tilburg 9.9.1999, Prg. 2000, nr. 5400 (*Houweling/Loonstra*'dan naklen, s. 162 dn. 17) Ayrıca bkz. *Van Grinsven/Geugjes*, s. 86.

⁸⁶⁸ *Bouwens/Duk*, s. 216–217; *Houweling/Loonstra*, s. 163; *Van Grinsven/Geugjes*, s. 86.

⁸⁶⁹ *Bouwens/Duk*, s. 217; *Quist*, s. 28.

⁸⁷⁰ *Grappenhuis*, s. 247 (*Houweling/Loonstra*, s. 165'den naklen); *Houweling/Loonstra*, s. 165.

⁸⁷¹ *Houweling/Loonstra*, s. 165.

bırakılmıştır. Bundan ötürü, *haksız zarar* ölçütünün hâkim tarafından yaratılan hukukun (*rechtersrecht*) bir parçası olduğu vurgulanmaktadır⁸⁷².

2000-2010 yılları arasında, hakimin tarafların karşılıklı menfaatlerini değerlendirdikten sonra rekabet yasağı kaydının tamamen veya kısmen geçersizliğine hükmettiği toplam 159 karar yayınlanmıştır. Hollandalı hâkimlerin tarafların menfaatlerinin karşılaştırırken göz önünde bulundurduğu faktörler; işçinin elde ettiği özel bilgiden dolayı eski işverenin duyduğu haklı endişe, işverenin işçinin rekabetten kaçınma borcunu ifasındaki menfaati, işçinin işverenin faaliyet gösterdiği sektör dışında bir iş bulmasının imkânsız veya zor olup olmadığı, yeni bir işverenin yanında çalışmaya başlayan işçinin konumunda önemli bir iyileşme gerçekleşip gerçekleşmediği, iş sözleşmesinin işçi tarafından feshedilmesi, işçinin ailevi durumu ve yaşam şartları, iş ilişkisinin taraflardan birinin kusurlu davranışı nedeniyle son bulması, işçinin ücreti, bağımsız çalışan işçinin rakip olarak algılanamayacağı, işverenin ilgili işçi için yaptığı yatırımların boyutu, iş sözleşmesinin belirli süreli olup olmadığı veyahut kısa sürüp sürmediği, rekabet yasağının kararlaştırıldığı tarihteki koşullar ve işverenin işten ayrılan başka işçilerden önerdiği rekabet yasağı kaydı değişikliklerine kabul etmesi veya söz konusu işçiye rekabet yasağı kaydından doğan haklarını kullanmayacağını söz konusu işçiye vaat etmesi olarak özetlenebilir⁸⁷³. Ayrıca menfaatler tartılırken işverenin işçiye rekabet yasağı süresi boyunca bir tazminat (karşı edim) ödemeyi üstlenip üstlenmediği de göz önünde tutulur⁸⁷⁴. Bu arada Hollanda hukukunda işverenin rekabet yasağı kaydına ilişkin düzenlemeleri personel yapısını korumaya yönelik bir araç olarak kullanmasının caiz sayılmadığı kaydedilmelidir⁸⁷⁵. Gerçekten Hollanda yargı organlarının işverenin bu spesifik menfaatini asla dikkate almadığı, dolayısıyla işverenin personelini muhafaza etmesinin hukuken korunabilir bir menfaat olarak nitelendirilemeyeceği belirtilmektedir⁸⁷⁶. Buna göre, rekabet yasağı kayıtlarının ilgili işçinin farklı bir işverenin yanında kazanabileceğinden daha az bir ücret karşılığında aynı işverene bağlı olarak çalışmayı sürdürmeye zorlama gibi bir amaca hizmet edemeyeceği,

⁸⁷²Houweling/Loonstra, s. 165.

⁸⁷³Bouwens/Duk, s. 216; Houweling/Loonstra, s. 170–176.

⁸⁷⁴RB Amsterdam 23.5.1996, JAR 1996/145 (*Bouwens/Duk*'den naklen, s. 216)

⁸⁷⁵Houweling/Loonstra, s. 179.

⁸⁷⁶Houweling/Loonstra, s. 179.

böyle bir amacın Hollanda Anayasası'nın 19/3. maddesine aykırı olduğu ifade edilmektedir⁸⁷⁷.

Eski İsviçre Borçlar Kanununun yürürlükte olduğu dönemde rekabet yasağı kaydının aşırı olup olmadığı sözleşme hukukunun genel hükümlerine göre değerlendirilmekteydi. Yasağın ahlaka ve kamu düzenine aykırı olduğunu saptayan hâkimin tek seçeneği rekabet yasağı kaydının geçersizliğine hükmetmekten ibaretti⁸⁷⁸. Yer ve süre bakımından kapsamı dikkate alındığında, işçinin ekonomik alanda karar alma özgürlüğünü sınırlayacak ölçüde geniş rekabet yasağı herhangi bir hukuki değer ifade etmemekteydi. Diğer bir anlatımla Kanun sözleşme özgürlüğü ilkesiyle kamu düzeninin gerekleri arasında bir orta yol öngörmemişti⁸⁷⁹. Ne var ki böylesine bir katı çözüm, gerek işçi gerekse işveren açısından birtakım olumsuzlukları da beraberinde getiriyordu⁸⁸⁰. “*Ya hep ya hiç*” şeklindeki böyle bir yaklaşımın hakkaniyetle bağdaşmadığını düşünen İsviçre Federal Konseyi'nce hâkime aşırı bir rekabet yasağını sınırlama yetkisi tanınması teklif edilmiştir⁸⁸¹. Kanun metninin açıkça hâkime böyle bir yetki tanımamasına karşın, hâkimin aşırı bir rekabet yasağını sınırlama yetkisi hem doktrin hem de içtihat tarafından kabul edilmiştir⁸⁸². Bu bağlamda, hâkime tanınan bu yetkinin İsviçre Borçlar Kanunu'nun mülga 357. maddesindeki ‘*rekabet yasağının uygun bir şekilde sınırlanması*’ koşulundan kaynaklandığı öne sürülmüştür⁸⁸³. Nihayet 1971 yılında İsviçre Borçlar Kanunu'nda yapılan bir değişiklikle birlikte, hâkimin böyle bir yetkiyi haiz olduğu pozitif hukukta tarafından da teyit edilmiştir⁸⁸⁴. Değinilen görüş ve saptamalar Türk Hukuku için de *a fortiori* geçerlidir. 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde hâkimin aşırı bir rekabet yasağı kaydına müdahale yoluyla böyle bir yasağın kapsamını işçi lehine sınırlama olanağına sahip olduğu öğretisi tarafından kabul edilmekteydi⁸⁸⁵. Buna karşın, 1971 İsviçre Borçlar Kanunu reformu ile iş sözleşmesi konusunda yapılan değişiklikleri, deyim yerindeyse aynen Türk

⁸⁷⁷ Nitekim MDW çalışma grubunun rekabet yasağına ilişkin nihai raporunda da uygulamada rekabet yasağı kayıtlarının salt rekabeti engellemek amacıyla değil, aynı zamanda –hatalı da olsa- işçiyi işyerine bağlamak için de kullanıldığı bildirilmektedir.

⁸⁷⁸ *Bohny*, s. 135; *Pidoux*, s. 51.

⁸⁷⁹ *Bohny*, s. 135.

⁸⁸⁰ *Pidoux*, s. 51.

⁸⁸¹ *Bohny*, s. 135.

⁸⁸² *Bohny*, s. 135; *Pidoux*, s. 51.

⁸⁸³ *Bohny*, s. 135; *Pidoux*, s. 51.

⁸⁸⁴ *Bohny*, s. 135.

⁸⁸⁵ *Soyer*, s. Ne var ki yargıcın aşırı bir rekabet yasağı kaydını sınırladığı tek bir emsal karar dahi tespit edilememiştir.

Hukukuna aktaran 6098 sayılı Borçlar Kanunu ile hâkimin aşırı nitelikte bir rekabet yasağını sınırlama yetkisini pozitif bir dayanağa kavuşturmuştur (BK m. 445/2)⁸⁸⁶. Buna göre; 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 veya süresi bakımından sınırlayabilir.

2. Koşulları

a) Rekabet Yasağının Aşırı Olması

Hâkimin rekabet yasağını sınırlayabilmesinin temel şartı, tarafların kararlaştırdığı yasağın aşırı (*übermäßiges Konkurrenzverbot/prohibition excessive*) bir nitelikte olmasıdır. Rekabet yasağı kaydının ne zaman aşırı sayılacağı ise maddenin birinci fıkrasında tanımlanmıştır. Buna göre işçinin ekonomik geleceğini hakkaniyete aykırı olarak tehlikeye düşürecek biçimde yer, zaman ve konu bakımından uygun olmayan sınırlar içeren rekabet yasağı kayıtlarının aşırı olduğu kabul edilir (Art. 340a/1, BK m. 445/1). Başka bir söyleyişle rekabet yasağı yer, zaman ve konu bakımından kapsamı işverenin haklı ticari menfaatlerinin gerektirdiğinden daha geniş olmamalı; diğer taraftan da işçinin ekonomik geleceği ve çalışma özgürlüğü tehlikeye girmemelidir. Bu maddenin rekabet yasağı kaydına bağlanan aşırı ceza koşuluna uygulanması mümkün değildir Hâkimin aşırı ceza koşulunu, tenkis yükümlülüğü Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerine tabidir (BK m. 182/3).

Üzerinde durulması gereken son derece önemli bir sorun; hâkimin yer, süre veya süre bakımından herhangi bir sınır içermeyen rekabet yasağı kayıtlarına müdahale edip edemeyeceğidir. İsviçre Federal Mahkemesi eski tarihli bir kararında, hiçbir süre sınırı öngörmeyen bir rekabet yasağı kaydını makul bir süre belirleyerek ayakta tutan bir yerel mahkeme kararını onamıştır. Somut olayda yerel mahkeme herhangi bir süre sınırı öngörmeyen rekabet yasağını üç yıllla sınırlamıştır⁸⁸⁷. İsviçre öğretisinde işçinin mesleğini icra etmesini olanaksız kılan akıl dışı rekabet yasağı

⁸⁸⁶ Nitekim gerekçede de maddenin düzenlenmesinde kaynak İsviçre Borçlar Kanunu'nun 340a maddesinin göz önünde tutulduğu belirtilmiştir.

⁸⁸⁷ BGE 96 II 139 (*Haefliger*'dan naklen, s. 62).

kayıtlarının geçersiz olduğu ve bu gibi rekabet yasağı kayıtlarına yargısal sınırlama yoluyla dahi olsa geçerlilik tanınmayacağı öne sürülmüştür⁸⁸⁸. Buna göre hâkim sınırlama yetkisini ancak rekabet yasağının ahlaka ve kişilik haklarına ilişkin sınırlara tecavüz etmemesi, bununla birlikte hakkaniyet sınırlarını aşması şartıyla kullanabilir⁸⁸⁹. Ne var ki, Borçlar Kanunu uygun olmayan sınırlamalar içeren rekabet yasağı kayıtlarından söz etmektedir. Şu halde rekabet yasağı yer, süre veya konu bakımından hiçbir sınırlama içermiyorsa veya söz konusu sınırlamalardan bazıları eksikse hâkimin böyle bir kaydı sınırlama yoluyla ayakta tutması mümkün olmamalıdır. Her şeyden önce rekabet yasağı kaydında hâkimin müdahalesine konu oluşturabilecek sınırlama unsurlarının tamamı yer almalıdır. Hâkim rekabet yasağı kaydında öngörülen sınırlamaların aşırı olup olmadığını takdir edecek; rekabet yasağı kaydında yer alan yer, süre veya konu sınırlarının tümünün veya bazılarının aşırı olduğu kanaatine vardığı anda işçinin çalışma özgürlüğünü hakkaniyete aykırı bir biçimde tehlikeye düşürmeyecek makul bir sınır belirleyerek kayıttaki sınırlamanın makul sınırı aşan kısmının işçi açısından bağlayıcı olmadığına karar verecektir. Aksine yer, zaman ve konu sınırlamalarının tamamen veya kısmen yokluğunda hâkim kesin hükümsüzlük yaptırımını uygulamalı ve rekabet yasağı kaydının geçersizliğine hükmetmelidir⁸⁹⁰.

b) İşçinin Talebi

Hâkim aşırı bir rekabet yasağına re'sen (*ek officio*) müdahale edebilir mi? Öğretide hâkimin aşırı bir rekabet yasağı kaydını sadece işçinin böyle bir sınırlandırmayı talep ettiği hallerde sınırlandırabileceği görüşü hâkimdir⁸⁹¹. İşçi rekabet yasağının sınırlanmasına yönelik bir istemde bulunduğu, hâkim rekabet

⁸⁸⁸Bohny, s. 135.

⁸⁸⁹Bohny, s. 135.

⁸⁹⁰Hâkimin rekabet yasağı kaydını ne zaman sınırlayıp ne zaman geçersiz sayacağına bazı örneklerle açıklanması yararlı olacaktır. Örnek 1: Rekabet yasağı kaydı yer, süre ve konu bakımından herhangi bir sınır içermemektir. Hâkim böyle bir rekabet yasağı kaydını geçersiz sayacaktır. Örnek 2: Rekabet yasağı kaydıyla işçiye Marmara ve Ege bölgelerinde 2 yıl süreyle rekabet yasağı getirilmiş; ancak işlerin türü bakımından herhangi bir sınır çizilmemiştir. Konu (işlerin türü) bakımından hiçbir sınırlama öngörmeyen bu rekabet yasağı kaydı da geçersizdir. Örnek 3: Rekabet yasağı kaydıyla işçinin Marmara, Ege, Akdeniz ve İç Anadolu bölgelerinde 4 yıl boyunca bankacılık sektöründe çalışması yasaklanmıştır. Zikredilen rekabet yasağı kaydı yer, zaman ve konu bakımından sınırlamalar içermekle birlikte anılan sınırlamalar işçinin ekonomik geleceğini ve çalışma özgürlüğünü hakkaniyetle bağdaşmayacak bir biçimde tehlikeye atacak ölçüde aşırıdır. Hâkimin böyle bir rekabet yasağına müdahale ederek rekabet yasağının yer, süre veya konu bakımından kapsamını işçinin hakkaniyete uygun bir düzeye çekmesi ve yasağın söz konusu makul sınırı aşan kısmının geçersiz sayması mümkündür.

⁸⁹¹Bohny, s. 136; Haefliger, s. 61.

yasağının aşırı olup olmadığını irdeleyecek, rekabet yasağının aşırı olduğu kanaatine vardığı takdirde yasağın aşırı kısmının geçersizliğine karar verecektir⁸⁹². Aşırı rekabet yasağının kapsamının sınırlandırılması istemi işçi tarafından açılacak bir tespit davasına konu olabileceği gibi, işverenin rekabet yasağını ihlal eden işçi aleyhine açtığı eda davasında itiraz olarak da ileri sürülebilir⁸⁹³. Kanımızca işçi iş ilişkisi devam ederken böyle bir tespit davası açamaz. Zira rekabet yasağı kaydının geçerli olup olmadığının belirlenmesinde göz önünde bulundurulacak an, iş ilişkisinin son bulduğu tarihtir. Dolayısıyla henüz iş ilişkisi sona ermeyen bir işçinin rekabet yasağına yer, süre ve konu bakımından sınırlarının tespiti istemli bir dava açmakta hukuken korunmaya değer güncel bir yararından söz edilemez. Buna karşılık, işçinin iş ilişkisinin sona ermesinin ardından tabi olduğu aşırı rekabet yasağının sınırlandırılmasına yönelik bir tespit davası açması mümkündür. Ne var ki aşırı rekabet yasağının sınırlanması istemi, daha ziyade rekabet yasağının ihlali iddiasıyla işçi aleyhine ikame edilen eda (alacak veya aynen ifa) davalarında gündeme gelecektir⁸⁹⁴. Gerçekten dava konusu rekabet yasağının aşırı olduğu savı, işçinin savunmaları arasında ayrıcalıklı bir konuma sahiptir. Öte yandan rekabet yasağının kapsam bakımından sınırlandırılması talebinin cevap dilekçesinde açık bir şekilde ifade edilmesi zorunlu değildir. Rekabet yasağına itiraz eden ve rekabet yasağının uygun bir şekilde sınırlandırılması istemini haklı kılan bir takım vakıalara dayanan işçinin -üstü örtülü de olsa- geçerli bir talepte bulunduğu kabul edilmektedir⁸⁹⁵. Ayrıca rekabet yasağını sınırlandıran hâkim taleple bağlılık ilkesini de gözetmekle yükümlüdür (HMK m. 26). Örneğin işçi üç yıllık rekabet yasağı süresinin bir yıla indirilmesini veya Marmara, Ege ve Akdeniz bölgelerini kapsayan yasağın Marmara ve Ege ile sınırlı olmak üzere geçerli sayılmasını istemişse; hâkim işçinin talep sonucunu aşarak rekabet yasağının süresini altı aya indiremez veya rekabet yasağını Marmara Bölgesi ile sınırlandıramaz.

3. Hâkimin Takdir Yetkisi ve Sınırları

Kanun rekabet yasağının kapsamının sınırlandırılmasıyla ilgili olarak hâkime çok geniş bir takdir yetkisi tanımıştır. Borçlar Kanunu'nda hâkimin rekabet yasağını

⁸⁹²Bohny, s. 136; Haefliger, s. 61.

⁸⁹³Haefliger, s. 61.

⁸⁹⁴Bohny, s. 136.

⁸⁹⁵Haefliger, s. 61, dn. 179.

bütün durum ve koşulları serbestçe değerlendirmek ve işverenin üstlenmiş olabileceği karşı edimi de göz önünde tutmak suretiyle sınırlayabileceği belirtilmiştir (TBK m. 445/2). Borçlar Kanunu'nun bu düzenlemesi, kanunun hakime takdir yetkisi tanıdığı veya durumun gereklerini göz önünde tutmayı emrettiği durumların somut örnekleri arasında yer almaktadır (TMK m. 6). Peki, hâkimin göz önünde tutacağı durum ve koşullar nelerdir? Öncelikle hâkim rekabet yasağının işçinin sözleşme ve çalışma özgürlüğünü ne ölçüde kısıtladığını araştırmalıdır. İşçinin mesleğini icra etmesini olanaksız kılan ve işçiyi bilmediği bir işte çalışmak zorunda bırakan rekabet yasağı kayıtlarının işçinin ekonomik geleceğini hakkaniyete aykırı bir biçimde tehlikeye düşürdüğü aşikârdır. Rekabet yasağının işçinin mesleğini icra etmesini önemli ölçüde zorlaştırıp zorlaştırmadığını değerlendirilmesinde irdelenecek olan unsur yasağın işlerin türü (konu) bakımından kapsamıdır. Bu bağlamda bazı mesleklerin sadece bir iş kolunda icra edilebileceği unutulmamalıdır. Rekabet yasağının sektörün tamamına teşmil edilmesi, böyle bir işçinin mesleğini icra edememesi ve dolayısıyla herhangi bir bilgi veya deneyim sahibi olmadığı farklı bir iş görme edimini ifaya zorlanması anlamına gelecektir. Öte yandan yer açısından çok geniş kapsamlı bir rekabet yasağı kaydı da işçinin mesleğini icra etmesini imkânsız kılabilir. Şöyle ki Türkiye'nin tamamını kapsayan bir rekabet yasağı kaydına tabi işçi ya farklı bir meslekle uğraşacak ya da ülkeyi terk ederek yabancı bir ülkede iş arayacaktır⁸⁹⁶. Yabancı bir ülkede çalışmanın genellikle söz konusu ülkenin yetkili makamlarının iznini gerektirdiği ve ayrıca Türkçe dışında bir dil bilmeyen bir işçinin mesleğini yabancı bir ülkede icra etmesi olasılığının epeyce düşük olduğu gerçeği karşısında coğrafi açıdan bu denli geniş bir yasağın işçinin sözleşme ve çalışma özgürlüğüne yönelik bir müdahale oluşturduğu tartışmasıdır. Kaldı ki geniş bir coğrafyada uygulanan rekabet yasağının salt işçiyi değil aynı zamanda işçinin aile bireylerini de olumsuz bir şekilde etkileyebileceği, işçinin ailesiyle birlikte başka bir bölgeye veya şehre göç etmek zorunda kalabileceği de hatırlatılmalıdır. Bu arada yasağın süresi uzadıkça işçinin çalışma özgürlüğü daha fazla kısıtlanmaktadır. Örneğin altı ay süreli bir rekabet yasağı kaydı, işçinin ekonomik geleceği açısından büyük bir tehlike oluşturmayabilir. Tersine iki veya daha uzun bir süreye yayılmış bir rekabet yasağının işçinin çalışma özgürlüğüne yönelik ciddi bir tehdit olarak algılanmalıdır. Ekleyelim ki, rekabet yasağına süre bakımından sınırlanması

⁸⁹⁶ İsviçre Federal Mahkemesi gıda maddesi üreten bir firmada satış temsilci olarak çalışan işçiyle kararlaştırılan ve İsviçre topraklarının tamamını kapsayan bir rekabet yasağını işçinin pazarlama faaliyetini yürüttüğü iki kantonla sınırlamıştır. BGE 91 II 372 (Haefliger'den naklen, s. 62)

konusunda hâkimin elinde somut bir ölçü de mevcuttur. Gerçekten yasal düzenleme, rekabet yasağının süresinin özel durum ve koşullar dışında iki yılı aşamayacağını amirdir (TBK m. 445/1). Bu doğrultuda, işveren, iki yıldan daha uzun süreli bir rekabet yasağını haklı gösterecek vakıaları ortaya koymalıdır. Eş deyişle işveren iki yıldan uzun süreli bir rekabet yasağı kaydını haklı kılacak özel durum ve koşulların varlığını ispatla yükümlüdür. İşveren iki yılı aşkın bir rekabet yasağı kaydını haklı gösterecek özel durum ve koşulların varlığını kanıtlayamadığı takdirde hâkim rekabet yasağını azami sınır niteliğindeki iki yıla ve gerektiğinde iki yıldan daha kısa bir süreye indirecektir⁸⁹⁷. Şüphesiz iki yıl veya hatta daha kısa süreli rekabet yasağı da somut olayın özelliklerine göre aşırı olabilir. Rekabet yasağının aşırı olup olmadığına karar verecek hâkimin dikkat edeceği husus, aşırılığın takdirinde sınırlamanın üç unsurunun bir arada ele alınacağıdır. Gerçekten sadece süre sınırlaması açısından değerlendirildiği zaman oldukça aşırı görünen bir rekabet yasağı kaydının yer ve konu bakımından sınırlama göz önünde bulundurulduğunda son derece makul olduğunun anlaşılması olasılığı asla yadsınmamalıdır. Rekabet yasağı kaydının kapsamının işçinin ekonomik geleceğini olumsuz bir şekilde etkileyip etkilemediğini araştıran hâkim, diğer taraftan da işverenin rekabet yasağına olan menfaatinin büyüklüğünü de dikkate almalıdır. Altını çizelim ki, işverenin rekabet yasağının getirilmesinde işverenin herhangi haklı bir ticari menfaati yoksa rekabet yasağı kaydı *per se* geçersizdir. Burada dile getirilmek istenen konu, işverenin yasağa ilişkin haklı ticari menfaatinin derecesidir. Bu nedenle hâkim işçinin temel haklarını aşırı bir şekilde kısıtlayan rekabet yasağına müdahale ederken işverenin yasakla korumayı amaçladığı haklı ticari menfaatlerinin önemini de gözetmelidir. Ekleyelim ki rekabet yasağını kapsam bakımından sınırlandıran hâkimin işverenin haklı ticari menfaatleriyle işçinin çalışma özgürlüğüne yönelik sınırlama arasında bir karşılaştırma yapması gerekebilir. Böyle bir karşılaştırma sonucunda rekabet yasağının işverenin haklı ticari menfaatlerinin gerektirdiğinden çok daha geniş kapsamlı olduğu sonucuna varan hâkimin, yasağın kapsamını işverenin haklı ticari menfaatlerinin korunması açısından yeterli olabilecek bir sınıra çekmesi uygun olacaktır. Hâkimin rekabet yasağının kapsamını daraltırken göz önünde tutabileceği diğer olgular; işçinin gelir düzeyi, işçinin aile bireylerinin sayısı, iş sözleşmesinin sona erme şekli ve işçi rekabet yasağına aykırı davranmışsa işçinin hukuka aykırı fiilinin ağırlığıdır. Kısaca hâkim, işçiyle ilintili her çeşit objektif ve

⁸⁹⁷ Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi binicilik öğretmenine getirilen on yıl süreli bir rekabet yasağını üç yıla indirmiştir. BGE 61 II 90 (Haeffliger'den naklen, s. 61–62)

sübjektif unsuru dikkate alınmalıdır. Nitekim madde metninde geçen ‘*bütün durum ve koşulları serbestçe değerlendirmek*’ deyimiyle hâkime son derece geniş bir takdir yetkisi verilmiş olup, hâkimin bu çerçevede işçinin gelir düzeyi ve ailevi durumu gibi sübjektif olguları da dikkate alması mümkündür. Zira normun korumayı amaçladığı değer, işçinin ekonomik geleceğidir. O halde aşırı bir rekabet yasağını daraltan hâkim işçinin ekonomik geleceğini hakkaniyete aykırı bir şekilde tehlikeye düşürülmemesini amaçlamalı, diğer bir anlatımla rekabet yasağının işçinin ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerin yaşamını idame ettirmesini olanaksız kılacak bir hukuki araca dönüşmesini engellemelidir.

818 sayılı Borçlar Kanunu’nun yürürlükte olduğu dönemde hâkimin aşırı bir rekabet yasağını daraltabileceği öğretisi tarafından kabul edilmekle birlikte , Yargıtay yer ve konu bakımından hakkaniyete aykırı sınırlamalar içeren rekabet yasağı kayıtlarının doğrudan geçersizliğine hükmetmiştir. Yargıtay’ın 1999 tarihli bir kararına konu olan rekabet yasağı kaydında işçi Türkiye’deki tüm bankalarda çalışmamayı taahhüt etmiştir. Rekabet yasağının ihlal edildiğini iddia eden işverenin işçi aleyhine ceza koşulu alacağına tahsili istemiyle açtığı dava ilk derece mahkemesince reddedilmiş; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi ise rekabet yasağı sözleşmesinin davacının ekonomik geleceğini hakkaniyet aykırı şekilde tehlikeye girmesini önleyecek bir şekilde kararlaştırılmadığı; yer ve çalışma alanı anlamında normalin üzerinde sınırlamalar getirildiği, söz konusu kayıt her ne kadar iki yıl süreli bir yasak öngörmekteyse de Türkiye’de tüm bankaları kapsamı bakımından bir yer ve konu bakımından bir sınırın söz konusu olmadığı için davacının ekonomik geleceği bakımından ağır sonuçlara yol açacağı gibi gerekçelerle rekabet yasağı kaydının geçersiz olduğunu açıklamış ve kararı bu gerekçeyle onamıştır⁸⁹⁸. Yargıtay kararındaki, somut olayda rekabet yasağının yer ve konu bakımından kapsamla ilgili olarak herhangi bir sınır içermediği yönündeki saptamayı paylaşmak mümkün değildir. Zira anılan rekabet yasağı sözleşmesinde, son derece geniş ve aşırı dahi olsa, yer (Türkiye) ve konu (tüm bankalar) sınırlandırması bulunmaktadır. Dolayısıyla ülke sınırlarının ve bir sektörün tamamını kapsayan rekabet yasaklarının sınırsız olduğu söylenemez. Şu halde Yargıtay’ın, somut olayda yer ve konu bakımından aşırı bir rekabet yasağının varlığını tespit ettikten sonra dava konusu

⁸⁹⁸ Yarg. 9. HD., 8262/12073, 6.7.1999, www.legalbank.net.

kaydın kapsamının hâkim tarafından daraltılması gerektiği gerekçesiyle yerel mahkemenin kararını bozması uygun olacaktır⁸⁹⁹.

Yargıtay'ın 2008 yılından itibaren bu yana verdiği ilke kararlarında yer, süre veya işin türü bakımından sınırlandırılmayan rekabet yasağı kayıtlarının geçerli olmadığı ifade edilmiştir⁹⁰⁰. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin anılan ilamlarında göze çarpan bir ifade, Özel Daire'nin Türkiye sınırları içinde rekabet etmeme yönünden öngörülen düzenlemelere geçerlilik tanımadığıdır. Israrla vurgulayalım ki, yer bakımından kapsamı Türkiye sınırları olarak belirlenmiş bir rekabet yasağının kaydının hiçbir yer sınırı içermediği iddia edilemez⁹⁰¹. İşçiye Türkiye'nin tamamında işverenle rekabet etmeme borcu yükleyen rekabet yasağı kayıtlarının genellikle aşırı olduğu varsayımı kabul edilebilir bir görüş olmakla beraber⁹⁰², hiçbir sınır öngörmediği gerekçesiyle bu tür rekabet yasağı kayıtlarının kesin hükümsüz sayılması isabetli bir yaklaşım tarzı sayılamaz. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi yer, süre ve konu sınırlandırması gibi yönlerden aşırı bir rekabet yasağı ile sınırsız bir rekabet

⁸⁹⁹ Bununla birlikte bağlayıcılık koşulunun (işçinin iş ilişkisi esnasında işverenin müşteri çevresine veya iş/üretim sınırlarına nüfuz etmesi ve işçinin elde ettiği bilgilerin kullanılmasının işverenin önemli bir zararına neden olabilecek nitelikte olması) tamamlanıp tamamlanmadığı da tartışmalıdır.

⁹⁰⁰ "...*Borçlar Kanununun 349. maddesinde ise, rekabet yasağının işçinin iktisadi geleceğini tehlikeye düşürmemesi için süre, yer ve işin türü bakımından duruma göre sınırlandırılması gerektiği ifade edilmiştir. Buna göre süre, yer ve işin türü bakımından sınırlandırılmış olmadıkça rekabet yasağı geçerli olmayacaktır. Sınırlamaların işin ve hatta işçinin niteliğine göre belirlenmesi gerekir. Dairemizce, Türkiye sınırları içinde rekabet etmeme yönünden öngörülen düzenlemelere geçerlilik tanınmamıştır. Ancak yabancı uyruklu olup çalışma hayatının çoğunu Türkiye dışında geçirmiş bir işçi bakımından rekabet yasağının Ülke sınırları ile belirlenmesi mümkün olabilecektir. Yine, il sınırları ya da belli bir bölge ile sınırlandırma işin niteliğine göre yerinde görülebilir. Süre konusunda da en fazla bir ya da birkaç yılı aşmayacak şekilde rekabet yasağı öngörülebilir. Aksi durum işçinin ekonomik anlamda yükümlü neden olabilecektir...*" Yarg. 9. HD., E:2007/19368 K:2008/15558, www.legalbank.net; aynı doğrultuda Yarg. 9. HD., E:2009/26954 K:2009/36971 www.legalbank.net. Yarg. 9. HD., E:2008/24493 K:2010/10480 www.legalbank.net.

⁹⁰¹ Aşırı rekabet yasaklarının geçersiz sayılmayıp ancak hakim tarafından sınırlandırıldığı İsviçre'de yasağın sınırlarının kaleme alınmasında hayli cömert davranıldığı ve örneğin işverenin sadece İsviçre'nin doğusunda faaliyet göstermesine rağmen işçinin rekabet etmeme borcunun İsviçre'nin tamamına teşmil edildiği görülmektedir. Anlaşıldığı üzere İsviçre Hukukunda da ülke topraklarının tamamını kapsayan aşırı rekabet yasağı kayıtları geçerli addedilmekte birlikte hakim tarafından daraltılmaktadır. Oysa İsviçre öğretisinde bu gibi kayıtların uygulama açısından bazı sakıncaları da beraberinde getirdiği ileri sürülmektedir. Buna göre hakim rekabet yasağının yer veya süre açısından aşırı olduğu ve öyleyse indirilmesi gerektiği sonucuna vardığı takdirde, muhtemelen ceza koşulunu da tenkis edecektir. Zira kararlaştırılan ceza koşulunun tutarıyla rekabet yasağının kapsamı arasında sıkı bir ilişkinin bulunduğu varsayılmaktadır. Dolayısıyla rekabet yasağının aşırılık nedeniyle sınırlanması aynı zamanda ceza koşuluna yapılacak indirimde de yansıtacak, hâkim ceza koşulunu da aşırı rekabet yasağıyla birlikte indirerek ceza koşulu ile yasağın kapsamı arasında ekonomik bir denge sağlamaya çalışacaktır. İsviçre öğretisinde dile getirilen çekincelerin Türk uygulamacılar tarafından da dikkate alınması yararlı olacaktır. Bkz. *Rudolph*, 97. (Makalenin Almanca metni için bkz. *Fokus Arbeitsrecht: Sorgenkind Konkurrenzverbot*, TREX 2010 s. 88-92)

⁹⁰² Kaldı ki Türkiye'nin tamamını kapsamakla birlikte süre veya konu bakımından dar bir şekilde sınırlandırılmış ve/veya yüksek bir karşı edim içeren rekabet yasağı kayıtları kesinlikle aşırı olarak nitelendirilemez.

yasağı arasında bir ayırım yapmamış, aşırı rekabet yasağını da sınırsız rekabet yasağı gibi değerlendirerek hepsine geçersizlik (kesin hükümsüzlük) yaptırımını uygulamıştır. Yerel Mahkemelerin ve Yüksek Yargı'nın 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun artık yürürlükte olduğu bu yeni dönemde izleyeceği yol; öncelikle aşırı bir rekabet yasağı ile sınırlandırılmamış rekabet yasağı arasındaki farkı ortaya koymak, aşırı rekabet yasağı kayıtlarını sınırlandırmak suretiyle ayakta tutarken sınır içermeyen rekabet yasağı kayıtlarını geçersiz saymak olmalıdır.

Borçlar Kanunu rekabet yasağını kaydının kapsamını daraltan hâkimin işverenin üstlendiği karşı edimi de hakkaniyet uygun biçimde göz önünde bulunduracağını ifade etmektedir. Rekabet yasağı karşılığında bir karşı edim ifa etmeyi vaat eden işveren çalışma ve sözleşme özgürlüğü kısıtlanan işçinin uğradığı gelir kaybını kısmen veya tamamen telafi etmektedir. Bundan dolayı, rekabet yasağı kaydının iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olarak düzenlenmesi sonucunda işçinin çalışma özgürlüğüne yönelik tehlike azalmakta veya tamamen ortadan kalkmaktadır. O halde geniş kapsamlı bir rekabet yasağı nedeniyle çalışma özgürlüğü zedelenen işçinin uğrayacağı olası gelir kayıplarını tamamen giderecek nitelikte bir karşı edim kararlaştırılmışsa, hâkimin rekabet yasağını sınırlaması gerekli değildir. Kaldı ki karşı edimin tutarının işçinin ekonomik geleceğine yönelik olası tehdidi tamamen bertaraf ettiği hallerde rekabet yasağı kaydının aşırı nitelikte olduğu da söylenemez. Buna karşın işçinin rekabet yasağı nedeniyle maruz kalacağı zararı kısmen telafi eden bir karşı edim söz konusuysa, hâkim rekabet yasağını karşı edim içermeyen emsaline oranla çok daha yüzeysel bir şekilde sınırlamalıdır. Tekrar belirtelim ki, aşırı nitelikteki rekabet yasağını sınırlayan hâkimin karşı edimi de hakkaniyete biçimde göz önünde tutma yükümlülüğünden, hâkimin karşı edim içeren rekabet yasağı kayıtlarına asla müdahale edemeyeceği gibi bir sonuç çıkarılamaz. Hâkim somut olaya özgü tüm koşulları değerlendirecek, ilk olarak karşı edim içeren bir rekabet yasağı kaydını sınırlayıp sınırlamayacağına karar verecek, nihayet karşı edim içeren rekabet yasağının kapsam bakımından daraltılması gerektiği kanaatine vardığı takdirde sınırlamanın oranını takdir edecektir. Öte yandan yanıtlanması gereken bir başka soru, hâkimin, aşırı bir rekabet yasağına katlanma karşılığında işverenin işçiye uygun bir tazminat ödemesine karar verip veremeyeceğidir. Kanımızca bu sorunun yanıtı olumsuzdur. Zira hâkime işçinin aşırı bir rekabet yasağına katlanması karşılığında işvereni uygun bir tazminata mahkum etme yetkisi

veren Hollanda hukukunun tersine, Türk ve İsviçre hukuklarında hakime işçi lehine takdir edilecek uygun bir tazminat karşılığında aşırı bir rekabet yasağını geçerli sayma gibi bir yetki tanınmamıştır. Kaldı ki İsviçre öğretisinde, hâkimin işverenin işçiye ödemeyi üstlendiği karşı edimi arttırmak suretiyle dahi rekabet yasağına müdahale edemeyeceği, hâkime tanınan yetkinin aşırı bir rekabet yasağının kapsamını daraltmaktan ibaret olduğu vurgulanmaktadır⁹⁰³.

4. Kararın Niteliği

İsviçre öğretisinde hâkimin rekabet yasağını sınırlama kararının, inşai (*yenilik doğuran/Gestaltungsurteil*) bir karar niteliğini haiz olduğu dile getirilmektedir⁹⁰⁴. Zira hâkim yasağın kapsamını sınırlayarak, mevcut bir hukuki durumunun içeriğini değiştirmektedir. Hâkimin sınırlama kararı geçmişe yönelik etki (*ex tunc*) göstermektedir⁹⁰⁵. İsviçre öğretisinde hâkimi aşırı nitelikteki sözleşmeleri sınırlama yetkisiyle (*richterliche Ermässigung*) donatan hukuki düzenlemelerinin ortak amacının hakkaniyete aykırı bir durumun ortadan kaldırılması olduğu, böyle bir amacın ancak *ex tunc* inşai bir kararla gerçekleştirilebileceği savunulmaktadır⁹⁰⁶. Ayrıca işçinin aşırı rekabet yasağının kapsamının sınırlandırılması talebinin de yenilik doğuran/inşai bir hak (*Gestaltungsrecht*) olduğu; işçinin söz konusu hakkını bir tespit davası aracılığıyla kullanabileceği gibi, sınırlama talebini işverence açılan eda davasında da ileri sürebileceği kabul edilmektedir⁹⁰⁷.

Gerçekten hâkimin verdiği karar sonucunda rekabet yasağı sözleşmesinin içeriği değişmekte; rekabet yasağının yer, zaman ve konu bakımından sınırları hâkim tarafından yeninden belirlenmekte ve taraflarca saptanan sınırın hâkimce belirlenen sınırı aşan kısmı geçersiz sayılacaktır. Öncelikle hâkimin verdiği kararın inşai bir karakter taşıdığı tartışma dışıdır. Çünkü hâkim söz konusu kararıyla mevcut bir hukuki durumun (*in concreto* rekabet yasağı kaydının) içeriğine müdahale etmektedir. Dolayısıyla işçinin sınırlandırmaya yönelik talebinin inşai nitelik taşıdığı kuşkusuzdur. Nitekim İsviçre öğretisinde ortaya atılan bir görüşün aksine; işçinin aşırı bir rekabet yasağının sınırlanması istemiyle açtığı dava tespit davası değil,

⁹⁰³Bohny, s. 136.

⁹⁰⁴Haefliger, s. 61.

⁹⁰⁵Bohny, s. 136; Haefliger, s. 61.

⁹⁰⁶Haefliger, s. 61.

⁹⁰⁷Haefliger, s. 61.

klasik bir inşai davadır. Zira aşırı rekabet yasağının kapsam bakımından sınırlandırılması istemiyle dava açan işçi; bir hakkın veya hukuki ilişkinin varlığının ya da yokluğunun tespitini değil, mevcut hukuki durumun içeriğinin değiştirilmesini amaçlamaktadır. İşveren tarafından açılan eda (ceza koşulu, tazminat veya aynen ifa) davasında sunduğu cevap dilekçesinde aşırı rekabet yasağının indirilmesini isteyen işçinin talebi işveren tarafından açılan davanın türünde herhangi bir değişikliğe yol açmamakla birlikte, hâkimin rekabet yasağını sınırlayan hükmü inşai bir karardır. İşveren tarafından rekabet yasağına aykırılık savıyla açılan bir eda (ceza koşulu, tazminat veya aynen ifa) davasında, işçi rekabet yasağının aşırı olduğu itirazını öne sürdüğünde hâkim şöyle bir yol izlemelidir: Hâkim öncelikle rekabet yasağının kapsam bakımından aşırı olup olmadığını ön sorun olarak irdelemeli (HMK m. 163–164), rekabet yasağının aşırı nitelikte olduğu kanaatine varırsa yasağı kapsam bakımından makul bir seviyeye çekmelidir. Hâkim bu aşamada inşai bir hüküm tesis etmektedir. Hâkim daha sonra işçinin rekabet yasağının geçerli sayılan kısmını ihlal edip etmediğini araştırmalı; işçinin sınırları yenilenmiş rekabet yasağına aykırı hareket ettiği anlaşılırsa davayı işverenin talep veya talepleri doğrultusunda karara bağlamalı, aksi takdirde işverenin işçiye karşı açtığı davayı reddetmelidir⁹⁰⁸. Ayrıca hâkimin sınırlama kararının geçmişe etkili *ex tunc* olup olmadığı, ana hatlarıyla ele alınmalıdır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda kanunlarda aksi belirtilmedikçe, inşai hükümlerin geçmişe etkili olmadığı belirtilmektedir (HMK m. 108/3). Ne var ki TBK

⁹⁰⁸**Örnek 1:** "...Rekabet yasağı kaydıyla işçinin Marmara ve Ege Bölgelerinde faaliyet gösteren kozmetik firmalarında üç yıl süreyle işverenle rekabet etmesi yasaklanır. İş sözleşmesini fesheden işçi iki ay sonra Marmara ve Ege bölgesinde faaliyet gösteren rakip bir işletmede çalışmaya başlar. İşçi aleyhine dava açan işveren rekabet yasağı kaydıyla öngörülen işçinin aylık son brüt ücretinin 12 katı tutarındaki ceza koşulu talep eder. Davalı işçi cevap dilekçesinde rekabet yasağı kaydının yer, süre ve zaman bakımından aşırı olduğunu öne sürerek yasağın sınırlanmasını ister. Yasağın süre bakımından aşırı olduğunu saptayan hâkim yasağın süresini bir yıla indirir. Ancak coğrafi sınırlamayla konu bakımından sınırlanmaya dokunmaz. Somut olayda işçi iş sözleşmesinin sona ermesinden iki sonra Marmara ve Ege bölgesinde faaliyet gösteren rakip bir kozmetik firmasında işe girdiğinden hâkim işçiyi ceza şartına mahkûm edecektir. Dolayısıyla hâkimin rekabet yasağını sınırlayan inşai kararının eda davasının sonucunu etkilemeyecektir. Eğer işçi iş sözleşmesini feshettikten 14 ay sonra rakip bir işletmeye girmiş olsaydı hâkim işverenin ceza şart istemini reddedecekti..." **Örnek 2:** "...Süt ve süt ürünleri üreten bir işletmede gıda mühendisi olarak iş gören işçi rekabet yasağı kaydıyla işçi bir buçuk yıl süreyle gıda iş kolunda ve Marmara-Ege-Akdeniz ve İç Anadolu Bölgelerinde işverenle rekabet etmemeyi taahhüt eder. İş sözleşmesi İş Kanunu'nun 25/II. maddesi uyarınca haklı nedenle feshedilen işçi 7 ay sonra Akdeniz Bölgesinde konsantre meyve suyu üreten bir fabrikada gıda mühendisi sıfatıyla iş görmeye başlar. İşveren işçi aleyhine dava açarak rekabet yasağı kaydıyla kararlaştırılan 20.000 € tutarındaki ceza koşulunu talep eder. Davalı işçi cevap dilekçesinde rekabet yasağı kaydının yer, süre ve zaman bakımından aşırı olduğunu öne sürerek yasağın sınırlanmasını ister. Yasağın yer ve konu sınırlaması bakımından aşırı olduğunu saptayan hâkim yasağı süt ve süt ürünleri üreten işletmelerle ve Marmara Bölgesi ile sınırlar. Ancak yasağın süresine dokunmaz. Somut olayda işçi yasağın hâkim tarafından belirlenen kapsamına aykırı davranmadığından işverenin ceza şart talebi reddedilecektir..."

m. 445/2'de hâkimin aşırı nitelikteki rekabet yasağını sınırlama kararının *ex tunc* etki doğurduğuna ilişkin herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Ancak TBK m. 445/2'nin koruma amacından hareketle hâkimin yasağın kapsamını sınırlayan kararının geçmişe etkili olduğu sonucuna varılabilir. Gerçekten hâkimin sınırlama hükmünün ileriye etkili olduğu kabul edilecek olursa, fıkranın pratikte herhangi bir anlamı kalmayacak, hâkim inşai bir hükümlerle daralttığı rekabet yasağının geçersiz sayılan kısmının ihlali nedeniyle işçiyi mahkûm etmek zorunda kalacaktır. Böyle bir çözüm, maddenin ne ruhuyla ne de koruduğu menfaatle uyusmaktadır. O halde hâkimin sınırlama kararının geçmişe etkili olduğu kabul edilmeli; söz konusu karar hukuki sonuçlarını rekabet yasağının yürürlüğe girdiği tarihten, eş söyleyişle iş sözleşmesinin sona erdiği andan itibaren doğurmalıdır.

§ 6. İŞVERENİN KARŞI EDİM YÜKÜMLÜLÜĞÜ

I. Karşı Edim Kavramı ve Hukuki Niteliği

1. Kavram ve Terminoloji

İşçinin sözleşmesi sonrasında işverenle rekabet etmeme borcuna karşılık olarak işverence üstlenilen ve bir maddi değere sahip olan edim, çeşitli hukuk sistemlerinde farklı terimlerle anılmaktadır. Almanya'da işverenin rekabet yasağı karşılığında ödemekle yükümlü tutulduğu edime rekabet yasağına uyma tazminatı (*Karenzentschädigung*) denilmektedir. Latince kökenli *Karenz* sözcüğünün ilk anlamı yoksunluktur. Gerçekten rekabet yasağına tabi işçi çalışma özgürlüğünden kısmen veya tamamen yoksun kalması, işverence yerine getirilen edimin fonksiyonu hususunda önemli bir ipucu vermektedir. Hukuk dilinde ise *Karenz* sözcüğü işçinin rekabet yasağına uymasını ifade eden teknik bir terimdir. *Entschädigung* sözcüğünün Türk dilindeki karşılığı ise tazminattır. Şu halde *Karenzentschädigung* kavramı Türkçe'ye rekabet yasağına uyma tazminatı olarak çevrilebilir. İki resmi dili Hollandaca ve Fransızca olan Belçika'da kullanılan kavram, *compensatoire vergoeding/indemnité compensatoire*'dır. Bu kavramın Türkçe'deki karşılığı ödünleyici (telafi edici) tazminat olup; daha ilk bakışta söz konusu tazminatla işçinin rekabet yasağı nedeniyle uğradığı kaybın telafisinin amaçlandığı gibi bir izlenim uyanmaktadır. Hollanda hukukunda hâkim işvereni aşırı bir rekabet yasağına tabi

işçiye bir tazminat ödemeye mahkûm edebilir. Hâkim tarafından hükmedilen bu tazminat, *billijke vergoeding* olarak adlandırılmaktadır. Türkçe'ye *uygun tazminat* şeklinde çevirebilecek söz konusu hukuki kurum gerçek anlamda sözleşmesel bir edim olmamakla beraber, işverenin rekabet yasağı karşılığında üstlendiği sözleşmesel edimle amaç bakımından özdeştir. Hollanda'da yasalaşmayan 28 127 sayılı Tasarı, geçerli bir rekabet yasağı kaydı için işverenin üstlenmek zorunda olduğu edimi de *uygun tazminat (billijke vergoeding)* olarak nitelendirmiştir. Hollanda öğretisinde bazı yazarlar, işverenin bu yükümlülüğünü götürü tazminat (*forfaitaire vergoeding*) şeklinde kavramlaştırmıştır⁹⁰⁹. Rekabet yasağını düzenleyen herhangi bir pozitif normdan söz edilemeyecek Fransa'da, işverenin rekabet yasağı karşılığında işçiye ödeyeceği bedel için yargı organlarının kullandığı terim maddi karşılıktır (*contrepartie financière*)⁹¹⁰. Rekabet yasağına ilişkin kanun hükümlerinde Türk hukukuna kaynaklık eden İsviçre Borçlar Kanunu Almanca ve Fransızca metinlerinde işverenin rekabet yasağı karşılığında üstlendiği bedeli tanımlamak için kullanılan sözcük, karşı edimdir (*gegenleistung/contre-prestation*). Eski Borçlar Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde de, Türkiye'de yaygın olarak karşı edim kavramı tercih ediliyordu. Nitekim 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle birlikte, Türk hukuku da karşı edim kavramıyla tanışmıştır. Rekabet yasağı kaydıyla veya iş ilişkisi devam ederken akdedilen ayrı bir sözleşmeyle iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra işverenle rekabete girişmekten kaçınma borcunu yüklenen işçiye ödenmesi kararlaştırılan maddi karşılığın *karşı edim* olarak kavramlaştırılmasının gerçekte Kanun koyucunun bilinçli bir tercihten kaynaklanmadığı, aksine İsviçre hukukundan aynen çevirinin bir sonucu olduğu kuşkusuzdur. Öte yandan acentenin rekabet yasağını düzenleyen ve Alman Ticaret Kanunu'nun 90a paragrafından alınan TTK m. 123/1'de acenteye müvekkili arasında bağtlanan rekabet yasağı sözleşmesinin geçerliliği müvekkilin acenteye *uygun bir tazminat (angemessene Entschädigung)* ödemesi koşuluna bağlanmıştır. Ne var ki acentenin tabi olduğu rekabet yasağı karşılığında işverence yapılan ödeme için uygun tazminat terimi kullanılırken, işçiye getirilen rekabet yasağı karşılığında işverenin üstlendiği maddi karşılığın *karşı edim* olarak tanımlanması özdeş kavramlar arasında terminolojik bir fark yaratılması yönünden eleştiriye açık bir konu olmasına rağmen, daha da yoğun bir kavram karmaşasına yol açmamak için

⁹⁰⁹Houweling/Loonstra, s. 326.

⁹¹⁰Damy, s. 41.

Borçlar Kanunu tarafından benimsenen terminolojiden ayrılmamaya özen gösterilecektir.

2. Hukuki Niteliği

Karşı edim sorunsalı yüzeysel bir bakış açısıyla ele alındığında, kavramsal bir irdelemenin zaman kaybından başka bir şey olmadığı düşünülebilir. Oysa karşı edimin hukuki niteliğinin gerçeğe uygun bir biçimde ortaya konulması, karşı edime uygulanacak hukuk kurallarının saptanmasında belirleyici bir unsur olacaktır. Hukuk düzeni rekabet yasağı kaydının geçerliliğini işverenin bir karşı edim üstlenmesi koşuluna bağlasa dahi, işverenin karşı edim borcunun kaynağı sözleşmedir. Şöyle ki işverenin rekabet yasağı getirdiği işçiye karşı edim ödemesinin kanuni bir zorunluluktan kaynaklandığı hukuk sistemlerinde, rekabet yasağı kaydının bir karşı edim içermemesi rekabet yasağı kaydının geçersizliğine yol açmaktadır. Yoksa rekabet yasağı kaydı, işçiye kendiliğinden karşı edim hakkı kazandırmaz; işverenin her halükarda sözleşmesel bir yükümlülük altına girmesi şarttır. Dolayısıyla karşı edim doğrudan kanundan kaynaklanan kıdem tazminatı gibi haklardan farklıdır. Çoğu kez aylık aralıklarla ödenmesi ve ortak sinalagmatik yapı, karşı edimi ücrete yaklaştırmaktadır. Ancak karşı edim ve ücret taban tabana zıt kavramlardır. Ücret bir kimseye bir iş karşılığında işveren veya üçüncü kişiler tarafından sağlanan ve para ile ödenen tutardır (İK m. 32/1). Eş söyleyişle, ücret işçinin iş sözleşmesinden kaynaklanan asli yükümlülüğü olan ve kural olarak, bir yapma (*facere*) borcu niteliğine sahip iş görme ediminin karşılığıdır. Buna karşılık, karşı edim tipik yapmama/kaçınma borçları arasında yer alan sözleşme sonrası rekabet etmeme borcunun karşılığını oluşturmaktadır. Karşı edimin ücret sayılmaması, bir dizi önemli hukuki sonucu da beraberinde getirmektedir. Söz gelimi işçinin karşı edim alacağı ücreti koruyucu hükümlere tabi değildir. Dolayısıyla işçinin aylık ücretinin dörtte birinden fazlasının haczedilemeyeceğine veya başkasına devir ve temlik olunamayacağına ilişkin İK m. 34 karşı edimi kapsamaz; dolayısıyla karşı edimin tamamı haczedilebileceği gibi işçi karşı edimi bir bütün olarak başkasına devredebilir. Aynı şekilde işverenin karşı edimi özel olarak açılan bir banka hesabına açması şart değildir; karşı edim ücret olmadığından elden de ödenebilir. İşveren ödediği karşı edim için eski işçisine ücret hesap pusulası vermekle yükümlü olmadığı gibi, karşı edim alacağına kavuşamayan işçi ücret garanti fonundan da yararlanamaz.

İşveren, işçiden olan alacağı ile ücret borcunu işçinin rızası olmadıkça takas edemez (TBK m. 407/2). Aksine işveren herhangi bir alacağını karşı edim borcuyla takas edebilir. Nihayet ücret alacaklarında zamanaşımı süresinin beş yıl olduğu düzenleyen hükümle (İK m. 32/8) gününde ödenmeyen ücretler için mevduata uygulanan en yüksek faiz oranının uygulanacağını belirten kural (İK m. 34/1) karşı edime uygulanamaz.

Karşı edim işçinin maddi veya manevi zararının giderilmesini amaçlayan bir ödeme değildir. İşçi rekabet yasağına uymasından ötürü somut bir zarar görmese bile, işveren sözleşmedeki karşı edimi ödemekle yükümlüdür. Alman öğretisinde rekabet yasağına uyma tazminatının (karşı edim) ortaya çıkan bir zararın giderilmesine yönelik bir tazminat (*Schadenersatz*) değil, iş ilişkisinin sona ermesinden hemen sonra işçinin katlanmak durumunda kaldığı sınırlamaların bir karşılığı olduğu görüşü benimsenmektedir⁹¹¹. Buna göre, işçinin sağlık veya yaşlılık nedenleriyle ya da önceki mesleğini bırakmasından ötürü fiilen eski işvereniyle rekabet edebilecek durumda olmamasının herhangi bir önemi yoktur⁹¹². Denilebilir ki, karşı edim, çalışma özgürlüğünün sınırlanmasının bir bedeli olup; özünde menfaatlerin denkleştirilmesi yatmaktadır. Gerçekten işverenin -haklı dahi olsa- bir takım işletmesel menfaatler uğruna hiçbir fedakârlığa katlanmaksızın işçinin temel haklarına müdahale etmesi ve çalışma özgürlüğünü kısıtlaması adalet ve hakkaniyet duygularını incitmektedir. Bununla birlikte, işverenin maddi değer taşıyan bir edim ifa etmek suretiyle çalışma özgürlüğünü kısıtladığı işçiyi tatmin etmesi, çatışan menfaatler arasında uygun bir dengenin kurulmasını sağlayacaktır. İş hukukunun amaçları arasında işçinin çalışma özgürlüğüne yönelik tehditlerin savuşturulmasının da bulunduğu gözetildiğinde; karşı edimin, işçinin çalışma özgürlüğünün işverenin çıkarlarına feda edilmesini engelleyen etkin bir hukuki araç olduğu vurgulanmalıdır. Bütün bu açıklamalar çerçevesinde, karşı edim şöyle tanımlanmalıdır: “...*Rekabet yasağı kaydıyla iş sözleşmesi sonrası çalışma özgürlüğünün sınırlanmasını kabul eden işçiye bu sınırlamanın karşılığı olarak ödenen kendine özgü (sui generis) götürü bir tazminat...*”.

⁹¹¹Grüll/Janert, s. 50.

⁹¹²Grüll/Janert, s. 50.

II. Karşılaştırmalı Hukuk

1.Alman Hukuku

Alman hukuku işverenin karşı edim yükümlülüğünü kanunla ve görece ayrıntılı olarak düzenleyen ülkeler arasında olup, yasal terminolojide karşı edime denk gelen sözcük yoksunluk tazminatıdır (*karenzentschädigung*). Buna göre, rekabet yasağının geçerli olabilmesi için, işverenin işçinin son ücretinin en az yarısı kadar bir karşı edim üstlenmesi gerekir (§ 74 Abs. 2 HGB)⁹¹³. Önceki dönemde, istisnai dahi olsa, karşı edimsiz rekabet yasaklarını caiz sayan veya iş sözleşmesinin sona ermesiyle birlikte karşı edim borcunun da düştüğü bir dizi hükümler yürürlükteydi. Zamanla bu düzenlemelerin tamamı ya Alman Federal İş Mahkemesi tarafından geçersiz sayılmış ya da Alman kanun koyucusu tarafından yürürlükten kaldırılmıştır⁹¹⁴. Ayrıca karşı edimsiz rekabet yasağı kayıtları, içtihat tarafından da kabul edilmemektedir. Karşı edim işverenin son sözleşmesel edimlerine (*vertragsmäßigen Leistungen*) göre hesaplanır. İşveren bu edimlerin asgari %50'sini yükümlenmiş olmalıdır⁹¹⁵. Dolayısıyla işverenin %50 tutarında bir taahhütte bulunması yeterli görülmektedir. Bununla birlikte, karşı edimin kanundaki alt sınırdan ödenmesinin işçinin ekonomik geleceğini hakkaniyete aykırı olarak tehlikeye düşürdüğü hallerde somut olayın özelliğine göre daha yüksek bir karşı edimin gerekebileceği vurgulanmaktadır⁹¹⁶. Yasal asgari sınırın üstünde bir karşı edim içeren rekabet yasağı kayıtlarının uygulamada sıkça görüldüğü, Alman öğretisi tarafından da dile getirmektedir⁹¹⁷.

Karşı edim hesaplanırken işçinin rekabet yasağı kaydını içeren iş ilişkisinden elde ettiği edimlerin tamamı göz önünde bulundurulur⁹¹⁸. Kural olarak, sözleşmesel edimler (*vertragsmäßigen Leistungen*) kavramından işverence yapılan bütün nakdi

⁹¹³ *Growe*, s. 134; *Grüll/Janert*, s. 50.

⁹¹⁴ *Bauer/Diller*, 145.

⁹¹⁵ *Grüll/Janert*, s. 51.

⁹¹⁶ *Growe*, s. 135; *Bauer/Diller*, 145.

⁹¹⁷ *Grüll/Janert*, s. 51.

⁹¹⁸ Karşı edimin bir bölümü üçüncü bir kişi tarafından ödendiğinde bazı sorunlar ortaya çıkmaktadır. Böyle kümelenmelere sıklıkla uluslararası şirketler topluluklarında rastlanmakta, iş sözleşmesiyle kararlaştırılan ücretine ek olarak başta hisse alım planları ve bonuslar olmak üzere şirketler topluluğunca sağlanan ek ödemele gündeme gelmektedir. Sözleşmeyle ek edimleri borçlanan taraf ise işveren değil, işverenin bağlı olduğu ana şirkettir. İş sözleşmesinde bu edimlere herhangi bir yollama yapılmasa dahi üçüncü kişinin üstlendiği söz konusu edimlerinde karşı edimin hesabına dâhil edilmesi gerektiği ileri sürülmektedir. *Bauer/Diller*, 146.

ödemeler ve aynı yardımlar anlaşılmalıdır. Karşı edim hesaplanırken temel ücretin yanı sıra işverenin işçiye tahsis ettiği otomobil ve konut gibi özel edimlerle kâr payı, ikramiye ve prim gibi ücretin değişken unsurları da göz önünde bulundurulur⁹¹⁹. Kısaca vergi hukukunun parasal değeri haiz menfaat olarak tanımlayarak vergilendirdiği her edimin karşı edimin hesabında dikkate alınacağı ifade edilmektedir⁹²⁰. Karşı edimin hesabına dâhil edilecek edimler, işçinin iş görme borcunun karşılığı olmalıdır. İşverenin işçinin motivasyonunu yükseltmek amacıyla yaptığı yardımların karşı edimin hesabına dâhil edilip edilmeyeceği de tartışmalı bir konudur. İşverenin işçiye doğum, evlenme veya yıldönümü gibi kişisel veya ailevi nedenler vesilesiyle ve planlı bir şekilde yaptığı yardımların karşı edimin hesabından dışlanamayacağı dile getirilmektedir⁹²¹. Öte yandan serbest buluş yapan bir işçiye İşçi Buluşları Kanunu'na (*Arbeitnehmererfindungsgesetzes*) uyarınca ödenen bedelin 'sözleşmesel edim' olarak nitelendirilemeyeceği ve dolayısıyla karşı edim hesaplanırken göz önünde tutulmayacağı vurgulanmaktadır⁹²². Buna karşın, işçiye hizmet buluşları karşılığında ödenen bedelin durumu son derece tartışmalıdır⁹²³. İş sözleşmesi sona eren işçinin hak ettiği yıllık izin ücreti de karşı edimin hesabında dikkate alınmaz. Zira işçinin yıllık izin ücreti talebi ekonomik bir hak olmayıp, kullanılmayan yıllık iznin ikame değeridir. Bundan dolayı işverence ödenen yıllık izin ücretinin karşı edimin hesabına dâhil edilmemesi gerektiği ileri sürülmektedir⁹²⁴. İş sözleşmesinin sona ermesi nedeniyle ödenen tazminatlar da sözleşmesel edimlerin kapsamına girmemektedir. Şu halde ikale sözleşmesiyle veya mahkeme içi sulhla kararlaştırılan ya da Feshe Karşı Koruma Kanunu veya sosyal plan uyarınca ödenen tazminatlar karşı edimin hesabında dikkate alınmaz. Çünkü bu durumlarda ödemenin hukuki temelini iş sözleşmesine dayanmadığı iddia edilmektedir⁹²⁵. Ayrıca işçinin iş görme borcunun ifasıyla ilintili olarak yaptığı harcamaların sözleşmesel edim olarak değerlendirilmesinin olanak dışı olduğu belirtilmektedir⁹²⁶. Bununla birlikte, Alman Federal İş Mahkemesi esasında örtülü bir ücret anlamını taşıyan harcamaları

⁹¹⁹ *Bauer/Diller*, 146; *Grüll/Janert*, s. 51.

⁹²⁰ *Bauer/Diller*, 146.

⁹²¹ Nitekim Hamm Eyalet İş Mahkemesi de işverenin doğum günü veya yıl dönümlerinde yaptığı özel ödemelerin karşı edimin hesabında gözetileceğine hükmetmiştir. 30.3.2000 16 Sa 1684/99 EzA Schnelldienst 12/2000 s. 9, *Bauer/Diller*'den naklen, s. 147)

⁹²² *Bauer/Diller*, 147.

⁹²³ Bu konudaki farklı görüşler için bkz. *Bauer/Diller*, 147–148.

⁹²⁴ *Bauer/Diller*, 147; Staub/Weber § 74 b Rn. 14

⁹²⁵ *Bauer/Diller*, 148.

⁹²⁶ *Bauer/Diller*, 149.

da karşı edimin hesabına katmıştır⁹²⁷. Alman hukukunda karşı edim vergisel açıdan ücret gibi değerlendirildiğinden, prensip olarak, karşı edimin hesabında da işçinin brüt kazancı esas alınmaktadır.

Karşı edimin hesabına işçiye iş sözleşmesinin sona erdiği tarihte sağlanan tüm sözleşmesel edimler dâhil edilir. Örneğin haftalık ücretle çalışan bir işçi için iş sözleşmesinin son bulunduğu tarihten önceki son bir haftada aldığı ücret, aylık ücret karşılığında iş gören bir işçi için ise iş sözleşmesinin sona erdiği tarihten geriye doğru bir aylık süre içinde aldığı ücret belirleyicidir⁹²⁸. Alman Federal İş Mahkemesi işçiye karşı edim olarak son üç yılda elde ettiği sabit ücretlerin ortalamasının vaat edilmesinin yasal düzenlemeyle bağdaşmadığına hükmetmiştir⁹²⁹. Böyle bir karşı edimin işçinin aleyhine olduğu, zira ücrete son üç yıl boyunca yapılan zamların karşı edimin tutarını sadece orantılı olarak etkileyebileceği ifade edilmektedir⁹³⁰. Şayet iş sözleşmesi, işverenin ücret ödeme borcu olmadığı bir sırada sona ererse karşı edim nasıl hesaplanacaktır? Örneğin Alman hukukunda askerlik görevini yerine getiren işçinin iş sözleşmesi askerlik süresi boyunca askıda kalmakta ve işveren bu dönemde ücret ödeme borcundan kurtulmaktadır. Aynı şekilde işverenin, hastalıktan kaynaklanan devamsızlığı altı haftadan fazla süren işçiye ücret ödeme yükümlülüğü yoktur. Maddenin lafzı göz önünde tutulduğunda, işverenin asla karşı edim ödemeyecektir. Böyle bir yorumun yasal düzenlemenin amacıyla bağdaşmadığı, bu durumda karşı edim hesaplanırken işçiye iş sözleşmesinin askıya alınmasından önce sağlanan son edimlerin gözetilmesinin uygun olacağı belirtilmektedir⁹³¹. Kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçilerin karşı edimi işçinin kısmi süreli çalışma karşılığında hak ettiği ücrete göre hesaplanmaktadır⁹³². İşçinin haftalık olağan çalışma süresinin iş sözleşmesinin sona ermesinden kısa bir süre önce değiştiği ve özellikle işçinin tam süreli çalışmadan kısmi süreli çalışmaya geçtiği durumlarda nasıl bir çözüme gidileceği ise tartışmalıdır. Alman öğretisindeki baskın eğilim, burada da işçinin son kazancından hareket edilmesi gerektiği düşüncesindedir⁹³³. Buna karşılık, karşıt

⁹²⁷ BAG 23.2.1999 AP 20 zu § 74c HGB. Ne var ki bu görüşün pek isabetli olmadığı, zira vergi veya sosyal sigorta primi kaçırmak amacıyla yapılan sözleşmelerin kesin hükümsüz olduğu ve kimsenin kesin hükümsüz bir sözleşmeye dayanarak hak talep edemeyeceği öne sürülmektedir. *Bauer/Diller*, 150.

⁹²⁸ *Bauer/Diller*, 155–156; Heymann/Henssler § 74 b Rn. 2.; Staub/Weber, § 74 b Rn. 2 s. 15.

⁹²⁹ BAG 5.8.1966 AP 19 zu § 74 HGB

⁹³⁰ *Bauer/Diller*, 156.

⁹³¹ *Bauer/Diller*, 157; Staub/Weber, § 74 b Rn. 15.

⁹³² Bu konudaki tartışmalar için bkz. *Bauer/Diller*, 157.

⁹³³ Staub/Weber, § 74 b Rn. 15; Grunsky s. 68.

görüş § 74b Abs. 2 HGB'nin kıyasen uygulanarak işçinin son üç yıllık ücret ortalamasının esas alınmasının daha adil bir çözüm olduğu görüşünü benimsemektedir⁹³⁴. Keza kısa çalışmaya (*Kurzarbeit*) geçilmesi durumunda, işçinin kısa çalışmadan önceki son ücretinin göz önünde bulundurulmasının zorunlu olduğu belirtilmektedir⁹³⁵.

İşçinin ücretinin değişken unsurlardan oluştuğu hallerde karşı edimin hesabında önemli sorunlar ortaya çıkmaktadır. Alman hukukunda komisyon veya sabit olmayan diğer bir ücret ödenen işçinin karşı edimi hesaplanırken, son üç yılın ortalaması alınır (§ 74 Abs. 2 HGB)⁹³⁶. Son üç yıldan kastın son üç takvim yılı değil, iş sözleşmesinin sona ermesinden önceki son 36 ay olduğu ifade edilmektedir⁹³⁷. Üç yıldan daha kısa süren bir iş ilişkisi söz konusuysa, bu sürenin ortalamasına bakılır⁹³⁸. Ayrıca ortalama kuralı yalnızca değişken ücret öğeleri için geçerlidir. Dolayısıyla sabit ücret unsurlarında yine iş sözleşmesinin sona erdiği tarihteki tutar belirleyici kabul edilir. Karşı edimin parayla ödenmesi şart değildir. İşveren karşı edim borcunu, örneğin şirket arabasının veya işçiye tahsis edilen bir konutun mülkiyetini işçiye geçirmek suretiyle de ifa edebilir⁹³⁹. Bununla birlikte işverenin karşı edim borcunu aynı bir edimle yerine getirebilmesi için, iş sözleşmesi sona eren işçinin onayını alması gerekir. Zira yasal düzenleme bir tazminatın ödenmesinden yola çıkmakta olup, tazminatla nakdi bir edimin kastedildiği aşikârdır⁹⁴⁰. Ayrıca aynı edim işçinin karşı edimin işçiye sağladığı parasal menfaatin tutarına göre belirlenmelidir. İşverenin iş sözleşmesinin belirlenen sürenin dolmasından önce veya ihbar önellerine uymadan feshine rıza göstermesinin, karşı edim olarak değerlendirilemeyeceği vurgulanmaktadır⁹⁴¹. § 74b Abs. 2 HGB' uyarınca, karşı edim, kural olarak, her ayın sonunda ödenir. Bu hüküm karşı edimin iş ilişkisi sırasında özel bir zamla ödenmesini olanaksız kılmaktadır⁹⁴². Ayrıca karşı edimin iki yılı aşan bir zaman dilimine yayılması da mümkün değildir. Kanun tarafların karşı edimin vadesi konusunda işçi lehine bir düzenleme yapmalarına engel oluşturmamaktadır. Böylece karşı edimin aylık avans olarak ödenebileceği bir ödeme

⁹³⁴ Bauer/Diller, s. 158.

⁹³⁵ Bauer/Diller, s. 158.

⁹³⁶ Grüll/Janert, s. 52.

⁹³⁷ LAG Niedersachsen 26.1.2005 – 6 Sa 1306/04 – juris

⁹³⁸ Bauer/Diller, s. 159.

⁹³⁹ Bauer/Diller, s. 164.

⁹⁴⁰ Bauer/Diller, s. 164.

⁹⁴¹ OLG Köln 22.11.1994 – 6 U 140/93

⁹⁴² BAG 14.7.1981 AP 38 zu § 74 HGB; Grunsky, s. 90.

planı yapılabileceği gibi, iş sözleşmesinin sona erdiği tarihte karşı edimin tamamının derhal peşin olarak ödenebileceği de kararlaştırılabilir⁹⁴³. İlke olarak, karşı edim işveren tarafından ödenmelidir. Bu bağlamda, özellikle üçüncü kişinin iflas ettiği veya ödemenin banka teminat mektubuna bağlandığı olgularda işverenin karşı edim borcunun ifasını üçüncü bir kişiye bırakamayacağı savunulmaktadır⁹⁴⁴. Ne var ki şirketler topluluğuna mensup bir işverenin taraf olduğu rekabet yasağı kaydında, karşı edim borcunun ana şirkete yüklenmesi mümkündür⁹⁴⁵. Ayrıca işverenle birlikte üçüncü bir kişinin karşı edimi müteselsilen borçlanabileceği kabul edilmektedir⁹⁴⁶.

Diğer bir tartışmalı nokta, işverenin karşı edimin rekabet yasağının kararlaştırıldığı tarihte vaat etmesinin zorunlu olup olmadığıdır. Baden-Württemberg Eyalet İş Mahkemesi, karşı edimin rekabet yasağının kararlaştırılmasıyla eş zamanlı olarak taahhüt edilmesi gerektiğine karar vermiştir⁹⁴⁷. Buna karşılık söz konusu içtihadın doğru olmadığı, tarafların karşı edim içermeyen bir rekabet yasağı kaydını sonradan yeterli bir karşı edim kararlaştırarak geçerli bir hale getirebilecekleri iddia edilmiştir⁹⁴⁸. Alman uygulamasında çok sayıda rekabet yasağı kaydı, açık bir karşı edim taahhüdünün yokluğu nedeniyle geçersiz sayılmaktadır. Alman Federal İş Mahkemesi'nin son içtihadına göre, rekabet yasağı kaydı, karşı edimi talep hakkı konusunda basiretli bir işçide hiçbir kuşkuyla yer vermeyecek bir tarzda açık ve kesin olarak formüle edilmelidir⁹⁴⁹. Gerçekten Alman Medeni Kanunu'nun genel işlem koşullarını düzenleyen maddesi uyarınca, işverenin önceden ve tek taraflı olarak kaleme aldığı rekabet yasağı kayıtları özellikle açık ve anlaşılır olmalıdır; böylece belirsizlikler işveren aleyhine yorumlanır. Bundan dolayı, rekabet yasağı kaydı hazırlanırken kanun metnine bağlı kalmanın en güvenilir yol olduğuna işaret edilmektedir⁹⁵⁰. Bu bağlamda işverenin '*kanunda belirtilen asgari karşı edimi*' ödemeyi yükümlendiği bir rekabet yasağı kaydı da geçerli sayılmaktadır⁹⁵¹. Öte

⁹⁴³ Bauer/Diller, s. 165; Grunsky, s. 89; aksi yönde bkz. BAG AP 19 zu § 133f GewO

⁹⁴⁴ Bauer/Diller, s. 166; Heymann/Henssler § 74 Rn. 29.

⁹⁴⁵ Growe, s. 135.

⁹⁴⁶ Growe, s. 135; Bauer/Diller, s. 166.

⁹⁴⁷ 12.3.1969 BB 1969 (Bauer/Diller'den naklen, s. 166). Ayrıca bkz. Grill/Janert, s. 50.

⁹⁴⁸ Bauer/Diller, s. 166. Başlangıçtaki sakatlığın giderilmesi için tarafların karşı edim konusunda uzlaşmasının ve kanundaki yazılı şekle uyulmasının gerektiği; buna karşın, işçi rıza göstermediği takdirde, işverenin karşı edimin yokluğundan dolayı kesin hükümsüz olan bir rekabet yasağını karşı edim ödeyeceğine yönelik tek taraflı bir irade beyanıyla onaramayacağı belirtilmektedir.

⁹⁴⁹ 5.9.1995 AP 67 zu § 74 HGB.

⁹⁵⁰ Karşı edimin şöyle formüle edilmesi önerilmektedir: "...İşçi rekabet yasağı boyunca son olarak kendisine sağlanan sözleşmesel edimlerin yarısını alır..." Bauer/Diller, s. 167.

⁹⁵¹ Grill/Janert, s. 51-52.

yandan karşı edim taahhüdünün herhangi bir şarta bağlanmaması, diğer bir anlatımla kayıtsız şartsız (*ohne Vorbehalten*) olması gerekmektedir. Dolayısıyla karşı edimin sadece işçinin iş sözleşmesini süreli feshi veya iş sözleşmesinin işçinin kusurlu bir davranışından ötürü işveren tarafından derhal feshi gibi hallerde ödeneceğine ilişkin bir düzenleme içeren rekabet yasağı kaydı bağlayıcı kabul edilmemektedir⁹⁵². Alman Federal İş Mahkemesi'nin yerleşik içtihadına göre, asgari sınırın altında bir karşı edim rekabet yasağının bağlayıcı olmaması sonucunu doğurur⁹⁵³. Örneğin işverenin %25 oranında bir karşı edim vaat ettiği rekabet yasağı kaydı başlangıçtan itibaren bağlayıcı değildir. Bu saptama kademelendirilen karşı edimler için de geçerlidir. Dolayısıyla birinci yıl için %80, ikinci yıl için ise %40 olarak belirlenen bir karşı edimin ortalama yöntemiyle %60 olarak kabul edilmesi ve böylece rekabet yasağının ayakta tutulması olanaksızdır⁹⁵⁴. Bununla beraber, Alman Federal İş Mahkemesi böyle bir durumda rekabet yasağının geçerli ve geçersiz dönem olarak iki döneme ayrılarak yasağın ilk yıl için geçerli kabul edilebileceği, yasağın ikinci yıl için işçi bakımından bağlayıcı olmayacağını ve böylece işçinin ikinci yılın başında rekabet yasağına bağlılık konusunda seçim hakkını kullanabileceği ifade edilmektedir⁹⁵⁵. Şayet işveren rekabet yasağı süresinin tamamı için bir karşı edim taahhüdünde bulunmamışsa, rekabet yasağı işçi açısından başlangıçtan itibaren bağlayıcı değildir. Dolayısıyla rekabet yasağı süresinin sadece bir bölümüne yönelik bir karşı edim vaadi, rekabet yasağı kaydının hükümsüzlüğü sonucunu doğurur⁹⁵⁶. Buna karşılık, rekabet yasağı kaydında karşı edimle ilgili herhangi bir düzenlemeye yer verilmemişse, baskın görüşe göre, uygulanacak yaptırımın türü rekabet yasağının bağlayıcı olmaması (*unverbindlichkeit*) değil, kesin hükümsüzlüktür (*nichtigkeit*)⁹⁵⁷. Ne varki bu görüşün işveren yetersiz bir karşı edim yükümlendiği takdirde rekabet yasağının da bağlayıcı olmadığını düzenleyen § 74 Abs. 2 HGB'nin lafzı ile çeliştiği belirtilmektedir⁹⁵⁸.

Alman hukukunda işçinin rekabet yasağı yürürlükteyken elde ettiği kazançların belli koşullar altında karşı edimden mahsup edileceği öngörülmüştür (§

⁹⁵² Bauer/Diller, s. 171.

⁹⁵³ 13.9.1969 AP 24 zu § 611 BGB Konkurrenzklausele, 24.4.1980 AP 37 zu § 74 HGB, 20.10.1981 AP 39 § 74 HGB.

⁹⁵⁴ Bauer/Diller, s. 179.

⁹⁵⁵ Bauer/Diller, s. 179–180.

⁹⁵⁶ Grüll/Janert, s. 51.

⁹⁵⁷ BAG 13.9.1969 AP 24 zu § 611 BGB; Grüll/Janert, s. 26.

⁹⁵⁸ Bauer/Diller, s. 182.

74c HGB)⁹⁵⁹. Mahsuba ilişkin söz konusu kural, hakkaniyetle veya genel zenginleşme yasağıyla açıklanmaktadır⁹⁶⁰. Mahsup işverene kanun tarafından tanınan bir hak olduğundan, ayrıca rekabet yasağı kaydında açıkça mahsuba ilişkin bir düzenleme yapılması gerekmemektedir⁹⁶¹. Rekabet yasağı kaydı mahsuptan söz etmese bile, işçinin diğer gelirleri karşı edimden mahsup edilir⁹⁶². Ancak rekabet yasağı kaydında işçinin başka kazançlarının karşı edimden düşülmeyeceği kararlaştırılabilir⁹⁶³. Buna karşılık yasal sınırı aşan bir mahsup öngören kayıtların caiz olmadığı ifade edilmektedir⁹⁶⁴. Yasal düzenlemede mahsup için iki farklı sınır belirlenmiştir. Kural olarak, karşı edimle ek kazancın toplamı işçinin son ücretinin %110'unu aştığı anda mahsup devreye girer⁹⁶⁵. Rekabet yasağı yüzünden işçinin yerleşim yerini değiştirmek zorunda kaldığı durumlarda ek kazanç sınırı %125'e yükseltilir⁹⁶⁶. %125'lik arttırılmış ek kazanç sınırının amacı, rekabet yasağı nedeniyle yerleşim yerini değiştirmek zorunda kalan işçinin bu nedenle katlandığı ek giderlerin dengelenmesidir. İşçinin emeğini kullanarak elde ettiği veya kötü niyetli olarak elde etmekten kaçındığı kazançlar, karşı edimden mahsup edilecektir. Yoksa yasal düzenleme gelirin kaynağının bağımlı bir iş olmasını aramamaktadır. Mahsuba konu öteki gelirlerin kaynağı bağımlı çalışma olabileceği gibi, işçinin bağımsız çalışma sayesinde sağladığı kazançlar da karşı edimden düşülür⁹⁶⁷. Alman Federal İş Mahkemesi, yerleşik uygulamasında hesabın ve mahsubun eşitliği ilkesini savunmaktadır (*Grundsatz der gleichheit von Berechnung und Anrechnung*)⁹⁶⁸. Dolayısıyla karşı edimin hesaplanmasında göz önünde bulundurulmuş bütün gelir unsurları karşı edimden düşülür⁹⁶⁹. Ne var ki işçinin kira ve faiz gelirleriyle piyangoyla veya miras yoluyla elde edilen para mahsuba tabi değildir. Aynı biçimde yaşlılık aylığı ve benzer sosyal sigorta yardımları da mahsup edilebilir kazançlar arasında yer almamaktadır⁹⁷⁰. § 74c Abs. 2 HGB uyarınca, işçi işverenin talebi üzerine elde ettiği gelirin tutarı hakkında işvereni bilgilendirmekle yükümlüdür⁹⁷¹.

⁹⁵⁹Grüll/Janert, s. 53.

⁹⁶⁰BAG 17.2.1993 AP 2 zu § 74cHGB

⁹⁶¹Grüll/Janert, s. 54.

⁹⁶²Bauer/Diller, s. 281; Grüll/Janert, s. 54.

⁹⁶³Grüll/Janert, s. 54.

⁹⁶⁴Bauer/Diller, s. 281.

⁹⁶⁵Grüll/Janert, s. 56.

⁹⁶⁶Bauer/Diller, s. 281–282; Grüll/Janert, s. 56.

⁹⁶⁷Grüll/Janert, s. 54.

⁹⁶⁸9.1.1990 AP 34, zu § 74 HGB.

⁹⁶⁹Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Bauer/Diller, s. 284 vd.

⁹⁷⁰Grüll/Janert, s. 54.

⁹⁷¹Grüll/Janert, s. 62.

Bu kuralın işçinin diğer kazançlarıyla ilgili ispat yükünü işverene yükleyen kanuni ispat yükü dağılımına karşı bir denge unsuru olduğu ileri sürülmektedir⁹⁷². Bilgilendirme borcu, ancak işveren talep ettiği takdirde gündeme gelir. O halde işverenin talebinin yokluğunda işçinin bilgilendirme yükümlülüğü bulunmamaktadır. Alman öğretisinde çoğunlukta olan görüş, bilgilendirme yükümlülüğünün yalnızca işçinin fiilen elde ettiği kazançları kapsadığı, buna karşılık işçinin kötü niyetli olarak elde etmekten kaçındığı kazançları bildirme gibi bir yükümlülüğünün bulunmadığını savunmaktadır⁹⁷³. Aksine bu düşüncenin ikna edici olmadığı, çünkü bilgilendirme hakkının işverenin üzerine düşen ispat yükünü hafifletmeyi amaçladığı, ancak işçinin kazanmaktan kötü niyetle kaçındığı kazançlarda da ispat yükünün işverene ait olduğu kaydedilmektedir⁹⁷⁴.

İş ilişkisinden veya iş ilişkisinin sona ermesinin doğan hiçbir hak ve alacak talep etmediğine ilişkin bir ibraname (*ausgleichsquittung*) imzalayan işçinin bu beyanının, mevcut bir rekabet yasağı sözleşmesinden kaynaklanan haklarından ve özellikle karşı edim alacağından feragat ettiği tarzında bir yoruma elverişli olmadığı ifade edilmektedir⁹⁷⁵. Nitekim Alman Federal İş Mahkemesi, rekabet yasağı sözleşmesinden doğan alacakların nitelikleri gereği iş ilişkisinin bitiminden sonra muaccel hale geldiğini, ancak ibranamenin sadece iş sözleşmesinden kaynaklanan muaccel alacakların ortadan kalkmasına yol açtığını gerekçe göstererek böyle bir durumda işçinin karşı edim hakkını yitirmediği görüşünü benimsemiştir⁹⁷⁶. İbranamenin işçinin rekabet yasağı sözleşmesine dayanan karşı edim alacağını içermesinin amaçlandığı durumlarda, ibranamede işçinin rekabet yasağı sözleşmesinden doğan alacaklarından açıkça feragat ettiği yönünde bir ifadeye yer verilmesinin hukuk güvenliği açısından yerinde olacağı vurgulanmaktadır⁹⁷⁷. Alman Usul Kanunu'nun cebri icrayı düzenleyen hükümleri uyarınca, işçinin iş görme edimi karşılığında elde ettiği gelirler hacze karşı geniş bir korumadan yararlanmakta ve sadece belli bir bölümü haczedilebilmektedir (§ 850c ZPO)⁹⁷⁸. Aynı kanunda iş sözleşmesinden bitimini izleyen dönemde uygulanan rekabet sınırlaması için yapılan

⁹⁷²Bauer/Diller, s. 303.

⁹⁷³ ArbG München 13.6.1996 – 27 Ca 10313/95, Staub/Weber § 74c Rn. 28; Heymann/Henssler, § 74c Rn. 22.

⁹⁷⁴Bauer/Diller, s. 303.

⁹⁷⁵Grüll/Janert, s. 63.

⁹⁷⁶BAG, 5.8.1968, AP Nr. 24 zu § 74 HGB.

⁹⁷⁷Grüll/Janert, s. 63–64.

⁹⁷⁸Bauer/Diller, s. 271.

ödeme (karşı edim) işçinin çalışması karşılığında elde ettiği gelir gibi değerlendirildiğinden, karşı edim de ücret gibi haciz yasağına tabidir⁹⁷⁹. Ayrıca karşı edim saf bir para alacağı olduğundan, aksi sözleşmeyle kararlaştırılmadıkça, işçinin karşı edim alacağını üçüncü kişiye devretmesinin önünde hiçbir hukuki engel yoktur. Belirtelim ki, Alman hukukunda karşı edimin haczedilemeyen kısmının devri mümkün değildir⁹⁸⁰. Öte yandan Alman hukukunda işveren, iş ilişkisinden doğan bir alacağını (avans veya tazminat gibi) işçinin muaccel olan karşı edim alacağıyla takas edebilir (§ 387 BGB)⁹⁸¹. Ne var ki işçinin karşı edim alacağının haczedilemez bölümü takasa konu olamaz (§ 394 BGB)⁹⁸².

Alman hukuku işverene rekabet yasağından vazgeçerek karşı edim borcundan kurtulabilme olanağı da tanımıştır. § 75a HGB uyarınca işveren iş ilişkisinin sona ermesinden önce yapacağı bir yazılı bildirimle rekabet yasağından vazgeçerek bildirim yapıldığı tarihten bir yıl sonra karşı edimi ödeme yükümlülüğünden kurtulabilir⁹⁸³. İşverenin rekabet yasağından feragat etmesiyle birlikte işçinin rekabetten kaçınma borcu da hemen sona erer⁹⁸⁴. Buna karşılık işverenin karşı edim borcu, bildirimden bir yıl sonra ortadan kalkar. Bu kural rekabet yasağının uygulanmasındaki işletmesel menfaati sona eren işverene karşı edim borcundan önceden kurtulma olanağı sağlamakta olup, tamamen işverenin iradesine bağlıdır⁹⁸⁵. Dolayısıyla rekabet yasağının uygulanmasındaki işletmesel menfaatlerin devam etmesi veya sona ermesi feragat hakkını kesinlikle etkilememektedir. Burada işverenin tek taraflı bir hakkı söz konusu olduğundan, işçinin karşı edimden vazgeçerek rekabet yasağından kurtulmak gibi bir hukuki imkânı yoktur⁹⁸⁶. İşverenin rekabet yasağından vazgeçmesinden itibaren bir yıl süreyle karşı edim borcunun devam edeceğine ilişkin hüküm nispi emredici bir kural olup, bu süre sözleşmeyle işçi lehine uzatılabilir⁹⁸⁷. Ne var ki bir yıllık süreyi kısaltan bir sözleşme, § 75a HGB çerçevesinde kesin hükümsüz sayılmaktadır⁹⁸⁸. İşverenin rekabet yasağından feragat ettiğini beyan etmesinin karşı edim borcunu sona erdirip erdirmeyeceği veya ne

⁹⁷⁹Grüll/Janert, s. 64.

⁹⁸⁰Bauer/Diller, s. 273; Grüll/Janert, s. 64.

⁹⁸¹Bauer/Diller, s. 272.

⁹⁸²Bauer/Diller, s. 272; Grüll/Janert, s. 64.

⁹⁸³Grüll/Janert, s. 74.

⁹⁸⁴BAG 17.2.1987 AP 4 zu § 75a HGB

⁹⁸⁵Grüll/Janert, s. 76.

⁹⁸⁶Grüll/Janert, s. 74.

⁹⁸⁷Grüll/Janert, s. 75.

⁹⁸⁸Grüll/Janert, s. 75.

ölçüde sona erdireceği sorusunun yanıtıyla feragat tarihi arasında çok güçlü bir bağlantı bulunmaktadır. Şayet işveren rekabet yasağından iş ilişkisinin sona erdiği tarihten geriye doğru bir yıl veya daha önceki bir tarihte feragat ederse herhangi bir karşı edim borcu doğmaz. Buna karşılık, rekabet yasağından feragat ettiğini iş sözleşmesinin sona erdiği tarihte açıklayan işverenin karşı edim borcu, tam bir yıl daha devam eder. Öte yandan işçinin rakip bir işletmede çalışmaya başlaması, işverenin karşı edim yükümlülüğünü daha erken bir tarihte sona erdirmez⁹⁸⁹. İşçinin rekabet yasağı kaydından vazgeçme hakkı bulunmamasına karşın tarafların uzlaşarak rekabet yasağı kaydını değiştirmelerinin veya ortadan kaldırmalarının her zaman caiz olduğu ifade edilmektedir. Feragat beyanı için mutlak bir zaman sınırlamasından söz edilemez. Şu halde işveren iş ilişkisinin ilk gününde dahi rekabet yasağından feragat edebilir. Ayrıca feragat bildirimini iş ilişkisi süresince, hatta iş ilişkisinin son gününde dahi yapılabilir. Ne var ki feragat bildiriminin iş ilişkisi sırasında işçiye tebliğ edilmiş olması şarttır. Bu bağlamda, iş ilişkisinin fiilen değil hukuken son bulmasının belirleyici olduğu vurgulanmaktadır⁹⁹⁰. Ancak işçinin iş sözleşmesini fesih bildirim süresi tanıyarak feshettiği hallerde işveren feragat hakkını fesih bildirim süresi içinde kullanabilir⁹⁹¹. Kural olarak, rekabet yasağından feragatin süreli fesih bildiriminden bağımsız olduğu vurgulanmaktadır. Dolayısıyla işveren fesih bildirimiyile birlikte veya fesih bildiriminde bulunmasının ardından rekabet yasağından feragat edebilir⁹⁹². Bildirimsiz fesihte iş ilişkisi derhal sona ereceğinden işveren en geç feshi ihbar ettiği anda feragat beyanını iletmış olmalıdır⁹⁹³. Alman Federal İş Mahkemesi aynı gün söz konusu olsa bile daha sonra açıklanan feragatin geçersizliğine hükmetmiştir⁹⁹⁴. Diğer taraftan, işveren ikale sözleşmesiyle de feragat bildiriminde bulunabilir⁹⁹⁵. İşverenin iş ilişkisinin sona ermesinin ardından da feragat hakkını kullanabileceğini öngören sözleşme kayıtlarının geçersiz olduğu dile getirilmektedir⁹⁹⁶. § 75a HGB'nin son derece açık lafzına göre, feragat bildirimini yazılı şekilde yapılmalıdır. Kanuni yazılı şekil söz konusu olduğundan faks yeterli sayılmamaktadır⁹⁹⁷. Baskın görüşe göre, yazılı şekil yasal sürenin dolmasının

⁹⁸⁹ *Bauer/Diller*, s. 215.

⁹⁹⁰ *Röhler/Borrmann*, s. 123.

⁹⁹¹ *Grüll/Janert*, s. 75.

⁹⁹² BAG, 17.2.1987 AP 4 zu § 75a HGB

⁹⁹³ *Grüll/Janert*, s. 75.

⁹⁹⁴ BAG 31.7.2002 BB 2003, s. 106.

⁹⁹⁵ *Bauer/Diller*, s. 216; *Grunsky*, s. 107.

⁹⁹⁶ *Bauer/Diller*, s. 216

⁹⁹⁷ BGH 28.1.1993 NJW 1993, s. 1126.

ardından tamamlansa dahi, faks sürenin korunması için yeterli değildir⁹⁹⁸. Ayrıca işverenin rekabet yasağından feragat ettiğini iş ilişkisinin son gününde faksla iletmesi ve feragat yazısının orijinalini bir gün sonra işçiye posta kanalıyla göndermesi durumunda ortada geçerli bir feragat yoktur. Bununla birlikte, işveren güvenli elektronik imza taşıması koşuluyla rekabet yasağından internet ortamında da vazgeçebilir⁹⁹⁹. Diğer bir çarpıcı nokta ise, işverenin temsilci aracılığıyla rekabet yasağından feragat edebilmesidir. Ancak kendisine feragatla eş zamanlı olarak bir temsil belgesi ibraz edilmeyen işçi, feragat bildirimini derhal geri çevirmelidir. Feragatin iş ilişkisinin sona ermesinden çok kısa bir süre açıklandığı haller özel bir dikkat gerektirmektedir. Örneğin feragat bir avukat veya insan kaynakları çalışanı vasıtasıyla açıklanmakla birlikte, vekâletin aslı ibraz edilmemişse, işçi iş ilişkisinin sona ermesinden bir gün sonra temsil yetkisinin yokluğuna dayanarak feragati geçersiz hale getirebilir¹⁰⁰⁰. Nihayet işverenin sözlü bir şekilde açıkladığı feragatin rekabet yasağının anlaşmayla ortadan kaldırılmasına yönelik bir öneriye (icap) tahvil edilmesi mümkündür. Ne var ki burada işçinin rekabet yasağı sözleşmesinin sona ermesine gerçekten onay verip vermediğinin ve karşı edimin derhal mı yoksa bir yıl sonra mı ortadan kalkacağına titizlikle araştırılması gerektiği ileri sürülmektedir¹⁰⁰¹.

Yenilik doğuran(inşai) bir hak niteliği taşıyan feragatin şarta bağlanamayacağı belirtilmektedir. Buna göre, işveren rekabet yasağı sözleşmesinden doğan tüm haklarından vazgeçtiğini net ve herhangi bir yanlış anlamaya meydan vermeyecek bir şekilde açıklamalıdır¹⁰⁰². Fakat işverenin bildirimde mutlaka *feragat (verzicht)* sözcüğünü kullanması gerekmez. Dolayısıyla rekabet yasağından feragati içeren bir irade beyanında *feshetmek (kündigen)*, *caymak (zürücktreten)* veya *vazgeçmek(lossagen)* gibi fiillerin kullanılması da yeterli sayılmaktadır¹⁰⁰³. Ne var ki işverenin belli ihtirazi kayıtlar koyduğu, örneğin rekabet yasağı sözleşmesinden kaynaklanan kimi haklarını saklı tuttuğu durumlarda ortada § 75a HGB'ye uygun geçerli bir feragatin olduğu söylenemez. Özellikle işçinin rekabetten kaçınma yükümlülüğünün derhal değil, belli bir süre sonra sona (örneğin) ereceğinin bildirildiği bir feragat beyanı hüküm ifade etmeyecektir. Diğer tüm irade

⁹⁹⁸ Bauer/Diller, s. 217.

⁹⁹⁹ Karlsrufer ArbRB 2007, s. 249 (Bauer/Diller'den naklen, s. 217).

¹⁰⁰⁰ Bauer/Diller, s. 217.

¹⁰⁰¹ Bauer/Diller, s. 217.

¹⁰⁰² Bauer/Diller, s. 217; Grill/Janert, s. 75.

¹⁰⁰³ LAG Hamm 11.7.2003 – 7 Sa 674/03

açıklamaları gibi feragat beyanının da muhatabı olan işçiye ulaşması zorunludur. Feragat bildirimimin işçi tarafından tebliği alındığını ispat külfeti işverene düşmektedir¹⁰⁰⁴. § 75a HGB yalnızca rekabet yasağı kaydından tam bir feragate izin vermektedir. Dolayısıyla işverenin karşı edim borcunu tamamen veya kısmen bertaraf edecek bir tarzda kısmi feragat olanaklı değildir¹⁰⁰⁵. § 75a HGB'ye göre feragat tek taraflı bir irade beyanı olup, işçinin kabulü gerekmemektedir. Bu bağlamda, işçinin feragat beyanına itiraz edemeyeceği veya rekabet yasağını başka bir şekilde ayakta tutamayacağı vurgulanmaktadır¹⁰⁰⁶. Şu halde işçinin feragate yazılı veya sözlü onay vermesi, herhangi bir hukuki değerden yoksundur. Böyle bir açıklamanın, işverenin karşı edim borcunun hemen sona ermesi sonucunu doğuracak bir şekilde rekabet yasağının anlaşmayla sona erdirilmesine yönelik bir kabule tahvil edilemeyeceği ifade edilmektedir¹⁰⁰⁷. Alman Federal İş Mahkemesi'nin 13.4.1978 tarihli bir kararında işverenin rekabet yasağından feragat beyanını geri alıp alamayacağı sorusu yanıtızsız bırakılmıştır. Alman öğretisinde işverenin feragat beyanını geri alamayacağı görüşü savunulmaktadır¹⁰⁰⁸. Zira feragat tek taraflı yenilik doğuran (inşai) bir haktır. Bu hakkın kullanılmasıyla işçinin rekabetten kaçınma borcu hemen, işverenin karşı edim yükümlülüğü ise bir yıl sonra sona ermektedir. Feragatin inşai sonuçları işverenin tek taraflı bir beyanıyla ortadan kaldırılamaz. Ancak feragatten dönmenin her halükarda rekabet yasağı sözleşmesinin yenilenmesine ilişkin bir icaba tahvil edilebileceği savunulmaktadır¹⁰⁰⁹. Fesih bildirimimin tek taraflı olarak geri alınamayacağı, ancak böyle bir irade açıklamasının iş ilişkisinin sürdürülmesine yönelik bir işveren önerisi olarak algılanacağı saptaması da aynı hukuki temele dayanmaktadır¹⁰¹⁰.

İşverenin rekabet yasağından feragat etmesiyle işçi iş sözleşmesinin son bulmasının hemen ardından iş piyasasında emeğini serbestçe arz edebilir. Böyle bir işçinin rakip bir işletmede çalışmasının önünde hiçbir engelden söz edilemez¹⁰¹¹. Bununla birlikte, işçi iş sözleşmesi sona erene dek kanundan (§ 60 HGB)

¹⁰⁰⁴ BAG 31.7.2002 AP 74 zu § 74 HGB.

¹⁰⁰⁵ *Bauer/Diller*, s. 219.

¹⁰⁰⁶ *Bauer/Diller*, s. 220.

¹⁰⁰⁷ BAG 19.10.1982 – 3 AZR 28/80.

¹⁰⁰⁸ *Bauer/Diller*, s. 220

¹⁰⁰⁹ *Bauer/Diller*, s. 220

¹⁰¹⁰ BAG 19.8.1982 AP 9 zu KSchG

¹⁰¹¹ BAG 17.2.1987 AP 4 zu § 75a HGB

kaynaklanan rekabet yasağına tabidir¹⁰¹². İşveren rekabet yasağı kaydından feragat etse dahi, işçinin sadakat borcu geçerliliğini sürdürür. Buna karşın, işverenin karşı edim borcu feragatin bildirilmesinden bir yıl sonra son bulur¹⁰¹³. Bildirimin yapıldığı gün hesaba katılmaz¹⁰¹⁴. Örnek vermek gerekirse, işverenin 5 Ocak tarihli bir feragat bildirimini üzerine karşı edim borcu ertesi yılın 5 Ocak günü dolunca sona erecektir. Karşı edimin ödenip ödemeyeceği veya ne ölçüde ödeneceği, işverenin iş ilişkisinin bitmesinden ne kadar önce rekabet yasağından feragat ettiğine bağlıdır. Şayet işveren iş ilişkisinin hukuken sona ermesinden bir yıl veya daha önceki bir dönemde feragat bildiriminde bulunursa karşı edim borcu tamamen düşer¹⁰¹⁵. Bundan başka feragat durumunda karşı edimin feragat tarihinde değil, iş sözleşmesinin sona ermesiyle birlikte muaccel olduğu dile getirilmektedir¹⁰¹⁶. Rekabet yasağı bir yıldan daha kısa bir süre için kararlaştırılmışsa karşı edim yükümlülüğü feragatin bildirildiği tarihten bir yıl sonra değil, rekabet yasağı süresinin bitiminde sona erer¹⁰¹⁷. Aynı şekilde on iki aylık süre, bir yıldan daha kısa süreli rekabet yasaklarında kısalmaktadır. İşverenin karşı edimi bir yıl daha ödeme borcu, işçinin davranışlarından bağımsız olarak varlığını sürdürür. Öyle ki işçi rakip bir işletmeye geçse dahi karşı edim borcu ortadan kalkmamaktadır¹⁰¹⁸. Böyle bir durumda da işçinin bir yıl süreyle karşı edimin tamamını talep hakkı saklıdır; zira işverenin vazgeçme beyanı nedeniyle işçinin rekabetten kaçınma yükümlülüğü de sona erdiğinden karşı edim borcunun § 320 BGB uyarınca ortadan kalkması gündeme gelmez¹⁰¹⁹. Dolayısıyla işverenin bir yıl boyunca ödemekle yükümlü olduğu tutar gerçek anlamda bir karşı edim olmayıp, rekabet yasağının feragat beyanının açıklanmasının öncesinde neden olduğu sınırlama karşılığında ödenen bir tazminat olarak değerlendirilmelidir. Kısaca

¹⁰¹² Gaul, s. 197.

¹⁰¹³ Bauer/Diller, s. 220

¹⁰¹⁴ BAG 23.11.2004 NZA 2005, s. 413.

¹⁰¹⁵ Grill/Janert, s. 75.

¹⁰¹⁶ BAG 25.10.2007 AP 3 zu § 12 KSchG. Örneğin işçi iki yıllık bir rekabet yasağına tabidir ve 31.12.2006 tarihine kadar işverene önel vererek 30.6.2006 tarihinde feshi ihbar eder. Bunun üzerine işveren, rekabet yasağından derhal feragat eder ve söz konusu bildirim 3.7.2006 tarihinde işçiye ulaşır. İşçi 3.7.2006–31.12.2006 tarihleri arasında normal ücretini alacak, 3.7.2007 tarihine kadar ise kendisine karşı edim ödenecektir. Bkz. Bauer/Diller, s. 221.

¹⁰¹⁷ LAG Rheinland-Pfalz 26.3.1998 LAGE 1 zu § 75a HGB. Örneğin işçi dokuz aylık bir rekabet yasağına tabidir ve 31.12.2006 tarihine kadar işverene önel vererek 15.11.2006 tarihinde feshi ihbar eder. İşverenin feragat beyanı 17.11.2007 tarihinde işçiye varır. Karşı edim yükümlülüğü bir yıllık sürenin son bulunduğu tarihte değil rekabet yasağının sona erdiği 30.9.2007 tarihinde ortadan kalkar. Bkz. Bauer/Diller, s. 221.

¹⁰¹⁸ Grill/Janert, s. 75.

¹⁰¹⁹ Bauer/Diller, s. 222.

vurgulamak gerekirse, bu tazminat, işçinin rakip bir işletmede çalışmaya başlamanın da aralarında olduğu sonraki davranışları dikkate alınmaksızın ödenir¹⁰²⁰.

2. Belçika Hukuku

Belçika Hukukunda işverenin bir karşı edim taahhüt etmesi, rekabet yasağı kaydının geçerlilik koşulları arasında yer alır¹⁰²¹. Belçika İş Sözleşmeleri Kanunu'nda maktu denkleştirici tazminat (*forfaitaire compensatoire vergoeding*) sözcükleriyle kastedilen kavram, kuşkusuz karşı edimdir (art. 65 § 2 lid 5 AOW). Öğretide açıkça bir karşı edim içermeyen rekabet yasağı kaydının geçersiz olduğu belirtilmektedir¹⁰²². İşverenin vaat ettiği karşı edim, işçiye rekabet yasağı süresince ödenecek brüt ücretin en az yarısına (%50) denk gelmelidir¹⁰²³. Hiç kuşku yok ki, tarafların daha yüksek bir karşı edim kararlaştırmaları mümkündür¹⁰²⁴. Kanunun emrettiğinden daha düşük bir karşı edim öngören rekabet yasağı kayıtlarının ise hükümsüz olduğu ifade edilmektedir¹⁰²⁵. Ancak işçi rekabet yasağı kaydının hükümsüzlüğünü ileri sürmediği takdirde, kararlaştırılan karşı edim de dâhil olmak üzere rekabet yasağı kaydının tamamı geçerli sayılmaktadır¹⁰²⁶. İşçinin rekabet yasağı kaydının geçersizliğini ileri sürmediği hallerde kanundaki asgari karşı edimin mi, yoksa tarafların rekabet yasağı kaydıyla kararlaştırdıkları daha düşük tutarın mı esas alınacağı sorunu ortaya çıkmaktadır. Brüksel İstinaf İş Mahkemesi 15.6.2011 tarihli bir kararında, herhangi bir karşı edim içermeyen rekabet yasağı kaydının geçersizliğine dayanmayan işçinin kanunda öngörülen karşı edimi işverenden talep edebileceğine hükmetmiştir¹⁰²⁷. İşveren tarafından temyiz edilen bu karar Belçika Yargıtayı tarafından bozulmuştur. Belçika Yargıtayı'nın görüşü geçersizliğin işçi tarafından ileri sürülmemesinin işverenin üstlenmediği bir karşı edimi ödemekle yükümlü tutulması sonucunu doğurmayacağı yönündedir¹⁰²⁸. Gent İstinaf İş Mahkemesi de 14.1.2002 tarihli bir kararında Yargıtay'ın yaklaşımını benimsemiştir.

¹⁰²⁰ BAG 25.10.2007 AP 3 zu § KSchG; LAG Baden-Württemberg 4.11.1997 – 7 Sa 29/97; LAG Köln 16.12.1999 MDR 200, s. 960; ArbG Stuttgart 30.11.1995 NZA-RR 1996, s. 165 (*Bauer/Diller*'den naklen, s. 222)

¹⁰²¹ *Humble/Rigaux*, s. 275.

¹⁰²² *Carlier*, s. 52; *Quist*, s. 118.

¹⁰²³ *Cuyppers*, s. 76

¹⁰²⁴ *Carlier*, s. 52

¹⁰²⁵ *Carlier*, s. 52

¹⁰²⁶ Arbh. Gent 14.1.2002, Or. 2002–2.

¹⁰²⁷ *Carlier*, s. 69.

¹⁰²⁸ Cass. 20.1.2003, AR S020018N (*Carlier*'den naklen, s. 70).

İstinaf Mahkemesi yasal sınırdan daha düşük bir karşı edim öngören rekabet yasağı kaydının prensip olarak hüküm ifade etmediğini, ancak işçinin geçersizliği ileri sürmek konusunda serbest olduğunu, işveren rekabet yasağı kaydının geçersizliğini dermeyan etmediği takdirde yasal sınırın altındaki karşı edim de dâhil olmak üzere rekabet yasağı kaydının bağlayıcı kabul edileceğini ve böylece işçinin yalnızca daha düşük karşı edimi talep edebileceğine karar vermiştir¹⁰²⁹. Karşı edim işçinin iş sözleşmesinin sona ermesinden önceki ayda aldığı ücret üzerinden hesaplanmaktadır¹⁰³⁰. Öte yandan, karşı edim hesaplanırken işçiye iş sözleşmesi çerçevesinde sağlanan otomobil veya ek finansal menfaatler gibi diğer menfaatlerin de dikkate alınacağı belirtilmektedir¹⁰³¹. Buna karşılık Belçika öğretisinde karşı görüş, kıdem ve ihbar tazminatlarının hesabında işçiye iş sözleşmesiyle sağlanan bütün menfaatlerin gözetileceğinin İş Sözleşmeleri Kanunu'nun ilgili maddelerinde açıkça düzenlendiği, buna karşın kanun koyucunun işçiye iş sözleşmesiyle sağlanan tüm menfaatlerin karşı edimin hesabında dikkate alınacağını açıkça öngörmediği, dolayısıyla kıdem ve ihbar tazminatlarının hesabında kullanılan yöntemin aynısını karşı edimin hesabında da kullanmanın hiçbir haklı gerekçeye dayanmadığı iddia edilmiştir¹⁰³². Nitekim Gent İstinaf İş Mahkemesi 14.1.2002 tarihli bir kararında işçinin iş sözleşmesiyle elde ettiği ve ihbar tazminatının hesabında göz önünde bulundurulacak menfaatlerin karşı edim hesaplanırken dikkate alınmayacağına hükmetmiştir. Ne var ki işçiye iş sözleşmesiyle sağlanan para dışındaki menfaatleri karşı edimin hesabında dışlayan İstinaf Mahkemesi, karşı edimi temel ücretle özdeşleştirmemiş ve işçiye ödenen ikramiyenin de işçiye iş görme borcunun karşılığında ödenen brüt ücretin bir parçası olduğunu hükme bağlamıştır¹⁰³³. Anvers İstinaf İş Mahkemesi'nin bir kararında, işçi tarafından talep edilen karşı edim hesaplanırken yıl sonu ikramiyesinin dikkate alınıp alınmayacağı, diğer bir söyleyişle karşı edimin ihbar tazminatı gibi hesaplanıp hesaplanmayacağı tartışılmıştır. Anvers İstinaf İş Mahkemesi bu soruya olumlu bir yanıt vererek, kanundaki brüt ücret deyiminin iş sözleşmesinin sona ermesi nedeniyle ödenen tazminatlar için anlaşılın

¹⁰²⁹ Arbh. Gent 14.1.2002, AR 586/00.

¹⁰³⁰ Örnek: iş sözleşmesi 1.12.2002 tarihinde sona eren bir işçinin iş sözleşmesinde on ay süreli bir rekabet yasağı kaydı bulunduğunu ve işçinin aylık son brüt ücretinin € 4.000 varsayalım. Karşı edimin hesabında hareket noktası işçinin bir önceki ayda (Kasım 2002) hak kazandığı brüt ücrettir. Buna göre, işverenin ödeyeceği asgari karşı edim $10 \text{ ay} \times (\%50 \times € 4.000) = € 20.000$ 'dir. *Humblet/Rigaux*, 275; *Quist*, s. 118.

¹⁰³¹ Arbh. Antwerpen 3.2.1997, R.W. 1996–1997, s. 1444. Antwerpen İstinaf İş Mahkemesi'ne göre ihbar ve kıdem tazminatlarının hesabında kullanılan yöntemle karşı edimin hesaplanma yöntemi özdeşdir.

¹⁰³² *Carlier*, s. 67.

¹⁰³³ Arbh. Gent 14.1.2002, AR 586/00.

şekilde yorumlanacağını ve böylece işçiye iş sözleşmesiyle sağlanan bütün menfaatlerin karşı edimin hesabına dâhil edilmesi gerektiğini içtihat etmiştir¹⁰³⁴. Ayrıca işçiye değişken bir ücret ödendiği ve hangi nedenle olursa olsun işçinin iş sözleşmesinin sona erdiği tarihten önceki ayda düşük bir ücrete hak kazandığı durumlarda, bu hesaplama tarzının işçi aleyhine sonuçlar doğurabileceği vurgulanmaktadır¹⁰³⁵. Bununla beraber, kanun söz konusu olumsuzluk için bir önlem içermektedir. Buna göre, tamamen veya kısmen değişken bir ücret alan işçilerin karşı edimi hesaplanırken işçinin iş sözleşmesinin sona erdiği tarihten geriye doğru son on iki ayda hak ettiği brüt ücretin ortalaması alınır (art. 65 § 2 lid 7 AOW)¹⁰³⁶. Bunun hakkaniyet uygun bir çözüm olduğu, çünkü işçinin kazancının yüksek olduğu ayların daha az ücret tahakkuk eden ayları telafi edebileceği kaydedilmektedir¹⁰³⁷. İşveren karşı edimi bir defada ödemelidir. Belçika hukukunda karşı edimin belli sürelerle yayılarak ödenmesi olanak dışıdır¹⁰³⁸.

İşveren iş sözleşmesinin sona erdiği tarihi izleyen on beş günlük bir süre içinde rekabet yasağının fiilen uygulanmasından vazgeçerek karşı edim borcundan kurtulabilir¹⁰³⁹. Böylece işçi herhangi bir yaptırıma maruz kalmadan hukuk kuralları çerçevesinde eski işvereniyle rekabet edebilecektir¹⁰⁴⁰. Kanunda feragatin şekli konusunda herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bundan dolayı işverenin rekabet yasağı kaydından feragatinin herhangi bir şekil şartına tabi olmadığı ve feragatin herhangi bir biçimde, hatta sözlü olarak, yapılabileceği kabul edilmektedir¹⁰⁴¹. Brüksel İş Mahkemesi'nin önüne gelen bir olayda, yeminli tanık beyanının doğru olmadığı ileri sürülmemesi gerekçesine dayanılarak sözlü feragat vakıası sabit görülmüştür¹⁰⁴². Elbette genellikle sözlü feragatte bir ispat sorunuyla karşılaşmaktadır. Bundan dolayı, rekabet yasağı kaydının yürürlüğe girmesini engellemek isteyen işveren açısından en uygun çözümün feragatin yazılı şekilde

¹⁰³⁴ R.W. 1996–1997 (*Herman*, Jan: Het concurrentiebeding: tien jaar rechtspraak, Orientatie 12-december 2001, s. 230–231).

¹⁰³⁵ *Quist*, s. 119.

¹⁰³⁶ *Humblet/Rigaux*, s. 276.

¹⁰³⁷ *Quist*, s. 119.

¹⁰³⁸ *Vannes*, s. 283.

¹⁰³⁹ *Cuypers*, Schets van het Belgische Arbeidsrecht, s. 77; *Quist*, s. 118; *Van Der Paelt*, Evy: Kan u concurrentie door uw eigen (ex-) werknemers vermijden?, Ondernemer&Zelfstandige, Oktober 2004, s. 18. *Vannes*, s. 288.

¹⁰⁴⁰ *Carlier*, s. 71.

¹⁰⁴¹ *Carlier*, s. 72; *Vannes*, s. 288.

¹⁰⁴² Somut uyuşmazlıktaki tanık işverenin rakip bir firmaya geçse bile kariyerini engellemeyeceğini işçiye söylediği özel bir görüşme hakkında beyanda bulunmuştur. Arbrb. Brussel 18.2.2000, J.T.T. 2000, s. 486.

yapılması olduğu vurgulanmaktadır¹⁰⁴³. Tek başına işverenin iş sözleşmesinin sona erdiği tarihten itibaren 15 gün içinde karşı edimi ödememesi olgusundan hareketle işverenin rekabet yasağı kaydının uygulanmasından feragat ettiği sonucuna varılamaz¹⁰⁴⁴. Bazı içtihatlarda işçinin iş sözleşmesi sona ermeden rakip bir işletmede fiilen benzer bir pozisyonda çalışmasının veya bu konudaki niyetini net bir şekilde işverene açıklamasının ve işverenin de bu duruma itiraz etmemesinin rekabet yasağı kaydından örtülü bir feragat olarak anlamına gelebileceği görüşü benimsenmiştir¹⁰⁴⁵. Tersine öteki bazı kararlarda işçinin iş ilişkisinin sona ermesinden sonra yaptığı işin niteliğinin rekabet yasağı kaydının uygulanabilirliğini etkilemeyeceğine hükmedilmiştir¹⁰⁴⁶. Kimi İstinaf Mahkemesi kararlarında, rekabet yasağı kaydında karşı edim iş sözleşmesinin sona bulduğu tarihten başlayarak 15 gün içinde ödenmediği takdirde işverenin rekabet yasağından feragat etmiş sayılacağı açıkça kararlaştırılmışsa, karşı edimi bu süre içinde ödemeyen işverenin karşı edim borcundan kurtulacağı kabul edilmiştir¹⁰⁴⁷. Ayrıca işverenin feragat bildirimini iş ilişkisinin bitiminin ardından yapması da gerekmez. Eş söyleyişle, işveren daha iş ilişkisi sürerken rekabet yasağı kaydının uygulanmasından feragat edebilir¹⁰⁴⁸.

Belçika hukukunda işçinin karşı edim alacağının tabi olduğu zamanaşımı süresi bir yıldır. Bu bağlamda, bir yıllık zamanaşımı süresinin başlangıç tarihi sorgulanmalıdır. Belçika doktrininde bir yıllık zamanaşımı süresinin iş sözleşmesinin sona erdiği andan itibaren işlemeye başlayacağı kabul edilmektedir¹⁰⁴⁹. İşçi iş sözleşmesinin sona erdiği tarihte karşı edime hak kazanmaktadır. Şu kadar ki işçinin karşı edime hak kazanması işverenin iş sözleşmesinin sona erdiği tarihten itibaren on beş gün içinde rekabet yasağının uygulanmasından feragat etmemesine ilişkin bozucu şartın gerçekleşmemesine bağlıdır¹⁰⁵⁰. Buna karşılık, Brüksel İş Mahkemesi'nin bir kararında işçinin karşı edim talebinin ancak iş sözleşmesinin sona ermesini izleyen on beş günlük sürenin dolmasından bir yıl sonra zamanaşımına uğrayacağı sonucuna varılmıştır¹⁰⁵¹.

¹⁰⁴³ *Carlier*, s. 72.

¹⁰⁴⁴ *Carlier*, s. 72.

¹⁰⁴⁵ Arbrb. Brussel 16.9.1982, Soc. Kron. 1982, s. 354; Arbh. Brussel 19.11.1974, AR, s. 752.

¹⁰⁴⁶ Arbrb. Brussel 1.12.1987, J.T.T. 1988, s. 285.

¹⁰⁴⁷ Arbrb. Bergen, 28.4.1997, AR 13073; Arbrb. Luik 28.11.1994, J.T.T. 1995, s. 140.

¹⁰⁴⁸ Arbrb. Brussel 18.2.2002 2000, J.T.T. 2000, s. 486.

¹⁰⁴⁹ *Carlier*, s. 70.

¹⁰⁵⁰ "...Bozucu şarta bağlı bir borca ilişkin zamanaşımı süresi borcun ifa edileceği günde işlemeye başlar..." Arbh. Gent 8.5.2000, J.T.T. 2000, s. 453.

¹⁰⁵¹ Arbrb. Brussel 29.1.1999, J.T.T. 1999, s. 407.

3. Hollanda Hukuku

Hollanda hukukunda rekabet yasağı kaydının geçerliliği işverenin bir karşı edim üstlenmesi koşuluna bağlanmamış, ancak bazı açılardan karşı edime benzeyen ve hakkaniyete uygun bir tazminat (*billijke vergoeding*) olarak adlandırılan bir ödemeye yer ver verilmiştir. Buna göre, rekabet yasağı kaydı işçinin çalışma özgürlüğünü önemli ölçüde kısıtlıyorsa, hâkim işverenin işçiye rekabet yasağı süresi için bir tazminat ödemesine karar verebilir (Art. 7:653 lid 4 BW)¹⁰⁵². Hollanda öğretisinde işverenin rekabet yasağının katıksız bir biçimde uygulanmasında haklı bir menfaatinin olabileceği, buna karşılık rekabet yasağının da işçiye ağır bir şekilde zarar verebileceği belirtilmekte ve bozulan menfaat dengesinin işçiye ödenecek bir tazminatla yeniden kurulabileceği vurgulanmaktadır¹⁰⁵³. Maddede bir tazminattan (*vergoeding*) söz edilmekte, gerekçede ise bu terimin söz konusu kavramın zararın tazmini (*schadeloosstelling*, *schadevergoeding*) kavramından ayırt edilmesini sağlamak amacıyla özellikle kullanıldığı belirtilmektedir¹⁰⁵⁴. Bu açıklamadan kanunda düzenlenen tazminatın malvarlığına verilen zararın giderilmesine yönelik bir tazminat olarak anlaşılması gerektiği sonucuna varılmaktadır¹⁰⁵⁵. Hâkim tazminatın miktarını, somut olayın özelliklerini de göz önünde bulundurarak hakkaniyete göre tespit eder¹⁰⁵⁶. Koşulların değiştiği gerekçesine dayanılarak tazminatın tutarı değiştirilemez¹⁰⁵⁷. Hâkime tazminatın tutarının saptanmasında tanınan takdir yetkisinin hukuk güvenliğiyle yeterince bağdaşmadığı da iddia edilmektedir¹⁰⁵⁸. Hâkimin aynı bir tazminata hükmedip hükmedemeyeceği ilginç bir konudur. İşçinin rekabet yasağı süresince işyeri aracını kullanması, rekabet yasağının coğrafi sınırları dışında bir konutun işçiye tahsis edilmesi ve işverence satılan ürünlerin alımında işçiye ekstra bir indirim yapılması aynı tazminatın örnekleri arasındadır¹⁰⁵⁹. Hollanda öğretisinde tazminatın mutlaka para olarak ödenmesi gerektiği ve aynı tazminatın caiz olmadığı görüşü egemendir¹⁰⁶⁰. Ayrıca söz konusu tazminatın gerçek anlamda bir ücret olmadığı ve hatta tazminatın işçinin son ücretine

¹⁰⁵²Bouwens/Houwerzijl/Roozendaal, s. 87; Houweling/Loonstra, s. 209; Quist, s. 25; Treep, s. 66.

¹⁰⁵³Bouwens/Duk, s. 218; Houweling/Loonstra, s. 210.

¹⁰⁵⁴Houweling/Loonstra, s. 210.

¹⁰⁵⁵Houweling/Loonstra, s. 210.

¹⁰⁵⁶Bouwens/Duk, s. 218; Houweling/Loonstra, s. 211; Quist, s. 25.

¹⁰⁵⁷Bouwens/Duk, s. 218.

¹⁰⁵⁸Quist, s. 25–26.

¹⁰⁵⁹Houweling/Loonstra, s. 211.

¹⁰⁶⁰Houweling/Loonstra, s. 211.

denk gelen dönemsel ödemelerden oluştuğu hallerde dahi bir ücretten söz edilemeyeceği savunulmaktadır¹⁰⁶¹. Bundan dolayı hâkimin böyle bir tazminata hükmetmesi işçinin işsizlik ödeneğinden yararlanmasına engel değildir; ne var ki söz konusu tazminat ücrete tanınan ayrıcalıklardan yararlanamaz¹⁰⁶². Öte yandan işçinin iş ilişkisinin sona ermesinden önce mahkemeye başvurarak rekabet yasağı karşılığında hakkaniyete uygun bir tazminatın saptanmasını talep edip edemeyeceği tartışmalı diğer bir konudur. Bu soru genellikle olumlu yanıtlanmaktadır¹⁰⁶³. Ayrıca işçinin hakkaniyete uygun tazminatı, işverenin rekabet yasağına aykırılık savıyla açtığı bir davada sunduğu cevap dilekçesiyle istemesi de mümkündür¹⁰⁶⁴. Bununla birlikte, iş sözleşmesi işçinin kusurlu bir davranışı nedeniyle sona ermişse işverenin tazminat ödeme yükümlülüğü de ortadan kalkar¹⁰⁶⁵. Şayet işçi iş sözleşmesini usulsüz feshetmişse veya iş sözleşmesi işçinin kusurlu bir eyleminden dolayı işverence feshedilmişse, hâkim tazminata hükmedemez¹⁰⁶⁶. Aynı biçimde rakip bir işletmede işe girerek rekabet yasağını ihlal eden ve böylece rekabet yasağı kaydında kararlaştırılan ceza koşulunu ödeme borcu doğan işçi de tazminat hakkından yararlanamaz¹⁰⁶⁷. Hollanda içtihadında hâkimin işvereni, resen hakkaniyete uygun bir tazminata mahkûm edebileceğine ilişkin bazı kararlara rastlamak mümkündür¹⁰⁶⁸. Anılan yaklaşım doktrin tarafından da paylaşılmaktadır¹⁰⁶⁹. Hakkaniyete uygun tazminatın belirlenmesinde baskın faktör, işçinin son ücretidir. Hâkimlerin tazminatı saptarken bu faktörü çıkış noktası olarak kabul ettikleri dile getirilmektedir¹⁰⁷⁰. Bazı mahkemelerin eski işvereni, işçinin çalışma özgürlüğünün kısıtlandığı süre için işçinin son brüt ücretine denk gelen bir tazminat ödemeye mahkûm ettiği ifade edilmektedir¹⁰⁷¹. Örneğin hâkim, rekabet yasağının yürürlükte olduğu coğrafi bölgede işçinin ne kadar süre iş bulamayacağına yönelik bir öngöründe bulunmakta ve bilahare bu süreyi işçiye en son ödenen aylık brüt ücretle çarpmaktadır. Genel olarak

¹⁰⁶¹ *Bouwens/Duk*, s. 218.

¹⁰⁶² *Bouwens/Duk*, s. 218.

¹⁰⁶³ *Houweling/Loonstra*, s. 212.

¹⁰⁶⁴ *Houweling/Loonstra*, s. 212.

¹⁰⁶⁵ *Quist*, s. 26. Klasik örnek hırsızlık yapan işçinin durumudur. İşveren iş sözleşmesini işçinin hırsızlık yapması nedeniyle feshettiği veya hâkim aynı nedenle iş sözleşmesinin sona ermesine karar verdiği takdirde işçi Art. 7:653 lid 4 BW'de öngörülen tazminata hak kazanamaz. Ne var ki tazminat hakkının ortadan kalksa bile işçinin rekabet yasağına kaydına bağlılığı devam eder.

¹⁰⁶⁶ *Bouwens/Duk*, s. 218–219.

¹⁰⁶⁷ *Bouwens/Duk*, s. 219.

¹⁰⁶⁸ *Vzr. Rb. Tilburg* 13.8.2007, *JAR* 2007/221; *Ktr. Hilversum* 20.1.1988, s. 2824 (*Bouwens/Duk*'den naklen, s. 218)

¹⁰⁶⁹ *Houweling/Loonstra*, s. 217.

¹⁰⁷⁰ *Houweling/Loonstra*, s. 217.

¹⁰⁷¹ *Rb. Amsterdam* 30.1.1989, *KG* 1989, 8; *Rb. Dordrecht* 27.9.1995, *JAR* 1995/229.

hâkim işçinin diğer gelirlerini (üçüncü kişilerin ödediği ücret gibi) tazminattan mahsup etmektedir¹⁰⁷². Bunun dışında hâkim, tarafların sözleşmeyle kararlaştırdıkları tazminata da hükmedebilir. Assen Sulh Hukuk Mahkemesi'nin 2.10.2008 tarihli kararı ise bu konuda istisnai bir içtihatır. Somut uyuşmazlıkta ilk derece mahkemesi, işçiye eski işverence ödenen son ücretle rakip işletmeden aldığı ücret arasındaki fark tutarında bir tazminat ödenmesine karar vermiştir (€ 800)¹⁰⁷³. Tazminatı rekabet yasağının süresiyle ilişkilendiren yargı kararları da mevcuttur. Bu doğrultuda rekabet yasağının süresi uzadıkça tazminatın miktarı da artmaktadır. Örneğin işverenin birinci yıl için aylık € 500, birinci yılı takip eden altı ayda ise aylık € 750 tazminat ödenmesine hükmedilebilir¹⁰⁷⁴. İstatistiksel bir araştırma, mahkemelerin rekabet yasağının işçinin çalışma özgürlüğünü önemli ölçüde kısıtlamadığı gerekçesine dayanarak hakkaniyete uygun tazminat taleplerinin yaklaşık %85'ini reddettiğini göstermektedir¹⁰⁷⁵. Bu nedenle, 7:653 lid 4 BW'deki düzenlemenin uygulamada sınırlı bir rol oynadığına işaret edilmektedir¹⁰⁷⁶. Gerçekten yayınlanan içtihatların sadece %15'inde hakkaniyete uygun tazminat istemleri kabul edilmiştir. Dolayısıyla hâkimin rekabet yasağı nedeniyle çalışma özgürlüğü geniş ölçüde kısıtlanan işçiye hakkaniyete uygun bir tazminat ödenmesine karar verilmesi, Hollanda hukukunda hâlâ seyrek görülen bir durumdur¹⁰⁷⁷. Bununla birlikte, hâkimlerin bu hukuki aracı daha sık kullanmaları gerektiği dile getirilmektedir¹⁰⁷⁸. Ekleyelim ki uygulamada çok yaygın olmamakla birlikte, rekabet yasağı karşılığında işverenin sözleşmeyle bir karşı edim üstlendiği de görülmektedir¹⁰⁷⁹. Ne var ki işverenin karşı edim üstlenmiş olması, rekabet yasağı kaydının işçinin çalışma özgürlüğünü önemli ölçüde sınırladığı durumlarda hâkimin sözleşmeyle kararlaştırılan tutarı arttırma yetkisini ortadan kaldırmamaktadır¹⁰⁸⁰.

28 167 sayılı Kanun Tasarısında işverenin karşı edim borcu (*vergoedingsplicht*) rekabet yasağının kurucu geçerlilik koşulu olarak düzenlenmiştir. Böylece isteğe bağlı karşı edim (*facultatieve vergoeding*), yerini zorunlu karşı edime (*verplichte*

¹⁰⁷²Houweling/Loonstra, s. 218.

¹⁰⁷³Ktr. Assen 2.10.2008, JAR 2009, s. 19.

¹⁰⁷⁴Ktr. Sittard-Geleen 8.7.2009, JAR 2009/226.

¹⁰⁷⁵Houweling/Loonstra, s. 224.

¹⁰⁷⁶Houweling/Loonstra, s. 228.

¹⁰⁷⁷Loonstra, De rechtsbescherming van werknemers s. 466.

¹⁰⁷⁸Houweling/Loonstra, s. 228.

¹⁰⁷⁹Van Genderen/Fluit/Stefels/Witte/De Wolff, s. 159.

¹⁰⁸⁰Ktr. Hilversum 20.1.1988, Prg. 1988, s. 2824 (*Bouwens/Duk*'ten naklen, s. 219)

vergoeding) bırakmıştır¹⁰⁸¹. Tasarıda işverenin karşı edim borcunu ifa etmek zorunda olmadığı tek durum, işçinin kusuruyla iş sözleşmesinin sona ermesine sebebiyet vermesidir¹⁰⁸². Dolayısıyla işveren rekabet yasağının uygulanmasını istemese bile, diğer tüm hallerde karşı edimi ödemek zorundadır. Ayrıca tasarının ilk halinde işveren rekabet yasağı kaydından tek taraflı bir irade açıklamasıyla vazgeçememekteydi. Bundan dolayı, işverenin rekabet yasağı kaydının kararlaştırıldığı sırada ilgili işçiye bir rekabet yasağı getirmek isteyip istemediğini çok iyi düşünmesi ve rekabet yasağının uygulanmasından bir menfaat sağlayıp sağlamayacağını baştan değerlendirmesi gerektiği ifade edilmiştir¹⁰⁸³. Gerçekten feragat hakkının tanınmaması, işvereni güç bir duruma sokmaktadır. Zira işçiyle rekabet yasağı kaydı bağıtlayan işveren, karşı edimi borcunu da yüklenmektedir. Böyle bir durumda işletmesel menfaatlerini korumayı amaçlayan işverenin haksız rekabet hükümleri gibi alternatif hukuki yollara başvurması gerekecektir¹⁰⁸⁴. Tasarıdaki söz konusu düzenleme, öğretiden tarafından eleştirilmiştir¹⁰⁸⁵. Örneğin işçi iş sözleşmesinin sona ermesinin ardından farklı bir sektörde çalışmaya veya yüksek öğrenim yapmaya karar verse dahi, rekabet yasağı kaydından tek taraflı bir hukuki işlemle cayamayan işveren karşı edimi ödemeye devam edecektir. Böyle bir çözümün, menfaatler dengesine aykırı olduğu belirtilmektedir¹⁰⁸⁶. Hollanda öğretisinde Belçika hukukunda uygulanan sistemin benimsenerek, işverene iş ilişkisinin sona ermesinden başlayarak on beş gün içinde rekabet yasağı kaydından vazgeçme hakkı tanınmasının isabetli olacağı ileri sürülmüştür¹⁰⁸⁷. Böylelikle rekabet yasağından feragat ettiğini açıklayan işverenin karşı edim borcu da sona erecektir. Nitekim öğretiden tarafından yöneltilen haklı eleştirileri dikkate alan Hollanda Bakanlar Kurulu, tasarıda bu yönde bir değişikliğe giderek işverene iş sözleşmesinin sona erdiği tarihe kadar rekabet yasağı kaydından vazgeçme hakkı tanımıştır¹⁰⁸⁸. Tasarıda işverenin karşı edim borcunu parayla ifa etmek zorunda olduğuna ilişkin bir hükme yer verilmemiştir. Şu halde karşı edim aynı bir yardımcı da içerebilir¹⁰⁸⁹. Tasarıya göre işveren, hakkaniyete uygun bir karşı edim (*billijke vergoeding*)

¹⁰⁸¹ Loonstra, De rechtsbescherming van werknemers, s. 466.

¹⁰⁸² Quist, s. 55.

¹⁰⁸³ Quist, s. 55.

¹⁰⁸⁴ Quist, s. 55.

¹⁰⁸⁵ Loonstra, De rechtsbescherming van werknemers s. 466.

¹⁰⁸⁶ Loonstra, De rechtsbescherming van werknemers s. 466; Quist, s. 56.

¹⁰⁸⁷ Quist, s. 57.

¹⁰⁸⁸ Loonstra, De rechtsbescherming van werknemers s. 466

¹⁰⁸⁹ Quist, s. 59.

üstlenmelidir¹⁰⁹⁰. Ancak hakkaniyete uygun bir karşı edim/tazminat kavramından tam olarak ne anlaşılması gerektiği belirsizdir. MDW çalışma grubunun kanunda karşı edim için bir alt sınır belirlenmesi önerisi, Hollanda Bakanlar Kurulu tarafından reddedilmiştir¹⁰⁹¹. Tasarı gerekçesinde karşı edimin saptanırken rekabet yasağının süresi, coğrafi veya konu bakımından kapsamı gibi faktörlerin göz önünde bulundurulabileceği ifade edilmiştir¹⁰⁹². Ancak tasarıda asgari bir tutar öngörülmemesinin iş sözleşmesinin bağımlılık unsuruyla bağdaşmadığı, karşı edim için bir alt sınır saptanmasının işçiyle işveren arasında bu konuda yaşanabilecek hukuki uyuşmazlıkları önleyeceği ve hukuk güvenliğini sağlayacağı iddia edilmiştir¹⁰⁹³. Ayrıca bu tarz bir çözümün Hollanda'ya komşu ülkelerde benimsenen sistemle de örtüştüğü, gerek Belçika'da gerek de Almanya'da işverenin işçiye rekabet yasağı süresi için son brüt ücretin asgari %50'si kadar bir karşı edim ödemek zorunda olduğu vurgulanmaktadır¹⁰⁹⁴. 28 167 sayılı Kanun Tasarısının kadük olmasına karşın, doktrin işverenin karşı edim yükümlülüğünün rekabet yasağı kaydının geçerlilik koşulu haline getirilmesine yönelik *de lege ferenda* öneriler sunmayı sürdürmektedir. Buna göre, karşı edim ücretin belli bir yüzdesinden hareketle maktu olarak saptanmalı ve yasal düzenleme işverenin karşı edim borcuna asgari bir sınır koymalıdır¹⁰⁹⁵. Karşı edimin alt sınırının ise, Almanya ve Belçika'daki gibi işçinin son ücretin %50'si olması gerektiği savunulmaktadır¹⁰⁹⁶. Ayrıca hem işçiye hem de işverene gerçek zararlarının rekabet yasağı kaydıyla belirlenen karşı edim tutarından daha çok veya daha az olduğunu kanıtlama olanağı tanınması gerektiği kaydedilmektedir¹⁰⁹⁷. Şayet hâkim söz konusu iddianın doğru olduğu kanaatine varırsa, fiili zarara göre sözleşmeyle kararlaştırılan karşı edimi arttırabileceği gibi karşı edimin indirilmesine de karar verebilmelidir¹⁰⁹⁸. Böylece genel menfaatle (*hukuk güvenliği*) bireysel menfaat (*hakkaniyet*) bağdaştırılmış olacaktır¹⁰⁹⁹. Öte yandan işverene yürürlük süresi içinde dahi rekabet yasağının

¹⁰⁹⁰ Loonstra, De rechtsbescherming van werknemers s. 466

¹⁰⁹¹ Houweling, A.R.: Bevordering van de rechtszekerheid; een sterke vestingmuur? Wetsvoorstel wijziging concurrentiebedinf getoetst aan de rechtszekerheidsdoelstelling, Arbeid Integraal 2005/2, s. 5–27; Quist, s. 60.

¹⁰⁹² Kamerstukken II 2001/02, 28 617, nr. 5, p. 7.

¹⁰⁹³ Houweling, Bevordering van de rechtszekerheid, s. 7–8; Quist, s. 60.

¹⁰⁹⁴ Quist, s. 61.

¹⁰⁹⁵ Houweling/Loonstra, s. 326; Loonstra, De rechtsbescherming van werknemers, s. 479.

¹⁰⁹⁶ Loonstra, De rechtsbescherming van werknemers, s. 479.

¹⁰⁹⁷ Loonstra, De rechtsbescherming van werknemers, s. 479.

¹⁰⁹⁸ Loonstra, De rechtsbescherming van werknemers, s. 479.

¹⁰⁹⁹ Houweling/Loonstra, s. 327. Loonstra, De rechtsbescherming van werknemers, s. 479. Bir makalede karşı edimin *de lege ferenda* tutarıyla ilgili olarak paralel görüşler savunulmuştur:

uygulanmasından vazgeçerek karşı edim borcundan kurtulma hakkı tanınması hakkı tanınması gerektiği dile getirilmektedir¹¹⁰⁰. Böyle bir durumda işçi, işverenin rekabet yasağından cayması nedeniyle uğradığı zararın giderilmesini isteyebilmelidir¹¹⁰¹. Hollanda öğretisinde bazı yazarlar, karşı edimle ilgili şöyle bir düzenleme önermektedir: ‘2. İşveren birinci fıkrada belirtilen sınırlama (rekabet yasağı) süresi için işçiye sözleşmeyle kararlaştırılan bir tazminat (karşı edim) öder. İşçinin kusurlu bir davranışıyla iş sözleşmesinin sona ermesine yol açtığı hallerde tazminat (karşı edim) ödenmez. Bu tazminat işçinin zamana göre tespit edilen ücretinin en az % [xx]’ına denk gelir ve her ayın sonunda taksitler halinde ödenir. Hâkim somut olayın özelliklerine göre aşırı bulduğu tazminatı (karşı edim) indirebilir. 680. maddenin ikinci, üçüncü ve dördüncü fıkraları kıyasen uygulanır’¹¹⁰².

4. Fransız Hukuku

Fransız Yargıtayı’nın geçmiş içtihadında rekabet yasağı karşılığında işverenin maddi bir karşılık (*contrepartie financière*) yükümlenmesinin rekabet yasağı kaydının geçerlilik koşulları arasında yer almadığı görüşü benimsenmişti¹¹⁰³. Eski yargı içtihatlarında rekabet yasağı kaydının geçerliliği için yasağın kapsamının süre ve yer bakımından sınırlanması, yasağın işçinin eğitimine ve mesleki deneyime

“...Bizce diğer ülkelerde uygulanan temel normdan (ücretin %50’si) ayrılmak için bir neden yoktur. Bu tarz bir çözüm, uygulamada işverenlerin asgari normu rekabet yasağı kayıtlarında standart bir şekilde almalarına yol açacaktır. Ne var ki gerek işverenlere gerek de işçilere uğranılan fiili zararın rekabet yasağındaki tutardan daha yüksek olduğunu mahkeme önünde iddia etme olanağı tanınmalıdır. Şayet hâkim bu iddianın doğruluğuna kanaat getirirse kararlaştırılan tazminatı (karşı edimi) ortaya çıkan fiili zarar göre arttırma veya azaltma yetkisiyle donatılmalıdır. Bu şekilde hukuk güvenliğiyle (genel) hakkaniyet (kişisel) bağdaşmış olacaktır. 653. maddedeki para miktarını tazminat olarak gördüğümüzden işverenin her an (hatta rekabet yasağı yürürlükteyken) rekabet yasağı kaydından vazgeçebilmesi yönünde bir düzenleme yapılması ve böylece işverenin kararlaştırılan karşı edimi ödeme borcunun da ortadan kalkması önerilebilir. Buna karşılık işçiye mahkemeye başvurarak işverenin rekabet yasağından vazgeçmesinden ötürü zarar gördüğünü kanıtlama hakkı tanınmalıdır. İşçi zarar gördüğünü ispatlarsa hâkim işvereni tazminata mahkûm edecektir. Şimdilik art. 7:653 BW’yi işle ilişkilendirilmiş bir biçimde kurgulamak daha isabetli görünmektedir. Bu kendiliğinden geçmişle sert bir kopuş anlamına gelecektir. Yürürlükteki art. 7:653 yaklaşık yüzyıldan bu yana işverene, pozisyonu hesabı katmaksızın işçinin belli bir işletmede işe girmesi yasaklamasını caiz saymaktadır. Zorunlu karşı edimle birlikte işverenlerin önemli bir kısmı rekabet yasağı kaydı bağtılamayacak veya kararlaştırılan bir rekabet yasağı kaydından vazgeçeceklerdir....”
Loonstra, C.J./Zondag, W.A: Het concurrentiebeding-op zoek naar een nieuwe wettelijke regeling, In A. Jacobs & F. Pennings (Eds.), Een inspirerende Fase in het sociaal recht, Uitgeverij Paris, s. 59–78.

¹¹⁰⁰ Loonstra, De rechtsbescherming van werknemers, s. 479.

¹¹⁰¹ Loonstra, De rechtsbescherming van werknemers, s. 479.

¹¹⁰² Houweling/Loonstra, s. 327.

¹¹⁰³ Signoretto, s. 238. Buna karşılık toplu iş sözleşmesiyle karşı edimin yokluğunun geçersizlik yaptırımına bağlandığı durumlarda karşı edimin bir geçerlilik koşuluna dönüştüğü kabul edilmektedir (Cass. soc. 12.4.1995 n° 1646 D, Cie Central Sicli c/Philippot).

uygun faaliyetleri icra etmeyi sürdürmesini engellememesi ve işletmenin meşru menfaatlerinin korunması için gerekli olmasıkoşullarının tamamlanması yeterli kabul ediliyordu¹¹⁰⁴. Hatta karşı edimin rekabet yasağı kaydının zorunlu bir unsuru olduğu görüşünü benimseyen ilk derece mahkemelerince verilen kararlar Fransız Yargıtayı tarafından bozulmaktaydı¹¹⁰⁵. Aksine Yargıtay toplu iş sözleşmesinde aksine bir hüküm bulunmadığı takdirde tarafların karşı edimsiz bir rekabet yasağı kaydı kararlaştırabileceğini içtihat etmişti¹¹⁰⁶. Bununla birlikte, bu içtihada sağlam hukuki gerekçeler eşliğinde sert eleştiriler yöneltilmiş ve karşı edimsiz rekabet kayıtlarının Fransız Medeni Kanunu'nun 1131. maddesine ve ahlak kurallarına aykırı olduğu savunulmuştur¹¹⁰⁷. Öğretide bir görüş, maddi karşılık içermeyen her türlü rekabet etmeme borcunun sebepten yoksun olması nedeniyle geçersiz olduğu, rekabet yasağı kaydının sinalagmatik bir sözleşme niteliği taşıdığı, dolayısıyla işverenle işçinin karşılıklı ve birbirine bağlı yükümlülükleri borçlandıkları, işçinin karşı edimsiz bir yapmama borcunu ifaya zorlanamayacağı gibi nedenlere dayanarak borçlar hukukunun genel ilkelerinin ve Fransız Medeni Kanunu'nun 1131. maddesinin işverenin rekabet yasağı karşılığında işçiye bir miktar para ödemesini gerektirdiğini ileri sürmüştür¹¹⁰⁸. Buna karşılık bu analizin bir engele takıldığı, rekabet yasağı kaydının iş sözleşmesiyle bir bütün oluşturduğu tezi benimsendiği takdirde rekabetten kaçınmanın karşı ediminin de iş sözleşmesinde içkin sayılacağı, dolayısıyla spesifik bir karşı edimin gerekmeceği iddia edilmiştir¹¹⁰⁹. Bu nedenle karşı edim içermeyen rekabet yasağı kaydının sebepten yoksun olduğunun kabul edilebilmesi için rekabet yasağı kaydının iş sözleşmesinden bağımsız bir hukuki işlem ve sözleşme içinde ayrı bir sözleşme sayılması gerektiği vurgulanmaktadır¹¹¹⁰. Nihayet Fransız Yargıtayı 10 Temmuz 2012 tarihinde verdiği üç ilke kararıyla, işverenin bir karşı edim üstlenmesinin rekabet yasağı kaydının geçerlilik koşulları arasında yer aldığına hükmetmiştir: “...rekabet yasağı kaydı ancak işletmenin meşru menfaatlerinin korunması için gerekli olduğu, süre ve yer bakımından sınırlandırıldığı, işçinin iş görme ediminin özelliklerini göz önünde bulundurduğu ve işverenin işçiye karşı edim ödeme borcunu içerdiği takdirde geçerlidir. Bu koşullar birlikte

¹¹⁰⁴ *Taté*, s. 533.

¹¹⁰⁵ *Damy*, s. 39.

¹¹⁰⁶ Soc., 11 octobre 1990. n° 86.45.320.

¹¹⁰⁷ *Taté*, s. 533.

¹¹⁰⁸ Serra Y., obs. ss. Soc. 9 Oct. 1985, Bull. Civ., n° 442; D 1986. Jur. 420 (*Pignarre*, Louis Frédéric: *Contrepartie financière de la clause de non-concurrence et droit des obligations: jeux d'influences*, *Revue de Droit du Travail*, n° 3-mars 2009, s. 152)

¹¹⁰⁹ *Pignarre*, s. 152

¹¹¹⁰ *Pignarre*, s. 152–153.

*aranır...*¹¹¹¹ Fransız Yargıtayı yukarıda aktarılan üç ilke kararıyla çok önemli bir içtihat değişikliğine giderek, rekabet yasağı kaydının geçerliliğini kaydın işçi yararına parasal bir karşılık içermesi koşuluna bağlamıştır¹¹¹². Böylece rekabet yasağı kaydının sözleşme hukukunun genel ilkeleriyle uyumlu kılındığı ve işçinin rekabet etmeme borcunun sebebinin sözleşmede öngörülen maddi karşılık (karşı edim) olduğu ifade edilmektedir¹¹¹³. Ayrıca rekabet yasağıyla işçinin çalışma özgürlüğüne getirilen kısıtlamanın karşı edimle dengelendiği vurgulanmaktadır¹¹¹⁴. Ne var ki Fransız Yargıtayı'nın karşı edimi rekabet yasağı kaydının geçerlilik koşulu haline getiren ilke kararına eleştiriler de yöneltilmiştir. Buna göre, rekabet yasağı kaydının mutlaka sinalagmatik bir sözleşme olması gerektiği görüşünün ciddi bir hukuki dayanağı bulunmadığı ve tek taraflı bir rekabet yasağı kaydının da sebepten yoksun olmadığı savunulmaktadır¹¹¹⁵. Bu bağlamda, iş sözleşmesi karşısındaki özerkliğinin derecesi ne olursa olsun, rekabet yasağı kaydının iş sözleşmesiyle fonksiyonel bir birlik içinde olduğu ve rekabet yasağı kaydının sebebinin de aynı anda bağtlanan iş sözleşmesinde aranması gerektiği iddia edilmiştir. Diğer yandan İş Kodu'nun L.120-2. maddesinin kişi haklarına ve bireysel özgürlüklere yönelik bir müdahaleyi, işin niteliğinin böyle bir müdahaleyi haklı kılması ve müdahalenin varılmak istenen amaç yönünden ölçülü olması şartıyla caiz saydığına, ancak bu müdahalenin karşılığında bir ödeme yapılması gibi bir koşul aramadığına işaret edilmektedir¹¹¹⁶.

Fransız hukukunda karşı edimin tutarı ve alt sınırıyla bağlantılı sorunlar, çok sayıda yargı kararına konu olmuştur. Nitekim Fransız Yargıtayı'nın 15.11.2006 tarihli bir kararında, rekabet yasağı kaydında işçiye yüklenen rekabet etmeme borcuna karşılık son derece düşük bir karşı edim üstlenilmesinin karşı edimin yokluğuyla aynı anlama geldiği belirtilmektedir¹¹¹⁷. Yüksek Mahkeme 7.3.2007 tarihli bir başka kararında ise, karşı edimin tespitine ilişkin özelliklerin üzerinde durarak karşı edimin tutarının tek başına iş sözleşmesinin ifa süresine bağlı

¹¹¹¹ Soc. 10 juillet 2002. n° 99-43.334 á 99-43.336; Soc. 10 juillet 2002. . n°00-45.135; Soc. 10 juillet 2002. . n°00-45.387.

¹¹¹² *Damy*, s. 39; *Taté*, s. 533.

¹¹¹³ *Damy*, s. 41.

¹¹¹⁴ *Damy*, s. 41.

¹¹¹⁵ *Vatinet*, Raymonde: Les conditions de validité des clauses de non-concurrence: l'imbroglia Cass. soc. 10 juillet 2002, *Droit Social*, N°11-Novembre 2002, s. 949-954.

¹¹¹⁶ *Vatinet*, s. 952.

¹¹¹⁷ Cass. soc., 15 nov. 2006. Dava konusu uyuşmazlıkta karşı edim, işçinin aylık ücretinin %7'si kadardır.

olmadığını dile getirmiştir¹¹¹⁸. Gerçekten rekabet yasağı kaydı çerçevesinde karşı edim koşulunun nedeni, işçinin mesleki faaliyet icra etmesine olanak sağlayan temel hakka yönelik müdahaledir. Dolayısıyla karşı edimin tutarı, işçinin katlandığı yasağın boyutuyla orantılı olmalıdır¹¹¹⁹. Daha yalın bir anlatımla, karşı edimin miktarı rekabet yasağının süresiyle ve işçinin mesleki özgürlüğüne yönelik müdahalenin yoğunluğuyla orantılı bir şekilde belirlenmelidir¹¹²⁰. Bunun yanı sıra, karşı edim yürürlükteki toplu iş sözleşmesi hükmüyle çelişmemelidir. Şayet rekabet yasağı kaydı toplu iş sözleşmesiyle saptanandan tutardan daha düşük bir karşı edim öngörüyorsa kayıt geçersiz sayılır; böylelikle işçi rekabetten kaçınma borcundan kurtulur¹¹²¹. Öte yandan Fransız Yargıtayı aynı kararda, karşı edimin sadece iş sözleşmesinin sona ermesinin sona ermesini izleyen dönemde ödenebileceğini, aksi takdirde rekabet yasağı kaydının geçersiz sayılacağına hükmetmiştir¹¹²². Ayrıca işveren sözleşmede öngörülen karşı edimi ödemezse işçi rekabetten kaçınma borcundan kurtulabilir. Bununla beraber, işçi ancak rekabetten kaçınma borcunu ifa ettiği süre için karşı edim talep edebilir¹¹²³. Fransız hukukunda karşı edimin hukuki niteliği de tartışılmıştır. Bu doğrultuda Fransız Yargıtayı'nın 26.9.2002 tarihli bir kararında karşı edim ücret gibi değerlendirilerek sosyal sigorta primlerine tabi tutulmuş; diğer bazı kararlarda da karşı edimin işsizlik ödeneği ve ihbar tazminatıyla birlikte talep edilebileceğine hükmedilmiştir¹¹²⁴. Bununla birlikte, karşı edimin ücret gibi değerlendirilmesi hâkimin indirim yetkisini kullanmasını olanaksız kılmaktadır. Nitekim Fransız Yüksek Mahkemesi, Fransız Medeni Kanunu'nun ceza koşulunun

¹¹¹⁸ Cass. soc., 7 mars 2007. Somut uyuşmazlıkta karşı edim işçinin işyerindeki kıdemi dikkate alınarak komisyon da dahil olmak üzere ücretin %7'si olarak tespit edilmişti. Kararın değerlendirilmesi için bkz. *Auzero*, Gilles: *Montant et modalités de paiement de la contrepartie financière à l'obligation de non-concurrence*, RDV, mensuel-n°5- mai 2007, s. 308-309.

¹¹¹⁹ Karşı edim tutarının belirlenmesinde sadece işçinin kıdeminin dikkate alınmasının karşı edimin amacıyla bağdaşmadığı belirtilmektedir. *Damy*, s. 41.

¹¹²⁰ CA Versailles, 17e ch. soc., 20.2.2003, RG 01/02044, BICC 580 n° 819, *Les contrats de travail et leurs clauses*, par l'équipe rédactionnelle de RF social, s. 178.

¹¹²¹ Cass. soc. 13.1.1998, BC V n°8, *Les contrats de travail et leurs clauses*, par l'équipe rédactionnelle de RF social, s. 177.

¹¹²² Önceden işveren karşı edimi öderken iki farklı yöntemden yararlanabiliyordu. İlk olarak karşı edimin işçinin aylık ücreti artırılması ve bu artışın ücret hesap pusulasında gösterilmesi yoluyla ödenmesi mümkündür. İkinci yöntem ise, karşı edimin iş ilişkisinin sona ermesinin ardından ödenmesiydi. 7 Mart 2007 tarihli karar birinci seçeneğe başvurma olanağı ortadan kalkmıştır. Zira karşı edimin amacı rekabet etmeme borcunu ifayla yükümlü işçinin zararını gidermektedir. Dolayısıyla karşı edim işçinin çalışma özgürlüğünün borcun etkisiyle sınırlandığı anda, eş deyişle iş sözleşmesi sona erdikten sonra ödenmelidir. Şu halde karşı edimin aylık ücrete yapılacak bir zam şeklinde ödeneceğini düzenleyen rekabet yasağı kayıtları kesin hükümsüzlük yaptırımıyla karşılaşılabilecektir. Bu kararın metni ve değerlendirilmesi için bkz. Cass. soc. 7.3.2007 n° 554 FB-PBR, *Revue de Jurisprudence Sociale*, Mai 2007, s. 438-439.

¹¹²³ *Pignarre*, s. 154.

¹¹²⁴ *Damy*, s. 42.

hâkim tarafından indirilmesini düzenleyen 1152. maddesinin karşı edime uygulanamayacağına karar vermiştir¹¹²⁵. Karşı edimin bir ceza koşulu değil, işçinin çalışma özgürlüğünün kısıtlanmasının bedeli olduğu ve dolayısıyla hâkimin karşı edimde bir indirim gidemeyeceği belirtilmektedir¹¹²⁶. Bundan dolayı, karşı edim çok belirgin bir biçimde aşırı veya çok düşük olsa dahi, hâkim karşı edimi ne azaltabilir ne de arttırabilir¹¹²⁷; dengesiz bir karşı edime uygulanacak tek yaptırım geçersizliktir¹¹²⁸. Fransız hukukunda karşı edim götürü bir karaktere sahiptir. Rekabetten kaçınma borcunu ifa eden işçinin karşı edimi talep edebilmesi için çalışma özgürlüğünün kısıtlanmasından ötürü zarar gördüğünü kanıtlamasına gerek yoktur. Sonuç olarak, rekabet yasağının uygulanmasının işçiye herhangi bir zarar vermediği gerekçesiyle karşı edimin indirilemeyeceği vurgulanmaktadır¹¹²⁹. Öte yandan Fransız Yargıtayı, iş sözleşmesinin işçi tarafından feshi durumunda bir karşı edim öngörmeyen rekabet yasağı kaydının işçinin mesleki bir faaliyette bulunmasına imkân tanıyan temel hakla bağdaşmadığına ve bu yüzden geçersiz olduğuna karar vermiştir¹¹³⁰.

Fransız hukukunda işveren belli koşullara bağlı olarak rekabet yasağının uygulanmasından vazgeçebilmektedir. Bu bağlamda, rekabet yasağı kaydının bir karşı edim içerip içermediğine göre ikili bir ayırım yapılmaktadır¹¹³¹. Karşı edimsiz bir rekabet yasağı kaydı sadece işverenin menfaatlerini korumaktadır. Bundan dolayı işveren karşı edim üstlenmediği bir rekabet yasağının uygulanmasından vazgeçme hakkına sahiptir¹¹³². Ancak karşı edim öngören bir rekabet yasağı kaydı hem işverenin hem de işçinin menfaatlerini güvence altına almaktadır. İşverenin, sözleşmede aksi kararlaştırılmadığı sürece, karşı edim içeren bir rekabet yasağı kaydının uygulanmasından vazgeçemeyeceği ifade edilmektedir¹¹³³. Bununla birlikte vazgeçmenin geçerli olabilmesi için bazı koşulların tamamlanması aranmaktadır. Öncelikle vazgeçme beyanı açık olmalı ve iki türlü yorumlanabilecek bir nitelik taşımamalıdır. Özellikle toplu iş sözleşmesinin veya iş sözleşmesinin belli şekil koşulları ve süreler öngördüğü hallerde, salt işverenin davranışından rekabet

¹¹²⁵ *Signoretto*, s. 241; *Damy*, s. 42.

¹¹²⁶ *Signoretto*, s. 241.

¹¹²⁷ Cass. soc. 4.7.1983, BC V n° 380 (*Signoretto*'dan naklen, s. 241)

¹¹²⁸ *Damy*, s. 42.

¹¹²⁹ *Signoretto*, s. 241.

¹¹³⁰ Cass. soc. 27.2.2007 n° 392 F-P, RJD, Mai 2007, s. 438.

¹¹³¹ *Signoretto*, s. 241.

¹¹³² *Signoretto*, s. 241.

¹¹³³ Cass. soc. 30.5.1990, BC V n° (*Signoretto*'dan naklen, s. 241)

yasağından vazgeçildiği sonucunun çıkarılmayacağı kaydedilmektedir¹¹³⁴. Örneğin rakip olmayan bir işletmede hemen işe başlamak isteyen işçiden ihbar öneli içinde çalışmasının istenmemesi, işverenin rekabet yasağı kaydının uygulanmasından örtülü olarak vazgeçtiği anlamına gelmez; dolayısıyla işveren karşı edim borcundan kurtulamaz. Aynı şekilde çalışma belgesine veya ibranameye yazılan “*hiçbir borcu yoktur*” ibaresinin rekabet yasağı kaydından geçerli bir vazgeçme olarak yorumlanamayacağı vurgulanmaktadır¹¹³⁵. Öte yandan vazgeçme süresi toplu iş sözleşmesiyle veya iş sözleşmesiyle saptanmışsa işverenin vazgeçme beyanı bu sürenin dolmasından önce işçiye ulaşmalıdır¹¹³⁶. Buna karşılık vazgeçmenin süresini ve şeklini düzenleyen herhangi bir toplu iş sözleşmesi veya iş sözleşmesi bulunmadığı takdirde, işveren rekabet yasağından vazgeçtiğini iadeli taahhütlü bir mektup vasıtasıyla en geç iş ilişkisinin son bulunduğu tarihe kadar işçiye bildirmekle yükümlü tutulmaktadır¹¹³⁷.

III. Türk Hukuku

1. Tarihsel Gelişim

Türk hukukunda karşı edimle ilgili tarihsel sürecin kaynak İsviçre Borçlar Kanunu’ndaki değişikliklerden soyutlanarak incelenmesi olanak dışıdır. Daha İsviçre Borçlar Kanunu’nun rekabet yasağını düzenleyen hükümlerinin yürürlüğe girdiği 1911 tarihinden önceki dönemde dahi karşı edimin bir dizi bilim çevrelerince tartışılan bir konu olduğu belirtilmelidir. Bu çerçevede, rekabet yasağı kaydının geçerliliğinin işverenin bir karşı edimine bağlanmasının hakkaniyete uygun bir çözüm olduğunu ileri sürülmüştür¹¹³⁸. Böylece işçinin hukuki statüsü güvence altına alınarak rekabet yasağının olumsuz sonuçları hafifletilmiş olacaktır. Ne var ki İsviçre Kanun koyucusu işçi sendikalarının itirazlarına rağmen işverene böyle bir borç yüklemekten vazgeçmiş, İsviçre Borçlar Kanunu’nun rekabet yasağına ilişkin hükümlerinde karşı edimle ilgili herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir¹¹³⁹. 1971 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu reformunun arifesinde karşı edim sorunsalı yine

¹¹³⁴Signoretto, s. 242.

¹¹³⁵Signoretto, s. 242.

¹¹³⁶Cass. soc. 16.7.1997 BC V n°276 (Signoretto’dan naklen, s. 242)

¹¹³⁷Signoretto, s. 242.

¹¹³⁸Pidoux, s. 54.

¹¹³⁹Pidoux, s. 54.

gündeme gelmiştir. İsviçre Parlamentosu'nun 1953 yılında benimsediği bir önerge, Federal Konseyi rekabet yasağına ilişkin kurallarda değişiklik içeren bir tasarıyı kabul etmeye çağırıyordu. Bu önergede işçiye rekabet yasağı süresince bir tazminat ödenmesini talep eden işçi sendikalarının görüşü benimsenmişti¹¹⁴⁰. Söz konusu kuruluşlar, iş sözleşmesine ilişkin 1967 tarihli tasarının danışma süreci boyunca aynı görüşleri savunmaya devam ettiler. Ancak Federal Konsey ve uzmanlar, her olayda işvereni rekabet yasağı süresi boyunca işçiye bir karşı edim ödemeye zorlamanın doğru olmadığı ve karşı edimin toplu iş sözleşmeleriyle düzenlenmesi gerektiği gerekçesiyle karşı edim koşuluna karşı çıkmıştır¹¹⁴¹. Nitekim işçi sendikalarının ısrarla talep etmesine rağmen, 25.6.1971 tarihinde kabul edilen ve İsviçre Borçlar Kanunu'nun iş sözleşmesiyle ilgili hükümlerinde bir takım değişiklikler yapan Kanunda işverenin zorunlu karşı edim yükümlülüğü yer almamıştır¹¹⁴². Bununla birlikte, hâkime somut olayın özelliklerini de dikkate alarak aşırı bir rekabet yasağını sınırlama konusunda takdir yetkisi tanıyan yeni düzenlemede rekabet yasağını sınırlayan hâkimin işverenin üstlenmiş olabileceği karşı edimi de göz önünde bulundurmamak zorunda olduğu belirtilmektedir (Art. m. 340a/2).

İsviçre Borçlar Kanunu'nda rekabet yasağı kaydının geçerliliğinin işverenin bir karşı edim yükümlenmesi koşuluna bağlanmamasıyla ilgili olarak olumlu veya olumsuz çeşitli görüşler ortaya atılmıştır. İsviçre hukukunda karşı edim koşulunun yokluğunu eleştiren bir düşünceye göre, karşı edimsiz bir rekabet yasağı kaydı riskin tek tarafa yüklenmesine yol açmakta ve işverene, herhangi bir karşı edim üstlenmeksizin, rekabetten arındırılmış bir alan sayesinde bir artı değer yaratma olanağı sağlamaktadır¹¹⁴³. Buna karşın, rekabet yasağı kaydında hiçbir menfaati bulunmayan işçinin ekonomik geleceği, yasak nedeniyle tehlikeye girmektedir. İşverene aynen ifayı talep hakkı dahi veren rekabet yasağı kaydının yol açtığı risklerin ise, yalnızca Alman hukukundaki gibi karşı edim yükümlülüğü yoluyla bertaraf edilebileceği belirtilmektedir¹¹⁴⁴. Sinalagmatik yapıdaki bir rekabet yasağı

¹¹⁴⁰ *Pidoux*, s. 54.

¹¹⁴¹ *Pidoux*, s. 55.

¹¹⁴² *Haefliger*, s. 30.

¹¹⁴³ *Bohny*, s. 172.

¹¹⁴⁴ *Bohny*, s. 172. Bu bağlamda İsviçre Borçlar Kanunu'na yeni bir madde eklenerek işverenin iş ilişkisinin bitiminde rekabet yasağını sürdürmek isteyip istemediğini işçiye bildirmesi, rekabet yasağını sürdürmeyi arzulayan işverenin işçinin son aylık ücretinin asgari yarısını karşı edim olarak ödemesi, ayrıca işverene örneğin altı aylık bir ihbar öneline uyararak rekabet yasağından vazgeçme hakkının tanınması önerilmektedir. Ayrıca böyle yeni bir hükmün İsviçre Borçlar Kanunu'nun rekabet yasağını düzenleyen kurallarına (art. 340-340c CO) entegre edilebileceği

kaydının temel işlevi, işverenlerin piyasa menfaatleriyle iş sözleşmesi sona eren işçinin mesleki kariyerine yönelik tehlike arasında adil bir denge kurulmasıdır. Ayrıca rekabet yasağı kaydının geçerliliğinin işverenin karşı edim üstlenmesiyle ilişkilendirmesiyle birlikte, asıl amacı borçluyu (işçiyi) işyerine bağlamak olan haksız rekabet yasağı kayıtlarının önleyici etkisi ortadan kalkacaktır¹¹⁴⁵. Karşı görüş kanun koyucunun karşı edim zorunluluğundan vazgeçmesinin isabetli olduğunu, işçinin kendisiyle rekabet etmemesinde büyük bir menfaati olan işverenin geniş kapsamlı bir rekabet yasağını yalnızca karşı edim yoluyla ayakta tutabileceği öne sürülmektedir. Ancak işverenin rekabet yasağının uygulanmasına yönelik menfaatinin bu denli büyük olmadığı durumlarda yasağın kapsamı daha dar tutulacak, böylece işçinin katlanacağı kısıtlamanın karşılığında bir karşı edim ödenmesi gerekmeyecektir¹¹⁴⁶. Öte yandan karşı edim tutarının saptanmasının da güç olduğu savunulmaktadır. Örneğin işçinin son ücretinin tamamının dar kapsamlı bir rekabet yasağı için karşı edim olarak kararlaştırılmasının işvereni haksız bir şekilde güç bir duruma sokacağı dile getirilmektedir¹¹⁴⁷. Oysa aşırı bir rekabet yasağını sınırlayan hâkime işverenin üstlendiği olası karşı edimi de göz önünde tutma ödevi yükleyen hükmün, somut olayın özelliğine göre işverene rekabet yasağı kaydında bir karşı edim taahhüt edip etmeme hususunda bir olanak sağladığı ve bunun da makul bir çözüm olduğu ifade edilmektedir¹¹⁴⁸.

İsviçre'den iktibas edilen Eski Türk Borçlar Kanunu'nda karşı edimle ilgili herhangi bir düzenleme bulunmuyordu. İsviçre Borçlar Kanunu'nun güncel metninin bir çevirisi niteliğindeki 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun rekabet yasağını düzenleyen maddeleri de karşı edimin rekabet yasağının geçerlilik koşulu olduğuna ilişkin bir kural içermemektedir. Gerçi yeni mevzuat hâkime, aşırı nitelikteki rekabet yasağını, bütün durum ve koşulları serbestçe değerlendirmek ve işverenin üstlenmiş olabileceği karşı edimi de hakkaniyet uygun biçimde gözönünde tutmak suretiyle, kapsamı veya süresi bakımından sınırlama yetkisi vermektedir (TBK m. 445/2). Bu

dile getirilmektedir. *Rudolph*, La problématique de la prohibition de faire concurrence, s. 103 dpn. 38. (Makalenin Almanca metni için bkz. Fokus Arbeitsrecht: Sorgenkind Konkurrenzverbot, TREX 2010 s. 88–92)

¹¹⁴⁵ *Bohny*, s. 173.

¹¹⁴⁶ *Haefliger*, s. 31.

¹¹⁴⁷ *Haefliger*, s. 31.

¹¹⁴⁸ *Haefliger*, s.31. Yazar uygulamanın anılan tespiti teyit ettiğini, rekabet yasağının uygulanmasında ciddi bir menfaate sahip işverenlerin taraf olduğu rekabet yasağı kayıtlarının bir karşı edim içermesinin yasal bir zorunluluk bulunmamasına rağmen kimya sektörü gibi iş kollarında neredeyse mutlak hale geldiğini bildirmektedir.

bağlamda işverenin karşı edim yükümlülüğüyle bağlantılı bir dizi soruya yanıt aranmalıdır: Kanunun karşı edimi açıkça bir geçerlilik koşulu olarak düzenlememesi, karşı edimsiz rekabet yasağı kayıtlarının geçerli sayılması sonucunu mu doğuracaktır? Karşı edim konusunda bir hukuk boşluğu olduğu varsayılarak yargı kararlarının bu boşluğu doldurması önerilebilir mi? Çok daha net bir anlatımla, yargısal içtihatla karşı edim zorunluluğu getirilebilir mi? Rekabet yasağının geçerliliğini işverenin bir karşı edim borçlanması koşuluna bağlamayan ve tek tarafa (işçiye) borç yükleyen bir sözleşme modeline cevaz veren bir yapı, olması gereken hukuk (*de lege ferenda*) açısından ne kadar isabetlidir? İşçinin çalışma ve sözleşme özgürlüğünü kısıtlayan bir sözleşmede karşı edim koşuluna yer vermemek suretiyle işverenin çıkarlarını önceleyen hukuki normlar Anayasa'ya aykırı mıdır? Bu sorulara yanıt vermeden önce öğretilerde ortaya atılan görüşlere kısaca değinmek yararlı olacaktır.

2. Karşı Edimin Geçerlilik Koşulu Olup Olmadığı Sorunsalı

a) Karşı Edimin Geçerlilik Koşulu Olmadığını Savunan Görüş

Eski Borçlar Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde, bazı yazarlar yasal düzenlemenin karşı edim koşulu öngörmemesine eleştirisel bir gözle yaklaşmıştır. Fransız Yargıtay'ının 2002 yılında verdiği ilke kararına yollama yapan bir yazar, işverenin karşı edim borcu altına girmesinin sözleşmeler hukukunun bir gereği olarak görüldüğünü, sinallagmatik sözleşmelerde hak ve borçların karşılıklı olması gerektiğini, nitekim Fransız Yargıtay'ının da yasada açık bir hükmün yokluğuna rağmen sözleşmeler hukukunun genel ilkeleriyle mesleki faaliyetin serbestçe yerine getirilmesinin kural olduğu görüşünden koşulundan hareketle rekabet yasağı sözleşmelerinin geçerliliğini işverenin karşı edim ödeme koşuluna bağladığını, Fransız Yargıtay'ının bu içtihadının hukukumuzda da referans olması gerektiğini vurgulayarak işverenin karşı edim borcunun açık bir şekilde düzenlenmesi gerektiğini savunmuştur¹¹⁴⁹. Yazara göre ülkemizde toplu iş sözleşmesinden yararlanan işçilerin sayısının azlığı, kanun koyucunun müdahalesini gerekli kılmaktadır¹¹⁵⁰. Paralel görüşler ileri süren bir diğer yazar da; rekabet yasağına

¹¹⁴⁹ Özdemir, Erdem: İş Sözleşmesinin İçeriği ve Ücret, III. Yılında İş Yasası (Seminer Notları), Bodrum 2005, s. 51-52.

¹¹⁵⁰ Özdemir, III. Yılında İş Yasası (Seminer Notları), s. 52.

muhatap olan işçinin ekonomik özgürlüğünü korumak amacıyla rekabet yasağın geçerliliğinin bir karşılıklılık şartına tabi tutulması ve bu karşılıklılık şartı uyarınca rekabet yasağının başladığı tarihten itibaren işçiye karşı edim ödenmesi gerektiğini, bu çözümün işverenleri rahatsız edecek bir boyutunun akla gelebileceğini, çünkü işverenin bir veya iki yıl rekabet yasağı koyduğu ve çalıştırmadığı işçiye karşı edim ödeyeceğini, “işveren rekabet yasağını kaldırdığı an, bu bağlamda ücret ödeme yükümlülüğünden kurtulacaktır” şeklinde bir düzenleme getirilerek rekabet yasağındaki bulanıklığın ortadan kaldırılmış olacağını dile getirmiştir¹¹⁵¹. Geniş ölçüde Fransız hukukundan esinlenen bir başka yazar, rekabet yasağı sözleşmesi ile işçinin anayasal özgürlükleri olan çalışma ve sözleşme özgürlükleri kısıtlanırken; Türk hukukunda işverenin karşı edim mecburiyetinin bulunmamasının karşılaştırmalı hukuk düzenlemeleri de dikkate alındığında bir eksiklik olduğunu, her ne kadar toplumsal yaşamda hukuki işlem yapmadan ve dolayısıyla ekonomik özgürlükle kısıtlanmadan yaşamak mümkün olmasa da sözleşmelerin kişinin ekonomik varlığını ortadan kaldırmadığı sürece geçerli sayıldıklarını, bu nedenle iş sözleşmesi sırasında işçiden yararlanan işverenin sözleşme sona erdikten sonra işçinin kendisiyle rekabet etmesini istemiyorsa bunun uygun bir bedelini işçiye ödemesi gerektiğini, zira rekabet yasağı sözleşmeleri her ne kadar bir takım geçerlilik koşullarına tabi olsa da işçinin tek geçim kaynağının ücret olduğunu, ayrıca Türk hukukundaki mevcut düzenlemenin sonucu olarak ceza koşulu ile üstlenilen edimin iş sözleşmesi içinde karşılığı bulunmadığını, sinalagmatik sözleşmelerde hak ve borçların karşılıklı olması gerektiğini, işçinin herhangi bir sebep olmaksızın ve herhangi bir karşılık almaksızın tek taraflı bir borç altına girmesinin borçlar hukukunun temel ilkeleriyle bağdaşmadığını, işçi sözleşme ile özel bir yükümlülük altına giriyorsa bunun bir mantığının ve nedeninin olmasının gerektiğini belirterek Türk hukukunda da işverenin bir karşı edim üstlenmesinin rekabet yasağı kaydının geçerlilik koşulu kılınması gerektiği sonucuna ulaşmıştır¹¹⁵².

¹¹⁵¹ Şahlanan, Fevzi: İş Sözleşmesinin İçeriği ve Ücret, Genel Görüşme, III. Yılında İş Yasası (Seminer Notları), Bodrum 2005, s. 68.

¹¹⁵² Savaş, Fatma Burcu: Rekabet Yasağı Sözleşmeleri (Türk ve Fransız Hukuklarına İlişkin Mukayeseli Hukuk Çalışması), LİHSGHD 2007/13, s. 111.

b) Karşı Edimin Geçerlilik Koşulu Olduğunu Savunan Görüş

Öğretide karşı edimden yoksun rekabet yasağı kayıtlarının içtihat yoluyla geçersiz sayılması gerektiği de savunulan tezler arasındadır. Nitekim Yargıtay'ın 2004 yılında bireysel iş ilişkisinin kurulması, hükümleri ve değerlendirilmesi seminerinde tebliğ sunan bir yazar; rekabet yasağında içtihatla veya yasama yoluyla bir karşı edim getirmenin avantajlı olduğu, uygulamada işverenin ekonomik menfaatlerini dahi ihlal etmeyen işçilerle rekabet yasağı sözleşmesi akdedildiğini, rekabet yasağı kayıtlarının neredeyse tüm iş sözleşmelerinde görüldüğünü, usul ekonomisine aykırı bu durumun dava yükünü arttırdığını, karşı edim yüklenmek zorunda kalacağını bilen işverenin ekonomik menfaatinin zedelenip zedelenmediğini kendisinin tespit edeceğini, şayet işveren menfaatinin ağır bir şekilde ihlal edileceğini öngörüyorsa karşı edimi göze alarak iş sözleşmesine rekabet yasağı kaydı koyacağını, buna karşın karşı edimin gereksiz rekabet kayıtlarına başvurulmasını önleyeceğini kaydetmiştir¹¹⁵³. İstanbul Barosu Çalışma Komisyonunca düzenlenen '*İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri*' 11. yıl toplantısının genel görüşme bölümünde söz alarak Almanya, Hollanda ve Belçika gibi ülkelerde rekabet yasağına karşılık işçiye bir karşı edim ödenmesinin yasal düzenlemeyle kabul edildiğini, Fransız Yargıtay'ının ise karşı edime ilişkin hiçbir pozitif hukuk normu bulunmamasına rağmen karşı edim içermeyen rekabet yasağı kayıtlarının geçersizliğine hükmettiğini, buna gerekçe olarak da karşı edimsiz rekabet yasağı kayıtlarının işçinin Anayasal çalışma özgürlüğünü orantısız bir şekilde sınırlamasının ve işçinin rekabet yasağının sürdüğü dönemde çalışmaması nedeniyle kendisiyle ailesinin yaşamını sürdürebileceği bir gelirden yoksun kılınmasının iş hukukunun koruyucu yapısı ile bağdaşmamasının gösterildiğini, iş sözleşmesinin içeriğinin hazırlanmasında işverenin iradesi etkili olduğundan işçinin tek tarafa borç yükleyen bir rekabet yasağı kaydını bizzat özgür iradesi ile kabul ettiğinin söylenemeyeceğini, giderek Yargıtay'ın da benzer bir yol izleyerek maddi karşılık içermeyen rekabet yasağı kayıtlarını geçersiz sayması gerektiğini ifade etmiştik¹¹⁵⁴. Nihayet Fransa'da karşı edimsiz rekabet yasağı kayıtlarının içtihat hukukuyla

¹¹⁵³ Engin, Murat: Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2004, bireysel iş ilişkisinin kurulması, hükümleri ve değerlendirilmesi, Genel Görüşme, s. 44–45.

¹¹⁵⁴ Şahlanan, Fevzi: Rekabet Yasağı Sözleşmesi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 11. yıl toplantısı, Genel Görüşme, Emre Ertan, s. 94.

geçersiz sayılması karşılaştırmalı iş hukukukunda hâkimin hukuk yaratarak yasal boşlukları doldurmasına ilişkin örnekler arasında zikredilerek, hakim in sosyal seçim ölçütleriyle ilgili yasal boşluğu doldurulmasında da benzer bir yöntemden yararlanabileceği belirtilmiştir¹¹⁵⁵.

c) Karşı Edimsiz Bir Rekabet Yasağı Kaydının Anayasa'ya Aykırı Olduğu Görüşü

İşverenin karşı edim yükümlülüğünün 6098 sayılı Borçlar Kanunu'na alınmamış olması rekabet yasağına ilişkin kanun hükümlerinin Anayasa'ya uygun olup olmadığı tartışmasını da beraberinde getirmiştir. Nitekim karşı edimin kanuna alınmamış olmasını önemli bir eksiklik olarak niteleyen bir yazar, rekabet yasağına ilişkin düzenlemenin bu hali ile Anayasa'ya ve çalışma özgürlüğüne aykırı olduğunu ileri sürmenin dahi mümkün olabileceğinden söz etmiştir¹¹⁵⁶.

d) Görüşümüz

Rekabet yasağı kaydı, iş sözleşmesinin sona ermesini izleyen dönemde eski işvereniyle rekabet etmeme borcu yüklediği işçinin çalışma ve sözleşme özgürlüğünü sınırlayan bir hukuki araç olup; yer, zaman ve konu açısından çok geniş kapsamlı bir rekabet yasağı işçinin çalışma ve sözleşme özgürlüğünü fiilen ortadan kaldırabilir.

¹¹⁵⁵ “...Fransız iş hukukunda, işçinin iş ilişkisinin sona ermesinden sonra işverenle rekabet etmesini yasaklayan sözleşme kayıtlarının geçerlilik koşullarını düzenleyen yasal bir hüküm bulunmamakta olup, rekabet yasağı kayıtlarını sınırlayan koşullar yargı içtihatlarınca tespit edilmiştir. Anılan koşullar; rekabet yasağı kaydının zaman ve yer bakımından sınırlanmış olması, işletmenin meşru çıkarlarının korunması açısından gerekli olması ve bir maddi karşılığının bulunması olarak sıralanabilir. Önceleri rekabet yasağının zaman ve yer bakımından sınırlanmasını yeterli gören Yüksek Mahkeme, 14 Mayıs 1992 tarihli kararıyla iş sözleşmesine konulan rekabet yasağı kaydının işletmenin meşru çıkarlarının korunması açısından gerekli olmasının zorunlu olduğu koşulunu da Fransız İş Kodunun Art. L.120-2 maddesine dayanarak öteki koşula ilave etmiştir. Fransız Yargıtayı, 10 Temmuz 2002 tarihli ilkesel nitelikli tarihi kararında ise, işçiye iş ilişkisinin sona ermesinden sonra işverenle rekabet etmeme yasağı getiren sözleşme kayıtlarının geçerliliğini, işverenin rekabet yasağı karşılığında işçiye maddi bir karşılık ödemesi koşuluna bağlı olduğuna hükmetmiştir. İşçi ve işveren arasında var olan sözleşmenin kuruluş aşamasındaki eşitsizliği ve işçiyle işveren arasındaki menfaatler dengesini de göz önüne alan Fransız Yüksek Mahkemesi, işçinin karşılıksız olarak böyle bir yükümlülük altına girmesini, temel bir anayasal ilke olan çalışma özgürlüğüne ve Fransız İş Kodunun Art. L.120-2 maddesine aykırı bulmuştur...” Güzel, Ali; Emre, Ertan: Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Sosyal Seçim Ölçütleri, Legal İHSGHD 2007/16, s.1289-1290.

¹¹⁵⁶ Özdemir, Erdem: 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun İş Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Hükümlerine Eleştirel Bir Bakış, Sicil İş Hukuku Dergisi, Aralık 2011, Sayı 24, s. 113; Çalışma Hayatı Açısından Yeni Borçlar Kanunu ve Ticaret Kanunu Semineri, Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu, 20-12 Eylül 2011 İstanbul, s. 191.

Bu bağlamda, sadece işverenin işletmesel menfaatleri gözetilerek kaleme alınan bir rekabet yasağı kaydı işçiye herhangi bir yararı sağlamamakta; tersine işçinin çalışma ve sözleşme özgürlüğü işverenin çıkarlarına feda edilmektedir. Bir an için işçinin çalışma ve sözleşme özgürlüğüyle kişilik haklarını kısıtlayan rekabet yasağı kaydını özgür iradesiyle kabul ettiği ileri sürülse dahi, iş sözleşmesinin *sui generis* yapısı böyle bir argümanı çürütmektedir. Gerçekten, istisnalar bir yana bırakılırsa, taraflar sözleşme kurulmadan önce sözleşmede yer alan kayıtları müzakere etmemekte; işçi işveren tarafından hazırlanan ve kimi zaman genel işlem koşulları niteliği taşıyan bir metnin altına imza atarak işe başlamakla, önüne uzatılan metni imzalamayı reddederek sözleşme görüşmelerine son vermek arasında bir tercih yapmak zorunda kalmaktadır. Kaldı ki işverenle belli ölçülerde pazarlık olanağına sahip üst düzey yöneticiler ve kalifiye işçiler dahi sözleşmenin müzakere aşamasında daha çok ücret ve diğer çalışma koşullarını tartışma konusu yapmakta, hukuki etkisini iş ilişkisinin sona ermesinin ardından gösterecek rekabet yasağı kaydını fazla önemsememektedir. Özetle genellikle katılma sözleşmesi (*contrat d'adhesion*) karakteri gösteren ve işletmesel menfaatleri korumayı amaçlayan rekabet yasağı kayıtlarının işçinin özgür iradesinin bir ürünü olarak nitelendirilmesi mümkün değildir

Anayasal temel hakların özel hukuk ilişkileri üzerindeki etkisi çağdaş hukuk tarafından tartışmaz bir şekilde kabul edilmektedir. Bireyin temel hakları arasında yer alan çalışma ve sözleşme özgürlüğü de esasen bir özel hukuk ilişkisi olan iş sözleşmesi üzerinde dolaylı veya doğrudan dikey bir etki yaratmakta; böylece gerek kanun koyucuya gerek hâkime iş sözleşmesiyle ilgili olarak bir takım ödevler yüklemektedir¹¹⁵⁷. Şu halde rekabet yasağı kaydının işçinin temel haklarına yönelik olumsuz etkisini ortadan kaldırmak veya hafifletmek devlete ait bir yükümlülüktür. Devlet söz konusu yükümlülüğünü yerine getirirken iki farklı teknikten birini tercih edebilir. İlk olarak yasama gücünü kullanarak rekabet yasağının işçinin çalışma ve sözleşme özgürlüğünü ortadan kaldırmasını veya aşırı bir şekilde sınırlandırmasını engelleyecek pozitif hukuk kuralları vazedebilir. Nitekim rekabet yasağının işçinin çalışma ve sözleşme özgürlüğünü zedeleyecek boyutlara varmasının engellemesinde yaygın yol, kanun koyucunun müdahalesidir. Örneğin ayrıntılı olarak incelediğimiz Almanya, Hollanda ve Belçika gibi ülkelerin de aralarında bulunduğu pek çok ülkede rekabet yasağı kaydı kanunla düzenlenmiştir. Aynı doğrultuda Türk hukuku da

¹¹⁵⁷ İş ilişkisinde temel hakların rolü hakkında detaylı bilgi için bkz. Ertürk, Şükran: İş İlişkisinde Temel Haklar, s. 31-60.

rekabet yasağının sınırlanmasında yasama yöntemini kullanmıştır. Buna karşılık, rekabet yasağı kaydıyla ilgili herhangi bir pozitif hukuk normunun var olmadığı Fransa'da rekabet yasağı kaydına ilişkin hukukun tamamı yargının eseridir. İster yasayla düzenlensin ister içtihatla yaratılsın, rekabet yasağı kaydıyla ilgili hukuk kurallarının özü sözleşme özgürlüğünün işçi lehine kısıtlanmasıdır. Önemle belirtelim ki, işçinin çalışma özgürlüğünün korunması kaygısıyla hareket eden kanun koyucunun veya hâkimin rekabet yasağı kaydı alanında sözleşme özgürlüğünü işçi lehine daraltırken kullandığı teknikler, çağdaş hukuk sistemlerinin tamamında aşağı yukarı özdeştir. Bu noktada, rekabet yasağı kaydının yazılı şekil koşuluna tabi tutulması, işçinin ergin veya fiil ehliyetine sahip olmasının aranması, işverenin haklı bir işletmesel menfaatinin olmadığı rekabet yasağının işçi yönünden bağlayıcı sayılmaması, rekabet yasağının kapsamının yer, süre ve konu bakımından sınırlanması ve hâkime aşırı rekabet yasağına müdahale yetkisinin tanınması gibi tekniklerle rekabet yasağı kaydının işçinin temel hakları üzerinde yarattığı olumsuz etki giderilmeye çalışılmaktadır. Ne var ki sıralanan söz konusu tekniklerin hiçbiri yalnızca işçiye rekabet etmeme borcu yükleyen tek taraflı bir rekabet yasağı kaydının işverenin işletmesel menfaatlerine hizmet eden bir sözleşme olduğu gerçeğini değiştirmemektedir. Zira iş sözleşmesinde tek tarafa borç yükleyen bir rekabet yasağı kaydı yer alan işçinin çalışma ve sözleşme özgürlüğü sınırlanmakta, ancak işçi bunun karşılığında hiçbir şey elde edememekte, başlangıçta önemsemediği veya belki haberdar dahi olmadığı bir sözleşme kaydı nedeniyle mesleğini serbestçe icra edememektedir. Tek taraflı bir rekabet yasağının ortaya çıkardığı çok daha ciddi bir sakınca, rekabet yasağı nedeniyle mesleğini icra edemeyen işçinin kendisinin ve ailesinin yaşamını sürdürecektir bir gelirden yoksun kalmasıdır. Rekabet yasağından ötürü çalışma özgürlüğü sınırlanan ve yaşamını idame ettirebileceği bir işte çalışmayan işçinin ekonomik yıkıma uğraması neredeyse kaçınılmazdır. Rekabet yasağı kaydının tek tarafa (işçiye) borç yükleyen bir sözleşme olarak kurgulanması, temel amacı ve varlık nedeni iş sözleşmesinin zayıf tarafı işçinin korunması olan iş hukukunun temel felsefesiyle çeliştiği gibi, böyle bir tercih menfaatler dengesiyle de bağdaşmamaktadır. Deyim yerindeyse tek taraflı bir rekabet yasağı kaydında terazinin işverene ait kefesine en küçük bir ağırlık koyulmadığından kefe tamamen havadayken, işçiye ait kefe rekabet etmeme borcunun ağırlığıyla yere yapışmaktadır. Menfaat eşitsizliğini gidermenin biricik yolu, işverenin kefesine de bir ağırlık yükleyerek teraziyi dengede tutmaktır. Buna göre rekabet yasağı kaydının iş

hukukunun özgün yapısıyla ve ruhuyla uyumlu bir hale getirilmesi, işçinin piyasa çıkarları uğruna çalışma ve sözleşme özgürlüğünün sınırlanmasına katlanması karşılığında işverenin de bir karşı edim üstlenmesinin rekabet yasağı kaydının geçerlilik koşulu sayılmasına, eş deyişle rekabet yasağı kaydının sinalagmatik bir yapıya dönüştürülmesine bağlıdır. Gerçekten çağdaş hukuk sistemlerinin hemen hemen tamamında, işverenin karşı edim üstlenmediği rekabet yasağı kayıtları geçersiz kabul edilmektedir. Yukarıda son derece detaylı olarak aktarılan Alman ve Belçika hukuklarında işverenin işçinin aylık son ücretinin asgari %50'si tutarında bir karşı edim taahhüt etmesi rekabet yasağı kaydının geçerlilik koşuludur. Keza rekabet yasağı kayıtlarına ilişkin pozitif hukuk kurallarının bulunmadığı Fransız hukukunda karşı edim içermeyen rekabet yasağı kayıtları, yargı içtihatlarıyla geçersiz sayılmaktadır. Öte yandan karşı edimi zorunlu görmeyen Hollanda hukukunda, rekabet yasağı kaydı işçinin çalışma özgürlüğünü önemli ölçüde kısıtladığı takdirde hâkime işvereni işçiye rekabet yasağı süresi için bir makul tazminat ödemeye mahkûm etme yetkisi tanınmıştır. Kaldı ki işverenin karşı edim yükümlülüğünü rekabet yasağı kaydının geçerlilik koşulu olarak düzenleyen 28 167 sayılı tasarının da son anda kabul edilmediği anımsatılmalıdır. Ekleyelim ki, işverenin karşı edim üstlenmesini rekabet yasağı kaydının geçerlilik koşulu sayan ülkeler Almanya, Belçika ve Fransa'dan ibaret değildir. İsveç'te işverenin karşı edim ödemediği bir rekabet yasağı her halükarda geçersiz addedilmektedir. Karşı edim işçinin son ücretinin azami %60'ıdır. Ayrıca işçinin son ücretiyle yeni işveren tarafından ödenen ücret arasındaki fark da yeni işveren tarafından karşılanmaktadır¹¹⁵⁸. Danimarka hukukunda rekabet yasağının geçerli olabilmesi için yazılı sözleşmenin bir tazminat (karşı edim) içermesi gerekmektedir. İş ilişkisi işçinin sözleşmeye aykırı bir davranışından ötürü sona ermediği müddetçe, işveren rekabet yasağı süresi boyunca işçiye son ücretinin %50'si tutarında bir karşı edimi her ay ödemekle yükümlüdür¹¹⁵⁹. İşveren iş sözleşmesinin sona erdiği tarihten en geç altı ay önce rekabet yasağı kaydından vazgeçebilir. Ancak işveren rekabet yasağı kaydından daha sonra vazgeçerse işçi en az üç aylık ücreti tutarında bir karşı edime hak kazanır¹¹⁶⁰. İşçi başka bir işverenin yanında işe başladığı ve en az karşı edimin tutarına denk bir ücret aldığı takdirde işveren karşı edim ödemek zorunda değildir¹¹⁶¹. Finlandiya'da

¹¹⁵⁸Edenfeld, s. 481.

¹¹⁵⁹Edenfeld, s. 482.

¹¹⁶⁰Houweling/Loonstra, s. 316.

¹¹⁶¹Houweling/Loonstra, s. 317.

yalnızca altı aydan uzun süreli rekabet yasaklarında karşı edim koşulu aranmaktadır¹¹⁶². İtalyan hukukunda işveren işçiye rekabet yasağı karşılığında uygun bir tazminat (karşı edim) ödemek zorundadır. Kanunda karşı edimin miktarı hususunda bir düzenleme bulunmamakta olup, bundan dolayı hâkimler taraflara hem karşı edimin tutarının tespitiyle ilgili olarak, hem de bu karşı edimin ödeme anı konusunda geniş bir serbesti tanımıştır¹¹⁶³. Karşı edim sabit veya değişken bir tutar olarak saptanabilir. Ayrıca karşı edim rekabet yasağı kaydının kararlaştırıldığı andan iş sözleşmesinin sona erdiği tarihten sonraki bir tarihe kadar herhangi bir dönemde ödenebilir¹¹⁶⁴. Karşı edimin tutarı ise işçinin katlandığı fedakârlığın boyutuna, rekabet etmeme borcunun süresine, yasağın coğrafi kapsamına ve işçinin ücretine uygun yeteneklerine göre belirlenir¹¹⁶⁵. Sembolik ve açıkça hakkaniyete aykırı veya işçiden talep edilen fedakârlığa göre orantısız bir karşı edim hüküm ifade etmemektedir¹¹⁶⁶. Karşı edim içermeyen rekabet yasağı kayıtlarının yaptırımı geçersizliktir¹¹⁶⁷. Avusturya hukukunda iş sözleşmesinin sona ermesine kusurlu bir eylemiyle sebebiyet veren işverenin rekabet yasağını ayakta tutabilmesi için işverene bir tazminat ödemesi gerekir. İşveren işçiye bir karşı edim teklif etmediği ve rekabet yasağını sürdürülmesinde herhangi bir menfaati kalmadığı takdirde işçi de rekabetten kaçınma borcundan kurtulur. İşverenin diğer hallerde karşı edim borcu yoktur¹¹⁶⁸. Polonya İş Kanunu'nun 101. maddesine göre, işçinin hak ettiği karşı edim rekabet yasağı sözleşmesinde düzenlenmelidir. Karşı edim işçinin iş sözleşmesinin sona ermesinden önce aldığı ücretin %25'inden az olamaz ve rekabet yasağı süresi boyunca ödenir¹¹⁶⁹. İşverenin iş sözleşmesinin sona eren işçinin rekabet oluşturan bir faaliyetinden çekinmemesi karşı edim borcunun ortadan kalkmasına yol açmaz. İşverenin karşı edim borcunu ifa etmemesi halinde rekabet yasağı da son bulur¹¹⁷⁰. İspanyol hukukunda işveren rekabet yasağı süresince işçiye uygun bir tazminat (karşı edim) ödemek zorundadır (İş Kanunu- Estatuto de los Trabajadores – E.T. Art. 21.2)¹¹⁷¹. Uygulamada işçinin son ücretinin %70 ila %80'i tutarında bir karşı edim

¹¹⁶²Houweling/Loonstra, s. 316.

¹¹⁶³Brino, Vania: Droit d'ici/Droit d'ailleurs, Sous la responsabilité de Pascal Lokiec et Sophie Robin-Olivier, Italie, Revue de Droit du Travail, n° 11- novembre 2007, s. 684.

¹¹⁶⁴Trib. Milan, 3 Mai 2005 cit. (Brino'dan naklen, s. 684).

¹¹⁶⁵Trib. Milan 11 sept. 2004, Riv. Crit. lav. 2004, s. 941 (Brino'dan naklen, s. 684).

¹¹⁶⁶Brino, 684.

¹¹⁶⁷Edenfeld, s. 482.

¹¹⁶⁸Houweling/Loonstra, s. 316.

¹¹⁶⁹Houweling/Loonstra, s. 316.

¹¹⁷⁰Edenfeld, s. 485-486.

¹¹⁷¹Edenfeld, s. 488; Houweling/Loonstra, s. 316.

ödendiği belirtilmektedir¹¹⁷². Nitekim bu oran içtihat tarafından da makul bulunmuştur¹¹⁷³. Portekiz hukuku işvereni rekabet yasağı süresince işçiye bir tazminat (karşı edim) ödemekle yükümlü tutmuştur. Ne var ki ne kanun koyucu ne de içtihat bağlayıcı bir tutar tespit etmemiştir. Rekabet yasağı kaydını düzenleyen 49408 sayılı Kararname'nin (*Decreto Lei*) 36. maddesinde yalnızca işverenin işten ayrılan işçinin mesleki eğitim için önemli bir miktar harcadığı durumlarda hâkimin karşı edimde uygun bir indirim yapabileceği yazılıdır¹¹⁷⁴. Macar İş Kanunu (Munka törvénykönyve) işverenin mesleki gelişiminin sınırlanması karşılığında uygun bir maddi karşılık ödemesini şart koşturmaktadır¹¹⁷⁵. Ancak yasal düzenleme karşı edimin tutarından söz etmemiştir¹¹⁷⁶. Çek Cumhuriyeti'nde işveren rekabet yasağının yürürlükte olduğu süre boyunca işçiye son ücretinin %100'ü tutarında bir karşı edimi her ay ödemekle yükümlüdür¹¹⁷⁷. İşveren karşı edimi 15 gün içinde ödemezse rekabet yasağı ortadan kalkar ve işçi rakip bir işletmeyle iş sözleşmesi akdedebilir¹¹⁷⁸.

İşte bu aşamada yanıt aranacak soru, Türk hukukunda rekabet yasağı kaydının geçerliliğinin işverenin bir karşı edim üstlenmesi koşulunun gerçekleşmesine bağlı olup olmadığıdır? Rekabet yasağı kaydına ilişkin tüm geçerlilik koşullarının ve sınırlamaların yargı içtihatlarınca yaratıldığı Fransız hukukunun aksine, Türk hukukunda rekabet yasağı kaydına ilişkin pozitif hukuk kuralları yürürlüktedir. Öyle ki Borçlar Kanunu'nda rekabet yasağının koşulları, sınırlandırılması, aykırı davranışın sonuçları ve sona ermesi gibi konular ayrı madde başlıkları altında görece ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Borçlar Kanunu'nun *koşullar* başlıklı 444. maddesinin birinci fıkrası rekabet yasağı kaydının ancak fiil ehliyetine sahip bir işçiyle ve yazılı şekilde yapılabileceği hükme bağlanmış, ikinci fıkrada ise iş ilişkisi işçiye müşteri çevresi veya üretim/iş sırları hakkında bilgi edinme imkânı sağlamıyorsa ve aynı zamanda bu bilgilerin kullanılması, işverenin önemli bir zararına sebep olacak nitelikte değilse rekabet yasağı kaydının bağlayıcı olmayacağı belirtilmiştir. O halde denilebilir ki, kanun koyucu rekabet yasağı kaydının geçerlilik ve bağlayıcılık koşulları arasında işverenin bir karşı edim üstlenmesini saymamıştır.

¹¹⁷²Edenfeld, s. 488.

¹¹⁷³Edenfeld, s. 488.

¹¹⁷⁴Edenfeld, s. 478.

¹¹⁷⁵Edenfeld, s. 478; Houweling/Loonstra, s. 316.

¹¹⁷⁶Edenfeld, s. 478–479.

¹¹⁷⁷Houweling/Loonstra, s. 316.

¹¹⁷⁸Houweling/Loonstra, s. 317.

Ne var ki takip eden maddenin birinci fıkrasında, rekabet yasağının işçinin ekonomik geleceğini hakkaniyete aykırı olarak tehlikeye düşürecek biçimde yer, zaman ve konu bakımından sınırlamalar içermeyeceği ve yasağın süresinin özel durum ve koşullar dışında iki yılı aşamayacağı dile getirildikten sonra ikinci fıkrada, hâkimin, aşırı nitelikteki rekabet yasağını, bütün durum ve koşulları serbestçe değerlendirmek ve işverenin üstlenmiş olabileceği karşı edimi de hakkaniyete uygun biçimde göz önünde tutmak suretiyle, kapsamı veya süresi bakımından sınırlayabileceği öngörülmüştür. Fıkrada işverenin üstlenmek zorunda olduğu değil, işverenin üstlenmiş olabileceği bir karşı edimden söz edilmektedir. Nitekim İsviçre Borçlar Kanunu'nun Türk Borçlar Kanunu'nun 445. maddesinin ikinci fıkrasını karşılayan 340a maddesinin ikinci fıkrasında rekabet yasağını sınırlayan hâkimin işverenin olası bir karşı edimini (*eine allfällige¹¹⁷⁹ Gegenleistung des Arbeitgebers, une éventuelle contre-prestation de l'employeur*) göz önünde tutacağı belirtilmektedir¹¹⁸⁰. Dolayısıyla yasal düzenlemenin sözü, işverenin iş ilişkisi sona erdikten sonra rekabet etmemeyi borçlanan işçiye bir karşı edim taahhüt etmesinin tarafların anlaşmasına bağlı olduğu ve böyle bir yükümlülük içermeyen rekabet yasağı kayıtlarının da geçerli sayılacağı tarzında bir yoruma elverişlidir. Kaldı ki Borçlar Kanunu'nun rekabet yasağıyla ilgili hükümlerinin, muhtemelen bilinçli olarak, salt işçiye borç yükleyen tek taraflı bir sözleşme modelinden yola çıkılarak hazırlandığı son derece açıktır. Rekabet yasağının sona ermesini hükme bağlayan TBK m. 447/1 uyarınca, rekabet yasağı işverenin bu yasağın sürdürülmesinde gerçek bir yararının olmadığı belirlenmişse sona erer. Böyle bir düzenleme, ancak tek tarafa borç yükleyen bir rekabet yasağı sözleşmesine uygulanabilir. Zira işverenin de borç altına girdiği bir rekabet yasağı sözleşmesinin sırf işverenin böyle bir sözleşmeden beklediği yararın ortadan kalkmasından ötürü *ipso iureson* bulması, ifasında her iki tarafından da karşılıklı menfaatinin bulunduğu sinalagmatik bir sözleşmenin doğasına aykırıdır. İşveren rekabet yasağının haklı bir işletmesel menfaate hizmet edip etmediğini sözleşmenin kuruluş aşamasında değerlendirmeli, hazırladığı iş sözleşmelerinde işletmesel menfaatlerinin korunmasında herhangi bir yararı olmayan rekabet yasağı kayıtlarına yer vermemelidir. Ancak rekabet yasağı kaydının özü itibarıyla işverenin

¹¹⁷⁹ *Allfällig* sözcüğü İsviçre Almancası'nda olası anlamına gelmektedir. Bkz. Pons Kompaktwörterbuch Deutsch-Türkisch, s. 28

¹¹⁸⁰ 'Der richter kann ein übermäßiges Konkurrenzverbot unter Würdigung aller Umstände nach seinem Ermessen einschränken; er hat dabei eine allfällige Gegenleistung des Arbeitgebers angemessen zu berücksichtigen.' 'Le juge peut réduire selon sa libre appréciation excessive, en tenant compte de toutes les circonstances; il aura égard, d'une manière équitable, à une éventuelle contre-prestation de l'employeur.' (Art. 340b/2)

menfaatlerini korumayı amaçlayan bir hukuki kurum olduğu gerçeği dikkate alındığında, işverene de henüz yürürlüğe girmemiş bir rekabet yasağı kaydından vazgeçme (feragat) hakkının tanınması yoluyla karşı edim borcundan kurtulma olanağının sağlanması gerekir. Bundan dolayı, işverenin bir karşı edim üstlenmesinin rekabet yasağı kaydının geçerlilik koşulu olarak düzenlendiği tüm hukuk sistemlerinde işveren, iş sözleşmesinin sona erdiği tarihe kadar veya iş sözleşmesinin sona ermesini izleyen çok kısa bir zaman içinde rekabet yasağının uygulanmasından vazgeçebilmekte, böylece işverenin karşı edim yükümlüğü de ortadan kalkmakta veya azalmaktadır. Vurgulayalım ki, işveren rekabet yasağından feragat ettiğini belli bir zaman kesitine kadar (genellikle iş sözleşmesinin sona erdiği tarihe kadar veya iş sözleşmesinin sona ermesini takip eden kısa bir süre içinde) bildirmekle yükümlüdür. Rekabet yasağının yürürlüğe girmesinden sonra söz konusu yasağın sürdürülmesinde gerçek bir yararı kalmayan işverenin rekabet yasağı sözleşmesinden vazgeçtiğini beyan ederek karşı edim borcundan kurtulması sözleşme hukukunun genel ilkeleriyle de bağdaşmayacaktır. Şu halde karşı edim içeren bir rekabet yasağı yürürlüğe girdikten sonra böyle bir yasağın sürdürülmesinde işverenin gerçek bir yararı kalmasa dahi, rekabet yasağı kaydından doğan sürekli borç ilişkisi infisah etmeyecek; taraflar böyle bir halde borçlarını (rekabet etmeme ve karşı edim) ifa etmeyi sürdürecektir. Buna karşılık, yalnız işverenin menfaatlerini tatmin etmeyi amaçlayan bir sözleşmede işverenin ifaya olan menfaati ortadan kalktığında işçinin rekabet etmeme borcu ayrıca bir fesih bildirimine dahi gerek kalmadan kendiliğinden (*ipso iure*) sona erecektir. Deyim yerindeyse tek tarafa borç yükleyen bir rekabet yasağı kaydında hukuki ilişkinin devamı, işverenin rekabet yasağının sürdürülmesindeki menfaatinin ortadan kalkmaması koşuluna bağlıdır; daha sade bir anlatımla '*haklı bir işletmesel menfaat yoksa rekabet yasağı da yoktur*'. Dolayısıyla Borçlar Kanunu'nun rekabet yasağının fesih nedeniyle sona ermesini düzenleyen TBK m. 447/2 sadece karşı edimsiz bir rekabet yasağı kaydına uygulanabilir niteliktedir. Gerçekten rekabet yasağı kaydının her iki tarafa borç yüklemesini bir geçerlilik koşulu olarak benimseyen yabancı hukuklarda, iş sözleşmesi taraflardan birinin kusurlu bir eylemi nedeniyle diğer tarafça feshedilmişse rekabet yasağı kaydından kaynaklanan hukuki ilişki ortadan kalkmamakta, iş sözleşmesini fesheden tarafa rekabet yasağının yürürlüğe girmesini engelleyecek bir dönme hakkı (*lösungrecht*) tanınmaktadır. Örneğin iş sözleşmesini haklı bir nedene dayanarak derhal fesheden işveren açısından rekabet yasağının uygulanması büyük bir önem

taşıyorsa, işveren dönme hakkını kullanmayacak ve işçinin rekabetten kaçınması karşılığında karşı edim borcunu ifa edecektir. Buna karşılık iş sözleşmesini haklı nedenle feshettiği işçiye karşı edim ödemek istemeyen işveren, rekabet yasağı sözleşmesinden dönerek karşı edimden kurtulabilecektir. Oysa feshin türüne bağlı olarak rekabet yasağının da sona ereceğini öngören TBK m. 447/2'nin sinalagmatik rekabet kayıtlarına uygulanması, akıl ve mantık kurallarıyla dahi bağdaşmayan hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurabilecektir. Sorunu basit bir örnekle açıklayalım: 'İşveren iş sözleşmesinde karşı edim içeren bir rekabet yasağı da yer alan işçinin sözleşmesini işçinin bir başka işçiye cinsel tacizde bulunması nedeniyle derhal fesheder (İK m. 25/IIc). TBK m. 447/2'ye göre iş sözleşmesi haklı bir nedenle feshedildiği için rekabet yasağı da yürürlüğe girecek ve işverenin karşı edim borcu doğacaktır'. Ne var ki işverenin hırsızlık veya cinsel tacizden ötürü iş sözleşmesini feshettiği işçiye bu feshin bir sonucu olarak maddi bir menfaat sağlamak istememesi son derece doğal olup, böyle bir durumla yüz yüze gelen işveren, işçinin rekabet etmemesinden sağlayacağı yararı gözden çıkararak rekabet yasağı sözleşmesinden dönmeyi yeğleyebilir. Öte yandan işverenin yasağa aykırı davranışa son verilmesine (aynen ifaya) yönelik bir dava açabilmesi için nitelikli bir dizi koşul (yazılı olarak açıkça saklı tutma, işverenin ihlal veya tehdit edilen davranışlarının önemi ve işçinin davranışının haklı göstermesi) arayan TBK m. 446/III'ün arka planında işverenin tek taraflı bir rekabet yasağı kaydına tabi işçiden rekabetten kaçınma borcunun aynen ifasını genel hükümlere göre talep etmesi ve mahkemenin işverenin talebini kabul etmesi durumunda, borca aykırı davranan işçiye uygulanacak yaptırımların ağırlığı yatmaktadır. Sadece işverenin menfaatlerini korumaya yönelik bir sözleşmeden doğan ve işçinin çalışma özgürlüğünü de ciddi biçimde zedeleyen bir yapmama borcunun aynen ifasının genel hükümler çerçevesinde istenmesinin hakkaniyete aykırı olacağı düşüncesinden hareket eden kanun koyucu, işverenin rekabet etmeme borcunun aynen ifasını talep edebilmesini yukarıda sıralanan ek unsurların gerçekleşmesi şartına bağlamıştır. Böylece işçiye herhangi bir yarar sağlamayan bir rekabet yasağı kaydının ihlaliyle bağlantılı bir aynen ifa davasının uygulama alanı daraltılarak menfaatler dengesi kurulmaya çalışılmıştır. Ekleyelim ki, karşı edimi rekabet yasağı kaydının zorunlu bir ögesi olarak gören hukuk düzenlerinde işveren borcun aynen ifasını genel hükümler doğrultusunda dava edebilmekte, aynen ifa için herhangi bir ağırlaştırılmış koşul aranmamaktadır. Bunun yanında, işçiye ceza koşulu ödeyerek rekabet yasağına ilişkin aynen ifa borcundan kurtulma hakkı veren TBK m.

446/2 dahi kanun koyucunun işçiyi tek taraflı bir rekabet yasağının yarattığı olumsuzluklardan koruma çabası olarak algılanmaya elverişli bir fıkradır. Gerçekten işçinin de rekabet yasağı kaydından maddi bir yarar elde ettiği sinalagmatik bir yapıda böyle bir düzenlemenin ne denli gerekli olduğu tartışılabilir bir konudur.

Acaba az önce çizilen bu tabloya rağmen kanunda karşı edim konusunda bir boşluğun var olduğu ileri sürülebilir mi? Burada açık bir kanun boşluğunun varlığından söz etmek kanımızca imkânsızdır¹¹⁸¹. Gerçekten rekabet yasağı kaydının geçerlilik koşullarını düzenleyen TBK m. 444’de işverenin karşı edim üstlenmediği rekabet yasağı kayıtlarının hüküm ifade etmeyeceğine ilişkin hiçbir tümce yer almamaktadır. Rekabet yasağının sınırlarını açıklayan TBK m. 445’e göre, karşı edim sadece aşırı bir rekabet yasağına müdahale eden hâkimin yasağın kapsamını sınırlarken göz önünde bulunduracağı bir unsurdur. Şu halde hâkim, sinalagmatik bir rekabet yasağı kaydındaki karşı edimin rekabet etmeme borcunun işçinin çalışma özgürlüğüne üzerindeki olumsuz etkisini hafiflettiğini veya ortadan kaldırdığını dikkate alarak rekabet yasağına müdahale etmeyecek ya da rekabet yasağının kapsamını sınırlasa bile daha esnek davranacaktır. Hiç kuşkusuz hâkim, rekabet yasağının kapsamını veya süresini sınırlayıp sınırlamayacağına karar verirken veya sınırlamaya karar verdiği takdirde sınırlamanın boyutlarını saptarken rekabet yasağı kaydında belirlenen karşı edim tutarını da dikkate alacaktır. Öte yandan, kanunda karşı edimden söz edilirken ‘*işverenin üstlenmiş olabileceği bir karşı edim*’ ifadesinin kullanılması, Türk hukukunda karşı edim koşulunun tarafların iradesine bırakıldığına ilişkin güçlü bir izlenim uyandırmaktadır. Nihayet rekabet yasağının sona ermesini düzenleyen TBK m. 447’nin ancak tek tarafa borç yükleyen bir rekabet yasağı kaydına uygulanabilir özelliği ve işçinin rekabet yasağına aykırı davranışlarının sonuçlarını kurala bağlayan TBK m. 446’nın, işverenin tek taraflı bir rekabet yasağına aykırılık iddiasıyla açacağı aynen ifa davasının işçi üzerindeki olumsuz sonuçlarını hafifletme kaygısı gözetilerek kaleme alınmış olması da kanunda karşı edim koşuluna ilişkin açık bir boşluk bulunduğu tezini çürütmek için yeterlidir. Kısacası karşı edimle ilgili olarak kanunda açık (gerçek) bir boşluk olduğu argümanını, sağlam bir hukuki temele dayandırmak olanaksızdır. İkinci olarak karşı edim konusunda gizli veya gerçek bir kanun boşluğunun mevcut olup olmadığı ele alınmalıdır. Somut olayda çözümlenmesi gereken soruna ilişkin bir hüküm

¹¹⁸¹ Açık boşluk kavfını için bkz. Oğuzman, M. Kemal/Barlas, Nami: Medeni Hukuk, 14 Bası, Arıkan 2007, s. 82.

bulunmasına rağmen, bu hükmün lafzı ile ruhunun bağdaştırılmasının mümkün olmadığı veya mevcut hükmün aynı değerde bir hükümle çatıştığı durumlarda ya da bir hükmün lafzı ile ruhu itibariyle tespit edilen anlamda uygulanmasının dürüstlük kuralı ile bağdaşmadığı ve bir hakkın kötüye kullanılması sayılacağı hallerde örtülü bir (gizli) kanun boşluğundan bahsedilir¹¹⁸². Kanunda lafzı ile ruhu bağdaşan, eşdeğerdeki başka bir hükümle çatışmayan ve uygulanması dürüstlük kuralına aykırı bir hüküm bulunduğu halde, bu hükümde öngörüler çözüm tatminkâr sayılmıyor, beğenilmiyor ve ihtiyaçlara uygun görülüyorsa ortada bir kanun boşluğu bulunduğu kabul edilmekte ve bu boşluk ‘*gerçek olmayan boşluk*’ olarak tanımlanmaktadır¹¹⁸³. Tatmin edici görülmeyen bir hükmü değiştirmenin hâkimin değil, kanun koyucunun görevi olduğu dile getirilmekle birlikte; kanun koyucunun hatası veya sonradan ortaya çıkan teknik veya sosyal gelişmelere yüzünden tatminkâr olmaktan uzak hale gelen bir hükmün uygulanması hakkın kötüye kullanılmasını oluşturacaksa, hâkimin TMK m.2/2’ye dayanarak hükmü uygulamayabileceği ve ortaya çıkan boşluğu kendisinin doldurabileceği vurgulanmaktadır (TMK m. 1)¹¹⁸⁴.

Borçlar Kanunu’ndaki rekabet yasağı kaydıyla ilgili hükümlerde, işverenin karşı edim yükümlülüğüyle ilgili olarak gerçek olmayan bir boşluk bulunduğu ilişkine olası bir iddianın mevcut hükümler çerçevesinde son derece zorlama bir yorum olacağından kuşku duyulmamalıdır. Şöyle ki rekabet yasağı kaydının geçerlilik koşullarını düzenleyen maddede işverenin karşı edim üstlenmesi bir geçerlilik koşulu olarak zikredilmemiş; Borçlar Kanunu’nda karşı edim hâkimin aşırı bir rekabet yasağını daraltırken gözetmesi gereken bir unsur olarak ele alınmıştır. Ayrıca hâkimin aşırı nitelikteki bir rekabet yasağını sınırlarken işverenin üstlenmiş olabileceği karşı edimi de hakkaniyete uygun bir biçimde tutmak zorunda olduğunu kurala bağlayan fıkranın lafzından, karşı edim kararlaştırılmamış rekabet yasağı kayıtlarının da geçerli olduğu sonucu çıkmaktadır. Kaldı ki rekabet yasağı kaydını düzenleyen maddelerin karşı edimsiz bir rekabet yasağı modelinden hareketle hazırlandığı konusunda hiçbir bir duraksama yoktur. Özellikle rekabet yasağının sona ermesini düzenleyen TBK m. 447’nin yalnız tek tarafa borç yükleyen bir rekabet yasağı kaydına uygulanmaya elverişli olduğu, söz konusu maddenin karşı

¹¹⁸² Oğuzman/Barlas, s. 82.

¹¹⁸³ Oğuzman/Barlas, s. 83.

¹¹⁸⁴ Oğuzman/Barlas, s. 84.

edim içeren bir rekabet yasağı kaydına uygulanmasının hakkaniyetle bağdaşmayan birtakım sonuçlar doğuracağı unutulmamalıdır. Üstelik işçiye rekabet yasağı kaydına aykırılığın yaptırımını ceza koşulunu ödeyerek aynen ifa borcundan kurtulma olanağı hakkı tanıyan ve işverenin aynen ifayı talep hakkı için nitelikli koşullar arayan TBK m. 446'ın temelinde, işverenin hiçbir maddi karşılık sağlamadan çalışma ve sözleşme özgürlüğünü sınırladığı işçiden aynen ifayı talep etmesiyle birlikte devreye girecek ağır yaptırımların adalet duygusunu inciteceği kaygısı yatmaktadır. Tüm bu açıklamalar ışığında; yürürlükteki pozitif hukuki düzenlemenin işverenin karşı edim borcu yüklenmediği rekabet yasağı kayıtların caiz gördüğünü, işverenin karşı edim üstlenmemesinin rekabet yasağı kayıtlarını kesin hükümsüz hale getirmeyeceğini ve içtihat yoluyla karşı edimin rekabet yasağı kayıtlarında bir geçerlilik koşulu olarak benimsenmesinin mevcut hukuk kuralları karşısında mümkün olmadığını özellikle vurguladıktan sonra, Eski Borçlar Kanunu'nun yürürlükte olduğu 2007 yılında düzenlenen bir seminerin genel görüşmesi sırasında ortaya attığım görüşten döndüğümü beyan ediyorum. Bu bağlamda karşı edimin yargı içtihatlarıyla bir geçerlilik koşulu olarak kabul edildiği Fransa'nın da Türk hukuku bakımından kesinlikle bir emsal teşkil edemeyeceği; çünkü rekabet yasağı kaydıyla ilgili hiçbir pozitif hukuk normunun bulunmadığı Fransa'da rekabet yasağı kaydına ilişkin tüm hukukun hâkimlerce yaratıldığı, buna karşılık Türkiye'nin rekabet yasağı kaydını kanunla düzenlemeyi tercih ettiği belirtilmelidir. Ne var ki işçinin iş ilişkisi sonrası rekabet etmemeyi borçlanmasının karşısında işverenin *de lege lata* bir karşı edim üstlenme yükümlülüğünün yokluğu, mevcut hukuki düzenlemenin olması gereken hukuk (*de lege ferenda*) açısından eleştirilmesine engel değildir. Yukarıdaki satırlarda da dillendirildiği üzere, iş hukuku disiplininin en fazla geliştiği Almanya, Fransa ve Belçika gibi Batı Avrupa ülkelerinde, karşı edim rekabet yasağının *sine qua non* bir unsurudur. Deyim yerindeyse "*karşı edim yoksa rekabet yasağı da yok*" (*kein Wettbewerbsverbot ohne entschädigung*) ilkesi çağdaş iş hukukunun vazgeçilmez ilkelerinden biri haline gelmiştir¹¹⁸⁵. Karşı edimin henüz bir geçerlilik koşulu olarak kabul edilmediği Hollanda hukukunda, aşırı bir rekabet yasağına tabi işçiye mahkemeye başvurarak makul bir tazminat isteme hakkı tanınarak menfaatlerin denkleştirilmesi yoluna gidilmiştir. Dolayısıyla karşı edim koşulundan yoksun Hollanda hukukunda, işçi rekabet yasağı kaydından maddi bir menfaat elde edebilmektedir. Öte yandan sosyalist hukuk sistemini daha 1990'lı yılların başında

¹¹⁸⁵ Bauer/Diller, s. 237.

terk eden bazı Doğu Avrupa ülkelerinde dahi karşı edim kararlaştırılmayan rekabet yasağı kayıtları geçersiz sayılmaktadır. Hal böyle iken, görece gelişmiş bir iş hukuku sistemine sahip olmanın da ötesinde, Avrupa Birliği'yle üyelik müzakereleri halen devam eden bir ülkenin; Avrupa Birliği üyesi olmayan ve başta iş güvencesi olmak üzere çağdaş iş hukuku kurum ve tekniklerini iç hukukuna aktarmayı ısrarla reddeden İsviçre gibi bir ülkenin Borçlar Kanunu'nun hizmet sözleşmesine ilişkin hükümlerini, üzerinde en küçük bir değişiklik yapma gereği dahi duymaksızın *mot à mot* çeviri yoluyla iktibas etmesi ve böylece iş sözleşmesindeki bir rekabet yasağı kaydı veya iş ilişkisi sırasında akdedilen bağımsız bir rekabet yasağı sözleşmesi nedeniyle çalışma ve sözleşme özgürlüğü gibi temel hakları sınırlanan işçinin karşı edim hakkından yoksun bırakılması, en hafif deyimle yakışıksız kaçmaktadır. Kanımızca Borçlar Kanunu'nun rekabet yasağı kaydının koşulları başlıklı 444. maddesi en kısa sürede değiştirilerek rekabet yasağı kaydının geçerliliği işverenin bir karşı edim üstlenmesi koşuluna bağlanmalı ve karşı edim kararlaştırılmayan rekabet yasağı kayıtlarına geçersizlik yaptırımı uygulanmalıdır. Ayrıca işverenin rekabet yasağının kapsamına oranla çok düşük bir karşı edim üstlenmek suretiyle karşı edim koşulunun işlevsiz bırakması önlenmeli, bunun yanında hukuk güvenliğinin sağlanması ve karşı edimin tutarına ilişkin belirsizliklerin giderilmesi için karşı edime yasal bir alt sınır getirilmelidir. Bu doğrultuda, Almanya ve Belçika hukukları örnek alınarak karşı edimin asgari tutarı işçinin iş sözleşmesinin sona erdiği tarihten önceki bir ay içinde hak ettiği giydirilmiş ücretin yarısı (%50) olarak belirlenmeli ve işçinin daha az bir karşı edim olarak kararlaştırılmasının rekabet yasağı kaydının geçersizliği sonucunu doğuracağı kurala bağlanmalıdır. Ayrıca işçinin rekabet yasağı sırasında başka bir iş tutarak sağladığı kazanç, işveren tarafından karşı edimden mahsup edilebilmelidir. Sinalagmatik bir rekabet yasağı kaydıyla bağdaşmayan TBK m. 447'de de gerekli değişiklikler yapılmalı, işverenin yasağın sürdürülmesinde gerçek bir yararı kalmadığı takdirde rekabet yasağının da kalkacağını öngören düzenleme yürürlükten kaldırılmalı ve işverene iş ilişkisinin son bulduğu tarihe kadar işçiye yöneltebileceği tek taraflı bozucu yenilik doğuran bir irade beyanıyla rekabet yasağının uygulanmasından vazgeçme ve böylece karşı edim yükümlülüğünden kurtulma hakkı tanınmalıdır. Karşılaştırmalı hukuktaki örnekler dikkate alınarak işverenin vazgeçme (feragat) bildirimini yazılı şekilde yapması bir geçerlilik koşulu olarak kabul edilmeli, rekabet yasağının uygulanmasından vazgeçilmesinin hukuki sonuçları bildirimden altı ay sonra doğacağı belirtilmelidir. Böylelikle, örneğin

rekabet yasağından vazgeçtiğini iş sözleşmesinin sona ermesinden iki ay önce açıklayan işveren, iş sözleşmesinin sona ermesini izleyen dördüncü ayın sonuna kadar karşı edim ödemeye devam edecektir. Ekleyelim ki, TBK m. 447/II de karşı edimli bir rekabet yasağı kaydının ruhuna uygun bir tarzda yeniden kaleme alınmalıdır. Şöyle ki iş sözleşmesinin işveren tarafından haklı nedenle derhal veya işçinin yetersizliğinden veya davranışlarından kaynaklanan geçerli bir nedenle feshedilmesi durumunda tarafların rekabet etmeme ve karşı edim borçları ortadan kalkmamalı, rekabet yasağı kural olarak yürürlüğe girmeli, ancak iş sözleşmesini feshettiği işçiye karşı edim ödemek istemeyen işverene rekabet yasağı sözleşmesinden dönme hakkı tanınmalıdır. İşveren bu hakkını iş sözleşmesinin sona ermesini takip eden 15 günlük hak düşürücü bir süre içinde kullanmalıdır. İşverenin dönme hakkına paralel olarak, iş sözleşmesini işverene yüklenebilen bir nedenle fesheden işçinin rekabet yasağı kaydından doğan alacak ve borçları otomatik olarak ortadan kalkmamalı, işçiye de iş sözleşmesinin son bulmasını izleyen 15 günlük hak düşürücü bir süre içinde rekabet yasağı sözleşmesinden döndüğünü beyan ederek rekabet etmeme borcundan kurtulma hakkı tanınmalıdır. Hiç kuşkusuz, rekabet yasağı kaydından döndüğünü bildiren işçi karşı edim alacağını da yitirecektir. İşveren ve işçinin rekabet yasağı sözleşmesinden dönmesi de yazılı şekil koşuluna bağlanmalı ve yazılı şekil bir geçerlilik koşulu sayılmalıdır. Nihayet sinalagmatik bir rekabet yasağı sözleşmesinde aynen ifa davasına karşı işçiye ek bir koruma sağlanması gerekmediğinden, işçinin ceza koşulu ödeyerek rekabet yasağından kurtulabileceğine ilişkin düzenlemeyle işverenin yasağa aykırı davranışa son verilmesi talep edebilmesini nitelikli koşullara bağlayan hüküm yürürlükten kaldırılmalıdır. Kanunun rekabet yasağı kaydını iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olarak düzenlenmesi, eş söyleyişle kaydın geçerliliği için işverenin bir maddi karşılık (karşı edim) üstlenmesi şartının aranması çalışma ve sözleşme özgürlüğünün bir gereğidir. Karşı edim iş sözleşmesinin bağitlanma sürecinde ve iş ilişkisi boyunca işverenle müzakere ve pazarlık imkânı bulunmayan işçinin rekabet yasağından ötürü yoksun kaldığı çalışma ve sözleşme özgürlüğünün bedelidir. Daha önce de belirtildiği gibi, Anayasa herkesin dilediği alanda çalışma ve sözleşme özgürlüğünü güvence altına almıştır (Any. 48/1). Buna göre, tek taraflı bir rekabet yasağına olanak sağlayan kanun hükümleri her şeyden önce Anayasa'nın çalışma ve sözleşme özgürlüğü başlıklı maddesi ile çelişmektedir. Ayrıca Borçlar Kanunu'nun 444 ila 447 maddeleri; Türkiye Cumhuriyeti'ni sosyal bir hukuk devleti olarak tanımlayan 2.

maddeye, kişinin temel hak ve hürriyetlerini sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmayı ve insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmayı devletin temel amaç ve görevleri arasında sayan 5. maddeye, herkesin kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez ve vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahip olduğunu belirten 12. maddeye, temel hak ve hürriyetlerin özlerine dokunulamayacağını ve sınırlanmanın Anayasanın sözüne ve ruhuna, ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağını öngören 13. maddeye, herkesin maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkını sahip olduğunu vurgulayan 17. maddeye, devletin para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemlerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alacağını düzenleyen 167. maddeye de aykırı düşmektedir. Kanun koyucuya düşen öncelikli görev, karşı edimi rekabet yasağı kaydının mutlak bir unsur olarak görmeyen İsviçre hukukundan çeviri yoluyla hukukumuzda alınan Borçlar Kanunu maddelerinde gerekli değişiklik ve düzeltmelerin yapılarak, karşı edimi rekabet yasağı kaydının geçerlilik koşulu olarak benimseyen bir düzenlemenin bir an önce yürürlüğe sokulmasıdır. Aksi takdirde Borçlar Kanunu'nda işçinin sözleşme sonrası rekabet yasağını düzenleyen kuralların tümünün Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesi olasıdır. Gerçekten işverence tek taraflı bir rekabet yasağı kaydından doğan rekabet etmeme borcunu ihlal eden işçiye karşı açılan ve ceza koşulu, aynen ifa veya zararın tazmini gibi istemleri kapsayan bir davada, hâkim, karşı edim koşulunun yokluğuna dayanarak rekabet yasağı kaydına ilişkin kanun hükümlerinin (TBK m. 444–447) Anayasa'ya aykırı olduğu kanaatine varırsa veya davalı işçinin ileri sürdüğü böyle bir aykırılık iddiasını ciddi görürse konuyu somut norm denetimi yoluyla Anayasa Mahkemesi'ne taşıyabilir. Bu durumda, Anayasa Mahkemesi'nin Borçlar Kanunu'nun 444., 445., 446. ve 447. maddelerinin Anayasa'nın yukarıda değindiğimiz 2., 5., 12., 13., 17., 48. ve 167. maddelerinin hepsiyle veya bir bölümüyle bağdaşmadığı gerekçesiyle iptal etmesi beklenebilecek bir gelişmedir. Anayasa'ya aykırılık savı bir yana, rekabet yasağı kaydının geçerliliğinin karşı edim koşuluna bağlanmasının başka yararları da söz konusudur. Tek tarafa borç yükleyen bir rekabet yasağı kaydını hukuka uygun gören bir sistemde, işverenin iş/üretim sırlarını veya müşteri çevresi hakkında bilgi sahibi olma olanağından kesinlikle yoksun işçilerin iş sözleşmelerine dahi, işçiyi ceza koşulu baskısı altında işyerine bağlamak amacıyla rekabet yasağı kayıtları konulduğu gözlemlenmekte; iş sözleşmelerinin neredeyse tamamında bir rekabet yasağı kaydına

yer verilmesi olağan bir uygulamaya dönüşmektedir. Bu durumda, yargı organları geçersiz rekabet yasağı kayıtlarından kaynaklanan çok sayıda davayla uğraşmak zorunda kalmaktadır. Oysa işverenin rekabet yasağı karşılığında maddi bir değer taşıyan bir karşı edim üstlenmekle yükümlü tutulduğu hukuk düzenlerinde, yasak yürürlüğe girdiğinde maddi bir fedakârlığa katlanacağını bilen işverenin iş/üretim sınırlarına veya müşteri portföyüne nüfuz etme imkânından yoksun bir işçiyle rekabet yasağı kararlaştırması zayıf bir olasılıktır. Gerçekten sözleşme sonrası rekabet yasağı getirilmesinde herhangi haklı bir işletmesel menfaati bulunmayan bir işçiyle rekabet yasağı kaydı kararlaştıran işveren, işçi bu kaydın kendisini bağlamadığını öne sürmediği takdirde işçiye boş yere karşı edim ödeyecektir. Ne var ki işletmesel menfaatlerinin içeriği hakkında bilgi sahibi basiretli bir işverenden haklı bir işletmesel menfaatinin yokluğuna rağmen işçilerle rekabet yasağı kararlaştırması beklenemez. Öyleyse karşı edimi bir geçerlilik koşulu olarak benimseyen bir model sayesinde gereksiz ve işçiyi işyerine bağlamayı amaçlayan rekabet yasağı kayıtlarının büyük ölçüde önü alınacak, işveren ancak haklı bir menfaati varsa rekabet yasağı kararlaştırma yoluna gidecek ve böylece yargının iş yükü de hafifleyecektir. İşçiyi işyerine bağlama amaçlı rekabet yasağı kayıtlarının azalmasının önemli bir yararı, işçilerin rekabet yasağı kaydında yer alan ceza koşulunu ödeme korkusu duymadan iş sözleşmelerini feshederek başka bir işverenin yanında işe başlayabilmesidir. O halde karşı edimin kanunda bir geçerlilik koşulu olarak yer almasının emek mobilitesini arttırmak yoluyla istihdam piyasasının rekabetçi bir yapıya bürünmesine katkı sağlayacağına kuşku yoktur. Bununla birlikte, tek taraflı bir rekabet yasağı kaydının hukuka uygun sayıldığı mevcut sistemde dahi, işçinin rekabet etmemesi karşılığında işverenin bir karşı edim taahhüt etmesi mümkündür. Hatta kanun işverenin üstlenmiş olabileceği karşı edimi hâkimin aşırı nitelikteki bir rekabet yasağını sınırlarken kullanacağı bir parametre olarak değerlendirmektedir. Oysa başta rekabet yasağının sona ermesini düzenleyen TBK. m 447 olmak üzere, yürürlükteki hukukun rekabet yasağı kaydıyla ilgili bazı hükümleri tam iki tarafa borç yükleyen bir rekabet yasağı kaydına uygulanmaya elverişli değildir. Peki, söz konusu kanun boşluğu nasıl doldurulacaktır? Çok daha açık bir anlatımla, karşı edim içeren bir rekabet yasağı kaydı hangi hukuka tabidir? Var olan boşluğu Medeni Kanunun 1. maddesi çerçevesinde hâkim mi dolduracaktır? Acaba Türk hukuku işçiyle işverenin bağtlatdığı sinalagmatik bir rekabet yasağı

sözleşmesine kıyasen uygulanabilecek herhangi bir düzenleme içermekte midir? Tüm bu çarpıcı sorular, aşağıdaki bölümde yanıtlanacaktır.

3.Karşı Edim İçeren Rekabet Yasağı Kayıtlarına Uygulanacak Hukuk

Borçlar Kanunu'nda karşı edimin tutarı ve ödeme şekli hakkında herhangi bir düzenleme yer almadığından tarafların karşı edimin tutarı ve ödeme şekli konusunda geniş bir serbestîye sahip oldukları ifade edilmelidir. Karşı edimin işçinin iş sözleşmesinin son bulduğu tarihteki ücreti esas alınarak saptanması akla gelen ilk yöntemdir. Bu bağlamda işveren iş sözleşmesi sonrası rekabetten kaçınmayı üstlenen işçiye iş ilişkisi son bulduğu andaki ücretinin belli bir kısmını gibi karşı edim olarak ödemeyi yükümleneceği gibi, işçinin son ücretinin tamamı veya hatta daha fazlası karşı edim olarak dahi kararlaştırılabilir¹¹⁸⁶. Keza karşı edimin sembolik bir tutara tekabül etmesi de olanaklıdır¹¹⁸⁷. Rekabet yasağı kaydında, işverenin karşı edimin rekabet yasağı süresince aylık taksitler halinde ödeyeceği belirtilebilir¹¹⁸⁸. Karşı edimin çıplak veya brüt ya da brüt veya net ücret üzerinden hesaplanacağına ilişkin rekabet yasağı kaydında herhangi bir açıklık bulunmadığı takdirde, karşı edim hesaplanırken *in dubio contra stipulatorem* ilkesinin bir gereği olarak işçinin giydirilmiş brüt ücreti esas alınmalıdır. Ayrıca karşı edimin rekabet yasağının yürürlüğe girdiği veya sona erdiği tarihte muaccel olacak götürü bir tazminat olarak ifası mümkün olup; karşı edimin bir kısmının iş sözleşmesinin sona erdiği tarihte peşin olarak, geri kalan kısmının ise dönemsel taksitler halinde ödeneceği kararlaştırılabilir¹¹⁸⁹. Karşı edimin yabancı bir para birimi üzerinden saptanması da caizdir. Öte yandan işverence üstlenilecek karşı edimin mutlaka bir para borcu olmasının gerekmediği, karşı edim olarak aynı bir edimin de vaat edilebileceği vurgulanmalıdır. Dolayısıyla işveren rekabetten kaçınacak işçiye bir taşınmazın veya aracın mülkiyetini devretmeyi, taşınmaz üzerinde intifa hakkı kurmayı, pay senedi vermeyi, sağlık veya hayat sigortası yapmayı üstlenebilir. Ayrıca karşı edim borcunun şarta bağlanmasına bir engel yoktur. Örneğin işverenin karşı edim

¹¹⁸⁶ Örnek: İşveren rekabet yasağı süresince işçinin iş sözleşmesinin sona erdiği tarihteki ücretinin %60'ı kadar bir karşı edim ödemeyi taahhüt eder.

¹¹⁸⁷ Örnek: İşveren rekabet yasağı süresince işçinin iş sözleşmesinin sona erdiği tarihteki ücretinin %5'i kadar bir karşı edim ödemeyi taahhüt eder.

¹¹⁸⁸ Örnek: Karşı edim rekabet yasağı süresinin sonuna kadar her ayın beşinci gününde ödenir.

¹¹⁸⁹ Örnek 1: İşveren rekabet yasağı süresinin bitiminde 50.000 TL karşı edim ödemekle yükümlüdür. Örnek 2: İşveren 100.000 TL karşı edim ödemekle yükümlüdür. Bu tutarın 50.000 TL'si peşin, 50.000 TL'si rekabet yasağı süresinin bitimine kadar, her ayın sonunda eşit taksitler halinde ödenecektir.

yükümlülüğü, işçinin rekabet etmeme borcunu yasak süresinin sonuna kadar ifa etmesi koşuluna bağlanabilir. Böyle bir durumda işçi karşı edime ancak sürenin bitiminde hak kazanır; ne var ki işçi rekabetten kaçınma borcunu bir gün dahi ihlal etse karşı edimin borcunu ifa ettiği dönemle orantılı kısmını *pro rata temporis* kuralına göre talep edemez. Aynı şekilde işçinin rekabet yasağı süresi boyunca rakip bir işletmede çalışmasını işverenin onayına bağlayan ve işçinin rakip işletmede iş görmesine rıza göstermeyen işverene karşı edim borcu yükleyen şarta bağlı bir rekabet yasağı kaydı da geçerlidir¹¹⁹⁰.

Borçlar Kanunu'nun rekabet yasağı kaydına ilişkin hükümleri, sinalagmatik bir rekabet yasağı kaydının niteliğine aykırı düşmediği ölçüde karşı edim içeren rekabet yasağı kayıtlarına da uygulanır. O halde karşı edim içeren bir rekabet yasağı kaydının tarafı işçi fiil ehliyetine sahip olmadığı ve/veya yazılı şekil koşuluna uyulmadığı takdirde rekabet yasağı kaydı kesin hükümsüz kabul edilir¹¹⁹¹. İşçinin rekabet etmemeyi borçlanmasının karşılığında işverenin karşı bir edim ifa etmeyi üstlendiği hallerde rekabet yasağı kaydının geçerliliğinin işverenin rekabet yasağında önemli bir menfaatinin varlığına, eş deyişle iş ilişkisinin işçiye işverenin müşteri çevresi veya üretim/iş sırları hakkında bilgi edinme imkânı sağlamasına ve aynı zamanda bu bilgilerin kullanılmasının işverenin önemli bir zararına sebep olacak nitelikte olmasına bağlı olduğu, aksi takdirde rekabet yasağı kaydının bağlayıcı olmayacağı ileri sürülmüştür¹¹⁹². İşçi hukuken bağlayıcı olmayan böyle bir rekabet yasağı kaydından doğan rekabetten kaçınma borcunu ifa ederse, işveren söz konusu koşulun eksikliğine rağmen karşı edim borcunu yerine getirmek zorundadır. Böylece işverenin haklı işletmesel menfaatlerine ilişkin koşul gerçekleşmese dahi, işçi kaydın hukuka aykırı olduğunu ileri sürmedikçe rekabet yasağı kaydı ayakta kalacaktır¹¹⁹³. Rekabet yasağının sınırlanmasını düzenleyen TBK m. 445 sinalagmatik rekabet yasağı kayıtlarına uygulanacak, şu kadar ki aşırı bir rekabet yasağına müdahale eden hâkim yasağın kapsamını sınırlarken işverenin üstlendiği karşı edimi dikkate alacaktır. Rekabet yasağı kaydına aykırı davranışın sonuçlarının sıralandığı TBK m. 446'nın tek tarafa borç yükleyen bir rekabet yasağı modeline göre kaleme alındığı

¹¹⁹⁰ İsviçre hukukunda da karşı edimin şarta bağlanması caiz sayılmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Wyss, Gabriela: Konkurrenzverbot mit Karenzentschädigung, Neue Zürcher Zeitung, 19.10.2005,Nr. 244, s. 64–65.

¹¹⁹¹ Haefliger, s. 96–97.

¹¹⁹² Haefliger, s. 96.

¹¹⁹³ Haefliger, s. 96.

yukarıda açıklanmıştı. İsviçre doktrininde de işçinin işverenden yüksek bir karşı edim almasına karşın rekabet yasağına aykırı davranmasının dürüstlük kuralına ağır bir aykırılık oluşturduğu ve bunun aynı zamanda ağır bir şekilde kınanabilir bir davranış anlamına geldiği vurgulanarak, karşı edimli bir rekabet yasağı kaydından doğan rekabetten kaçınma borcunun aynen ifasının tek taraflı rekabet yasaklarına kıyasla daha kabul edilebilir olduğu iddia edilmiştir. Kanımızca rekabet yasağından ötürü işçinin katlanmak zorunda kaldığı temel hak kısıtlamasına oranla uygun bir karşı edimin kararlaştırıldığı durumlarda, işverenin aynen ifa davası açabilmesini TBK m. 446/3’de sıralanan nitelikli maddi koşulların (işverenin ihlal veya tehdit edilen menfaatlerinin önemi ile işçinin davranışının haklı göstermesi) tamamlanması şartına bağlamak gereksiz olup, uygun bir karşı edim içeren rekabet yasağı kaydını ihlal eden işçiden aynen ifanın istenebilmesi için aynen ifa hakkının yazılı olarak saklı tutulması yeterli görülmelidir. Buna ek olarak, işçinin ceza koşulunu ödeyerek rekabet yasağına ilişkin aynen ifa borcundan kurtulabileceğini öngören fıkranın da uygun bir karşı edim kararlaştırılan rekabet yasağı kayıtlarına uygulanamayacağı belirtilmelidir.

Rekabet yasağının sona ermesiyle ilgili düzenlemeler getiren TBK m. 447’nin sinalagmatik rekabet yasağı sözleşmelerine uygulanma kabiliyetinden yoksun olduğu önceki bölümde dile getirilmişti. İsviçre doktrininde Art. 340c/1(TBK m. 447) uyarınca yasağın uygulanmasında önemli bir menfaati kalmayan işverenin işçiden rekabet etme borcunu yerine getirmesini talep edemeyeceği, bununla beraber kanun koyucunun niyetinin iki taraflı rekabet yasağı kayıtlarında rekabet yasağına uymaya devam eden işçiyi kararlaştırılan karşı edimi talep hakkından mahrum etmek olamayacağı ve işverenin rekabet yasağının sürdürülmesinde artık önemli bir menfaatinin kalmadığını bahane ederek karşı edim borcundan kurtulamayacağı vurgulanmaktadır. İsviçre öğretisinde işverenin rekabet yasağının uygulanmasından vazgeçip vazgeçemeyeceği konusu da irdelenmiştir. Buna göre işverenin karşı edim içeren bir rekabet yasağı kaydından vazgeçmesi, borçlunun tek taraflı bir irade beyanıyla edim yükümlülüğünden kurtulamayacağını öngören borçlar hukuku ilkesiyle çatışmaktadır¹¹⁹⁴. İsviçre Federal Mahkemesi’nin önüne gelen bir olayda, işçiye ücretinin tamamını karşı edim olarak ödemeyi üstlenen işverenin sözleşmeyle

¹¹⁹⁴Haefliger, s. 99.

vazgeçme hakkını saklı tutup tutamayacağı sorunu tartışılmıştır¹¹⁹⁵. Basel İstinaf Mahkemesi vazgeçme hakkının geçersizliğine hükmetmiş, Federal Mahkeme ise bu kararı bozmuştur¹¹⁹⁶. Federal Mahkeme'ye göre, işverenin iş sözleşmesi sona erene kadar rekabet yasağı kaydından vazgeçme hakkını saklı tutması mümkündür¹¹⁹⁷. İsviçre öğretisinde rekabet yasağının feshe bağlı olarak sona ermesini düzenleyen Art. 340c'nin (TBK m. 447) nisbi emredici nitelik taşıdığı, iş sözleşmesi işverene yüklenebilen bir nedenle sona erdiği takdirde karşı edim içeren bir rekabet yasağına tabi işçinin rekabet etmeme borcunu ifa ve karşı edime hak kazanmayla rekabet yasağından kurtulma ve karşı edimden vazgeçme arasında bir seçim hakkına sahip olduğu savunulmuştur¹¹⁹⁸. Zira işverenin kendisine yüklenebilen bir nedenden dolayı karşı edim borcunun ortadan kalkmasının, hem sinalagmatik sözleşmelere ilişkin genel hükümlerle hem de Art. 340c 2 OR (TBK m. 447/2) tarafından korunan menfaatle bağdaşmadığı ifade edilmektedir¹¹⁹⁹. İşçi, karşı edimin miktarına ve emek piyasasının durumuna göre, rekabet yasağına uyarak karşı edimi alma veya rekabet yasağından kurtularak karşı edim hakkını yitirme seçenekleri arasında bir tercih yapabilir. Şayet işçi tercihini rekabet yasağından kurtulma doğrultusunda kullanırsa, işverenin karşı edim yükümlüğü ortadan kalkar. Buna karşılık, rekabet etmeme borcunu ifa etmeyi yeğleyen işçi karşı edimi talep edebilir¹²⁰⁰.

Yukarıdaki paragrafta yer alan satırlardan da anlaşılacağı üzere, İsviçre öğretisi ve yargı organları, iki tarafa borç yükleyen karşı edimli rekabet yasağı kayıtlarında ortaya çıkan kanun boşluğunu hukuk yaratarak doldurmaya çalışmıştır. Peki, Türk hukukunda manzara nasıldır? Düşünülebilecek ilk olasılık, hâkimin İsviçre örneğinde olduğu gibi, kanun boşluğunu hukuk yaratarak doldurmasıdır. Medeni Kanun'un 1. maddesi uyarınca, kanunda uygulanabilir bir hüküm yoksa hâkim, örf ve adet hukukuna göre, bu da yoksa kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiyse ona göre karar verir (MK m. 1/2). Öyleyse hâkime düşen temel görev, kanun boşluğunu hukuk yaratarak doldurmaya çalışmadan önce, Türk hukukunda karşı edim içeren rekabet yasağı kayıtlarına TBK m. 447'nin yerine uygulanabilecek bir düzenlemenin var olup olmadığını araştırmaktır. Acaba Türk mevzuatı, rekabet

¹¹⁹⁵ BGE 78 II 230 (Haefliger'dan naklen, s. 100)

¹¹⁹⁶ Haefliger, s. 100.

¹¹⁹⁷ Haefliger, s. 100.

¹¹⁹⁸ Haefliger, s. 101.

¹¹⁹⁹ Haefliger, s. 101.

¹²⁰⁰ Haefliger, s. 101.

yasağı sözleşmesinin geçerliliğini karşı edim koşuluna bağlayan herhangi bir hükmü bünyesinde barındırmakta mıdır? Bu çarpıcı soruya olumlu bir yanıt verilmelidir. Ticaret Kanunu'nun acentelik başlıklı yedinci kısmının (TTK m. 102–123) son maddesinde acenteye müvekkil arasındaki rekabet yasağı sözleşmesi düzenlenmiş ve söz konusu sözleşmenin geçerliliği müvekkilin acenteye uygun bir tazminat (karşı edim) ödemesi şartına bağlanmıştır: “*Acentenin, işletmesine ilişkin faaliyetlerini, sözleşme ilişkisinin sona ermesinden sonrası için sınırlandıran anlaşmanın yazılı şekilde yapılması ve anlaşma hükümlerini içeren ve müvekkil tarafından imzalanmış bulunan bir belgenin acenteye verilmesi gerekir. Anlaşma en çok, ilişkinin bitiminden itibaren iki yıllık süre için yapılabilir ve yalnızca acenteye bırakılmış olan bölgeye veya müşteri çevresine ve kurulmasına aracılık ettiği sözleşmelerin taalluk ettiği konulara ilişkin olabilir. Müvekkilin, rekabet sınırlaması dolayısıyla, acenteye uygun bir tazminat ödemesi şarttır.” (TTK m. 123/1). Bu fıkradan da anlaşılacağı üzere, acenteye müvekkil arasında akdedilen rekabet yasağı sözleşmesinin yasal koşullarıyla işçiyle işveren arasında kararlaştırılan rekabet yasağını düzenleyen pozitif normlar büyük ölçüde örtüşmektedir. Şöyle ki acenteye rekabet arasında bağitlanan rekabet yasağı sözleşmesinde de yazılı şekil koşulu aranmakta, rekabet yasağının süresi azami iki yıla sınırlanılmakta ve yasağın yalnızca acenteye bırakılmış olan bölgeye veya müşteri çevresine ve kurulmasına aracılık ettiği sözleşmelerin taalluk ettiği konulara ilişkin olabileceği vurgulanarak coğrafi alan ve işlerin türü (konu) bakımından bir kapsam sınırlandırılması getirilmektedir. İşçinin sözleşme sonrası rekabet yasağıyla acentenin sözleşme sonrası rekabet yasağı arasında göze çarpan yegâne fark, işçiyle kararlaştırılan rekabet yasağında karşı edim bir geçerlilik koşulu olarak aranmazken acenteye bağitlanan rekabet yasağı sözleşmelerinde müvekkilin bir karşı edim yükümlenmesinin şart koşulmasıdır. Öte yandan Borçlar Kanunu'nun rekabet yasağına ilişkin madde gerekçelerinde bu hükümlerin İsviçre Borçlar Kanunu'ndan alındığı dışında doyurucu hiçbir gerekçeye yer verilmezken, Türk Ticaret Kanunu'nda acentenin rekabet yasağını düzenleyen madde gerekçesinin son derece ayrıntılı bir tarzda kaleme alınması bir çarpıcı diğer noktadır. Gerekçede de belirtildiği gibi, Türk Ticaret Kanunu'nun 123. maddesi HGB'nin § 90a maddesinden iktibastır. Madde gerekçesinin başındaki genel açıklamanın ve birinci fıkranın gerekçesinin bir bölümünün aynen aktarılmasının rekabet yasağı sözleşmesine yönelik sınırlayıcı kuralların ve bu arada karşı edim koşulunun felsefesinin yansıtılması bakımından son derece yararlı olacağı*

kanısında: “Madde 123 -Tasarının bu maddesi yeni olup, Alm. TK.’nin 90a paragrafından alınmıştır. Hüküm, sözleşmeden sonra sözleşmeye bağlı olarak uygulanacak faaliyet sınırlamasını düzenlemektedir. Kanun, sözleşme sonu faaliyet yasağını veya sınırlamasını eşyanın doğasıyla bağdaştıramadığı için acenteyi koruyucu hükümler konulmasını gerekli görmüştür. Bu gereklilik, acentenin faaliyetinin sınırlandırılmasının inhisar düzenlemesinden bağımsız olarak Tasarıda yer almamış olması dolayısıyla daha da önem kazanmıştır. Koruma, zaman sınırlamaları, şekil kurallarına uygunluk ve yasağın karşılığında ücret ödenmesi ile sağlanmıştır. Birinci fıkra:Normal olan acente ilişkisinin sona ermesiyle acentenin serbest hale gelmesi, arzu ediyorsa acentelik mesleğini, sona eren ilişkinin içine girdiği alan dahil, istediği alanda sürdürmesidir. Ancak bu her zaman mümkün olmayabilir.Taraflar (çoğu kez müvekkilin isteği ve hatta baskısı ile) rekabet yasağının sözleşmenin sona ermesinden sonra da devam etmesini kararlaştırabilirler...”

Madde gerekçesinden acenteye yönelik rekabet yasağında sözleşme özgürlüğünün emredici kurallar vasıtasıyla acente lehine daraltılmasının arka planında, aynen işçiyle kararlaştırılan rekabet yasağı örneğinde olduğu gibi, sözleşmenin zayıf tarafı olan acentenin korunması kaygısının yattığı anlaşılmaktadır. Belirtelim ki, acente de belli ölçülerde müvekkiline bağımlı olup, müvekkilince dayatılan rekabet yasağı sözleşmelerini kabul etme olasılığı güçlüdür. Ne var ki acentenin müvekkile bağımlılığı, asla işçinin işverene bağımlılığı kadar yoğun değildir. Deyim yerindeyse acenteye müvekkili arasında gevşek bir bağımlılık ilişkisi söz konusuysen, işçiyle işveren arasında son derece katı bir bağımlılık ilişkisi mevcuttur. Hal böyleyken müvekkilin uygun bir tazminat ödemesinin acentenin taraf olduğu rekabet yasağı sözleşmesinin geçerlilik koşulu olarak düzenlenmesi, buna karşın sözleşme sonrası rekabet yasağı gibi çalışma özgürlüğünü tehdit eden bir kısıtlama karşısında acenteye göre çok daha fazla korunması gereken işçinin karşı edim hakkından yoksun bırakılması, tam bir hukuki garabet ve aymazlıktır. Bununla birlikte Ticaret Kanunu’nda acentenin rekabet yasağını düzenleyen hükümler, işçiyle işveren arasındaki sinalagmatik (karşı edimli) rekabet yasağı kayıtlarına kıyasen uygulanabilecek niteliktedir. Gerçekten TTK m. 123’ün ikinci ve üçüncü fıkralarında sinalagmatik bir rekabet yasağı sözleşmesinin ruhuna uygun bir biçimde işverene rekabet yasağından vazgeçme hakkı tanınmış; sözleşmenin diğer tarafın kusurlu bir

davranışı nedeniyle feshedilmesi halinde tarafların rekabet yasağı sözleşmesinden doğan hak ve borçlarının *ipso iure* ortadan kalkmayacağı, ancak sözleşmeyi diğer tarafın kusurlu davranışından dolayı fesheden tarafın sözleşmeyle bağlı olmadığını fesihden itibaren bir ay içinde karşı tarafa bildirebileceği kuralı getirilmiştir¹²⁰¹. Dolayısıyla işveren uygun bir karşı edim üstlendiği rekabet yasağından TTK m. 123/2'nin kıyasen uygulanması yoluyla vazgeçebilecektir.

İşverenin rekabet yasağından vazgeçmesi, niteliği itibarıyla fesih benzeri bir hukuki işlemdir. Vazgeçme beyanı da fesih bildirimini gibi tek taraflı bozucu yenilik doğuran bir hak olup, karşı tarafa vardığı anda tüm hukuki sonuçları doğar; işveren iş sözleşmesinin bitiminden sonra işçiden rekabetten kaçınmasını isteyemez. Ancak işçi de karşı edim hakkını yitirir. Vazgeçme işçinin kabulüne bağlı değildir. İşçinin vazgeçme bildirimini öğrenmesinin ardından işverenin bu bildirimden döndüğünü açıklayarak rekabet yasağı kaydını yeniden canlandırması mümkün değildir. Şu kadar ki geri alma açıklaması, işçiye vazgeçme bildiriminden önce veya aynı anda ulaşmış ya da daha sonra ulaşmış olmakla birlikte işçi tarafından vazgeçme bildiriminden önce öğrenilmiş olursa, bildirim yapılmamış sayılır. Vazgeçme bildiriminin yazılı şekilde yapılması geçerlilik koşulu olup, işveren rekabet yasağından vazgeçtiğini adi yazılı şekilde veya noter kanalıyla gönderdiği bir ihtarnameyle bildirebilir. İşverenin vazgeçme hakkı hak düşürücü bir süreye bağlıdır. Buna göre, işveren rekabet yasağından vazgeçtiğini en geç iş sözleşmesinin sona erdiği tarihe kadar açıklamak zorundadır. Sözleşmenin sona erdiği tarihten kasıt, iş ilişkisinin fiilen sona erdiği andır. Yoksa süreli fesih bildirimini iş sözleşmesini sona erdirmez; bu nedenle iş sözleşmesinin feshini ihbar eden işveren rekabet yasağından vazgeçme hakkını ihbar öneli sırasında da kullanabilir. TTK m. 123/2 uyarınca, müvekkil, vazgeçme beyanından itibaren altı ayın geçmesiyle tazminat ödeme borcundan kurtulur. O halde bu madde işçiyle işverenin taraf olduğu iki tarafa borç yükleyen rekabet yasağı kayıtlarına kıyasen uygulanacağından, işveren vazgeçme iradesini açıkladıktan ancak altı ay sonra karşı edim borcundan kurtulacaktır. Konuyu bir örnekle açıklayalım: *‘İş sözleşmesindeki rekabet yasağı kaydıyla*

¹²⁰¹“...(2) Müvekkil, sözleşme ilişkisinin sona ermesine kadar, rekabet sınırlamasının uygulanmasından yazılı olarak vazgeçebilir. Bu hâlde müvekkil, vazgeçme beyanından itibaren altı ayın geçmesiyle tazminat ödeme borcundan kurtulur. (3) Taraflardan biri, diğer tarafın kusurlu davranışı nedeniyle haklı sebeplerle sözleşme ilişkisini feshederse, fesihden itibaren bir ay içinde rekabet sözleşmesiyle bağlı olmadığını diğer tarafa yazılı olarak bildirebilir...”

işverenin bir yıl süreli bir rekabet yasağı karşılığında her ay işçiye son ücretinin %50'si tutarında bir karşı edim ödeyeceği kararlaştırılmıştır. İşveren rekabet yasağından vazgeçtiğini iş ilişkisinin sona erdiği tarihten 4 ay önce açıkladığı takdirde işçi rekabet etmeme borcundan kurtulacak, buna karşılık işverenin karşı edim borcu iş ilişkisinin sona erdiği tarihi izleyen 2 ay boyunca devam edecektir.'

TTK m. 123/3'e kıyasen karşı edim içeren bir rekabet yasağı kaydına taraf işçi veya işveren diğer tarafa yüklenebilen bir nedenle iş sözleşmesini feshederse, fesihden itibaren bir ay içinde rekabet yasağıyla bağlı olmadığını diğer tarafa yazılı olarak bildirebilir. Her ne kadar TTK m. 123/3'de '*diğer tarafın kusurlu davranışı nedeniyle haklı sebep*' ifadesi kullanılmış olsa da, bu ifade iş sözleşmesindeki rekabet yasağı kayıtları açısından *diğer tarafa yüklenebilen bir neden/diğer taraftan kaynaklanan bir neden* olarak algılanmalıdır. Böylece iş sözleşmesini haklı nedenle derhal veya işçinin yetersizliğinden ya da davranışlarından kaynaklanan bir nedenle fesheden işverenle iş sözleşmesini haklı nedenle derhal fesheden işçi söz konusu maddenin tanıdığı haktan yararlanabilecektir. Aksine iş sözleşmesini süreli fesih yoluyla sona erdiren işçiyle iş sözleşmesini işletme gerekleriyle işverenin fesihden itibaren bir ay içinde rekabet yasağıyla bağlı olmadığını diğer tarafa yazılı olarak bildirmek suretiyle rekabet yasağı kaydının yüklediği borçlardan kurtulmaları mümkün değildir¹²⁰². Tarafların rekabet yasağı kaydıyla bağlı olmadıklarına ilişkin beyanı, fesih benzeri hukuki bir işlemdir. Rekabet yasağıyla bağlı olmama beyanı karşı tarafa vardığı anda tüm hukuki sonuçları doğar; işveren işçiden rekabetten kaçınmasını isteyemez, işçi de artık işverence üstlenilen karşı edimi talep edemez. Rekabet yasağıyla bağlı olmama beyanı, diğer tarafın kabulüne bağlı değildir. Beyanda bulunan tarafın diğer tarafın söz konusu bildirimini öğrenmesinin ardından rekabet yasağıyla bağlı olmama beyanından döndüğünü açıklayarak rekabet yasağını yeniden canlandırması imkânsızdır. Şu kadar ki geri alma açıklaması, diğer tarafa rekabet yasağıyla bağlı olmama beyanından önce veya aynı anda ulaşmış ya da daha sonra varmış olmakla birlikte diğer taraf geri alma açıklamasını rekabet yasağıyla bağlı olmama beyanından önce öğrenmiş olursa, bildirim hiç yapılmamış sayılır.

¹²⁰² Bununla birlikte, iş sözleşmesi işletme gerekleriyle feshedilen işçinin fesihden itibaren bir ay içinde rekabet yasağıyla bağlı olmadığını işverene bildirerek rekabet etmeme borcundan kurtulup kurtulamayacağı sorgulanmalıdır. Kanaatimizce iş sözleşmesi işletme gerekleri gibi işverenden kaynaklanan bir nedene dayanılarak feshedilen işçinin karşı edimli bir rekabet yasağı kaydıyla mutlaka bağlı sayılması, feshin rekabet yasağına etkisini düzenleyen kuralların amacıyla bağdaşmamaktadır. Bundan dolayı iş sözleşmesi işletme gerekleriyle feshedilen işçi de sinalagmatik bir rekabet yasağı kaydından dönebilmelidir.

Rekabet yasağıyla bağlı olmama beyanının yazılı şekilde yapılması geçerlilik koşulu olup, böyle bir bildirim adi yazılı şekilde veya noter kanalıyla gönderilecek bir ihtarnameyle yapılabilir. Rekabet yasağıyla bağlı olmama beyanı, hak düşürücü bir süreye tabidir. Kanunda fesihden itibaren bir ay içinde rekabet sözleşmesiyle bağlı olunmadığının diğer tarafa yazılı olarak bildirebilmesi gerektiğinden söz edilmektedir. Dolayısıyla hak düşürücü süre bir aydır. Peki, fesih sözcüğüyle iş ilişkisinin sona ermesi mi, yoksa feshin ihbar edildiği tarih mi anlatılmak istenmiştir? Kaynak HGB § 90a'nın metninde işverenin fesih bildiriminden itibaren bir ay içinde rekabet sözleşmesiyle bağlı olmadığını diğer tarafa yazılı olarak bildirmesinden bahsedilmektedir¹²⁰³. O halde bir aylık hak düşürücü süre feshin ihbar edildiği tarihten itibaren hesaplanacak, işveren iş sözleşmesini süreli fesih yoluyla sona erdirmişse hak düşürücü süre ihbar öncesi sırasında da işlemeye devam edecektir. İş sözleşmesini fesheden tarafın rekabet yasağıyla bağlı kalmama beyanını fesihden sonraki bir tarihte iletmesi, tarafların rekabet yasağıyla bağlı kalmama bildirimini yapıldığı ana kadar doğan alacak ve borçlarını etkilemeyecektir. Konuyu bir örnekle somutlaştıralım: *‘İş sözleşmesindeki rekabet yasağı kaydıyla işverenin bir yıl süreli bir rekabet yasağı karşılığında her ay işçiye son ücretinin %50’si tutarında bir karşı edim ödeyeceği kararlaştırılmıştır. İş sözleşmesinin işçinin sadakat borcuna aykırı bir eylemi nedeniyle İş Kanunu’nun 25/II. maddesine dayanarak haklı nedenle derhal fesheden işveren rekabet yasağıyla bağlı olmadığını fesih bildiriminden 15 gün sonra işçiye duyurur. Dolayısıyla işçi rekabetten kaçındığı 15 günlük süre için işverenden karşı edim talep edebilir. Tersine işçi anılan süre içinde rekabet etmeme borcuna aykırı davranırsa işverenin rekabet yasağında öngörülen ceza koşulunu veya uğradığı zararın tazminini talep hakkı doğar.’* TTK m. 123/4’de bu maddeye aykırı şartların acentenin aleyhine olduğu ölçüde geçersiz olduğu kaydedilmektedir. Bundan dolayı TTK m. 123’ün ikinci ve üçüncü fıkraları nispi emredici olup, zikredilen hak düşürücü sürelerin sözleşmeyle işçi aleyhine değiştirilmesi caiz değildir. Örneğin sinalagmatik rekabet yasağı kayıtlarına kıyasen uygulanan TTK m. 123’de müvekkilin vazgeçme beyanından itibaren altı ayın geçmesiyle tazminat (karşı edim) ödeme borcundan kurtulacağı yazılıdır. İş sözleşmesinde yer alan ve

¹²⁰³ “... (3) Kündigt ein Teil das Vertragsverhältnis aus wichtigem Grund wegen schuldhaften Verhaltens des anderen Teils, kann er sich durch schriftliche Erklärung binnen einem Monat nach der Kündigung von der Wettbewerbsabrede lossagen...”

karşı edim içeren bir rekabet yasağı kaydında işverenin vazgeçme (feragat) beyanından üç ay sonra karşı edim ödeme borcundan kurtulacağı kararlaştırılmaz. Nihayet TTK m. 123 işverenin rekabet yasağı kaydında bir karşı edim yükümlenmesine karşın, işçiye ödenecek tutarın belirtilmemiş olması durumunda da başvurulabilecek bir maddedir. Gerçekten birinci fıkrada uygun bir tazminattan söz edilmektedir. Buna göre, rekabet yasağı kaydında karşı edimin tutarı belirtilmemişse, hâkim sözleşmedeki boşluğu, rekabet yasağıyla işçinin çalışma özgürlüğüne getirilen kısıtlamanın boyutu da dâhil olmak üzere somut olayın tüm özelliklerini göz önünde bulundurarak dolduracaktır

4. Sosyal Güvenlik Hukuku Açısından Karşı Edim

a) Karşı Edim ve Sigorta Primine Esas Kazanç

Alman sosyal güvenlik hukukunda sadece iş görmenin karşılığı olan ücret (*Arbeitsentgelt*) sosyal sigorta yükümlülüğü kapsamında bulunmakta olup, karşı edim ‘iş görme karşılığı ücret’ kavramına dâhil edilmemektedir. Bu doğrultuda, karşı edimin iş ilişkisinin sona ermesini izleyen mesleki faaliyet sınırlamasından ötürü ödendiği ve işçinin ifa ettiği bir hizmetin karşılığı olmadığı ifade edilmektedir¹²⁰⁴. Dolayısıyla karşı edim için herhangi bir sosyal sigorta primi yatırılması gerekmemektedir¹²⁰⁵. Hukukumuzda iş sözleşmesine göre çalışan sigortalıların prim matrahına dâhil edilecek kazançlar; sigortalıların o ay içinde hak ettiği ücretlerden; prim, ikramiye ve bu nitelikteki her çeşit istihkaktan sigortalılara o ay içinde yapılan ödemeler ile özel sağlık sigortalarına ve bireysel emeklilik sistemine ödenen tutarlardan ve idare veya yargı mercileri tarafından verilen karar uyarınca sigortalılara yapılan ücret, fazla çalışma, prim, ikramiye niteliğindeki ödemelerden ibarettir (SSGSSK m. 80/I,a)¹²⁰⁶. 5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu’nda ücret; sigortalı sayılanlara saatlik, günlük, haftalık, aylık veya yıllık olarak para ile ödenen ve süreklilik niteliği taşıyan brüt tutar olarak tanımlanmıştır (SSGSSK m. 3/12). Dolayısıyla rekabet yasağıyla çalışma özgürlüğü kısıtlanan işçiye bu kısıtlamanın bir karşılığı olarak işverence ödenen *sui generis* bir

¹²⁰⁴ Bauer/Diller, s. 411.

¹²⁰⁵ Bauer/Diller, s. 411.

¹²⁰⁶ Primlerin hesabında esas alınacak kazançlar hakkında daha fazla detay için bkz. Güzel, Ali/Okur, Ali Rıza/Caniklioğlu, Nurşen: Sosyal Güvenlik Hukuku, 5510 sayılı Kanuna Göre Hazırlanmış 13. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2010, s. 234 vd.

tazminat niteliğindeki karşı edimin ücret gibi değerlendirilerek sigorta primine esas kazanç sayılması olanaksızdır.

b) Karşı Edim ve İşsizlik Ödeneği

Alman hukukunda sözleşme sonrası rekabet yasağına tabi bir kişi, aynı anda işsizlik ödeneğine de hak kazanabilmektedir. Bununla birlikte, işsizlik ödeneğine hak kazanma koşulu olarak, işsizliğin yanında İş ve İşçi Bulma Kurumu tarafından önerilecek işe başlamaya her an hazır olma da (*Verfügbarkeit*) aranmaktadır. İş kabule her an hazır olma, kişinin rekabet yasağını ileri sürerek belli işlerde çalışmayı reddetmesine engel oluşturmamaktadır¹²⁰⁷. Şu halde işsizlik ödeneği bağlanmasını talep eden işsizin rekabet yasağı kaydından doğan rekabetten kaçınma borcunun kapsamı dışında kalan bir işi kabul etmesi yeterlidir. Alman hukukunda bir işten elde edilen gelirlerin işsizlik ödeneğinden mahsup edilmesi zorunludur (§ 141 SGB III)¹²⁰⁸. Ancak işsizin karşı edimi işsizlik ödeneğinden mahsup ettirmesi gerekmemektedir. Zira karşı edim mesleki faaliyetin değil, bir yapmama borcunun karşılığı olduğundan anılan kuralın rekabet yasağına uygulanamayacağı vurgulanmaktadır¹²⁰⁹. Alman hukukunun aksine Fransız hukukunda tazminattan ziyade ücrete benzetilen karşı edimden sosyal sigorta primleri kesilmektedir¹²¹⁰. Türk hukukunda eski işverenin rekabet yasağı süresince periyodik olarak karşı edim ödemesi, sigortalı işsizin işsizlik ödeneğine hak kazanmasını etkilemez. 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu'nda işsizlik ödeneği aldığı sürede gelir getirici bir işte çalıştığı veya herhangi bir sosyal güvenlik kuruluşundan yaşlılık aylığı aldığı tespit edilen sigortalı işsizlerin işsizlik ödeneklerinin kesileceği düzenlenmiştir (İSK m.52/Ib). Ne var ki karşı edimin ekonomik bir faaliyet karşılığında elde edilen bir gelir gibi değerlendirilerek işsizlik ödeneğinin kesilmesi mümkün değildir. Buna karşılık, aynı maddenin *a* bendinin rekabet yasağı yönünden irdelenmemesi önemli bir eksiklik oluşturacaktır. Anılan bende göre, Kurumca teklif edilen mesleklerine uygun ve son çalıştıkları işin ücret ve çalışma koşullarına yakın ve ikamet edilen yerin belediye mücavir alanı sınırları içindeki bir işin haklı bir nedene dayanmaksızın reddedilmesi, işsizlik ödeneği ödenmesinde hak düşürücü nedenler arasında yer

¹²⁰⁷ *Bauer/Diller*, s. 411.

¹²⁰⁸ *Bauer/Diller*, s. 411.

¹²⁰⁹ BAG 25.6.1985 AP 11 zu § 74c HGB (*Bauer/Diller*'den naklen, s. 411)

¹²¹⁰ *Signoretto*, s. 239.

almaktadır (İSK m.52/Ia). Rekabet yasağının genelde işçinin mesleğiyle bağlantılı işleri ve işçinin yerleşim yerini çevreleyen coğrafi alanı kapsadığı hesaba katılırsa, sigortalı işsiz Kurumca teklif edilen işi reddetmesinin işsizlik ödeneğinin kesilmesine yol açacağı sanılabilir. Ancak söz konusu düzenlemede sigortalı işsiz haklı bir nedene dayanarak böyle bir teklifi reddedebileceği belirtilmektedir. Kanımızca Kurum tarafından önerilen işin rekabet yasağının kapsamına girmesi haklı bir neden sayılmalı ve sigortalı işsiz hak ettiği işsizlik ödeneği kesilmemelidir. Zira rekabet yasağına aykırı davranış, sigortalı işsiz rekabet yasağı kaydından kaynaklanan olası bir karşı edim alacağını yitirmesi sonucunu doğurmakla kalmayacak; sigortalı işsizi, başta ceza koşulu olmak üzere, rekabet yasağı kaydına aykırılıktan kaynaklanan çeşitli hukuki yaptırımlara uğrama gibi ciddi bir riskle karşı karşıya getirecektir. Sonuç olarak, Kurum tarafından teklif edilen işin kabulünün rekabet yasağı kaydının ihlaline yol açacağı durumlarda sigortalı işsiz böyle bir teklifi geri çevirmesi, işsizlik ödeneğinin kesilmesini gerektirmez.

5. Vergi Hukuku Açısından Karşı Edim

Alman hukukundaki baskın eğilim, karşı edimi bağımlı çalışmadan elde edilen bir gelir olarak nitelemekte ve ücret gibi vergilendirileceğini savunmaktadır¹²¹¹. Ücret Vergisi Uygulanmasına İlişkin Kararname'ye göre de karşı edim ücret vergisine (*Lohnsteuer*) tabidir (§ 2 Abs. 2 Nr. 4 LStDV)¹²¹². Ayrıca yurtdışından havale edilen karşı edimlerin dahi vergiye tabi olduğu ifade edilmektedir¹²¹³. Buna karşın, eski işverenin bağlı olduğu Almanya'daki ana şirketin yurtdışındaki bir rekabet yasağı için ödediği karşı edimden vergi kesintisi yapılmamaktadır¹²¹⁴. Rekabet yasağı karşılığında işverence üstlenilen karşı edimin gelir vergisine tabi olup olmadığı mutlaka sorgulanması gereken bir konudur. Öncelikle vergi, resim, harç ve benzeri yükümlülüklerin kanunla konulacağını, değiştirilebileceğini veya kaldırılacağını emreden ve Anayasa'da da ifadesini bulan vergide kanunilik ilkesi hatırlatılmalıdır. Gelir Vergisi Kanunu'nda işverenin rekabet yasağı uygulanan işçiye ödeyeceği karşı edimden gelir vergisi alınacağını öngören herhangi bir hüküm

¹²¹¹ LAG Hamm 1.7.1987 LAGE 3 zu § 74 HGB (*Bauer/Diller*'den naklen, s. 413) Ayrıca bkz. *Grüll/Janert*, s. 65.

¹²¹² *Grüll/Janert*, s. 65.

¹²¹³ FG Hamburg 21.1.1975 EFG 1975, 242 (*Bauer/Diller*'den naklen, s. 413)

¹²¹⁴ FG Baden-Württemberg 22.9.1983 EFG 1984, 183 (*Bauer/Diller*'den naklen, s. 413)

bulunmamaktadır. Bu noktada Şu soru akla gelmektedir: İŞverenin üstlendiği karşı edim ücret geliri olarak kabul edilebilir mi? Bu noktada vergi hukukunda benimsenen ücret kavramıyla iş ve sosyal güvenlik hukukundaki ücret kavramının örtüştüğü ifade edilmelidir. Gerçekten Gelir Vergisi Kanunu ücreti, işverene tabi ve belirli bir işyerine bağlı olarak çalıŐanlara hizmet karşılığı verilen para ve ayınlar ile sağlanan ve para ile temsil edilebilen menfaatler Şeklinde tarif etmektedir (GVK m. 61). Bu tanımda dikkati çeken unsur, ücretin bir hizmet karşılığı verilmesidir. Oysa karşı edim işçinin yerine getirdiği bir hizmetin karşılığı değil, tersine işçiye yüklenen bir yapmama/kaçınma borcunun bedelidir. Bu itibarla, karşı edimin vergi hukuku anlamında ücret gibi değerlendirilerek gelir vergisine tabi tutulması olanak dışıdır. Belirtelim ki, Gelir Vergisi Kanunu'nda birtakım ödemelerin de ücret sayılacağı açıklanmıştır. Bu ödemeler; 23'üncü maddenin 11 numaralı bendine göre istisna dışında kalan emeklilik, maluliyet, dul ve yetim aylıkları, evvelce yapılmış veya gelecekte yapılacak hizmetler karşılığında verilen para ve ayınlarla sağlanan diğer menfaatler; Türkiye Büyük Millet Meclisi, il genel meclisi ve belediye meclisi üyeleri ile özel kanunlarına veya idari kararlara göre kurulan daimi veya geçici bütün komisyonların üyelerine ve yukarıda sayılanlara benzeyen diğer kimselere bu sıfatları dolayısıyla ödenen veya sağlanan para, ayın ve menfaatler; yönetim ve denetim kurulları baŐkanı ve üyeleriyle tasfiye memurlarına bu sıfatları dolayısıyla ödenen veya sağlanan para, ayın ve menfaatler; bilirkiŐilere, resmî arabuluculara, eksperlere, spor hakemlerine ve her türlü yarışma jürisi üyelerine ödenen veya sağlanan para, ayın ve menfaatler; sporculara transfer ücreti veya sair adlarla yapılan ödemeler ve sağlanan menfaatler olarak sıralanmıştır (GVK m. 61/3). Bu fıkradan da anlaşılacağı üzere, karşı edim ücret sayılan ödemeler arasında yer almamaktadır. Özetle vurgulamak gerekirse, işçiye ödenen karşı edimden gelir vergisi kesilmesi vergide kanunilik ilkesiyle bağdaşmayacaktır.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

REKABET YASAĞI KAYDININ İHLALİ, İŞVEREN DEĞİŞİKLİĞİNİN VE İFLASIN REKABET YASAĞI KAYDINA ETKİSİ

§ 7. REKABET YASAĞI KAYDININ İHLALİ

I. Rekabet Etmeme Borcunun İhlali

1. Genel Olarak

Rekabet yasağı kaydına rağmen iş ilişkisinin sona ermesinin ardından eski işvereniyle rekabete etmeye başlayan işçi, sözleşmeden kaynaklanan olumsuz edim yükümlülüğünü ihlal etmiş olur. Borçlar Kanunu'nda sözleşmeyle üstlendiği yapmama borcuna aykırı davranan borçlunun alacaklının bu yüzden uğradığı zararı gidermek zorunda olduğu hükme bağlanmıştır. (TBK. m. 113/2)¹¹⁷⁸. Söz konusu maddenin ikinci fıkrasında, alacaklının ayrıca borca aykırı durumun ortadan kaldırılmasını veya bu konuda masrafi borçluya ait olmak üzere kendisinin yetkili kılınmasını isteyebileceği yazılıdır (TBK. m. 113/3). Ayrıca Borçlar Kanunu'nda işçinin rekabet yasağı kaydına aykırı davranışının sonuçları özel olarak düzenlenmiş; rekabet yasağına aykırı hareket eden işçinin işverenin uğradığı bütün zararları gidermekle yükümlü olduğu ifade edilmiştir (TBK. m. 446/1). Yine aynı madde de işverenin ek bazı koşulların gerçekleşmesi şartıyla yasağı aykırı davranışın sona ermesini de talep edebileceğinden söz edilmektedir (TBK. m. 446/2). Bu bağlamda, TBK. m. 113 ile TBK. m. 446 arasındaki bağlantı net bir şekilde ortaya konulmalıdır. Eş deyişle, TBK. m.446'nın TBK. m. 113'ün yalın bir tekrarı mı olduğu; yoksa TBK. m.113'den kimi yönlerden ayrılan özgün bir düzenleme mi getirdiği sorularına verilecek yanıtlar, konunun hukuki ve dogmatik boyutlarının doğru olarak kavranılması açısından son derece önemlidir.

¹¹⁷⁸ Yapmama borçlarında tazminat davası için bkz. *Oğuzman/Öz*, s. 500–501.

Borçlu yapmama borcuna aykırı davrandığı takdirde alacaklının ifa davası açıp açamayacağı, diğer bir deyişle alacaklının borçludan edimin aynen ifasını talep edip edemeyeceği Borçlar Hukuku öğretisinde tartışmalı bir konudur. Öğretide benimsenen bir görüşe göre; yapmama borçlarına aykırı davranışın-yapılmaması gereken şeyin- yapılmış olması imkânsızlık yaratmakta olup, alacaklının ifa davası açması mümkün değildir¹¹⁷⁹. Örneğin bir imalat sırrını açıklamama borcu altında olan kimse bu sırrı açıkladığı anda artık açıklamama borcu imkânsızlaşmış olacağından, borçludan aynen ifa istenemeyecektir. Ancak alacaklı borcun ihlali yüzünden uğradığı zararın tazminini talep edebilir (TBK m. 113/2). Bu görüşü benimseyen yazarlara göre; borcun ihlali nedeniyle ortaya çıkan durumun ortadan kaldırılması mümkünse, tazminat, söz konusu durumun bertaraf edilmesi tarzında tespit edilebilir. Öte yandan yapmama borcunun devamlı olarak yüklenildiği durumlarda alacaklının yine cebri icra olanağından yoksun olduğu savunulmaktadır¹¹⁸⁰. Buna karşılık, TBK m. 113/2' yi ifaya zorlama hükmü olarak değerlendiren öğretideki baskın eğilim; ifa davasının ilke olarak her türlü borcun ifası için açılabileceğini, edim imkânsız hale gelmedikçe aynen ifanın istenebileceğini öne sürmektedir¹¹⁸¹. TBK. m. 113/2' de yer alan hükmün aynen ifa talebi sayılıp sayılamayacağı tartışması bir yana bırakılırsa¹¹⁸², her iki yaklaşım da süreklilik gösteren yapmama borçlarının ihlali durumunda, alacaklının açacağı bir dava ile borca aykırı durumun ortadan kaldırılmasını isteyebileceği noktasında görüş birliği içindedir (TBK m. 113/3)¹¹⁸³.

İİK. m. 30/II borçlunun rekabet etmeme veya gürültü yapmama gibi yapmama edimleriyle geçit hakkı tanınması gibi katlanma edimlerini ifa etmemesi hallerini

¹¹⁷⁹ Oğuzman/Öz, s. 335.

¹¹⁸⁰ Oğuzman/Öz, s. 445. Yazarların yapmama borcunun devamlı olarak yüklenildiği hallere verdiği örnek, konumuz açısından oldukça dikkat çekicidir: "...Şayet yapmama borcu devamlı olarak yüklenilmişse, mesela, **beş yıl için rekabet etmeme borcu varsa**, alacaklı gene de cebri icra talep etme imkânına sahip değildir. Zira borçlu borcuna riayet ettiği sürece, zaten mesele yoktur. Buna mukabil borçlunun borca aykırı davranışından sonra ise, cebri icra yoluyla o ihlali vuku bulmamış hale getirmek mümkün değildir..."

¹¹⁸¹ Eren, s. 987.

¹¹⁸² "...BK. m. 97/II' ye göre alacaklı asli ve bağımsız yapmama borçlarında da ifa davası açabilir. Ayrıca alacaklı, BK. m. 97/III' e göre yapmama borçlarında hâkimden, borçlunun bunlara aykırı durumdan doğan hukuka aykırı durumun ortadan kaldırılmasını da isteyebilir..." Eren, s. 992. "...Fakat devamlılık arz eden yapmama borcuna borçlunun her aykırı davranışı, ileride de aykırı davranma tehlikesini ortaya çıkarır. Bu sebeple, alacaklı borçluyu, dava ederek, onu borca riayet etmeye davet edebilir..." Oğuzman/Öz, s. 335.

¹¹⁸³ Oğuzman/Öz, s. 445 vd; Eren, s. 990 vd.

düzenlemektedir¹¹⁸⁴. Anılan maddeye uyarınca, ilam bir işin yapılmamasına ilişkin olduğu takdirde icra dairesi ilamın hükmünü borçluya tebliğ eder. Söz konusu icra emrinde ilam hükmüne muhalefet halinde borçlunun İİK. m.343'teki cezaya mahkûm edileceği de yazılır. Mahkeme hükmüne rağmen yapmama borcunu ihlal eden borçlu, alacaklının şikâyeti üzerine icra ceza mahkemesi tarafından bir aydan üç aya kadar hafif hapis cezasına mahkûm edilir (İİK m.343). Bu düzenleme ile ilamın aynen icra edilmesi ceza tehdidi ile gerçekleştirilmek istenmektedir¹¹⁸⁵. İİK. m. 343'de öngörülen hapis cezası esasen bir tazyiktir. Hapisle tazyik hükmüne rağmen borçlu borçlandığı yapmama edimini ifa etmemede ısrar ederse, alacaklının tazminat talep etme dışında bir seçeneği yoktur¹¹⁸⁶. TBK. m. 113/3' de borçlunun yapmama borcuna aykırı davranması sonucunda ortaya çıkan hukuka aykırı durumun, hâkimin vereceği izinle, bizzat alacaklı tarafından ortadan kaldırılabileceği de belirtilmektedir¹¹⁸⁷. Böyle bir olasılıkta, hukuka aykırı durumun ortadan kaldırılması için yapılacak olan tüm giderler borçluya ait olup, alacaklı zikredilen giderleri ödemek zorunda bırakılamaz. Tersine alacaklı bu giderlerin borçluya yükletilmesini hâkimden isteyebilir¹¹⁸⁸.

Yapmama borcunu ihlal eden borçlunun ayrıca alacaklının bu nedenle uğradığı zararı tazminle yükümlü olduğu yukarıda dile getirilmiştir. Esasen TBK m. 113/2, BK. m. 112'deki genel ilkenin bir yansımasıdır. TBK. m. 112 alacaklının borçludan tazminat isteyebilmesini bazı koşullara bağlamıştır. Öncelikle alacaklının borçludan tazminat talep edebilmesi için borcun hiç ifa edilmemiş veya gereği gibi ifa edilmemiş olması gerekir¹¹⁸⁹. Bu çerçevede, bağımsız bir yapmama borcunun ihlali halinde de borçlunun tazminle yükümlü olduğu vurgulanmaktadır¹¹⁹⁰. Alacaklının tazminat davası açabilmesinin öteki koşulu ise, borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemiş olmasından ötürü alacaklının zarara uğramasıdır¹¹⁹¹. Tazminat davasının açılması borçlunun kusurlu olmasına bağlıdır¹¹⁹². TBK. md. 112 borçlu aleyhine bir

¹¹⁸⁴ Eren, s. 990.

¹¹⁸⁵ Kuru, Cilt 3, s. 2360.

¹¹⁸⁶ Oğuzman/Öz, 445.

¹¹⁸⁷ Alacaklı yargıçtan yetkili idari makamların müdahalesini de talep edebilir. Eren, s. 992.

¹¹⁸⁸ Eren, s. 992.

¹¹⁸⁹ Oğuzman/Öz, s. 446.

¹¹⁹⁰ Eren, s. 993.

¹¹⁹¹ Oğuzman/Öz, s. 449.

¹¹⁹² Eren, s. 993.

kusur karinesi öngörmüştür. Buna göre, borçlu borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesinde kusursuzluğunu kanıtladığı takdirde tazminat borcundan kurtulur¹¹⁹³.

Eski tarihli İsviçre Federal Mahkemesi kararları ve öğretisi, İsviçre Borçlar Kanunu'nun yürürlükten kalkan 359. maddesini (TBK. m. 446) alacaklıya tazminata ek olarak hukuka aykırı durumun ortadan kaldırılmasını da talep etme hakkı tanıyan İBK m. 98'in (BK. m. 112) bir tekrarı olarak nitelemektedir¹¹⁹⁴. Ne var ki İsviçre Borçlar Kanunu'nun da yapılan değişikliği izleyen dönemde, İBK. m. 340b/1'in İBK. m. 98/3'e göre özel hüküm (*lex specialis*) niteliği taşıdığı ve dolayısıyla uygulanma önceliğine sahip olduğu görüşü öğretinin tamamı tarafından benimsenmiştir¹¹⁹⁵. Buna göre yasal düzenleme işverene, kural olarak, sadece maruz kaldığı zararın tazminini talep hakkı tanımakta olup; işveren rekabetin durdurulmasını ancak İBK. m. 359'da (TBK m. 446/3) öngörülen istisnai durumlarda talep edebilir¹¹⁹⁶. Böyle bir yorum tarzı, işçinin korunması ilkesiyle son derece uyumludur¹¹⁹⁷. Alacaklı İBK. m. 98/3 (TBK m. 113/3) bağlamında borçlunun yapmama borcunu ihlalinden dolayı ortaya çıkan hukuka aykırılığın ortadan kaldırılmasını talep hakkını her zaman haizken, işverenin aynen ifa talebi (*realerfüllung*) İBK. m. 340/3 (TBK m. 446/3) çerçevesinde belirli koşulların gerçekleşmesine bağlıdır¹¹⁹⁸. Sonuç olarak işçinin rekabet yasağına aykırı davranışının sonuçlarını düzenleyen TBK m. 446'nin yapmama borçlarının ifa edilmemesinin sonuçlarının ele alındığı TBK m. 113'e göre özel hüküm (*lex specialis*) olduğu ve işçinin rekabetten kaçınma borcuna aykırı davranışından kaynaklanan hukuki uyumsuzluklarda TBK m. 113'ün uygulanma kabiliyetinin bulunmadığı ifade edilmelidir.

¹¹⁹³ Oğuzman/Öz, s. 473 vd.

¹¹⁹⁴ Haefliger, s. 63.

¹¹⁹⁵ Haefliger, s. 63. Pidoux, s. 62.

¹¹⁹⁶ Pidoux, s. 63.

¹¹⁹⁷ Haefliger, s. 63. Pidoux, s. 63.

¹¹⁹⁸ Haefliger s., 63. Ancak Pidoux, İBK m. 359'un bu şekilde yorumlanmasının işçinin rekabet yasağına riayet etmesinde önemli menfaati bulunan işverenin son derece aleyhine olduğu da ifade etmektedir. Zira işçi aciz halinde ise işverenin tazminat talebi çok fazla bir anlam ifade etmeyecektir. Böyle bir durumda işveren, rekabet yasağı kaydının ifası açısından her türlü hukuki güvenceden yoksun kalacaktır. Bundan dolayı yazar, işverene hukuka aykırılığın ortadan kaldırılması için bir dava açma hakkının tanınmasının uygun olacağını ifade etmektedir. Bkz. Pidoux, s. 63.

TBK m. 446'de rekabet yasağına uymayan işçiye karşı üç ayrı yaptırım öngörölmüştür¹¹⁹⁹. İlk olarak, rekabet yasağına aykırı davranan işçi, işverenin uğradığı bütün zararları gidermekle yükümlüdür (TBK m. 446/1). Ayrıca yasağına aykırı davranış bir ceza koşuluna bağlanmışsa, işçi -hâkimin indirim yetkisi saklı kalmak kaydıyla- kararlaştırılan ceza koşulunu da ödemek zorunda kalacaktır (TBK m. 446/2). Nihayet işveren, ceza koşulu ve doğabilecek ek zararların ödenmesi dışında, sözleşmede yazılı olarak açıkça saklı tutulması koşuluyla, kendisinin ihlal veya tehdit edilen menfaatlerinin önemi ile işçinin davranışı haklı gösteriyorsa, yasağına aykırı davranışa son verilmesini de isteyebilecektir (TBK m. 446/3).

2. İhlalin Sonuçları

a) Zararın Giderilmesi

İşçinin rekabet yasağı kaydından doğan borcunu ihlal etmesi nedeniyle işverenin zarar görmesi her zaman olasılık dâhilindedir. Yabancı hukuk sistemlerinde de rekabet yasağı kaydını ihlal ederek işverene zarar veren işçinin karşı tazminat davası açabileceği kabul edilmektedir. Örneğin Alman hukukunda işveren, ödediği karşı edim taksitlerinin yanında ortaya çıkan zararın giderilmesini isteyebilmektedir¹²⁰⁰. İşverenin tazminat hakkının doğumu için işçinin kastı veya kusuru aranmaktadır. Ancak rekabet yasağı kaydını haklı bir gerekçeyle geçersiz sanarak yasağına aykırı davranan işçi kusursuz sayılabileceği belirtilmektedir¹²⁰¹. § 252 BGB uyarınca tazminat işverenin yoksun kaldığı kazancı da kapsamaktadır. İspat güçlüğüyle karşılaşılan durumlarda, zararın tutarı § 287 ZPO uyarınca hâkim tarafından tespit edilmektedir¹²⁰². Bu düzenlemeye göre, mahkeme zararın miktarını somut olayın özelliğini dikkate alarak takdir eder¹²⁰³. Öte yandan yalnızca işverenin uğradığı zararın tazminat talebine konu olabileceği ifade edilmektedir¹²⁰⁴. İşçinin rekabet yasağına aykırı faaliyet sayesinde elde ettiği kazancın ise talep edilemeyeceği, zira böyle bir talep ileri sürülebilmesi için bu konuda kanunda açık

¹¹⁹⁹Bohny, s.150.

¹²⁰⁰Bauer/Diller, s. 330; Growe, s. 164.

¹²⁰¹Bauer/Diller, s. 331.

¹²⁰²Bauer/Diller, s. 331; Growe, s. 164.

¹²⁰³Bauer/Diller, s. 331.

¹²⁰⁴Growe, s. 165.

bir düzenlenme bulunması gerektiği vurgulanmaktadır¹²⁰⁵. Ayrıca Alman hukukunda işveren, tazminata ek olarak, işçinin rekabet yasağı kaydına aykırı faaliyetten doğan ve doğacak geçmiş ve müstakbel tüm zararları gidermekle yükümlü olduğunun tespitini de isteyebilir¹²⁰⁶. Hollanda hukukunda işçinin rekabet yasağı kaydına aykırı davrandığı durumlarda işveren, uğradığı zarar nedeniyle işçiden tazminat talep edebilmektedir¹²⁰⁷. Hollanda hukukunda işverenin rekabet yasağı kaydını ihlal eden işçiden tazminat isteyebilmesi için zararın varlığı ve miktarıyla işçinin eylemi ve ortaya çıkan zarar arasındaki uygun illiyet bağına kanıtlamak zorunda olduğu belirtilmektedir. İspat yükünün işverene ait olmasının hukuki dayanağı, ispat külfetini ileri sürdüğü vakıalardan veya haklardan kendi lehine hukuki sonuçlar çıkararak tarafa yükleyen Hollanda Medeni Usul Kanunu'nun 150. maddesidir (art. 150 Rv)¹²⁰⁸.

Yukarıda değinildiği üzere, Borçlar Kanunu'nda borçlu sözleşmeye aykırı davrandığı takdirde alacaklıya zararın giderilmesini talep hakkı tanınmıştır (TBK m. 112). Genel hükümlerle özdeş özel bir düzenlemenin yer aldığı TBK m. 446'da rekabet yasağını ihlal eden işçinin işverenin uğradığı zararı tazminle yükümlü olduğu kurala bağlanmıştır. Şu halde genel hükümlerde benimsenen esasları yansıtan özel kurala değişik anlamlar yüklenmesi ve buradan hareketle farklı sonuçlara varılması pek doğru olmayacaktır. Dolayısıyla rekabet yasağı kaydının ihlali nedeniyle işçinin işverenin uğradığı zararı tazmin borcunun doğumu, her şeyden önce; işçinin sözleşmeye aykırı davranışı ve kusuru, işverenin zarara uğraması ve sözleşmeye aykırı davranışla zarar arasında uygun nedensellik (illiyet) bağı bulunması gibi koşulların eş zamanlı olarak gerçekleşmesine bağlıdır¹²⁰⁹. Tazminat borcunun doğumu, her şeyden önce borçlunun sözleşmeye aykırı bir davranışını; eş deyişle işçinin rekabet yasağı kaydına aykırı bir eyleminin varlığını gerektirmektedir. İşçinin rekabet yasağı kaydını ihlal edip etmediği her somut olayda rekabet yasağı kaydının içeriğine göre tespit edilecektir¹²¹⁰. İşçinin rekabet yasağı kaydının

¹²⁰⁵ *Bauer/Diller*, s. 331; *Growe*, s. 165. Bununla birlikte, işçinin rekabet yasağına aykırı eylem sayesinde elde ettiği kazancı işverene ödemek zorunda olduğu şeklinde bir ceza koşulu kararlaştırılabilir. Bkz. *Bauer/Diller*, s. 331

¹²⁰⁶ *Growe*, s. 167.

¹²⁰⁷ *Bouwens/Duk*, s. 219.

¹²⁰⁸ *Quist*, s. 19.

¹²⁰⁹ *Bohny*, s.150; *Haefliger*, s. 64.

¹²¹⁰ Rekabet yasağı kaydı işçinin rekabet teşkil eden her türlü faaliyetini yasaklayabileceği gibi, daha dar kapsamlı da olabilir. Bkz. *Haefliger*, s. 64.

kapsamına giren bir faaliyette bulunduğunu ve böylece rekabet yasağı kaydını ihlal ettiğini ispat yükü işverene aittir¹²¹¹.

Türk/İsviçre borçlar hukukunda alacaklının sözleşmeyle yükümlendiği edimi ifa etmeyen veya eksik ifa eden borçludan tazminat talep edebilmesi için, borcun borçlunun kusurlu davranışından dolayı ifa edilememiş veyahut kötü ifa edilmiş olması şarttır. Bir başka anlatımla, borcun ifa edilememesinde veya eksik ifasında kendisine hiçbir kusur atfedilemeyecek borçlunun alacaklının zararını tazmin yükümlülüğünden söz etmek mümkün değildir. Ancak haksız fiilden kaynaklanan borçların tam tersine, alacaklı sözleşmeye davranan borçlunun kusurunu ispatla yükümlü değildir¹²¹². Bilakis borçlunun sözleşmeye aykırı eyleminden ötürü kusurlu olduğu karine olarak kabul edilir¹²¹³. Elbette işçi sözleşmeye aykırılıkta kusuru bulunmadığını kanıtlayarak tazminat yükümlülüğünden kurtulabilir¹²¹⁴. Ne var ki, işçinin böyle bir olanaktan nadiren yararlanabileceği ifade edilmektedir¹²¹⁵.

Rekabet yasağı kaydına aykırı davranış nedeniyle işçiden tazminat isteyen işveren, öncelikle bu ihlal nedeniyle zarar gördüğünü ispatlamalıdır. Zira TBK m. 114/2'nin atfıyla sözleşmeye aykırılıktan kaynaklanan borçlara da uygulanan TBK m.50'ye göre, tazminat talebinde bulunan kişi zararını ispat etmekle yükümlüdür. Bu kural, zarar miktarının alacaklı tarafından ispatını da içermektedir¹²¹⁶. İşçi, kural olarak, işverenin uğradığı zararın tamamını tazminle yükümlüdür¹²¹⁷. Ancak işçinin hafif ihmali veya işverenin ortak kusuru gibi durumlarda hâkim tazminattan indirim gidebilir (TBK. m. 52, İBK. m. 43/1 ve İBK. m. 44/1)¹²¹⁸. İşçinin rekabet yasağına aykırı davranışından ötürü işverenin zarar gördüğü sabit olmakla birlikte, zararın miktarı tespit edilememesi diğer bir olasılıktır. Böyle bir durumda hâkim, somut olayın özelliklerini ve zarar görenin aldığı önlemleri birlikte dikkate alarak uygun bir

¹²¹¹ *Bohny*, s. 150–151; *Haefliger*, s. 64; *Soyer*, s.77.

¹²¹² *Haefliger*, s. 64.

¹²¹³ *Bohny*, s. 151; *Haefliger*, s. 64.

¹²¹⁴ *Bohny*, s. 151; *Haefliger*, s. 64; *Pidoux*, s. 66; *Soyer*, s. 77.

¹²¹⁵ *Soyer*, s. 77. Bu istisnai hallere verilen bir örnek işçinin, eski işvereniyle rekabet eden bir işletmeyi miras yoluyla iktisap etmesidir. Ancak işçinin tazminat borcundan kurtulabilmesinin en kısa sürede ve ilk fırsatta işletmeyi devretmesi koşuluna bağlı olduğu da vurgulanmaktadır. bkz. *Haefliger*, s. 64, dipnot 194. İşçinin kusursuzluğunu kanıtlama olanağına sadece teoride sahip olduğunu dile getiren diğer bir yazar ise, devletçi bir iktisadi düzen çerçevesinde işçiye rakip bir işletmede çalışma yükümlülüğünün getirilmesini, işçinin kusursuzluğuna sıra dışı bir örnek olarak sunmaktadır. *Pidoux*, s. 66.

¹²¹⁶ *Haefliger*, s. 64.

¹²¹⁷ *Haefliger*, s. 66.

¹²¹⁸ *Haefliger*, s. 66.

tazminata hükmedecektir¹²¹⁹. İsviçre öğretisinde hâkimin işçinin ödemekle yükümlü olacağı tazminatın tespitinde borç ilişkisi borçlu için herhangi bir yarar sağlamadığı takdirde yargıcın tazminatta indirim gitmesi gerektiğini hükme bağlayan İBK m. 99/2'yi (TBK. m. 114/1) göz önünde bulundurması gerektiği, ancak bu hükmün uygulanabilmesinin rekabet yasağı kaydının işverene bir karşı edim yükümlülüğü getirilmemesi şartına bağlı olduğu ileri sürülmektedir¹²²⁰.

İşveren, kural olarak, rekabet yasağına kaydına aykırı davranan işçiden olumlu (müspet) zararının tazmini isteyebilir¹²²¹. Olumlu (müspet) zarar, işçinin rekabet yasağı kaydını ihlali sonrasında işverenin malvarlığının gösterdiği durum ile işçinin rekabet yasağı kaydını ihlal etmeseydi işverenin malvarlığının arz edeceği durum arasındaki farktır¹²²². Olumlu zarar, işverenin fiilen uğradığı zarar¹²²³ (*damnum emergens*) veya yoksun kalınan kazanç (*lucrum cessans*)¹²²⁴ olarak tezahür edebilir¹²²⁵. Gizli bir müşteri çevresinin rakip firmalara ifşa edilmesi nedeniyle işletmenin değerinden meydana gelen azalma, fiili zararın klasik bir örneğidir¹²²⁶. Öte yandan, işçinin eski işvereni belirli bir sipariştan yoksun bırakması ve bu siparişi eski işvereniyle rekabet halinde olan bir işletmeye yönlendirmesi ise, yoksun kalınan kârın tipik bir örnek oluşturmaktadır¹²²⁷. Bununla beraber, işveren olumsuz (menfi) zararının tazmini de talep edebilir¹²²⁸. Örneğin özel bir ürünü tanıtmak için çok masraflı bir reklâm kampanyası düzenleyen işveren, ürünün tasarlanması aşamasında rakip bir firmada işe başlayarak ürünün piyasaya arzına engel olan işçiden malın değerini arttırmak için yaptığı harcamaları ve uğradığı kâr kaybını

¹²¹⁹ *Haefliger*, s. 64.

¹²²⁰ *Bohny*, s. 153.

¹²²¹ *Bohny*, s. 151; *Haefliger*, s. 65; *Pidoux*, s. 64; *Soyer*, s. 78.

¹²²² *Haefliger*, s. 65; *Pidoux*, s. 64; *Soyer*, s. 78. Borçlar hukuku öğretisinde müspet zararın edim, borçlu tarafından tam ve gereği gibi yerine getirilmiş olsaydı, alacaklının malvarlığının göstereceği durum ile hâlihazırdaki durum arasındaki farktan oluştuğu vurgulanmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. *Eren*, s. 1013.

¹²²³ Malvarlığının mevcut net durumunda zarar görenin iradesi dışında meydana gelen azalma fiili zarar (*damnum emergens*) olarak tanımlanmaktadır. *Eren*, s. 477.

¹²²⁴ Yoksun kalınan kâr (*lucrum cessans*), olayların normal akışına, hayat tecrübelerine göre malvarlığında meydana gelebilecek artışların zarar verici fiil (olgu) nedeniyle kısmen veya tamamen önlenmesi sonucu meydana gelen azalmayı (zararı) ifade eder. *Eren*, s. 477.

¹²²⁵ *Bohny*, s. 151; *Haefliger*, s. 65; *Pidoux*, s. 64; *Soyer*, s. 78.

¹²²⁶ *Pidoux*, s. 65.

¹²²⁷ *Haefliger*, s. 65.

¹²²⁸ Öğretide sözleşmenin kurulduğuna veya geçerli olarak kurulmuş bulunduğu duyulan güvenin boşa çıkmasından doğan bir zarar olduğu, alacaklının malvarlığının hâlihazır durumu ile sözleşme yapılmamış olsaydı arz edeceği durum arasındaki farkın menfi zararı meydana getirdiği dile getirilmektedir. Detaylı bilgi için bkz. *Eren*, s. 1013.

tazminat olarak isteyebilir¹²²⁹. Esas itibariyle, işçi işverenin uğradığı zararın tamamını tazmin etmek zorundadır.

İşverenin tazminat isteminin müşteri çevresine veya iş sırlarına nüfuz edilmiş olmasından ötürü uğradığı zararın giderilmesiyle sınırlı olup olmadığı oldukça tartışmalı bir konudur. İsviçre Federal Mahkemesi çok eski tarihli bir kararında işçinin işverenin müşteri çevresine veya iş sırlarına nüfuz etmesi olasılığının salt bir bağlayıcılık koşulu olduğu, buna karşılık rekabet yasağının ihlalinin sonuçlarını düzenleyen İBK m. 340b'deki zarar kavramının da aynı şekilde dar yorumlanacağına ilişkin herhangi bir dayanak bulunmadığı, aksi düşünce benimsendiği takdirde hakimin her somut olayda zararın işçinin kişisel yeteneklerinden mi yoksa işverenin müşteri çevresine veya sırlarına nüfuzundan mı kaynaklandığını ayırt etmek zorunda kalacağı ve bu gibi sübjektif unsurları belirlemenin ise pratikte imkânsız olduğu gerekçesiyle işverenin rekabet yasağının ihlaliyle bağlantılı tüm zararlarının işçi tarafından tazmin edileceğine hükmetmiştir¹²³⁰. Ne var ki, İsviçre Federal Mahkemesi'nin bu görüşü, öğretinin tamamı tarafından paylaşılmamaktadır. Anılan içtihadı ve bu içtihadı isabetli olarak nitelendiren yazarları eleştiren bir yazar, zarara yol açan fiil hukuka aykırı olmadığı takdirde tazminat yükümlülüğün de doğmayacağını haklı olarak vurgulamaktadır¹²³¹. Gerçekten, işverenin işçinin kişisel nitelikleri ve mesleki bilgisi yüzünden bir zarara uğraması halinde işçinin bu zararı giderme borcundan bahsedilemez. Zira işçinin işverenin müşteri çevresine veya iş sırlarına nüfuz etmeden salt kendi kişisel özelliklerini kullanması tek başına hukuka aykırı bir eylem olarak nitelendirilemeyeceğinden, böyle bir durumda işverenin de işçiden tazminat talep etmesi mümkün görünmemektedir.

En azından kuramsal olarak, işçinin rekabet yasağı kaydını ihlali nedeniyle manevi zarar (*immaterieller Schaden*) gören işvereni manevi tazminat talebinden

¹²²⁹ *Pidoux*, s. 65.

¹²³⁰ BGE 72 II 80. Taraflar arasında uyumsuzluğa yol açan olayda, işveren büyük bir mağazanın diğer bir şehirdeki şubesini yöneten işçi, iş sözleşmesinin sona ermesini müteakip rekabet yasağı kaydını ihlal ederek rakip bir firmanın yöneticiliğini üstlenmiştir. Bunun üzerine işveren işçiye karşı dava açmış; işçi çalışmaya başladığı yeni işletmenin başarısının önceki işverenin sırlarına vakıf olmasından kaynaklanmadığını, bilakis kişisel kapasitesine dayandığını öne sürerek davanın reddini talep etmiştir. Vaudois Kanton Mahkemesi davalının savunmasını yerinde görerek davayı reddetmiştir. Federal Mahkeme ise, yukarıda aktarılan gerekçelerle yerel mahkemenin kararını bozmuştur. İsviçre öğretisinde Haefliger ve Pidoux İsviçre Federal Mahkemesi'nin görüşünü desteklemektedir. bkz. *Haefliger*, s.65–66. *Pidoux*, s. 65.

¹²³¹ *Bohny*, s. 152. Aynı yönde bkz. *Soyer*, s. 79.

alıkoyabilecek herhangi bir hukuki engel yok gibi görünmektedir¹²³². Ne var ki, modern çalışma yaşamında işverenlerin genellikle tüzel kişilik biçiminde yapılanmaları gerçeği göz önünde bulundurulduğunda, rekabet yasağı kaydının ihlalden kaynaklanan manevi tazminat davalarının ancak istisnai koşulların bir araya gelmesi şartıyla açılabilceği sonucuna rahatlıkla varılabilecektir¹²³³. Diğer taraftan, gelecekte ortaya çıkması ihtimal dâhilinde bulunan zararların tazminin gerekip gerekmeyeceği sorunu üzerinde kısaca durulmalıdır. İsviçre öğretisinde kimi yazarlar, gerçekleşmesi muhtemel zararların da tazminat davasına konu olabileceğini ileri sürmektedir¹²³⁴. Buna karşılık, değinilen yaklaşımı isabetsiz olarak nitelendiren bir yazara göre, tazminat hukukunun ilkelerinin bu şekilde genişletilmesi için ne bir hukuki bir dayanak ne de bir zorunluluk bulunmamaktadır. Pozitif hukuk normları açısından ikinci görüş ağır basmaktadır. Zira Türk/İsviçre Borçlar Hukukunda ortaya çıkıp çıkmayacağı henüz belli olmayan bir zararın giderilmesi istenememektedir.

İşverenin tazminat talebinde bulunabilmesinin diğer bir koşulu, rekabet yasağını ihlaliyle işverenin uğradığı zarar arasında uygun illiyet (nedensellik) bağının varlığıdır¹²³⁵. İşçinin rekabet yasağı kaydına aykırı fiiliyle ortaya çıkan zarar arasındaki uygun illiyet bağını ispat külfeti işverene aittir¹²³⁶. Normal şartlar altında uğranılan zarar, işçinin rekabet yasağı kaydının ihlalinin doğal bir sonucudur¹²³⁷. İşçinin rekabet yasağına aykırı nispeten önemsiz bir eyleminden ötürü işveren ciddi bir şekilde zarar gördüğü takdirde, hâkimin tazminatın miktarının belirlenmesinde fiil ile zarar arasındaki bu orantısız durumu dikkate alarak TBK m. 52/2 'ye kıyasen tazminatı tenkis edebileceği belirtilmektedir¹²³⁸.

¹²³² Bohny, s. 151.

¹²³³ Tüzel kişilerin manevi tazminat davası açma imkânına sahip olup olmadığıyla ilgili olarak yapılan tartışmalar için bkz. Eren, 486–487.

¹²³⁴ Bohny, s. 151 dipnot 22'de belirtilen yazarlar.

¹²³⁵ Öğretide uygun illiyet bağı şöyle tanımlanmaktadır: “...Somut olayda gerçekleşen türden bir sonucu, olayların normal akışına ve hayat tecrübelerine göre, niteliği ve ana temayülü itibarıyla meydana getirmeye genel olarak elverişli olan veya bu tür bir sonucun gerçekleşme ihtimalini objektif olarak artırmış bulunan zorunlu şartla söz konusu sonuç arasındaki bağı uygun illiyet bağı denilir...” Eren, 492. Diğer tanımlar için bkz.

¹²³⁶ Haefliger, s.66.

¹²³⁷ Ne var ki, sözleşmeye aykırı davranışla işverenin zarara uğramasına yol açan ekonomik nedenler gibi diğer nedenlerin varlığı halinde illiyet bağını ayrıca kanıtlamak gerekebilir. Soyer, s. 78 dipnot 6.

¹²³⁸ Haefliger, s.66.

b) Ceza Koşulu

aa) Rekabet Yasağı Kaydına Aykırılığa Bağlanan Ceza Koşulunun İşlevleri

Rekabet yasağı kaydını ihlal eden işçiden tazminat talep eden işveren; zararın varlığı ve miktarıyla işçinin rekabet yasağına aykırı eylemiyle zarar arasındaki uygun nedensellik bağımlı kanıtlamak zorundadır. Anılan üç unsurdan birinin dahi ispatlanamaması, işverenin tazminat isteminin başarısızlıkla sonuçlanmasına yol açar. Nitekim eski bir hukuki özdeyişte, ispat yükü üzerinde olan tarafın ispatsızlık riskine de katlanacağı ifade edilmektedir¹²³⁹. Gerçekten, işçinin rekabet yasağı kaydına aykırı eylemine maruz kalan işverenin uğradığı zararın tutarını ispatlaması son derece zor, bazen neredeyse imkânsızdır¹²⁴⁰. Hatta işçinin rekabet yasağına aykırı davranışından dolayı işverenin herhangi bir zarar görmemesi olasılığı göz ardı edilmemelidir. Böyle bir durumda işverenin tazminat talebi zarar unsurunun yokluğu nedeniyle reddedilecek; işverence açılacak bir tazminat davasının başarısızlıkla sonuçlanma olasılığının oldukça yüksek olduğunun farkındaki işçi ise rekabet yasağına uyma konusunda gevşek ve isteksiz davranabilecektir. İşte bu gibi risklerin önünü almak isteyen işverenler, rekabet yasağı kaydının ihlalini işçinin rekabet yasağına aykırı davranması halinde işverene bir miktar para ödemesini içeren bir ceza koşuluna bağlamaktadır. Rekabet yasağı kaydıyla bağlantılı ceza koşulu, iki amaca hizmet etmektedir. Her şeyden önce, böyle bir ceza koşulu, işçiyi rekabet yasağına aykırı eylemlerden caydırmakta ve sözleşmesel yükümlülüğünü ifa etmeye özendirilmektedir¹²⁴¹. Ayrıca işveren, ceza koşulu yoluyla işçinin rekabet yasağına aykırı eylemi sonucunda meydana gelen zararın en azından bir bölümünü daha kolay tazmin ettirebilmektedir¹²⁴². O kadar ki söz konusu yaptırım, zararın hâkim tarafından saptanması ve değerlendirilmesi gerekmeksizin otomatik olarak devreye girmektedir¹²⁴³. İsviçre öğretisi de ceza koşuluna birden çok işlev yüklemektedir. Buna göre, ceza koşulu alacaklının konumu üç açıdan güçlendirmektedir: Öncelikle ceza koşulu borçlunun üzerinde ciddi anlamda manevi bir baskı oluşturmaktadır. İkinci olarak alacaklının zararını ispat etmesi gerekmekte; borçlu alacaklının

¹²³⁹ İspat yükü ispat riskidir (*Bewijslast is bewijsrisico*). *Quist*, s. 19.

¹²⁴⁰ *Bauer/Diller*, s. 336; *Bouwens/Duk*, s. 219; *Houweling/Loonstra*, s. 230.

¹²⁴¹ *Antonmattei*, s. 108; *Houweling/Loonstra*, s. 230.

¹²⁴² *Houweling/Loonstra*, s. 230.

¹²⁴³ *Signoretto*, s. 243.

malvarlığında herhangi bir eksilme olmasa dahi ceza koşulunu ödemek zorunda kalmaktadır¹²⁴⁴. Nihayet, alacaklı uğradığı aşkın zararı da borçludan talep edebilmekte, böylece uğranılan zararın tazmini açısından da herhangi bir hak kaybı yaşamamaktadır¹²⁴⁵. Rekabet yasağı kaydının işçi tarafından ihlal edilmesi halinde devreye girecek olan ceza koşulu da işverene benzer avantajlar sağlamaktadır. Bu bağlamda, gerek Türk hukukunda gerekse karşılaştırmalı hukukta rekabet yasağı kaydına işveren lehine ceza koşulu eklenmesi neredeyse kural halini almıştır¹²⁴⁶. Nitekim işçinin rekabet yasağı kaydına aykırı eylemleri nedeniyle açılan davaların aşığı yukarı tümünde işverenin ceza koşulu talep etmesi, buna karşılık uygulamada zararın tazminine yönelik davalara pek fazla rastlanmaması da bu saptamayı desteklemektedir.

bb) Borçlar Hukukunda ve İş Hukukunda Ceza Koşulu

Rekabet yasağına yönelik ceza koşulunu incelemeyen önce, genel olarak ceza koşulu kavramı ve iş hukukunda ceza koşulu uygulamaları hakkında özlü ve genel bir açıklama yapmak yararlı olacaktır. Borçlar hukuku öğretisinde ceza koşulu; borçlunun alacaklıya karşı mevcut bir borcu hiç veya gereği gibi ifa etmemesi halinde vaat ettiği, hukuki işlem ile belirlenmiş ekonomik değeri olan bir edim olarak tanımlanmaktadır¹²⁴⁷. Cezanın indirilmesiyle ilgili düzenleme dışında, ceza koşuluna ilişkin hükümler emredici değildir; taraflar bunların aksini her zaman kararlaştırabilir¹²⁴⁸. Asıl borç geçersizse veya sonradan ifa, ibra veya takas yoluyla sona ererse asıl borca bağlı ferî bir borç olan ceza koşulu da hüküm ifade etmez¹²⁴⁹. Ceza koşulu; seçimlik ceza koşulu, ifaya eklenen ceza koşulu ve ifayı engelleyen ceza koşulu olmak üzere üçe ayrılır. Sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi halinde ödenmek üzere ceza koşulu kararlaştırılmışsa ve aksi de sözleşmede öngörülmemişse seçimlik ceza koşulu söz konusu olur (TBK. m. 179/1). Seçimlik ceza koşulunda alacaklı asıl edimin ifasını talep etmek veya ceza koşulunun ödenmesini istemek arasında tercih yapmak zorunda olup, ceza koşulunun ve asli

¹²⁴⁴ Fransız hukukunda işverenin ceza koşuluyla önceden saptanan tutar sayesinde uğradığı zararın miktarıyla ilgili olarak yaşanacak tartışmayı önlediği kaydedilmektedir. *Antonmattei*, s. 108.

¹²⁴⁵ *Pidoux*, s. 67.

¹²⁴⁶ *Bauer/Diller*, s. 336; *Bouwens/Duk*, s. 219, *Grüll/Janert*, s. 104; *Houweling/Loonstra*, s. 230; *Quist*, s. 19.

¹²⁴⁷ *Eren*, s. 1133.

¹²⁴⁸ *Eren*, s. 1133.

¹²⁴⁹ *Eren*, s. 1135.

edimin ifasının birlikte istenmesi mümkün değildir. Sözleşmenin belirli zaman veya yerde ifa edilmemesi halinde ödenmek üzere ceza koşulu vaat edilmişse alacaklı hem ifayı hem de cezayı talep edebilir (TBK. m. 179/2). Bu tür ceza koşulu, ifaya eklenen ceza koşulu olarak adlandırılır¹²⁵⁰. Nihayet, ceza koşulunun üçüncü türü, ifayı engelleyen ceza koşuludur. İfayı engelleyen ceza koşuluna dönme cezası da denilmektedir¹²⁵¹. İfayı engelleyen ceza koşulunda borçlu cezayı ödeyerek sözleşmeden dönebilir (TBK. m. 179/3)¹²⁵². Borçlandığı edimi hiç veya kötü ifa eden borçlu, alacaklı zarar görmese veya kendisi kusursuz olsa dahi ceza koşulunu ödemekten kaçınmaz (TBK. m. 180/3)¹²⁵³. Ancak alacaklı hem zararını hem de borçlunun kusurunu kanıtladığı takdirde uğradığı zararın ceza koşulunu aşan kısmını borçludan talep edebilir¹²⁵⁴. Son olarak hâkimin bazı koşulların gerçekleşmesi şartıyla fahiş (aşırı) ceza koşulunda indirim yapabileceği hatırlatılmalıdır (TBK m. 182/3)¹²⁵⁵.

İş Kanunu ceza koşulunu düzenleyen herhangi bir hukuki norm içermemekte olup, ceza koşuluyla ilgili olarak ortaya çıkan uyuşmazlıklarda Borçlar Kanunu uygulanmaktadır. Bununla birlikte, iş sözleşmesinin kurulmasında işçi ve işverenin eşit konumda bulunmadığı ve işçinin iş sözleşmesinin içeriğinin belirlenmesinde genellikle pazarlık olanağından yoksun olduğu gerçeğini göz önünde bulunduran Yargıtay, hukuki boşluğu doldurarak iş sözleşmesiyle işçi aleyhine tek taraflı ceza koşulu kararlaştırılmayacağı yönünde bir içtihat geliştirmiştir¹²⁵⁶. Nitekim 6098

¹²⁵⁰ Ekleyelim ki, ifaya eklenen ceza koşulunun uygulamada özellikle rekabet yasağında görüldüğü hususunun altı çizilmektedir. Bkz. *Eren*, s. 1137.

¹²⁵¹ *Eren*, s. 1138.

¹²⁵² Öğretide ifayı engelleyen ceza koşulunun aslında gerçek anlamda bir ceza koşulu olmadığı, zira burada asıl alacak ve borcun teminat altına alınması suretiyle ifasının sağlanması ve böylece alacaklının hukuki durumunun sağlaştırılmasının değil, tam aksine ceza koşulunu ödeyerek sözleşmeden dönerek borçlunun hukuki durumunun kolaylaştırılmasının söz konusu olduğu ileri sürülmektedir. bkz. *Eren*, s. 1138.

¹²⁵³ *Eren*, s. 1139.

¹²⁵⁴ *Eren*, s. 1139.

¹²⁵⁵ *Eren*, s. 1140.

¹²⁵⁶ "...Taraflar arasındaki hizmet sözleşmesinin 2. maddesinin (B) bendinde "deneme süresi bir ay olup bu süre içerisinde taraflar hizmet akdini ihbarsız ve tazminatsız olarak feshedebilirler" hükmü konulmuştur. Sözleşmeye ekli tutandıktan, hizmet akdinin 12.02.1995 tarihinde imzalandığı anlaşılmaktadır. Akit ise 21.02.1995 günü bir aylık deneme süresi geçmeden sona erdirilmiştir. Bu nedenle davacının isteği yerinde değildir. Öte yandan, davaya dayanak yapılan hizmet sözleşmesinin 2-k maddesinde düzenlenen cezai şart tek taraflı ve işçi aleyhinedir. Bu nedenle dairemizin yerleşmiş içtihatlarına göre bu tür cezai şart kuralı geçersizdir. O halde karar bozulmalıdır..." (Yarg. 9. HD., 24.4.1996, E:1995/35258 K:1996/9448, www.legalbank.net). "...Davacı banka Ferdi Hizmet sözleşmesinin 13. maddesinde yer alan "Personel İş bu sözleşme gereğince 3.4.1995 tarihinde fiilen göreve başlamadığı takdirde ve sözleşme süresi sona ermeden bankadan ayrılıyorsa cezai şart olarak 300.000.000 lira ödemeyi... kabul eder" hükmüne dayanarak cezai şart talebinde bulunmuş mahkemece bu istek kısmen kabul edilmiştir. Ancak

sayılı Borçlar Kanunu, hizmet sözleşmelerine sadece işçi aleyhine konulan ceza koşulunun geçersiz olduğunu kurula bağlamak suretiyle Yargıtay'ın yerleşik uygulamasını kanunlaştırmıştır (TBK m. 420/1). Ayrıca her iki taraf içinde ceza koşulu öngörülmüş olmakla birlikte, işçinin ödeyeceği ceza koşulu tutarı işverence ödenecek ceza koşulunda fazla olduğu takdirde düşük olan miktar işçi için de geçerli olmaktadır¹²⁵⁷. Nitekim Yargıtay ceza koşuluyla ilgili uygulamasını istikrarlı bir şekilde sürdürmekte olup, iş sözleşmesiyle kararlaştırılan ceza koşuluna ilişkin temel esas ve ölçütler yakın tarihli bir ilke kararı ile şöyle açıklanmaktadır: “...*Cezai şart Borçlar Kanunu'nun 158–161. maddeleri arasında düzenlenmiş olup, İş Kanunlarında konuya dair bir hükme yer verilmemiştir. İş Hukuku açısından Borçlar Kanununun sözü edilen hükümlerini uygulamakla birlikte Dairemizce bazı yönlerden İş Hukukuna özgü çözümler üretilmiştir. İş Hukukunda işçi yararına yorum ilkesinin bir sonucu olarak sadece işçi aleyhine yükümlülük öngören cezai şart hükümleri geçersiz sayılmış ve bu yönde yerleşmiş içtihatlar öğretide de benimsenmiştir. Yine, Yeni Borçlar Kanunu Tasarısının 419. maddesinde “Hizmet sözleşmelerine sadece işçi aleyhine konulan ceza koşulu geçersizdir” şekline kurula yer verilmiştir. Cezai şartın işçi ve işveren hakkında ve iki taraflı olarak düzenlenmesi gereği, işçi aleyhine kararlaştırılan cezai şartın işveren aleyhine kararlaştırılardan daha fazla olmaması*

belirtmek gerekir ki işçi aleyhine cezai şart öngörülmekle yetinilmiş işveren aleyhine paralel bir düzenleme getirilmemiş bulunduğundan bu ceza şartın geçerli olduğundan söz edilemez. Dairemizin öğretide benimsenen kararlılık kazanmış uygulaması bu doğrultudadır. Böyle olunca ferdi sözleşmedeki geçersiz kurula dayanarak cezai şartın kısmen de olsa kabulü hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir...” (Yarg. 9. HD., 29.5.1996, 263/12081, www.legalbank.net) “...Davacı işçi, hemşire olabilmek amacıyla imtihana girip kazanması aradaki sözleşmeyi sürenin bitiminden önce feshetmiştir. Davalı işveren bu kez bonoyu takibe koymuş ve sonuçta muhtevası parayı tahsil etmişlerdir. Davacı bu gelişme üzerine bu menfi tespit davasını açarak borçlu olmadığını tespitine karar verilmesini istemiş, bu davaya karşılık davalı işveren de cezai şartın gereği olarak 50 milyon TL'nin ödettirilmesi talebinde bulunmuştur. Öncelikle belirtmek gerekir ki, taraflar düzenledikleri sözleşme ile sadece işveren yararına, yani tek taraflı olarak cezai şart kabul etmişlerdir. Dairemizin Hukuk Genel Kurulu denetiminden de geçen kararlılık kazanmış uygulamasına göre, işveren lehine tek taraflı cezai şart geçersizdir...” (Yarg. 9. HD., 29.12.1997, 18230/22730, www.legalbank.net)

¹²⁵⁷ “...Taraflar arasında düzenlenen bir yıl süreli hizmet sözleşmesinin özel şartlar bölümününün 2. Maddesine göre davalı öğretmenin sözleşmeyi süresinden önce feshetmesi halinde 50.000.000 TL (elli milyon Türk lirası) davacı Eğitim Vakfının feshetmesi halinde ise 10.000.000 TL (on milyon Türk lirası) cezai şart öngörülmüş olup bunlar arasında denklik bulunmamaktadır. Dairemizin kararlılık kazanmış uygulamasına göre sadece işçi aleyhine öngörülmüş cezai şart geçersizdir. Somut olayda olduğu gibi işçinin aleyhine olarak daha fazla miktarda cezai şart öngörülmüş olması halinde daha düşük olan işveren aleyhindeki ceza şartın göz önünde tutularak hüküm kurulması gerekir...” (Yarg. 9. HD., 26.3.1997, E:1996/22867 K:1997/6102, www.legalbank.net) Yargıtay'ın 2009 yılında verdiği oldukça ilginç bir kararda; işçiye iki yıllık süre dolmadan görevinden ayrılması halinde ayrılma tarihindeki brüt ücretinin iki katı tutarında cezai şart ödemesi kararlaştırılmışken, iş sözleşmesinin aynı süre içerisinde işverence feshedilmesi halinde işverenin ödeyeceği ceza şartın davalı işçinin kendisinden beklenen performansı göstermesi şartına bağlı tutulmasını ceza şartta işçi aleyhine tek taraflı bir düzenleme olarak nitelendirilerek ceza şart geçersiz sayılmıştır. Yarg. 9. HD., 25.12.2009, E:2008/9413 K:2009/37413, www.legalbank.net.

sonucunu da ortaya koymaktadır. Başka bir anlatımla işçi aleyhine olarak belirlenen cezai şartın, koşulları ve ceza miktarı bakımından işverenin sorumluluğunu aşması düşünülemez. İki taraflı cezai şartta işçi aleyhine bir eşitsizlik durumunda, ceza şart hükmü tümünden geçersiz olmamakla birlikte, işçinin yükümlülüğü işverenin sorumlu olduğu miktarı ve halleri aşamaz...”¹²⁵⁸. Nihayet 6098 sayılı Borçlar Kanunu’nda hizmet sözleşmelerine sadece işçi aleyhine konulan ceza koşulunun geçersiz sayan düzenlemeyle birlikte Yargıtay’ın yerleşik içtihadının da pozitif bir hukuki dayanağa kavuştuğu vurgulanmalıdır.

cc) Rekabet Yasağı Kaydına Aykırılığa Bağlanan Ceza Koşulunun Türü ve İçeriği

Rekabet yasağı kaydına eklenen ceza koşulunun türünü ve içeriğini incelemeden önce, bu konuda karşılaştırmalı hukuktan bir örneğin yansıtılması yararlı olacaktır. Hollanda hukukunda rekabet yasağı kaydında yer alan ceza koşulu, Medeni Kanunu’nun genel hükümlerine tabidir (art 6:916:94 BW). Buna göre borçlu, borcun ifasını ve ceza koşulunun ödenmesini aynı anda talep edememekte, taraflarca kararlaştırılan ceza koşulu tazminatın yerine geçmektedir (art. 6:92 lid 2 BW)¹²⁵⁹. Diğer bir söyleyişle, fiili zarar ceza koşuluyla saptanan miktarı aşsa bile, işveren kural olarak ceza koşuluyla yetinmek zorundadır¹²⁶⁰. Hollanda hukukunda işveren hem ceza koşulunu hem de zararın giderilmesini isteyememektedir. Böyle iki ayrı talep ileri sürüldüğü takdirde ceza koşulunun hâkim tarafından geçersiz sayılması riski ortaya çıkmaktadır¹²⁶¹. Ne var ki söz konusu düzenleme emredici değildir¹²⁶². O halde rekabet yasağı kaydında açıkça kararlaştırılmış olması şartıyla, işveren ceza koşulunda öngörülen tutarın yanında zararın giderilmesini de talep edebilir¹²⁶³.

¹²⁵⁸ Yarg. 9. HD., 20.6.2008, E:2008/9413 K:2009/37413, www.legalbank.net. Ancak Yargıtay’ın anılan yaklaşımını paylaşmayan görüşlerin varlığını da yadsımamak gerekir. Yargıtay’ın görüşünü eleştiren bir yazar, iş sözleşmesinde işçi aleyhine tek taraflı cezai şartı engelleyen bir hüküm bulunmadığını, iş hukukunun kendine özgü niteliğine uygun düştüğü ölçüde, işçi aleyhine tek taraflı cezai şart kararlaştırılmasının mümkün olduğunu, somut olayın özellikleri dikkate alınmaksızın cezai şartın tek taraflı olduğu gerekçesiyle geçersiz sayılmasının hakkaniyete aykırı sonuçlara yol açabileceği gibi çalışma hayatının ihtiyaçlarının da göz ardı edilmesi sonucunu doğuracağını iddia etmektedir. Karagöz, Veli: İş Sözleşmesinde Cezai Şart, Seçkin, Ankara 2006, s. 98. Ne var ki, iş hukuku öğretisinde baskın düşünce de Yargıtay’ın görüşüne katılmaktadır. Karagöz, s. 93-96.

¹²⁵⁹ Van den berg, M.B.M.C.: De concurrentiebedingboete, Arbeid Integraal 2005/2, s. 39-46.

¹²⁶⁰ Bouwens/Duk, s. 219

¹²⁶¹ Nunes, s. 39.

¹²⁶² Van den Berg, s. 39.

¹²⁶³ Bouwens/Duk, s. 219

Ayrıca Hollanda hukuku hâkime, işverenin talebine bağlı olarak, hakkaniyet gerektirdiği takdirde ek bir tazminata hükmetme yetkisi de tanımıştır¹²⁶⁴.

Borçlar Kanunu'nda borcun ifa edilmemesi veya eksik ifası hali için ceza koşulu öngörülmüşse, aksi kararlaştırılmadığı sürece bunun seçimlik ceza koşulu olduğu düzenlenmiştir (TBK m. 179/I). Özel bir düzenleme (*lex specialis*) niteliğindeki TBK. m 446/2'de ise, işçinin kural olarak ceza koşulunu ödeyerek rekabet yasağına ilişkin borcundan kurtulabileceğini hükme bağlanmıştır¹²⁶⁵. Genel hükümle özel hükmün karşılaştırılmasından çıkan sonuç; rekabet yasağının ihlali için kararlaştırılan ceza koşulunun ifayı engelleyen ceza koşulu, başka bir anlatımla dönme cezası (*wandelpön*) olduğudur¹²⁶⁶. Bu düzenlemenin işçinin lehine olduğu çok açıktır. Gerçekten söz konusu fıkra sayesinde ceza koşulunda belirtilen tutarı ödeyerek rekabet yasağı sözleşmesinden cayabilen işçinin konumu kısmen de olsa güçlenmektedir¹²⁶⁷. Ne var ki özel hükmün rekabet yasağı kaydının caydırıcılık işlevine zarar verebileceği göz önünde bulunduran kanun koyucu, sözleşmede aksine bir hüküm yoksa işçinin ceza koşuluyla kararlaştırılan miktarı aşan zararı gidermek zorunda olduğunu kurala bağlamıştır (TBK m. 446/II). Buna göre, taraflar sözleşmede rekabet yasağına aykırı davranan işçinin ceza koşulunu ödese dahi rekabet etmeme borcundan kurtulamayacağı yönünde bir düzenlemeye yer verdikleri takdirde, seçimlik ceza koşuluna ilişkin hükümler uygulama alanı bulur. Şu halde işçi ceza koşulunu ödemeyi teklif etse dahi, işveren bu öneriyi reddederek uğradığı bütün zararların giderilmesini işçiden talep edebilir¹²⁶⁸. Acaba ceza koşulunu ödeyen işçinin aynen ifa yükümlülüğü sona ermekte midir? Bu soruya doğru bir yanıt verebilmek için TBK m. 446'nin ikinci ve üçüncü fıkralarını sistematik bir bütünlük içinde ele alınması icap eder. Üçüncü fıkraya göre, işveren, sözleşmede yazılı olarak

¹²⁶⁴ *Bouwens/Duk*, s. 219

¹²⁶⁵ Bu bağlamda BK m. 351/II'nin rekabet yasağına aykırılık halinde ödenecek cezai şartlarla ilgili bir karine koyduğu belirtilmektedir. Bkz. *Eren*, s. 1138.

¹²⁶⁶ *Bohny*, s. 154; *Haefliger*, s. 69–70; *Pidoux*, s. 67; *Soyer*, s. 80.

¹²⁶⁷ *Pidoux*, s. 67.

¹²⁶⁸ Alman hukukunda işverenin rekabet yasağı kaydına aykırı davranan işçiye karşı üç ayrı yol izleyebileceği belirtilmektedir. Öncelikle işveren rekabet yasağı sözleşmesinin aynen ifasında ısrar edebilir. İkinci olarak ceza koşulunu talep edebilir. Nihayet işçinin rekabet yasağına uymaması nedeniyle zararın giderilmesini isteme hakkı doğduğu takdirde ceza koşuluna ek olarak zararın ceza koşulunu aşan kısmını isteyebilir. Ayrıca işçi rekabet yasağı kaydını ihlal ettiğinde işverenin sadece ceza koşuluyla kararlaştırılan tutarı isteyebileceği, ancak aşkın zararları aynen ifayı talep edemeyeceğine ilişkin sözleşmeler de hukuken caiz sayılmaktadır. *Grüll/Janert*, s. 104–105. Hollanda hukukunda işverenin ceza koşuluyla zararın giderilmesini birlikte talep edebilmesi için bu hususun sözleşmede açıkça kararlaştırılması gerekir. Bu kural ceza koşulunun ve aynen ifanın birlikte istendiği hallerde de uygulama alanı bulmaktadır (art. 6:92 BW). *Bouwens/Houwerzijl/Roozendaal*, s. 87

açıkça saklı tutulması koşuluyla, kendisinin ihlal veya tehdit edilen menfaatlerinin önemi ile işçinin davranışı haklı gösteriyorsa, yasağa aykırı davranışın bertaraf edilmesini (aynen ifayı) isteyebilmektedir (TBK m. 446/3). Dolayısıyla rekabet yasağı kaydında işverenin aynen ifa isteminde bulunabileceği açıkça kararlaştırılmamışsa, işveren yasağa aykırı davranışa son verilmesini talep edemez. İkinci fıkrada ise sözleşme de aksine bir hüküm de yoksa işçinin ceza koşulunu ödeyerek rekabet yasağına ilişkin borcundan kurtulabileceği öngörülmüştür (TBK m. 446/II). O halde iki fıkranın birlikte okunmasından, ikinci fıkrada geçen '*sözleşme de aksine bir hüküm de yoksa*' ifadesiyle üçüncü fıkradaki aynen ifa kaydının da kastedildiği anlaşılmaktadır. Eş deyişle rekabet yasağı kaydına ayrıca bir de aynen ifa kaydının eklendiği hallerde, işçinin ceza koşulunu ödeyerek aynen ifa borcundan kurtulması olanak dışıdır; işveren ceza koşulu ödense dahi işçinin sözleşmeye aykırı davranışa son vermesini dava edebilir. Buna karşın işverenin aynen ifayı talep edebilmesi böyle bir hakkın sözleşmede yazılı olarak açıkça kararlaştırılmasına bağlı olduğundan, aynen ifa hakkının açıkça saklı tutulmadığı durumlarda ceza koşulunu ödeyen işçinin rekabetten kaçınma borcu da son bulur. Önemle belirtilmelidir ki, rekabet yasağı kaydında işverenin aynen ifayı talep hakkının saklı tutulup tutulmadığına bakılmaksızın, işveren gördüğü zararın ceza koşulunu aşan kısmının giderilmesini işçiden isteyebilir. Ancak ceza koşulunu ödeyen işçi, işverenin uğradığı zararın ceza koşuluna tekabül eden kısmından sorumlu tutulamaz. Öte yandan işçinin ödemek zorunda kaldığı ceza koşulunun işçiyi işe alan rakip işletmece üstlenilmesi, çalışma yaşamında sıkça karşılaşılan bir olgudur. Acaba işveren maddede ceza koşulunun işçi tarafından ödeneceğinin ifade edildiği gibi bir gerekçeye dayanarak işçiyi istihdam eden rakip işletmenin ceza koşulunu ödeme önerisini geri çevirebilir mi? Bu soruyu TBK m. 83 ışığında yanıtlamak uygun olacaktır. Söz konusu düzenlemeye göre; borcun, bizzat borçlu tarafından ifa edilmesinde alacaklının menfaati bulunmadıkça borçlu, borcunu şahsen ifa etmekle yükümlü değildir. Kaldı ki az önceki sorunun pratikte çok fazla bir önemi yoktur. Zira uygulamada eski işverenle rakip işletme doğrudan muhatap olmamakta; işçi yeni işverenin verdiği parayla ceza koşulunu ödemektedir. Diğer bir olasılık, işverenin mahkemeye başvurarak rekabet yasağı kaydına aykırı davranan işçiden ceza koşulunu talep etmesi ve davayı kaybeden işçinin mahkûm olduğu ceza koşuluyla ferilerinin (faiz, yargılama giderleri ve kanuni vekâlet ücreti) davanın sonunda rakip işletme tarafından karşılanmasıdır.

Uygulamada rekabet yasağı kayıtlarında yer alan ceza koşullarının iki farklı biçimde tespit edildiği görülmektedir. Rekabet yasağı kaydına bağlı ceza koşulunun saptanmasında en çok kullanılan yöntem, belli bir meblağın ceza koşulu olarak kararlaştırılmasıdır¹²⁶⁹. Ceza koşulu işçinin rekabet yasağına aykırı davrandığı süreyle de ilişkilendirilebilir. Örneğin işçi rekabet yasağı kaydını ihlal ettiği her gün için ceza koşulu olarak bir miktar para ödemekle yükümlü kılınabilir¹²⁷⁰. Ayrıca tarafların ceza koşulunu yabancı bir para birimi üzerinden kararlaştırmaları mümkündür¹²⁷¹. Yine oldukça yaygın ikinci bir yöntem, ceza koşulunun işçiye ödenen ücrete göre saptanmasıdır¹²⁷². Rekabet yasağı kayıtlarında genellikle ceza koşulunun işçinin son aylık ücreti üzerinden hesaplanacağı açıkça belirtilmektedir¹²⁷³. Rekabet yasağı kaydında açıklık yoksa ceza koşulu hesaplanırken iş sözleşmesinin sona erdiği tarihteki ücret esas alınmalıdır. Ceza koşulu tutarının işçinin son ücreti üzerinden tespit edilmesinin yararlı olduğu, zira rekabet yasağına aykırılığın sözleşmenin bağitlanmasından on yıl sonra bile gündeme gelebileceği dile getirilmektedir¹²⁷⁴. Gerçekten ceza koşulunun maktu bir miktar olarak saptanmasının beraberinde getirdiği en ciddi sakınca, paranın değerindeki olası bir düşüş yüzünden ceza koşulunun baskı ve teminat fonksiyonlarını kaybetmesidir. Ceza koşulunun işçinin rekabet yasağına aykırı davrandığı süreyle ve son ücretiyle ilişkilendirildiği karma bir yöntem benimsenebilir¹²⁷⁵. Diğer taraftan rekabet yasağını ihlal eden işçinin hak ettiği karşı edim kadar bir ceza koşulu ödemekle yükümlü olduğu da kararlaştırılabilir¹²⁷⁶. Ceza koşulunun hesabında dikkate alınacak ücretin, brüt veya net olarak tespit edilmesi olanaklıdır. Sözleşmede işçinin ödemeyi vaat ettiği ceza koşulunun tespitinde dikkate alınacak ücretin net mi, yoksa brüt mü olduğu belirtilmemişse nasıl bir yol izlenmelidir? Böyle bir durumda

¹²⁶⁹ Örnek: Rekabet yasağı kaydına aykırı bir şekilde işverenle rekabet eden işçi, 20.000 TL ceza koşulu ödemeyi taahhüt eder.

¹²⁷⁰ Örnek: Rekabet yasağı kaydına aykırı davranan işçi, yasağı ihlal ettiği her gün için 300 TL ceza koşulu ödemeyi taahhüt eder.

¹²⁷¹ Örneğin, "...*Rekabet yasağı kaydına aykırı davranan işçi 10.000 € ceza koşulu ödemeyi taahhüt eder...*".

¹²⁷² Örneğin, "... *Rekabet yasağı kaydına aykırı davranan işçi ücretinin 12 katı tutarında ceza koşulu ödemeyi taahhüt eder...*" Aynı ceza koşulunu şöyle de formüle etmek mümkündür: "...*Rekabet yasağı kaydına aykırı davranan işçi bir yıllık ücreti tutarında ceza koşulu ödemeyi taahhüt eder...*"

¹²⁷³ *Bauer/Diller*, s. 339.

¹²⁷⁴ *Bauer/Diller*, s. 339.

¹²⁷⁵ Örnek: Rekabet yasağı kaydına aykırı davranan işçi, yasağı ihlal ettiği her gün için bir günlük ücreti tutarında ceza koşulu ödemeyi taahhüt eder.

¹²⁷⁶ BAG 25.6.1985 BAGE 49, s. 109.

iş sözleşmesi kayıtlarının işçi lehine yorumlanması kuralı uygulanmalı ve ceza koşulu net ücret üzerinden hesaplanmalıdır. Zira iş sözleşmesinin yorumunda ortak sözleşme iradesi saptanamıyorsa işçi lehine yoruma gidilmektedir¹²⁷⁷. Kaldı ki borçlu lehine yorum kuralı da bu görüşü destekler niteliktedir¹²⁷⁸. Keza aksi sözleşme ile kararlaştırılmadıkça ceza koşulunun işçinin çıplak ücretine göre hesap edilmesi gerektiği ve ceza koşulunun hesabına prim ve ikramiye gibi ücret eklerinin dâhil edilmeyeceği vurgulanmalıdır. Alman hukukunda tarafların ceza koşulu tutarının belirlenmesini üçüncü bir kişiye bırakabilecekleri kabul edilmektedir¹²⁷⁹. Ancak Federal Mahkeme'nin yerleşik içtihadına uyarınca, ceza koşulu tutarının belirlenmesinin üçüncü kişi sıfatıyla hâkime bırakılması kesinlikle olanak dışıdır¹²⁸⁰. Alman uygulamasında işçinin rekabet teşkil eden faaliyet sayesinde elde ettiği kazancının ceza koşulu olarak kararlaştırıldığı sözleşmelere de rastlanmaktadır¹²⁸¹. Söz konusu ceza koşulu hukuki açıdan sakıncalı değildir. Ne var ki böyle bir ceza koşulu kararlaştırılırken, her ihtimale karşı, işçinin her halükarda ödeyeceği asgari bir miktarın öngörülmesinin uygun olacağı ileri sürülmektedir¹²⁸². Rekabet yasağına aykırı davranan işçinin ceza koşulunun tamamını mı, yoksa ihlalin süresiyle orantılı olarak bir bölümünü mü ödeyeceği, Alman öğretisinin yanıt aradığı sorular arasında yer almaktadır¹²⁸³. Bu bağlamda Alman Federal İş Mahkemesi, ceza koşulunun yüksekliğinin ve diğer faktörlerin ödemenin bir defaya özgü olup olmadığı sorusuna verilecek yanıt açısından belirleyici rol oynayacağı kanısındadır¹²⁸⁴.

dd) Ceza Koşulunun İndirilmesi

Borçlar hukukunun dayandığı irade özerkliği ve sözleşme özgürlüğü ilkeleri çerçevesinde, taraflar ceza koşulunun tutarını belirlemede serbesttir. Öte yandan sözleşmeyle borçlandığı edimi ifa etmeyen veya eksik ifa eden borçlunun ceza koşulunda kararlaştırılan tutarı ödemesi ahde vefa (*pacta sunt servanda*) kuralının da bir gereğidir. Ne var ki kimi durumlarda sözleşme özgürlüğü kuralını daraltan Borçlar Kanunu, hâkimi aşırı (fahiş) ceza şartı kendiliğinden (resen) indirme

¹²⁷⁷ Süzek, Sarper: İş Hukuku, Yenilenmiş 4. Baskı, Beta, İstanbul 2008, 27.

¹²⁷⁸ Süzek, İş Hukuku, s. 27.

¹²⁷⁹ Bauer/Diller, s. 339; Grüll/Janert, s. 104.

¹²⁸⁰ BAG 25.9.1980 AP 7 zu § 339 BGB. (Grüll/Janert'den naklen, s. 104)

¹²⁸¹ Bauer/Diller, s. 339. Örnek: Rekabet yasağına aykırı davranan işçi rakip işletmenin verdiği ücret tutarında bir ceza koşulu ödemeyi taahhüt eder.

¹²⁸² Bauer/Diller, s. 340.

¹²⁸³ Grüll/Janert, s. 105.

¹²⁸⁴ Grüll/Janert, s. 105.

yükümlü kılmıştır (TBK m. 182/III). Avrupa hukuklarında da benzer düzenlemelere rastlanmaktadır. Fransız Medeni Kanunu'nun 1152. maddesi uyarınca hâkim aşırı bir ceza koşulunu her zaman indirebilir¹²⁸⁵. Alman hukukunda rekabet yasağına aykırı davranışa bağlanan ceza koşuluyla ilgili olarak, Medeni Kanunu'nun (BGB) fahiş ceza koşulunun tenkisini düzenleyen hükümlerinin saklı olduğu belirtilmektedir (§ 75c Abs. 1 Satz 2)¹²⁸⁶. Rekabet yasağıyla ilgili kanun maddesinin atıf yaptığı düzenleme § 343 BGB'dir. Bu hükme göre, aşırı ceza koşulu, borçlunun talebi üzerine uygun bir miktara indirilebilir¹²⁸⁷. Hâkimin aşırı gördüğü ceza koşulunu tenkis edebilmesi için tamamlanması zorunlu koşullar; ortada geçerli bir ceza koşulu olması, ceza koşulunun muaccel, ifa edilmemiş ve aşırı derecede yüksek olması olarak sıralanmaktadır¹²⁸⁸. Şu halde, hâkim öncelikle ceza koşulunun aşırı olup olmadığına karar verecektir. Ceza koşulunun fahiş olduğu kanısına varan hâkim, önüne gelen somut olayın tüm özelliklerini de göz önünde bulundurarak, indirim oranını tespit edecektir¹²⁸⁹. Bununla beraber, ceza koşulunun aşırı olup olmadığının saptanmasında hâkime sınırsız bir takdir yetkisi tanındığı kesinlikle söylenemez. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi de ceza koşulunun tenkisini alacaklının ifaya olan menfaati ile ceza miktarı arasında açık bir orantısızlık bulunması şartına bağlamıştır¹²⁹⁰. Ayrıca Federal Mahkeme, makul kabul edilemeyecek ölçüde yüksek ve hakkaniyete aykırı ceza koşulunun hâkim tarafından indirim tabi tutulmasının zorunlu olduğu düşüncesindedir¹²⁹¹. Sözleşmenin niteliği ve süresi, sözleşmeye aykırı davranışın ağırlığı, borçlunun kusuru, alacaklının ifadaki menfaatinin derecesi ve tarafların ekonomik durumu İsviçre hukukunda ceza koşulunun aşırılığı tespit edilirken göz önünde tutulan başlıca somut ölçütlerdir¹²⁹². Hollanda hukukunda hâkim, hakkaniyet açıkça gerektirdiğinde ceza koşulunu indirebilmektedir (art. 6:94 lid 1)¹²⁹³. Hollanda doktrininde maddenin yazım şeklinden hâkimin indirim yetkisini yerli yersiz kullanmaması gerektiği sonucu çıkarılmaktadır¹²⁹⁴. Buna göre zararlar ceza koşulu arasındaki fark, indirim için yeterli görülmemektedir¹²⁹⁵. Hâkime ceza koşulunu indirme yetkisi veren hüküm emredici nitelikte olup, söz konusu

¹²⁸⁵ Antonmattei, s. 108; Signoretto, s. 243.

¹²⁸⁶ Bauer/Diller, s. 343.

¹²⁸⁷ Bauer/Diller, s. 343.

¹²⁸⁸ Eren, s. 1140–1142; Karagöz, s. 51–52.

¹²⁸⁹ Bauer/Diller, s. 344.

¹²⁹⁰ BGE 103 (1977) II 108; 91 (1965) II 372 (S. 383) (Bohny, s.'den naklen, 155).

¹²⁹¹ BGE 103 (1977) II 129, E.4 (S.135)(Bohny, s. den naklen, 155–156; ayrıca bkz. Haefliger, s. 72)

¹²⁹² Bohny, s. 156.

¹²⁹³ Loonstra, De rechtsbescherming van werknemers, s. 465; Van den Berg, s. 39.

¹²⁹⁴ Bouwens/Duk, s. 220; Van den Berg, s. 45.

¹²⁹⁵ HR 27.4.2007, NJ 2007, s. 262 (Bouwens/Duk'ten naklen, s. 220)

düzenlemeye aykırı sözleşmeler geçersiz sayılmaktadır¹²⁹⁶. İşçinin rekabetten kaçınma borcunu yerine getirmemesiyle kararlaştırılan ceza koşulu muaccel hale gelmekte ve muacceliyet için herhangi bir uyarı veya ihtar aranmamaktadır¹²⁹⁷. İşçi ceza koşulu borcundan ancak ihlalin mücbir sebepten kaynaklandığını kanıtlayarak kurtulabilir. Ayrıca rekabet yasağına aykırı davranan işçi, seri muhakeme (*kort geding*) sırasında ön ödemeye de mahkûm edilebilir¹²⁹⁸. Belirtelim ki, Hollanda hukukunda hâkimin uygulayacağı indirim, işverenin zarar nedeniyle talep edebileceği tazminatı (*schadevergoeding*) geçemeyeceği kabul edilmektedir¹²⁹⁹. Ceza koşulunu indirilmesi hakimin rekabet yasağı kaydını tamamen veya kısmen geçersiz sayma yetkisini ortadan kaldırmaz; öyleyse hâkim rekabet yasağı kaydını sınırlandırdıktan sonra işçinin yasağın ihlalden dolayı ödemek zorunda olduğu ceza koşulunda da indirebilmektedir¹³⁰⁰.

Rekabet yasağına aykırı davranan işçinin ödemekle yükümlü olduğu ceza koşulunun indirilmesi, son derece önemli bir konudur. Zira iş sözleşmesinin akdedilmesi sürecinde işverenle müzakere olanağından yoksun işçinin fahiş bir ceza koşulunu kabul etmesi, olağan dışı bir durum değildir. Şöyle ki işçi iş sözleşmesinin kuruluş aşamasında kabul ettiği ceza koşulunun ekonomik geleceği açısından yarattığı risklerin yeterince bilincinde olmayabilir. Böyle yüksek bir ceza koşulunun işçinin ekonomik yıkımına dahi yol açabileceği unutulmamalıdır. Üstelik işçinin ekonomik geleceğini tehlikeye düşüren aşırı bir ceza koşulunun işçinin çalışma özgürlüğünü de ölçüsüz bir tarzda kısıtlayacağı ortadadır. Bundan dolayı işverenin rekabet yasağı kaydını ihlal eden eski işçisine karşı sözleşmeyle kararlaştırılan ceza koşulunun tahsili istemiyle açtığı davaya bakan hâkim, ceza koşulunun fahiş olup olmadığı hususunda titiz bir inceleme yapmalıdır. Şüphesiz gerek ceza koşulu miktarının aşırı olup olmadığını saptanmasında gerekse aşırı ceza koşuluna uygulanacak tenkis oranının belirlenmesinde takdir yetkisine sahip olan hâkim; söz konusu yetkinin kullanılmasında keyfi davranmamalı, dava konusu somut hukuki uyumsuzluğunun özelliklerini göz önünde bulunduran ve tarafların kişisel konumlarını da dışlamayan nesnel ölçütlerden yola çıkmalıdır. Bu bağlamda, rekabet yasağı kaydına aykırı davranan işçinin ödemekle yükümlü olduğu ceza koşulunu hangi

¹²⁹⁶ *Bouwens/Duk*, 220.

¹²⁹⁷ HR 22.6.2007, NJ 2007, s. 262 (*Bouwens/Duk*'ten naklen, s. 220).

¹²⁹⁸ Rb. Amsterdam 23.10.2003, JAR 2003/276 (*Bouwens/Duk*'ten naklen, s. 220).

¹²⁹⁹ *Bouwens/Duk*, 220.

¹³⁰⁰ HR 19.2.1965, NJ 1965, s. 141 (*Bouwens/Duk*'ten naklen, s. 220).

hallerde indirileceği sorusunun yanıtlanmasında karşılaştırmalı hukuktaki örneklerden yararlanılması kaçınılmazdır.

Alman hukukunda mahkemenin ceza koşulunda yapacağı indirim karar verirken somut olayın özelliklerini dikkate alması gerektiği ifade edilmektedir¹³⁰¹. Buna göre, işverenin ve işçinin menfaatleri karşılaştırılmalıdır. Hâkimin ceza koşulunun tenkisinde göz önünde bulunduracağı faktörler; ceza koşulunun caydırıcı etkisi, ceza koşulunun baskı ve teminat aracı olarak üstlendiği işlev, işverenin uğradığı zararın büyüklüğü¹³⁰², ihlalin kapsamı ve boyutları, işçinin kusurunun ağırlığı¹³⁰³ ve tarafların ekonomik durumu olarak sıralanmaktadır¹³⁰⁴. Hollanda hukukunda ceza koşulunu indiren hâkimin; işverenin fiilen uğradığı zararın miktarı¹³⁰⁵, eski işverenin işçiye ödediği ücret¹³⁰⁶, işçinin rakip işletmeden aldığı ücret, işçinin görev tanımı¹³⁰⁷, eski işverenle işçi arasındaki iş ilişkisinin süresi¹³⁰⁸, ihlalin boyutu¹³⁰⁹, işçinin kusuru¹³¹⁰, ceza koşulunun rakip işletme tarafından üstlenilmesi¹³¹¹, işçinin ekonomik durumuyla ödeme gücü¹³¹² ve işçinin şahsi nitelikleri (genç yaş, eğitim düzeyi) gibi olguları dikkate alacağı belirtilmektedir¹³¹³.

İsviçre Federal Mahkemesi'nin içtihatları ve İsviçre öğretisinin benimsediği görüşler, rekabet yasağı kaydının ihlaline bağlanan fahiş ceza koşulunun indirilmesi

¹³⁰¹ *Bauer/Diller*, s. 344.

¹³⁰² Ne var ki tespit edilebilir bir zararın yokluğunun ceza koşulunun tenkisini tek başına haklı göstermeyeceği, teorik olarak ortaya çıkabilecek zararın daha belirleyici olduğu vurgulanmaktadır. RGZ 103, 99; LAG Baden-Württemberg 14.5.1963 AP 2 zu § 339 BGB

¹³⁰³ Bununla birlikte işçinin yasağın konu bakımından kapsamıyla ilgili olarak yanılma hükümlerine dayanamayacağı, böyle bir durumda işçinin işverenle temas kurarak rekabet yasağının kapsamı hakkında görüşmesi gerektiği dile getirilmektedir. BAG 21.5.1971 AP 1 zu § 75c HGB.

¹³⁰⁴ *Bauer/Diller*, s. 344–345; *Röhler/Borrman*, s. 136.

¹³⁰⁵ İşveren rekabet yasağına aykırı davranış nedeniyle zarara uğramadığı hallerde hâkim indirim yetkisini daha rahat kullanacaktır. *Houweling/Loonstra*, s. 247. Bununla birlikte işveren zarar görmese dahi işçinin ceza koşulunu ödemekle yükümlü olduğu vurgulanmaktadır. *Bouwens/Duk*, 220.

¹³⁰⁶ *Bouwens/Duk*, 220.

¹³⁰⁷ *Bouwens/Duk*, 220.

¹³⁰⁸ *Bouwens/Duk*, 220.

¹³⁰⁹ *Bouwens/Duk*, 220.

¹³¹⁰ *Bouwens/Duk*, 220.

¹³¹¹ *Bouwens/Duk*, 220. Nitekim Hollanda Yargıtayı'na göre, yeni işverenin ceza koşulunu üstlendiği ispatlandığı takdirde mahkeme ceza koşulunu tenkis edemez. HR 21.10.1983, NJ 1984, s. 166. Öte yandan Hollanda'da işverenin rekabet yasağı kaydına aykırı davranan işçiye karşı cezai koşul istemiyle açtığı davaların bir kısmında ceza koşulunda öngörülen tutarın yeni işverence ödendiği gözlemlenmektedir. Ne var ki böyle bir işlemin hukuka uygun olup olmadığı tartışmalıdır. Bkz. *Treep*, s. 67.

¹³¹² *Bouwens/Duk*, 220.

¹³¹³ *Houweling/Loonstra*, s. 247–248. Örneğin Zaandam Sulh Mahkemesi işçinin ücretinin düşük ve ihlal süresinin kısa olmasından hareketle ceza koşulunu € 7.500'ya kadar indirmiştir. Ktr. Zaandam 27.7.2006, JAR 2006, s. 204. (*Van Grinsven/Geugjes*'dan naklen, s. 86)

sorununa ışık tutabilecek niteliktedir. Federal Mahkeme'nin eski tarihli bir kararında adalete ve hakkaniyete aykırı bir ceza koşulunun indirilebilmesi, alacaklının borçlu aleyhine zenginleşmesi şartına bağlanmıştır¹³¹⁴. Öğretide bu kıstasın yeterli olmadığı, ancak bunun ceza koşuluyla zarar arasında var olan bağlantıyı mükemmel bir şekilde vurguladığı kaydedilmektedir¹³¹⁵. Federal Mahkeme başka bir olayda ise, işverenin uğradığı zarar ile orantılı olmayan bir ceza koşulunun indirilmesi istemini, işverenin zarar görmesinin ceza koşulunun talep edilebilmesi için zorunlu bir koşul olmadığı gerekçesiyle reddetmiştir¹³¹⁶. Federal Mahkeme, başka bir kararında, işçinin kusurunun ağırlığıyla işçinin kişisel durumunu ve işçinin sosyal yönden korunmasını ön plana çıkarmıştır¹³¹⁷. Federal Mahkeme, daha sonra, ceza koşulunun tenkis edilip edilmeyeceğine değerlendiren hâkimin ceza koşulunun tutarıyla işverenin rekabet yasağına olan menfaati ve işçinin kusur derecesini karşılaştırması, ayrıca tarafların ekonomik durumunu da dikkate alması gerektiğine hükmetmiştir¹³¹⁸.

Öğretide de rekabet yasağı kaydına aykırı davranan işçinin ödemekle yükümlü olduğu ceza koşulunu hangi durumlarda tenkis edilebileceğine ilişkin çeşitli örnekler sunulmaktadır. Bu doğrultuda, işçinin rekabet yasağını yasak süresinin dolmasına çok kısa bir süre kala ihlal etmesinin indirim nedeni olabileceği ileri sürülmektedir¹³¹⁹. Keza ceza koşulunu tenkis eden hâkimin işçinin işverenin yanındaki kıdemi ve rekabet yasağı kaydının işçinin erginliğini kazanmasından çok kısa bir süre sonra kararlaştırılması gibi olguları gözetmesinin isabetli olacağına işaret edilmektedir¹³²⁰. Ekleyelim ki, iş sözleşmesinin sona ermesinde tarafların müşterek kusuru, rekabet yasağına aykırı eylemden işverenin zarar görmemesi, işçinin kusur oranı, tarafların iktisadi durumları, ihlalin kısa sürmesi, işçinin rekabet yasağı kaydına aykırı eyleminin işveren bakımından önemli bir tehlike arz etmemesi

¹³¹⁴ Ackermann c. Hünerwadel, RO 24 II 121 (*Pidoux*'dan naklen, s. 68).

¹³¹⁵ *Pidoux*, s. 68.

¹³¹⁶ Société suisse de pyrotechnie c. Crétin, RO 42 II 510 (*Pidoux*'dan naklen, s. 69). İsviçre Federal Mahkemesi'nin bu kararı öğretilerde tartışmalara neden olmuştur. Rekabet yasağı kaydının geçerliliğinin işçinin işverene önemli bir zarar verme ihtimaline bağlayan yasal düzenlemeyi anımsatan *Pidoux*, işverenin zararına yol açmayan bir rekabet yasağı kaydı ihlalinin işverene dava açma hakkı sağlamayacağını ileri sürmüştür (*Pidoux*, s. 69). Yazarın bu görüşünü eleştiren *Haefliger* ise, yazarın rekabet yasağı kaydının geçerlilik koşullarıyla ihlalin sonuçlarını ayırt edemediğini ifade etmiştir (*Haefliger*, s. 72 dipnot 236).

¹³¹⁷ Nahrin c. Anderhalden, RO 91 II 372 = JT 1966 I 322 (*Pidoux*'dan naklen, s. 69).

¹³¹⁸ Ritter c. Leuthold, RO 82 II 142 = JT 1957 I 101 (*Pidoux*'dan naklen, s. 69).

¹³¹⁹ *Bohny*, s. 158; *Haefliger*, s. 73.

¹³²⁰ *Bohny*, s. 158.

ve ceza koşulunun işçinin ekonomik açıdan mahvına yol açması olasılığı farklı indirim nedenleri olarak gösterilmektedir¹³²¹. Ayrıca belirtilmelidir ki, İsviçreli yazarlar ceza koşulunda yapılacak indirimde rekabet yasağı kaydına aykırı davranan işçinin kusur derecesine özel bir önem atfetmektedir. Örneğin ayrıldığı işyerine komşu yeni bir işyeri açan işçinin durumu ile hukuka aykırı eylemi eski işyerine hayli uzak bir mesafede gerçekleştiren işçinin durumunun aynı olmadığı savunulmaktadır¹³²². Ceza koşulunu indiren hâkimin işçinin malvarlığını, gelirini, çalışma gücünü ve çocuk sayısını dikkate alması gerektiği ısrarla vurgulanmaktadır¹³²³. Son derece çarpıcı olan bir nokta, işçinin ödemekle yükümlü olduğu ceza koşulu tutarını bir tür tavanla sınırlandırma yönündeki eğilimdir. Nitekim kimi İsviçreli yazarlar, ayrıklı olgular bir yana, ödenecek ceza koşulunun işçinin bir yıllık ücretini kesinlikle aşmaması gerektiği kanısındadır¹³²⁴.

Rekabet yasağı kaydını ihlal eden işçinin ödemekle yükümlü olduğu ceza koşulunu indirecek hâkimin uygulayacağı kriterler bağlamında Türk öğretisince ortaya atılan görüşler, ağırlıklı olarak İsviçre kaynaklarından yapılan çeviri ve alıntılara dayanmaktadır. Tenkisle ilgili maddi şartın (aşırılığın) hangi hallerde mevcut sayılabileceğini genel bir ölçüye göre belirlemenin imkânsız olduğunu ifade eden bir yazar, hâkimin takdir hakkını kullanmak suretiyle bir sonuca varacağından söz etmektedir¹³²⁵. Yazara göre, aşırılığın saptanmasında göz önüne alınacak esaslar; sözleşmenin türü ve süresi, yasağa aykırılığın derecesi, borçlunun kusuru, borcun ifa edilmesinde alacaklının menfaati ve tarafların iktisadi durumudur¹³²⁶. Ceza koşulunun aşırılığının tespitinde tarafların iktisadi durumunun özel bir önem taşıdığını vurgulayan yazar, ceza koşulu açısından önemi haiz diğer hususun ise işçinin elde ettiği gelir olduğunu belirtmektedir¹³²⁷. Aynı yönde görüş beyan eden bir diğer yazar, rekabet yasağı sözleşmesinde öngörülen ceza koşulunun aşırı olup olmadığının belirlenmesinde genel bir kriter ortaya konulamayacağını ve hakimin somut olayın taşıdığı özellikleri dikkate alarak ceza koşulunun aşırı olup olmadığını belirleyeceğini söylemektedir¹³²⁸. Yazara göre işçinin kusurunun ağırlığı, işverenin

¹³²¹Bohny, s. 158;Haefliger, s.72; Pidoux, s. 68.

¹³²²Pidoux, s. 68–69.

¹³²³Pidoux, s. 70.

¹³²⁴Bohny, s. 157; Pidoux, s. 70.

¹³²⁵Soyer, s. 83.

¹³²⁶Soyer, s. 83.

¹³²⁷Soyer, s. 84.

¹³²⁸Karagöz, s. 246.

uğramış olduğu zararın miktarı ve tarafların ekonomik durumu ceza koşulunun aşırı olup olmadığının belirlenmesinde hâkime yardımcı olabilecek kriterler arasındadır¹³²⁹.

Hâkimin rekabet yasağı kaydının ihlal eden işçinin ödemekle yükümlü olduğu ceza koşulunu indirirken dikkate alacağı ölçütlerle ilgili olarak, yol gösterici bir Yargıtay uygulamasının varlığından söz etmek, en azından şu an için mümkün görünmemektedir. Gerçekten işverenin rekabet yasağı kaydına aykırılıkla bağlantılı ceza koşulu taleplerinin kabul edildiği kimi ilk derece mahkemesi kararlarını somut olaydaki aşırı ceza koşulunun hâkim tarafından indirilmediği gerekçesiyle bozan Yargıtay, ceza koşulunun hangi durumlarda aşırı (fahiş) sayılacağına ve aşırı ceza koşulunu tenkis eden hâkimin göz önünde bulunduracağı ölçütler konusunda suskun kalmıştır. Nitekim Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin rekabet yasağı kaydına ilişkin bir takım temel ilkeleri ve uygulama esaslarını ortaya koyduğu yakın tarihli bir kararında, hâkimin fahiş ceza koşulunu indirmesi gerektiğine değinilmekle birlikte ceza koşulunun indirilmesinde dikkate alınacak faktörlerin hangileri olduğu hususunda bir açıklama yapılmaması ciddi bir eksiklik olarak karşımıza çıkmaktadır.¹³³⁰ Buna karşın, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun bir kararında, öğretiyeye de gönderme yapılarak, ceza koşulunu indiren hâkimin işverenin uğradığı zarar miktarını da dikkate alması gerektiği vurgulanmıştır¹³³¹.

Rekabet yasağını ihlal eden işçinin ödemekle yükümlü olduğu ceza koşulunun yargı organı tarafından indirilmesi bağlamında ortaya çıkan sorunların makul ve adil bir çözüme kavuşturulması için iki aşamalı bir değerlendirme yapılması ve bu

¹³²⁹ Rekabet yasağı kaydıyla kararlaştırılan ceza koşulunun aşırılığının belirlenmesinde tarafların ekonomik durumu üzerinde önemli durmanın şart olduğuna işaret eden yazara göre, ceza koşulunun aşırı olup olmadığını belirleyen hâkim öngörülen ceza koşulu miktarının işçinin ekonomik geleceğini hakkaniyete aykırı bir biçimde tehlikeye düşürüp düşürmediğinin üzerinde dikkatle durmalıdır. Keza bu hususun belirlenmesinde, işçinin rekabet yasağına aykırı davranışı sonucunda elde etmiş olduğu kazanç ile ceza koşulu miktarı birlikte değerlendirilerek bir sonuca gidilmelidir. *Karagöz*, s. 246–247.

¹³³⁰ “...*Rekabet yasağının ihlaline bağlı taraflarca kararlaştırılmış olan belli bir ödemeyi öngören yaptırım, niteliği itibarıyla bir cezai şart hükmüdür. Böyle olunca Borçlar Kanununun 161/son maddesi hükmü gereğince fahiş olan cezai şartın hâkim tarafından indirilmesi gerekir (Yargıtay 9.HD. 02.05 .2008 gün 2007/ 17815 E, 2008/ 11014 K)...*” Yarg. 9. HD., 24.12.2009, E:2009/26954, K: 2009/36971, www.legalbank.net.

¹³³¹ “...*Cezai şartın istenebilmesi için, işverenin uğramış olduğu zarar miktarı, cezai şartın indirilmesinde dikkate alınmalıdır...*” Yarg. HGK., 22.9.2008, E: 2008/9-517 K: 2008/566, www.legalbank.net.

çerçevede aşağıdaki iki sorunun doğru bir biçimde yanıtlanması şarttır: Hâkim ceza koşulunu ne zaman indirecektir? Hâkim ceza koşulunu ne kadar indirecektir?

Uygulamada hâkimlerin genellikle ilk soruyu atlayarak, derhal ikinci soruya geçtikleri görülmektedir. Diğer bir söyleyişle, hâkim rekabet yasağı kaydındaki her ceza koşulunu aşırı (fahiş) addederek indirmektedir. Deyim yerindeyse rekabet yasağı kaydındaki ceza koşulunun tenkisi, sıradan bir uygulama haline dönüşmüştür. Kişisel gözlemlerimiz, iş mahkemelerinde böyle bir uygulamanın varlığını ve bu uygulamanın Yargıtay tarafından da benimsendiğini doğrular niteliktedir. Nitekim Alman öğretisi dahi hâkimlerin benzer davranış tarzından yakınmakta, Alman mahkemelerinin tenkis yetkisini çok sık kullandıklarına işaret etmektedir¹³³². Buna göre, hâkim ceza koşulunu ölçülülük denetimine tabi tutmamalıdır. § 343 BGB'nin hâkimden istediği bir hakkın kötüye kullanılması denetimi (*Missbrauchskontrolle*) olup, ölçülülükle hakkın kötüye kullanılmasının sınırları birbirinden çok farklıdır¹³³³. Bu bağlamda ceza koşulunun teminat fonksiyonunun yok sayıldığı; işçinin son ücretinin en az %50'sini karşı edim olarak ödemekle zorunda olan işverenin böyle bir yükümlülüğe ancak rekabet etmeme borcunun ifasını sağlayabilecek düzeyde yeterli baskı ve teminat araçlarına sahip olduğu takdirde katlanabileceği, işçi ceza koşulunun kolaylıkla altından kalkılabilecek bir tutara kadar indirileceğinden emin olduğu takdirde ceza koşulunun işlevini yitireceği haklı olarak dile getirilmektedir¹³³⁴. Ayrıca Alman mahkemelerinin kalifiye işçilerin ödemekle yükümlü olduğu ceza koşulunun kısmen veya tamamen yeni işverence üstlenildiği gerçeğini de göz ardı ettikleri belirtilmektedir¹³³⁵. Alman öğretisinin içtihada yönelttiği haklı eleştiriler, Türk yargı organları için de yol göstericidir. Gerçekten TBK m. 182/III hâkime aşırı gördüğü ceza koşulunu indirmesini buyurmaktadır. Aksine hâkimin aşırı olmayan bir ceza koşulunu tenkis etmesi, kesinlikle hukuka aykırıdır. Mahkemelerin rekabet yasağı kaydına aykırılık iddiasıyla açılan ceza koşulu davalarında, fahiş olup olmadığını irdelemeksizin her ceza koşulunu otomatikman indirmeleri ceza koşulunu caydırıcılık ve teminat fonksiyonlarından yoksun kılacak, ayrıca işçiyi rekabet yasağına aykırı davranışlara özendirecektir. Dolayısıyla ortada geçerli bir rekabet yasağı kaydının bulunduğunu ve işçinin söz

¹³³² Bauer/Diller, s. 344.

¹³³³ Bauer/Diller, s. 344.

¹³³⁴ Bauer/Diller, s. 344.

¹³³⁵ Bauer/Diller, s. 344.

konusu kaydı ihlal ettiğini saptayan hâkime düşen temel görev; ceza koşulunun aşırı olup olmadığını belirlemek, ceza koşulu aşırı değilse herhangi bir indirim gitmeden işçiyi sözleşmeyle kararlaştırılan ceza koşuluna mahkûm etmek, buna karşılık ceza koşulu aşırı ise uygulanacak indirimin oranını belirlemektir.

Bu noktada, muğlâk bir kavram olan *aşırılığın* içinin doldurulması gerekmektedir. Uygulanacak yöntem birtakım nesnel (objektif) ölçütler ışığında ceza koşulunun aşırı (fahiş) sayılacağı hallerin tespit edilmesidir. İsviçre öğretisi ve Federal Mahkeme soruna genellikle borçlar hukuku perspektifinden yaklaşmakta; diğer sözleşmelerle ilgili olarak kararlaştırılan ceza koşulunun tenkisiyle ilgili olarak ortaya koyulan esasları, rekabet yasağı kayıtlarına eklenen ceza koşulunun indirilmesine de uygulamaktadır. Ne var ki Türk iş hukuku öğretisi, İsviçre Hukuku'ndan esinlenen birkaç yazar dışında, soruna ilgisiz kalmıştır.

Hâkime aşırı ceza koşulunu indirme yükümlülüğü getiren düzenlemenin karşıt anlamından (*argumentum a contrario*), hâkimin makul bir ceza koşulunu indirmek suretiyle sözleşme özgürlüğüne müdahale edemeyeceği sonucu çıkmaktadır. Bu bağlamda hâkim, rekabet yasağı kaydının ihlaline karşı bir yaptırım olarak kabul edilen ceza koşulunun aşırı olup olmadığını değerlendirirken nesnel (objektif) ölçütlere başvurmalı; bu ölçütlerin iş hukukunun amacı ve temel ilkeleriyle çelişmemesine özellikle özen göstermelidir. Bilindiği üzere iş hukukunun varlık nedeni, emek piyasasının özgün yapısı nedeniyle işverenle eşit koşullarda pazarlık olanağından genellikle bulunmayan ve çoğu zaman işverence dayatılan sözleşme kayıtlarını aleyhine bile olsa kabul etmekten başka bir seçenekten yoksun işçinin korunmasıdır. İş hukuku emredici hukuk normları aracılığıyla sözleşme özgürlüğünü işçi lehine sınırlayarak mevcut *de facto* eşitsizliği önce dengelemeyi, nihai olarak ise tamamen ortadan kaldırmayı hedeflemektedir. İş hukukunun özgün yapısının diğer bir sonucu, kısaca '*yasal metinlerdeki belirsiz ve yoruma muhtaç sözcüklerin işçi lehine yorumlanması*' olarak tanımlanabilecek işçi lehine yorum ilkesidir. Aynı ilke Borçlar Kanunu hükümlerinin iş hukuku alanındaki boşlukları doldurduğu durumlarda da gözetilmelidir. O halde rekabet yasağı kaydıyla bağlantılı ceza koşulunun fahiş olup olmadığının belirlenmesindeki ana kriter, ceza koşulu olarak öngörülen tutarın işçinin ekonomik yıkımına yol açma ihtimalinin varlığı olmalıdır. Gerçekten borçlar hukukunda benimsenen ve borçlunun iktisadi açıdan mahvına

neden olabilecek ceza koşulunun aşırı (fahiş) kabul edilmesi gerektiğine ilişkin saptama, işçi aleyhine kararlaştırılan ceza koşulu açısından da evleviyetle (*a fortiori*) geçerlidir. Zira kendisinin ve ailesinin yaşamını idame ettirebilmesi genellikle ücret gelirine bağlı olan işçinin, işverenin kaleme aldığı iş sözleşmesi veya eklerindeki fahiş ceza koşulu tutarlarına itiraz etmesi pek mümkün görünmemektedir. Biraz önce değinildiği üzere, ücret -istisnai durumlar dışında- işçinin tek geçim kaynağıdır. Bundan dolayı rekabet yasağı kaydıyla bağlantılı bir ceza koşulunun aşırılığının takdirinde işçinin ücretinin öne çıkarıldığı bir ölçütün benimsenmesi son derece isabetli olacaktır. Bu bağlamda, İsviçre hukukunda işçinin ödemekle yükümlü olduğu ceza koşulunu tutarını bir tür tavana bağlama eğilimi ve bazı İsviçreli yazarların işçinin ödeyeceği ceza koşulunun kural olarak bir yıllık ücretini aşmaması yönündeki düşünceleri anımsatılmalıdır¹³³⁶. Aynı şekilde Alman öğretisindeki baskın görüş, işçinin bir yıllık kazancını ceza koşulunun üst sınırı olarak nitelemektedir¹³³⁷. Buna karşılık, işçinin bir aylık ücretine tekabül eden bir ceza koşulu Alman hukukunda makul sayılmaktadır¹³³⁸. Alman Federal İş Mahkemesi, kısa süreli bir ihlalin yüksek bir ceza koşuluna bağlanmasını iş sırlarının ifşası nedeniyle işverenin göreceği zararın büyüklüğünü gerekçe göstererek hukuka uygun bulmuştur¹³³⁹. Ayrıca ceza koşuluyla karşı edim arasında herhangi bir bağlantının olmadığı vurgulanmaktadır. Nitekim Alman Federal İş Mahkemesi bir başka kararında, işverenin iki yıllık rekabet yasağı süresi boyunca ödemeyi vaat ettiği karşı edimi aşan ceza koşulunun fahiş sayılamayacağına hükmetmiştir¹³⁴⁰. Ekleyelim ki, Federal İş Mahkemesi, ceza koşulunun işçiye ihbar önceli boyunca ödenecek ücreti aşamayacağına ilişkin bir ilkeden söz edilemeyeceği görüşündedir¹³⁴¹.

Karşılaştırmalı hukuktaki ilginç bir örnek, rekabet yasağını ihlal eden işçinin ödeyeceği tazminata kanunla bir üst sınır getiren Belçika'dır. İşçiye yönelik sözleşmesel rekabet yasağının süresini 12 ayla sınırlandıran Belçika hukukunda rekabet yasağının geçerliliği, işverenin rekabet yasağı karşılığında işçiye ödünleyici/telafi edici tazminat (*compensatoire vergoeding*) olarak adlandırılan bir

¹³³⁶ *Bohny*, s. 157; *Pidoux*, s. 70.

¹³³⁷ *Bauer/Diller*, s. 345; *Grüll/Janert*, s. 105.

¹³³⁸ *Grüll/Janert*, s. 105.

¹³³⁹ 23.1.1967 AP 1 zu 74c HGB

¹³⁴⁰ BAG 21.5.1971 AP 1 zu §75c HGB (*Bauer/Diller*, s. 345)

¹³⁴¹ BAG 25.10.1994-9 AZR 265/93 (*Bauer/Diller*, s. 345)

karşı edim ödemesi koşuluna bağlıdır¹³⁴². Karşı edim niteliğindeki bu tazminatın hesaplanmasında işçinin iş sözleşmesinin sona erdiği tarihteki brüt aylık ücreti esas alınmaktadır¹³⁴³. İşveren işçinin aylık son brüt ücretinin asgari %50'sinin rekabet yasağı süresiyle çarpılması sonucunda bulunacak tutarı karşı edim olarak ödemek zorundadır¹³⁴⁴. Buna karşın, rekabet yasağı kaydını ihlal eden işçi, aldığı karşı edimi işverene iade edecektir¹³⁴⁵. Kuşkusuz işçinin iade borcu, karşı edimin rekabet yasağının ihlal edildiği süreye denk gelen kısmıyla sınırlıdır¹³⁴⁶. Ayrıca işçi eski işverenine karşı edimin tutarına denk bir tazminat ödemekle yükümlü tutulmuştur¹³⁴⁷. Görüldüğü gibi, Türk hukukundaki ceza koşuluna benzer bir fonksiyon üstlenen maktu tazminatın tavanı, iş sözleşmesinin sona erdiği tarihte işçiye ödenen brüt ücretin bir yıllık tutarını kesinlikle aşmamaktadır¹³⁴⁸.

Alman, Belçika ve İsviçre gibi yabancı hukuk sistemleri ışığında, işçinin bir yıllık ücretini aşan ceza koşulunun Türk hukuku bakımından da aşırı sayılabileceği söylenebilir. Dolayısıyla, kural olarak, rekabet yasağı kaydına aykırılıkla ilişkilendirilen ceza koşulu işçinin bir yıllık ücretinin toplamını aştığı takdirde aşırı sayılmalı ve hâkim tarafından tenkis edilmelidir. Ne var ki sözü edilen kural, mutlak bir ilke olarak algılanmamalı; daha yalın bir anlatımla, işçinin bir yıllık ücretini aşan ceza koşulunun bazı durumlarda makul olduğu kabul edilmelidir. Örneğin rekabet yasağı kaydını ihlal eden işçi, hukuka aykırı bu fiili sayesinde ücret gelirinin çok üzerinde maddi bir menfaat sağlamışsa, işçiden talep edilen ceza koşulunun işçinin

¹³⁴² *Carlier*, s. 86.

¹³⁴³ *Carlier*, s. 87.

¹³⁴⁴ *Carlier*, s. 87. Belçika Hukukunda işverenin ödeyeceği karşı edimin nasıl hesaplanacağını bir örnekle izah edelim: İşverenle işçinin akdettiği iş sözleşmesinde yer alan rekabet yasağı kaydıyla işçi iş ilişkisinin sona ermesini müteakip altı ay boyunca işverenle rekabet etmemeyi ve işveren de işçinin ücretinin %75'i oranında bir karşı edim ödemeyi taahhüt eder. İşçinin son brüt ücreti 4000 €'dur. İş sözleşmesinin sona ermesi ve rekabet yasağının yürürlüğe girmesi halinde işverence ödenecek karşı edim 18.000 €'dur (4000 € x %75 x 6 ay).

¹³⁴⁵ *Carlier*, s. 76; *Humblet/Rigaux*, s. 276.

¹³⁴⁶ *Humblet/Rigaux*, s. 276

¹³⁴⁷ *Carlier*, s. 76. *Humblet/Rigaux*, s. 276. Bununla birlikte İş Mahkemesi işverenin uğradığı zararı ve işçinin rekabet yasağı sözleşmesine uygun davrandığı süreyi de göz önünde bulundurarak işçinin ödeyeceği tazminatı indirebilir. İşveren ise uğradığı zararın varlığını ve miktarını kanıtlamak suretiyle daha yüksek bir tazminat talep edebilir. Ne var ki kural olarak işveren yasada öngörülen maktu tazminatla fiilen uğradığı zararın tazminini birlikte isteyemez a.g.e., s. 77. Ayrıca bkz. *Humblet/Rigaux*, s. 276.

¹³⁴⁸ İşverenle işçinin bir yıl süreli bir rekabet yasağı sözleşmesi akdettiğini, işverenin anılan sözleşmeyle işçiye brüt ücretinin tamamı (%100) kadar bir karşı edim ödemeyi taahhüt ettiğini ve işçinin son brüt ücretinin 5000 € olduğunu varsayalım. Rekabet yasağı sözleşmesinin uygulanması halinde işverenin işçiye ödeyeceği karşı edim 60.000 €'dur. İşçi rekabet yasağı kaydına aykırı davranırsa hem karşı edimi iade edecek, hem de bu miktara tekabül eden bir tazminatı eski işverenine ödemek zorunda kalacaktır.

bir yıllık ücretinden fazla olması tek başına bir indirim nedeni sayılmamalıdır. Ayrıca ceza koşulunun fahiş olup olmadığını değerlendiren hâkim; işçinin hukuka aykırı eyleminin ağırlığı, işverenin uğradığı zararın büyüklüğü ve rekabet yasağı kaydına aykırı eylemin süresi gibi ek kıstasları da göz önünde bulundurmaktadır¹³⁴⁹. Nitekim işçinin ekonomik ve sosyal durumu, geçindirmekle yükümlü olduğu kişi sayısı ve ücret geliri dışında başka bir gelirin bulunup bulunmadığı gibi unsurlar ceza koşulunun aşırı olup olmadığının tespitinde esas alınacak ölçütler arasında yer almalıdır. Öte yandan rekabet yasağı kaydına aykırılığın yaptırımını olarak kararlaştırılan ceza koşulunun işçinin bir yıllık ücretinden düşük olması da söz konusu tutarın makul olarak nitelendirilmesi için yalnız başına yeterli görülmemelidir. Hâkim yukarıda aktarılan ölçütler ve somut olayın özelliğine göre, işçiye fesihden önceki son bir yılda ödenen ücret tutarından daha düşük bir ceza koşulunu da aşırı (fahiş) bulabilir.

Ceza koşulunun aşırı olduğunu kanaatine varan hâkim, daha sonra ceza koşuluna uygulayacağı indirimin oranını saptayacaktır. Ne var ki Yargıtay veya öğretisi, rekabet yasağı kaydını ihlal eden işçinin ödemekle yükümlü olduğu ceza koşulunun fahiş olması durumunda hâkim tarafından yapılacak indirimin oranı hakkında herhangi bir görüş belirtmemiştir¹³⁵⁰. Öyle sanıyoruz ki, öğretinin ve Yargıtay'ın bu konuya yeterince eğilmemesinin arkasında yatan gerçek neden, ilgili kanun maddesinin hâkime tanıdığı takdir yetkisidir. Hâkimin aşırı bir ceza koşuluna

¹³⁴⁹ Verilecek bir örnek sorunun daha iyi anlaşılmasına yardımcı olacaktır: Rekabet yasağı kaydıyla yönetici konumundaki işçinin iş sözleşmesinin sona ermesinden iki yıl süreyle itibaren Marmara ve Ege bölgeleri sınırları içerisinde aynı iş kolunda işverenle rekabet etmeyeceği öngörülmüş; rekabet yasağı kaydının ihlali halinde de işçinin son ücretinin 24 katı tutarında ceza koşulu ödemesi kararlaştırılmıştır. Son ücreti 10.000 TL olan işçi işvereniyle aynı sektörde ve Marmara Bölgesi'nde faaliyet gösteren bir şirketin iş teklifini kabul ederek iş sözleşmesini feshetmiş, eski işinden ayrılır ayrılmaz sonra söz konusu şirkette yönetici sıfatıyla 25.000 TL aylık ücretle işe başlayarak eski işverenin tüm ticari sırlarını yeni işvereniye aktarmış ve sonuç olarak eski işverenin iki yılda 1.700.000 TL zarar etmesine yol açmıştır. Rekabet yasağı kaydını ihlal eden işçi hukuka aykırı davranışı sonucunda iki yılda 240.000 TL (25.000 TL-10.000 TL = 15.000 TL ücret farkı x 24 ay = 360.000 TL) kazanç sağlamıştır. Buna karşılık sözleşmeyle kararlaştırılan ceza koşulu tutarı 240.000 TL'ye tekabül etmektedir. Somut örnekte işçinin hukuka aykırı davranışıyla sağladığı kazancın ödemeyi taahhüt ettiği ceza koşulu tutarından fazla olması, eski işverenin uğradığı zararın miktarı, hukuka aykırılığın süresi ve ağırlığı gibi olgular birlikte ele alındığında işçinin iki yıllık ücretine denk gelen ceza şartın aşırı olduğu iddia edilemez.

¹³⁵⁰ Yargıtay'ın bir kararında fahiş ceza koşulunda gerekli indirimin yapılması ve hakkaniyete uygun bir miktara hükmedilmesi gerektiği belirtilmiş, ancak uygulanacak indirim oranı ve hakkaniyete uygun miktarın ne olduğu hususunda yerel mahkemelere yön verecek uygulama esaslarını ortaya koyulmamıştır. "...Davacının bu davranışı Borçlar Kanununun 348 ve müteakip maddeleri doğrultusunda ferdi hizmet sözleşmesindeki rekabet memnuniyetine aykırı davranışı oluşturur. Ne var ki sözleşmede öngörülen ceza şart miktarı çok fahiş olup Borçlar Kanununun 161/Son maddesi uyarınca gerekli indirim yapılarak hakkaniyete uygun bir miktara hükmedilmelidir..." (Yarg. 9. HD., 29.05.1997, 6252/10506, www.legalbank.net)

uygulayacağı indirim oranıyla ilgili olarak takdir yetkisine sahip olduğu tartışma dışıdır. Ancak hâkim takdir yetkisinin kullanırken bütünüyle serbest değildir. Kanımızca hâkim ceza koşulunun aşırı olup olmadığını tespit ederken başvurduğu ölçütlerden ceza koşuluna uygulayacağı indirimin oranını belirlerken de yararlanmalıdır. O halde hâkim; somut olaydaki aşırı ceza koşuluna yapacağı indirimin oranını saptarken işçinin ekonomik ve sosyal durumunu, hukuka aykırı davranışın ağırlığını ve süresini, işçinin rekabet yasağına aykırılıktan sağladığı menfaati ve işverenin gördüğü zararın boyutu gibi faktörleri hep beraber değerlendirmeli; istisnai olgular haricinde, işçinin ödeyeceği ceza koşulunun işçinin iş sözleşmesinin sona erdiği tarihteki aylık ücretinin bir yıllık tutarını geçmemesine özen göstermelidir. Ancak ceza koşuluna uygulanacak indirimin oranı konusunda kanunun hâkime geniş bir takdir yetkisi tanıdığı, Yargıtay'ın temel ilkeleri ve uygulama esaslarını saptayabileceği, ancak hâkime tanınan takdir yetkisini bertaraf edecek tarzda müdahalelerde bulunamayacağı unutulmamalıdır¹³⁵¹.

Alman ve Hollanda hukuklarında, hâkimin aşırı ceza koşulunu indirebilmesi borçlunun talebine bağlıdır. Alman hukukunda mahkeme ceza koşulunu ancak borçlu talep ettiği takdirde indirebilmektedir (§ 343 BGB). Bununla birlikte, Alman öğretisi ceza koşulunun indirilmesi için işçinin ayrı bir dava açmasını şart koşmamaktadır. Tersine işçinin işverenin ceza koşulunun tahsili için açacağı davayı bekleyerek, indirim talebini bu davada usuli bir defî olarak dermeyan edebileceği kabul edilmektedir¹³⁵². Bu bağlamda işçinin cevap dilekçesinde fahiş ve ölçüsüz ceza koşulundan kısmen veya tamamen kurtulmak istediğini açıklaması yeterli görülmektedir. Buna karşın, cevap dilekçesinde rekabet yasağı kaydının şekil koşulu eksikliği nedeniyle geçersizliğini veya işverenin haklı ticari menfaatlerinin yokluğundan dolayı rekabet yasağının bağlayıcı olmadığını ileri süren, ancak ceza koşuluna itiraz etmeyen işçi, davayı kaybettiğinde ceza koşulunun tamamını ödemek zorunda kalır¹³⁵³. Mahkeme işçiye § 343 BGB uyarınca ceza koşulunun indirilmesini talep edebileceğini hatırlatamaz. Hollanda Medeni Kanunu'nun mülga bir maddesi (7A:1637C x lid 4 BW) çerçevesinde, hâkim ceza koşulunu resen (*amtshalve*)

¹³⁵¹ Alman hukukunda hâkimin ceza koşulunu indirirken kullandığı takdir yetkisinin ilke olarak kanun yolu denetimine tabi olmadığı, ancak davaya bakan hâkimin yanlış hukuki ilkelerden yola çıktığı veya somut olayın temel ayrıntılarını dikkate almadığı durumlarda bir denetimin gündeme gelebileceği ifade edilmektedir. *Bauer/Diller*, s. 345.

¹³⁵² *Bauer/Diller*, s. 346.

¹³⁵³ *Bauer/Diller*, s. 346.

indirebilmekteydi. Ne var ki yürürlükteki Hollanda Medeni Kanunu'nda, hâkimin ceza koşulunu sadece işçinin talebi üzerine indirilebileceği öngörülmüştür (6:94 BW)¹³⁵⁴. Hollanda hukukunda işçi ceza koşulunun indirilmesi için ayrı bir dava açabileceği gibi, bu hususu işverenin ceza koşulunun tahsili istemiyle açtığı davada savunma olarak da ileri sürebilir¹³⁵⁵. Eski Borçlar Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde hâkimin ceza koşulunu kendiliğinden mi, yoksa borçlunun talebi üzerine mi indireceği tartışmalıydı¹³⁵⁶. Borçlar Kanunu ise hâkimin aşırı gördüğü ceza koşulunu kendiliğinden (resen) indireceğini açıkça hükme bağlamıştır (TBK m. 182/3). Böylece eski kanunda aşırı (fahiş) ceza şartın indirilmesini düzenleyen mülga madde (EBK m. 161/3) ile ilgili olarak yaşanan hâkimin aşırı ceza koşulunu kendiliğinden mi yoksa borçlunun talebi üzerine mi indireceği tartışması da son bulmuştur¹³⁵⁷.

Ceza koşulunun indirimini gerektiren vakıaları ispat külfeti işçinin üzerindedir¹³⁵⁸. Tartışmalı bir konu, işçinin ceza koşulunu ödedikten sonra indirim isteyip isteyemeyeceğidir. Alman Medeni Kanunu, ceza koşulu ödendikten sonra borçlunun artık indirim talep edemeyeceğini açıkça kural haline getirmiştir (§ 343 Abs. 1 Satz 3 BGB). Fakat ceza koşulunu ihtirazi kayıtlı ödeyen işçi, sonradan tenkis talep etme olanağına sahiptir. Alman hukukunun aksine İsviçre doktrininde, indirimi haklı kılan nedenleri bilmemesinden ötürü ceza koşulunu ödeyen işçinin indirim nedenlerini öğrendikten sonra indirim talep edebileceği savunulmaktadır¹³⁵⁹. Türk öğretisinde baskın yaklaşıma göre; ceza koşulunun henüz ifa edilmemiş olması, aşırı ceza koşulunun indirilmesinin koşulları arasında yer almaktadır. Zira ifa bir yandan borcu sona erdirirken, diğer yandan da borçlunun indirim talebinden vazgeçmesi anlamını taşımaktadır¹³⁶⁰. Gerçekten ceza koşulunu ödeyen işçinin daha sonra indirim talep etmesi açık bir çelişki olup, işçinin bu davranışı ceza koşulunun aşırı sayılamayacağına bir karine olarak kabul edilebilir. Şu halde hâkim, işçinin ihtirazi kayıt yoluyla ceza koşulunun indirilmesini talep etme hakkını saklı tuttuğu haller dışında, ödenen bir ceza koşulunun tenkisine yönelik istemi kabul etmemelidir. Öte yandan işçi, iş sözleşmesinin sona ermesinden önce açacağı bir tespit davasıyla ceza

¹³⁵⁴ *Bouwens/Duk*, s. 220; *Loonstra*, *De rechtsbescherming van werknemers*, s. 465.

¹³⁵⁵ *Houweling/Loonstra*, s. 248; *Bouwens/Duk*, s. 220.

¹³⁵⁶ Bu tartışmalar için bkz. *Eren*, s. 1142.

¹³⁵⁷ *Öz*, *Yeni Borçlar Kanununun Getirdiği Başlıca Değişiklikler ve Yenilikler*, s. 24.

¹³⁵⁸ *LAG Baden-Württemberg* 14.5.1963 AP 2 zu § 339 BGB.

¹³⁵⁹ *Haefliger*, s. 71.

¹³⁶⁰ *Eren*, s. 1140.

koşulunun aşırı olduğunu ileri süremez¹³⁶¹. Çünkü hâkimin ceza koşulunu indirebilmesi için ceza koşulunun muaccel olması şarttır¹³⁶². İşçinin ceza koşuluyla belirlenen tutarı ödeme borcu ise, rekabet yasağına aykırı eylemin gerçekleştiği tarihte muaccel olur. Dolayısıyla işçinin muaccel olmayan bir ceza koşulunun aşırılığının tespitinde herhangi bir hukuki yararı bulunmadığından, hâkim böyle bir tespit davasını dava şartı yokluğundan reddetmelidir.

Rekabet yasağını kendi hesabına rakip bir işletme açarak ihlal eden işçinin aynı zamanda tacir sıfatını kazanması, ceza koşulunun indirilmesiyle bağlantılı başka bir sorunu gündeme getirmektedir. Sorunun temelinde tacir unvanına sahip borçlunun ceza koşulunun indirilmesini talep hakkı yatmaktadır (TTK m. 22). İlk bakışta, maddenin açık anlatımından, rakip ticari işletmenin sahibi veya rakip şirketin ortağı eski bir işçinin rekabet yasağına aykırı davranışı nedeniyle işverene ödemek zorunda olduğu ceza koşulunun indirilmesini istemeyeceği sonucunu çıkarmak pek güç görünmemektedir. Ne var ki Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin içtihadı aksi yönde gelişmiştir. Gerçekten Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'ne göre, Ticaret Kanunu'nun ilgili düzenlemesinin iş sözleşmesinden doğan davalarda uygulama yeri yoktur. Şu halde iş sözleşmesi çerçevesinde kararlaştırılmış ceza koşulunu ödemekle yükümlü taraf tacir dahi olsa, hâkim aşırı gördüğü ceza koşulunu *ex officio* indirmek zorundadır¹³⁶³. Nitekim oldukça ayrıntılı karşı oy yazılarının varlığına rağmen, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da Özel Daire'nin anılan yaklaşımını benimsemiştir¹³⁶⁴. Bununla

¹³⁶¹ Bauer/Diller, s. 345.

¹³⁶² Eren, s. 1140.

¹³⁶³ "...Hüküm altına alınan ceza şarttan çalışılan ve çalışılmayan hizmet akdi süresi nazara alınarak Borçlar Kanunu'nun 161/son maddesi gereği bir indirim yapılmadan hüküm kurulması doğru değildir. Taraflar arasında hizmet sözleşmesi bulunmaktadır. Bu nedenle Türk Ticaret Kanununun 24. maddesinin uygulama yeri yoktur. Dairemizin olayın niteliğine ilişkin kökleşmiş içtihatlarında bu yöndedir. Mahkemenin yukarıda sözü edilen hukuki olgular dikkate alınmadan yazılı şekilde hüküm tesisi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir..." (Yarg. 9. HD., 17.11.2003, 6942/14928, www.legalbank.net).

¹³⁶⁴ "...Özel Daire sözcüleri; İş Hukukunun kendine özgü yapısı uyarınca, tacir sıfatını taşıyan işveren ile işçi arasında İş Kanunu hükümleri çerçevesinde düzenlenen bir hizmet sözleşmesinin, işveren bakımından Türk Ticaret Kanunu'nun 3. maddesi anlamında ticari iş niteliğinde olmadığını; İş Kanunu hükümlerine tabi, kendine özgü bir hizmet sözleşmesi olarak kabulü gerektiğini, işçi-işveren ilişkilerinin kamu düzeni ile ilgili olmasının da bu kabulü zorunlu kıldığını, keza, İş Hukukunun temel ilkelerinden biri olan "tarafların dengeli tutulması" ilkesinin de bunu gerektirdiğini, Özel Dairenin aynı yöndeki uygulamasının daha önce benzer davalarda Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenmiş olduğunu dile getirmişlerdir Gerçekten, Hukuk Genel Kurulu'nun 15.10.1997 gün ve 1997/9-486-822 sayılı kararında, aynı ilkelere vurgu yapılmak suretiyle, tacir statüsünde olmasının, iş akdindeki ceza şart bakımından Türk Ticaret Kanunu'nun 24. maddesindeki kuralın işveren hakkında uygulanmasını gerektirmeyeceği; eş söyleyişle, ceza şart borçlusu işveren tacir de olsa, Borçlar Kanunu'nun 161/3. maddesindeki emredici hüküm uyarınca, fahiş görüldüğü takdirde ceza şarttan re'sen indirim yapılmasının zorunlu bulunduğu kabul edilmiştir. Görüşme sırasında çoğunluk bu görüşü benimsemiş, eldeki

birlikte, tacir borçlunun ceza koşulunun indirilmesini talep edemeyeceğini buyuran Türk Ticaret Kanunu maddesinin iş sözleşmelerine uygulanamayacağına ilişkin Yargıtay kararları, öğretinin yoğun eleştirileriyle karşılaşmıştır¹³⁶⁵. Öğreti tarafından yöneltilen eleştiriler son derece yerinde olup, hâkime işveren tacirin iş sözleşmesinden kaynaklanan fahiş ceza koşulu borcunu indirebilme olanağı tanıyan içtihat yasal düzenlemeyle bağdaşmamaktadır. Ancak bu tespit rekabet yasağı kaydına eklenen ceza koşulu için geçerli değildir. Şöyle ki ister iş sözleşmesine konulan bir kayıtle düzenlensin ister sonradan bağımsız bir sözleşmeyle kararlaştırılsın, rekabet yasağını kabul ettiği tarihte işçi henüz tacir sıfatına sahip değildir. Aksine işçi tacir unvanını rakip işletmeyi açtığı anda kazanmaktadır. Borçlunun tacir olup olmadığının tespitinde ceza koşulunun kararlaştırıldığı tarih esas alınır; ceza koşulu borçlusunun daha sonra tacir unvanını elde etmesi hâkimin aşırı gördüğü ceza koşulunu indirmesine engel oluşturmaz. Öyleyse rekabet yasağı kaydına aykırı olarak rakip bir işletme açan ve böylelikle tacir unvanını kazanan işçinin ödemek zorunda olduğu aşırı ceza koşulu da hâkim tarafından tenkis edilebilmelidir. Çünkü işçi rekabet yasağının kararlaştırıldığı an itibarıyla tacir sıfatını taşımamaktadır¹³⁶⁶.

Bilindiği üzere, kanunun hâkime takdiri indirim yetkisi tanıdığı durumlarda indirilen kısım için davalı yararına vekâlet ücretine hükmedilemez. Örneğin haksız fiillerde zarar gören, zararı doğuran fiile razı olmuş veya zararın artmasında etkili olmuşsa yahut tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırmışsa, hâkim maddi tazminatı indirebilmekte veya tamamen kaldırabilmekte (TBK m. 52/I); yine zarara

davada Borçlar Kanunu'nun 161/3. maddesinin uygulama yerinin bulunduğu kabul edilmiştir...Karşı oy yazısından bir kesit: "...Tartışmalar sırasında ileri sürülen çoğunluk görüşüne göre, İş Kanunu hükümlerine tabi bir hizmet sözleşmesinde TTK.nun 24 ncü maddesinin uygulanamayacağı kabul edilmiş ve İş Kanunu hükümlerinin T. Ticaret Kanunu hükümlerine nazaran daha özel bir düzenleme olduğu savunulmuştur. Bu görüşün hukuksal hiçbir dayanağı bulunmamaktadır. Zira, TTK.nun 24 ncü maddesi hiçbir sözleşme şekli ve niteliğinden söz etmeksizin, salt sözleşme borçlusunun tacir olması halindeki ceza şart sorumluluğunu düzenlemiş bulunmaktadır. Bir başka ifade ile, TTK. nun 14 ncü maddesi hükmü gereğince, bir ticari işletmeyi kısmen dahi olsa kendi adına işleten kimse tacir sıfatını taşır ve yine aynı yasanın 3 ncü maddesi hükmü uyarınca ticari şekilde işletilen bir müessesenin bütün eylem ve işlemleri ticari iş kapsamındadır. Bu durumda tacir sıfatını taşıyan borçlunun, borcun kaynağı olan sözleşme tipine bakılmaksızın bu hükme tabi sorumluluğunun bulunduğu kabulü zorunludur." (Yarg. HGK, 2.2.2005, E: 2004/9-759 K:2005/9, www.legalbank.net)

¹³⁶⁵ Başbuğ, Aydın: Tacir işveren ve iş hukukunda cezai şarttan indirim, Prof. Dr. Kamil Turan'a Armağan, Kamu-İş Cilt:7, 2003/2, s. 239-256.

¹³⁶⁶ Alman Ticaret Kanunu'na göre, tacir ödemekle yükümlü olduğu ceza koşulunun indirilmesini talep edemez (§ 348 HGB). Ne var ki borçlunun tacir niteliğinin saptanmasında ceza koşulu borcunun doğum tarihi değil, sözleşmenin kurulma anı belirleyicidir. Buna göre rekabet yasağı süresi boyunca ticari bir faaliyet yürüten işçinin ceza koşulunun tenkisini talep etmesi mümkün değildir. *Bauer/Diller*, s. 346.

hafif kusuruyla sebep olan tazminat yükümlüsü, tazminatı ödediğinde yoksulluğa düşecek olur ve hakkaniyet de gerektirirse tazminat hâkim tarafından indirilebilmektedir (TBK m. 52/II). Keza belirli süreli iş sözleşmesinin haksız feshinde işçinin bakiye süre ücretine denk gelen tazminattan yapılacak indirim nedeniyle davacı vekâlet ücretine mahkûm edilemez (TBK m. 438/II). Borçlar Kanunu hâkime aşırı bulduğu ceza koşulunu indirme ödevi yüklediğinden ve uygulanacak indirimin oranını belirleme hakkı da bütünüyle hâkimin uhdesinde olduğundan, ceza koşulunun indirilmesi nedeniyle kısmen reddedilen talep için davalı lehine vekâlet ücretine hükmedilmesi olanak dışıdır. Nitekim Yargıtay ceza koşulundan yapılacak indirim nedeniyle davalı yararına vekâlet ücretine karar verilemeyeceğini vurgulamıştır¹³⁶⁷. Ancak Yargıtay 9. Hukuk Dairesi tarafından onanan bir yerel mahkeme kararında aşırı ceza koşulunu indiren hâkim, takdiri indirim nedeniyle reddine karar verdiği miktar için davalı işveren yararına vekâlet ücretine hükmetmiş; söz konusu isabetsiz karar Yargıtay tarafından da onanarak kesinleşmiştir¹³⁶⁸. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin bu ilamının kendi yerleşik içtihadıyla çeliştiği belirtilmelidir.

¹³⁶⁷ “...Dairemiz kararlarında fazla çalışma ücretlerinden yapılan indirim kabul edilen fazla çalışma süresinden indirim olmakla davalı tarafın kendisini avukat ile temsil ettirmesi durumunda reddedilen kısım için davalı yararına avukatlık ücretine hükmedilmesi gerektiği ifade edilmişse de(Yargıtay 9.HD. 11.02.2010 gün 2008/ 17722 E, 2010/ 3192 K.) işçinin davasını açtığı veya ıslah yoluyla dava konusu arttırdığı aşamada mahkemece ne miktarda indirim yapılacağı bilinememektedir. Dairemizce 2011 yılı itibarıyla maktu ve nispi vekalet ücretlerinin yüksek oluşu da dikkate alınarak konunun yeniden ve etraflıca değerlendirilmesine gidilmiş ve her türlü indirimden kaynaklanan red sebebiyle davalı yararına avukatlık ücretine karar verilmesinin adaletsiz sonuçlara yol açtığı sonucuna varılmıştır. Özellikle seri davalarda indirim sebebiyle kısmen reddine karar verilen az bir miktar için dahi her bir dosyada zaman zaman işçinin alacak miktarını da aşan maktu avukatlık ücretleri ödetilmesi durumu ortaya çıkmaktadır. Yine daha önceki kararlarımızda fazla çalışma asıl alacaktan indirim sebebiyle red vekalet ücretine hükmedilmekte ancak Borçlar Kanunu'nun 161/son, 325/son maddeleri ile 43 ve 44. maddelerine göre ve yine 5953 sayılı Yasada öngörülen yüzde beş fazla ödemelerden yapılan indirim sebebiyle reddine karar verilen miktar için avukatlık ücretine hükmedilmemektedir. Bu durum uygulamada karışıklığa yol açtığı gibi eşitsizlik de yaratmaktadır. Konuyla ilgili olarak Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinde bir kurala yer verilmediğinden Dairemizce eski görüşümüzden dönülmüş ve fazla çalışma asıl alacaktan yapılan indirimler sebebiyle reddine karar verilen miktar bakımından kendisini vekille temsil ettirmiş olan davalı yararına avukatlık ücretine hükmedilemeyeceği kabul edilmiştir...”(Yarg.9. HD., 21.3.2011, E:2009/9577, K: 2011/7569, www.legalbank.net) .

¹³⁶⁸ “...Yine de somut olaydaki rekabet yasağı düzenlemesinde, davacı işveren yönünden herhangi bir yükümlülüğün bulunmaması, davalının ekonomik ve sosyal konumunu korumak zorunda bulunması ve karşılıklı menfaatlerin dengelenmesi bakımından, taraflar arasında kararlaştırılan cezai şarttan BK 161/son maddesi hükmü uyarınca takdiri indirime gidilmiş ve aşağıdaki hüküm kurulmuştur. Hüküm: Davanın KISMEN KABULÜ ile, 57.630,00 TL rekabet yasağı kaynağından kaynaklanan cezai şartın dava tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalıdan alınmasına davacıya verilmesine,...davalı kendisini bir vekil ile temsil ettirdiğinden karar tarihinde yürürlükte bulunan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'ne göre 5.710,40 YTL vekalet ücretinin davacıdan alınmasına davalıya verilmesine...” Bakırköy 7. İş Mahkemesi, 8.10.2008, E:2007/182 K: 2008/378 (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 2.12.2010 tarih ve E:2008/41875

c) Tazminat ve Ceza Koşulu Alacaklarında Faiz ve Zamanaşımı

aa) Faiz

Rekabet yasağı kaydından kaynaklanan ceza koşulu ve tazminat alacaklarına uygulanacak faizin türü, bu gibi davalarda hangi mahkemenin görevli olduğu sorusuna verilecek yanıtı göre değişiklik göstermektedir. İşverenin rekabet yasağına aykırı hareket eden işçiye karşı açtığı ceza koşulu ve/veya tazminat davalarına iş mahkemelerinde bakılacağı kabul edilecek olursa, işverenin ceza koşulu veya tazminat alacağına 3095 sayılı *Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizi Hakkındaki Kanun*'a göre belirlenen yasal temerrüt faizi uygulanacaktır. Nitekim Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, ceza koşulu alacaklarına en yüksek mevduat faizi veya kısa vadeli kredilere uygulanan en yüksek faiz yürüten ilk derece mahkemesi kararlarını, ceza koşulu alacağına uygulanacak faiz türünün yasal temerrüt faizi olduğu gerekçesiyle bozmuştur¹³⁶⁹. Aynı doğrultuda, rekabet yasağı kaydına bağlı ceza koşulunun yasal faizi ile birlikte davalıdan tahsiline karar veren iş mahkemesi kararlarının da onandığı görülmektedir¹³⁷⁰. Tersine rekabet yasağı kaydına ilişkin davalarda asliye ticaret mahkemeleri görevli sayıldığında işverenin ceza koşulu veya tazminat alacaklarına işletilecek faiz türü değişmekte, yasal temerrüt faizi yerini avans faizine terk etmektedir. Zira böyle bir durumda rekabet yasağı kaydından doğan davalar ticari iş addedilmekte ve işverenin rekabet yasağı sözleşmesinden kaynaklanan alacaklarına avans faizi işletilmektedir¹³⁷¹. Görüldüğü üzere rekabet yasağı kaydına

K:2010/35558 sayılı kararı ile onanmıştır. Sicil İş Hukuku Dergisi, Mart 2011, sayı 21, s. 116–121).

¹³⁶⁹ “...Hüküm altına alınan cezai şart alacağına yasal faiz uygulanması gerekirken kısa vadeli kredilere uygulanan en yüksek faizin yürütülmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir...” (Yarg. 9. HD., 10.12.2011, 20077/19156, www.legalbank.net). “...Buna göre mahkemece hükmedilen cezai şart için dava tarihinden itibaren % 30 yasal faiz yürütülmesi gerekirken, % 115 oranında en yüksek mevduat faizine hükmedilmesi hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir...” (Yarg. 9. HD., 13.05.1997, 8695/8696, www.legalbank.net)

¹³⁷⁰ “...57.630,00 YTL cezai şartın dava tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalıdan alınmasına...” Bakırköy 7. İş Mahkemesi, 8.10.2008, E:2007/182 K: 2008/378. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 2.12.2010 tarih ve E:2008/41875 K:2010/35558 sayılı kararı ile onanmıştır. Sicil İş Hukuku Dergisi, Mart 2011, sayı 21, s. 116–121)

¹³⁷¹ “...Dava, kira alacağı ile bakım ve onarım giderinin tahsili istemine ilişkindir. Ancak, tarafların tacir olduğu, uyuşmazlığın aralarındaki protokolden kaynaklandığı, TTK. nun 3, 4 ve 21 inci maddeleri hükümleri uyarınca davanın ticari nitelikte bulunduğu dikkate alınıp, hükmedilen alacağın talep gibi avans faiziyle tahsiline karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde yasal faiz üzerinden hüküm kurulması doğru görülmemiş ve kararın bu nedenle bozulması gerekmiş ise de anılan yanlışlığın düzeltilmesi yeniden yargılama yapılmasını gerektirmediğinden hükmün,

aykırılıktan kaynaklanan davalarda farklı bir mahkemenin görevli sayılması, faiz gibi konularda dahi ayrı maddi hukuk normlarının uygulanması sonucunu doğurmaktadır.

Rekabet yasağına aykırı davranan işçinin ceza koşulu ve/veya tazminat borcu, işçinin kendi hesabına rakip bir işletme açtığı veya rakip bir işletmede çalıştığı tarihte muaccel olmaktadır. Muaccel bir borcun borçlusu ise, alacaklının ihtarıyla temerrüde düşer. Dolayısıyla işveren rekabet yasağını ihlal eden eski işçisine bir ihtarname göndererek ceza koşulu veya tazminat talep etmişse, ihtarnamenin işçiye vardığı anda faiz işlemeye başlar¹³⁷². Buna karşın, işveren önceden bir ihtarname göndermemişse ceza koşuluna ve/veya tazminat alacaklarına davanın açıldığı tarihten itibaren faiz yürütülmelidir¹³⁷³.

bb) Zamanaşımı

İşverenin ceza koşulu ve tazminat alacakları, on yıllık genel zamanaşımı süresine tabidir (TBK m. 146). Zira kanun işçinin rekabet yasağı sözleşmesine aykırı eyleminden doğan ceza koşulu veya tazminat borcu için ayrı bir zamanaşımı süresi öngörmemiştir. Zamanaşımı, işverenin ceza koşulu veya tazminat alacağıyla muaccel olmasıyla işlemeye başlar. Ceza koşulu veya tazminat alacağı, işçinin kendi hesabına rakip bir işletme açtığı, başka bir rakip işletmede çalışmaya başladığı veya bunların dışında, rakip işletmeyle başka türden bir menfaat ilişkisine girdiği tarihte muaccel olur. Eş söyleyişle işçinin rekabetten kaçınma borcuna aykırı davrandığı an, on yıllık zamanaşımı süresinin de başlangıç tarihidir. Yoksa iş sözleşmesinin sona ermesi ve

HUMK.nun 438/7 nci maddesi uyarınca düzeltilerek onanması yoluna gidilmiştir..." (Yarg. 11. HD., 1.5.2006, E:2005/4966 K:2006/4943, www.legalbank.net)

¹³⁷² "...3-Hizmet sözleşmesinin 9. maddesinde 3 yıllık sürenin bitmesinden önce haklı bir neden olmaksızın işverence sözleşmenin tek taraflı olarak feshi halinde fesih tarihinde geriye doğru pazarlama müdürü olan davacıya sağlanmış olan tüm ücret, ikramiye, prim, kar payı vs. alacaklarının aylık ortalamaları baz alınmak suretiyle hesaplanacak, aylık ortalama gelir, sözleşmenin kendiliğinden sona erme tarihi olan 12.8.2002 tarihine kadar olan ay sayısı ile çarpılacak ve çıkacak toplam miktar kıdem tazminatından ayrı olarak ödenmesi öngörülmüştür. Söz konusu sözleşme kuralı niteliği itibarı ile cezai şarttır. O halde Borçlar Kanunu'nun 161/son maddesi göz önünde tutulmak suretiyle hüküm kurulmalıdır. 4- Davacı istekleri arasında bulunan satış primini yargılamasına 2.2.2001 tarihli dilekçesi ile müracaata bırakmıştır. Buna rağmen söz edilen isteğin reddi hatalıdır. 5- Davalı davacı tarafından tebliğ ettirilen 10.4.2000 tarihli ihtarname ile temerrüde düşürülmüştür. Buna rağmen hüküm altına alınan alacaklar için dava tarihinden faiz yürütülmesi doğru değildir..." (Yarg. 9. HD., 24.05.2001, 5956/8857, www.legalbank.net)

¹³⁷³ "...Hüküm altına alınan cezai şart için dava tarihinden itibaren faiz yürütülmesi gerekirken fesih tarihinden yürütülmesi hatalıdır..." (Yarg. 9. HD., 19.01.1998, E:1997/19625 K: 1998/166, www.legalbank.net)

rekabet yasağının yürürlüğe girmesi, zamanaşımının işlemeye başlamasına ol açmamaktadır.

Rekabet yasağı kaydına aykırı davranıştan kaynaklanan ceza koşulu ve tazminatın belirsiz alacak niteliği taşıyıp taşımadığı sorunuyla zamanaşımı konusu arasında çok yakın bir ilişki söz konusudur. Davanın açıldığı tarihte alacağın miktarını yahut değerini tam ve kesin olarak belirleyebilmesi imkânsız veya kendisinden beklenemeyecek olan davacının, hukuki ilişkiyi ve asgari bir miktar ya da değer belirlemek suretiyle açtığı dava, belirsiz alacak davası olarak tanımlanmaktadır (HMK m. 107/I). Alacağın tahkikat sonucunda belirlenebilmesinin mümkün olduğu anda, davacı, iddianın genişletilmesi yasağına tabi olmaksızın davanın başında belirttiği miktarı arttırabilmektedir (HMK m. 107/II). Belirsiz alacak davasıyla kısmi dava arasındaki ayırımın temelinde, anılan dava türlerinin alacağın tabi olduğu zamanaşımını farklı biçimler etkilemesi yatmaktadır. Gerçekten kısmi dava açan davacı, talep sonucunda fazlaya ilişkin haklarını saklı tutarak alacağın bir kısmını istemekte; alacağın gerçek tutarının bilirkişi raporuyla saptanmasından sonra dava dilekçesini ıslah ederek talep ettiği miktarı arttırmaktadır. Ne var ki davanın açılması sadece dava dilekçesiyle talep edilen kısmi alacak için zamanaşımını kesmekte, alacağın geri kalan kısmı bakımından zamanaşımı işlemeye devam etmektedir. Nihayet ıslah dilekçesiyle talep sonucunun arttırıldığı tarihte alacağın geri kalan bölümü için de zamanaşımı kesilmektedir¹³⁷⁴. Buna karşın, belirsiz alacak davası açıldığı takdirde alacağın tamamının zamanaşımına uğrama riski ortadan kalkmaktadır.

Öncelikle rekabet yasağı kaydına bağlı ceza koşulunun belirsiz alacak niteliği taşıyıp taşımadığı sorgulanmalıdır. İlk bakışta ceza koşulunun belirli alacak sayılması gerektiği düşünülebilir. Zira rekabet yasağı kaydında ceza koşulu maktu bir tutar olarak belirlenmekte veya işçinin ücretiyle ilişkilendirilmektedir. Dolayısıyla işverenin ceza koşulu tutarını kolayca hesaplayabileceği, ceza koşulu tutarının

¹³⁷⁴ Örnek: İki yıl süreli bir rekabet yasağı kaydında rekabet yasağına aykırı davranan işçinin aylık son net ücretinin 12 katı tutarında ceza koşulu ödeyeceği yazılıdır. İşçinin aylık son ücreti 5.000 TL'dir. İşçi 1.1.2012 tarihinde iş sözleşmesini feshettikten sonra 15.1.2012 tarihinde eski işvereniyle rekabet etmeye başlar. İşveren 8.7.2020 tarihinde açtığı bir davayla fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak üzere 1.000 TL ceza koşulu alacağının işçiden tahsilini talep eder. İşveren 25.2.2022 tarihinde dava dilekçesini ıslah ederek 1.000 TL'lik talebini 60.000 TL'ye yükseltir. Davalı işçi zamanaşımı definde dermeyan eder. Islah dilekçesinin verildiği tarihte 10 yıllık zamanaşımı süresi dolduğundan işverenin 59.000 TL ceza şart alacağı zamanaşımına uğrar.

tespitinin ayrıca bir yargılamayı gerektirmeyeceği söylenebilir. Ancak böyle basit bir argümandan hareketle ceza koşulunun belirli alacak olarak nitelendirilmesi son derece yüzeysel ve isabetsiz bir yaklaşım olacaktır. Her şeyden önce rekabet yasağı kaydındaki ceza koşulu işçinin ücretiyle ilişkilendirilmişse ve ücret de tartışmalı ise, salt bu olgu dahi ceza koşulunu belirsiz alacağa dönüştürür¹³⁷⁵. Kaldı ki işçinin ücreti tartışmalı olmasa dahi, hâkim aşırı gördüğü ceza koşulundan takdiri bir indirim gitmektedir. Özetle, ceza koşulunun aşırı (fahiş) olup olmadığı mutlaka yargılamayı gerektiren bir konudur. Ayrıca hâkim aşırı (fahiş) ceza koşuluna uygulanacak indirim oranını tespit ederken takdir yetkisini kullanmaktadır. Hâkimin uygulayacağı indirim oranını davanın başında öngörmesi ise davacıdan beklenemez¹³⁷⁶. Bu açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, rekabet yasağını ihlal eden işçinin ödemekle yükümlü olduğu ceza koşulu, belirsiz alacağın tipik örnekleri arasındadır. Keza işçinin rekabet yasağı kaydına aykırı eyleminin yol açtığı zarar sebebiyle işverence talep edilen maddi tazminat da belirsiz alacak olarak kabul edilmelidir. Zira işverenin rekabet yasağı ihlalden doğan zararının gerçek tutarını kanıtlaması son derece güç olup, zararın tüm boyutlarıyla saptanması çoğu kez yargılamayı ve bilirkişi incelemesini zorunlu kılacaktır.

d) Aynen İfa

aa) Genel Olarak

Rekabet etmeme yükümü, yapmama borçlarının tipik örneklerinden biridir. Kural olarak, alacaklının sözleşmeyle üstlendiği yapmama edimini ifa etmeyen borçluya karşı başvurabileceği öncelikli hukuki yol, borca aykırı davranıştan doğan zararın giderilmesini istemektir (TBK m. 113/II). Buna karşın, zararın tazmini her zaman tek başına yeterli olmamakta; alacaklının menfaati, çoğu zaman, süreklilik arz eden bir yapmama borcuna aykırı davranışın yol açtığı hukuka aykırı durumun ortadan kaldırılmasını da gerekli kılmaktadır. Zira sözleşmeye aykırı durumun bertaraf edilmesiyle alacaklının uğradığı zararın büyümesi engellenecek, hatta zararın henüz ortaya çıkmadığı durumlarda alacaklının ileride doğabilecek olası

¹³⁷⁵ Çil, Şahin/Kar, Bektaş: 6100 sayılı HMK'ye göre İş Yargısında Belirsiz Alacak Davası ve Kısmi Dava, Yetkin Yayınları, Ankara 2012, s. 104. Ancak yazarların ceza koşulunu tazminat olarak adlandırması isabetsizdir.

¹³⁷⁶ Çil/Kar, s. 104.

zararının da önüne geçilecektir. Nitekim Borçlar Kanunu, alacaklının zararın giderilmesinin yanı sıra, borca aykırı durumun ortadan kaldırılmasını da talep edebileceğini kurala bağlamıştır (TBK. m. 113/III; İBK Art. 98 Abs. 3).

Bununla birlikte, anılan düzenlemenin rekabet etmeme borcuna ihlal eden işçiye de uygulanması, bir dizi sorunu beraberinde getirmektedir. Israrla vurgulayalım ki, rekabet yasağına aykırı durum nedeniyle işletmesel çıkarları ciddi bir şekilde zedelenen ve belki de işletmesinin varlığı tehlikeye giren işveren için borca aykırı durumun ortadan kaldırılmasının yaşamsal önemi bulunmaktadır. Buna karşılık, işçinin rekabet yasağı kaydına aykırı eylemine yönelik bu tip bir müdahale, işçinin çalışma özgürlüğünü ölçüsüz bir biçimde sınırlayabilecek ve böylece yaşamını sürdürmesi genellikle ücret gelirinе bağlı olan işçinin mesleki ve ekonomik geleceği tehlikeye girecektir¹³⁷⁷. Özetle ifade edelim ki, rekabet yasağına aykırılığın aynen ifa yoluyla ortadan kaldırılmasında da farklı iki menfaat karşı karşıya gelmekte, işverenin işletmesel çıkarlarıyla işçinin çalışma ve sözleşme özgürlüğü burada da çatışmaktadır.

İşçinin korunması kaygısıyla hareket eden Borçlar Kanunu'nda işçinin menfaati ön planda tutulmuş ve rekabet etmeme borcunun aynen ifası bazı ek koşullara bağlanmıştır¹³⁷⁸. İşverenin ceza koşulu ve zararın giderilmesi istemlerinin yanında, hukuka aykırı duruma son verilmesini de talep edebilmesi için; aynen ifayı talep hakkının yazılı olarak açıkça saklı tutulması ve işverenin tehdit veya ihlal edilen menfaatleriyle işçinin davranışının yasağına aykırı davranışı haklı göstermesi şarttır (TBK. m. 446/III, İBK Art. 359). Dolayısıyla TBK m. 446/III TBK m. 113/II'ye göre özel hüküm (*lex specialis*) niteliği taşıdığından, genel hükmün (TBK m. 113/II) yapmama borçlarına ilişkin rekabet yasağı kayıtlarına aykırılığa uygulanması olanaksızdır¹³⁷⁹. Buna karşılık, karşılaştırmalı hukukta işverenin rekabet etmeme borcunun aynen ifasını talep edebilmesi için, işçinin geçerli bir rekabet yasağı kaydına aykırı davranması yeterli sayılmakta, ayrıca herhangi bir ek koşul aranmamaktadır. Örneğin Alman Hukukunda, işveren, doğrudan rekabet yasağı kaydına dayanarak işçinin yasağına aykırı davranıştan kaçınmasını mahkemeden talep

¹³⁷⁷ Bohny, s.159; Rudolph, Roger: Die Realexekution von arbeitsrechtliche Konkurrenzverboten, Zeitschrift für Arbeitsrecht und Arbeitslosenversicherung, ARV 2003, s. 1-11.

¹³⁷⁸ Bohny, s.159; Rudolph, Realexekution, s. 3.

¹³⁷⁹ Rudolph, Realexekution, s. 3.

edebilmektedir¹³⁸⁰. Zira rekabet yasağı kaydının işçinin rekabet etmeme borcundan başka bir şey içermediği ve aynen ifa talebinin dayanağının bizzat rekabet yasağı kaydının kendisi olduğu ifade edilmektedir¹³⁸¹. Bununla birlikte işverenin rekabet yasağına aykırı davranışa son verilmesini talep ettiği tarih itibariyle yasağın sürdürülmesinde haklı bir ticari menfaatinin bulunmasının gerektiği belirtilmektedir¹³⁸². Keza Hollanda Hukukunda işçi rekabet yasağı kaydının yasakladığı bir faaliyette bulunduğu veya işlem yaptığı takdirde, işverenin rekabet etmeme borcunun aynen ifasını (*nakoming*) isteyebileceği kabul edilmektedir¹³⁸³. Aynen ifa seri muhakemede de (*kort geding*) talep edilebilmektedir. Bununla birlikte, seri muhakeme hâkimini asıl davaya bakan hâkimin rekabet yasağı kaydının geçersizliğine karar vermek veya sınırlamak ve kararlaştırılan ceza koşulunu indirmek gibi yetkileri nedeniyle çekingen davrandığı ifade edilmektedir¹³⁸⁴. Taraflarca aksi kararlaştırılmadığı sürece, ceza koşulunu talep eden işveren bundan sonra aynen ifa isteyemez (art. 6:92 lid 1)¹³⁸⁵. Ancak salt rekabet yasağı kaydının bir ceza koşulu içermesi, işverenin aynen ifa davası açmasına engel olmaz. Dolayısıyla işveren aynen ifayı talep etmek veya ceza koşuluyla yetinmek arasında bir tercih yapmak durumundadır¹³⁸⁶. Ne var ki tarafların rekabet yasağına aykırılık durumunda işverenin sadece ceza koşulunu isteyebileceğini kararlaştırarak aynen ifa yolunu kapamaları mümkündür¹³⁸⁷. Belçika hukukunda işverenin mahkemeden işçinin aynen ifaya mahkûm edilmesini talep edilebilmesi için geçerli bir rekabet yasağı kaydının varlığı yeterli sayılmaktadır¹³⁸⁸. Nihayet Fransız hukukunda hâkimin rekabet yasağı kaydına aykırı bir şekilde eski işverenine rakip bir işletmeyle iş ilişkisi kura nişçiyi iş sözleşmesini feshe mahkûm edebileceği ifade edilmektedir¹³⁸⁹. Benzer şekilde, Fransız hukukunda hâkimin işçinin rekabet yasağına rağmen açtığı işyerini kapatılmasına hükmedebileceği dile getirilmektedir¹³⁹⁰.

¹³⁸⁰ *Bauer/Diller*, s. 318; *Growe*, s. 159.

¹³⁸¹ *Bauer/Diller*, s. 318; *Growe*, s. 159.

¹³⁸² *Bauer/Diller*, s. 318.

¹³⁸³ *Bouwens/Duk*, s. 221; *Quist*, s. 117.

¹³⁸⁴ *Bouwens/Duk*, s. 221.

¹³⁸⁵ *Bouwens/Duk*, s. 221.

¹³⁸⁶ *Bouwens/Duk*, s. 221.

¹³⁸⁷ Hof Arnhem 29.11.1961, NJ 1962, s. 182; Hof 's- Hertogenbosch 16.6.1964, NJ 1965 (*Bouwens/Duk*'ten naklen, s. 221)

¹³⁸⁸ *Carlier*, s. 130 vd.

¹³⁸⁹ *Damy*, s. 42.

¹³⁹⁰ Cass. soc., 24 janv. 1979: D. 1979, s. 619. (*Damy*'den naklen, s. 42).

Türk hukuku ile Avrupa hukuk sistemleri arasındaki söz konusu fark, Türk hukukunda rekabet yasağı sözleşmesinin kural olarak tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme olarak kurgulanmasından kaynaklanmaktadır. Rekabet yasağı kaydında karşı edimin yokluğu, işçinin böyle bir sözleşmeden hiçbir menfaat sağlamaması sonucunu doğurmaktadır. İşçinin salt işverenin işletmesel menfaatlerini korumaya dönük bir sözleşmeyi ifa etmemesinden dolayı aynen ifaya mahkûm edilmesini hakkaniyetle bağdaştırmak son derece güçtür. Oysa karşılaştırmalı hukuktaki örneklerde de görüldüğü üzere, işveren rekabet yasağına uyması karşılığında işçiye maddi bir bedel ödemekte; işverenin karşı edim borcunu yerine getirmesine rağmen rekabet yasağına aykırı hareket eden işçinin aynen ifaya mahkûm edilmesi ise menfaatler dengesine aykırı sayılmamaktadır. Görüldüğü üzere, Türk hukukunun rekabet yasağı kaydını sadece işçiye borç yükleyen bir sözleşme olarak kurgulaması sonucunda, işverenin aynen ifa talebinin bazı özel koşullara bağlanması kaçınılmaz bir hale gelmiştir.

Öte yandan Türk hukukunda rekabet etmeme borcunun ifası talebi *istisnai* bir karakter taşımaktadır. Yasal düzenlemede işverenin ceza koşulu ve doğabilecek ek zararların dışında, aynen ifayı talep edebileceğinin belirtilmesi bu tespiti teyit etmektedir. Gerçekten işverenin geçerli bir rekabet yasağı kaydından doğan rekabet etmeme edimini yerine getirmeyen işçiye karşı yönelteceği ceza koşulu ve/veya tazminat istemleri herhangi bir özel koşula tabi değildir. Oysa kanunun işverenin ceza koşulu ve doğabilecek ek zararların ödenmesine dönük istemlerini zikretmesinin hemen ardından aynen ifa talebini bir dizi ağır şekli ve maddi koşula bağlamasından çıkarabilecek diğer bir sonuç, işverenin aynen ifa yoluna ancak son çare (*ultima ratio*) olarak başvurabileceğidir.

Özellikle belirtelim ki işverenin; ceza koşulu, aşkın zarar ve aynen ifa talebini aynı dava dilekçesiyle ileri sürmesi mümkündür (HMK m. 110)¹³⁹¹. İşverenin ceza koşulu ve aşkın zarar taleplerinden feragati, aynen ifa talebinin reddini gerektirmez¹³⁹². Hâkimin aynen ifa talebini TBK m. 446/3'de sıralanan özel koşulların oluşmadığı gerekçesiyle reddetmesi, diğer istemlerin kendiliğinden reddi

¹³⁹¹ Böyle bir durumda davaların yığılması (objektif dava birleşmesi) söz konusu olur. Davaların yığılması hakkında geniş bilgi için bkz. *Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Muhammet, Özekes: Medeni Usul Hukuku*, 12. Bası, Yetkin, Ankara 2011, s.315–316.

¹³⁹² Zira davacı talep sonucundan tamamen feragat edebileceği gibi kısmen de feragat edebilir. *Pekcanitez/Atalay/Özekes*, s. 550.

sonucunu doğurmaz. Zira kanunun aynen ifa için aradığı ek koşulların gerçekleşmemesi, rekabet yasağı kaydının geçersiz olduğu anlamına gelmemektedir. Şu halde aynen ifa talebini reddeden hâkimin, ceza koşulu ve aşkın zarara yönelik istemleri kabul etmesi daima mümkündür. Böyle bir dava yığılmasıyla karşı karşıya kalan hâkim, kademeli bir hukuki denetim uygulamalı ve öncelikle rekabet yasağı kaydının geçerli olup olmadığını denetlemelidir. Rekabet yasağı kaydı herhangi bir nedenle (yazılı şekle aykırılık, işçinin fiil ehliyetine sahip olmaması veya işverenin haklı işletmesel menfaatinin yokluğu) geçersiz veya bağlayıcı değil ise işverenin tüm talepleri geri çevrilmelidir. Somut olayda geçerli bir rekabet yasağı kaydının varlığını ve işçini bu kaydı ihlal ettiği saptayan hâkim, bu aşamada aynen ifa talebine ilişkin ek koşulların gerçekleşip gerçekleşmediğini incelemeli; söz konusu koşulların tamamlandığını saptadığı takdirde davacının (işverenin) istemleri doğrultusunda hüküm kurmalıdır. Buna karşılık, hâkim, aynen ifa koşullarının gerçekleşmediği kanaatine varırsa işverenin aynen ifa talebini reddetmeli, ardından ceza koşulunun tenkisi gibi öteki hususları da gözetmek kaydıyla işverenin ceza koşulu ve/veya tazminat taleplerini kabul etmelidir.

Bu noktada, sözleşmeyle kararlaştırılan ceza koşulunun ödenmesinin işçiyi aynen ifa yükümlülüğünden kurtarmayacağı hatırlatılmalıdır. Ne var ki, aynen ifaya ilişkin özel koşullar oluşmamışsa işveren ceza koşulunu ödeyerek rekabet etmeme borcundan kurtulabilir; ancak, işçi bu miktarı aşan zararı gidermek zorundadır (TBK m 446/II). TBK m. 446/III'de işverenin ceza koşulu ve doğabilecek ek zararların ödenmesi dışında yasağa aykırı davranışa son verilmesini de isteyebileceğinin belirtilmesinden hareketle, işverenin ceza koşuluna bağlanmamış bir rekabet yasağı kaydının aynen ifasını talep edemeyeceği iddia edilebilir mi? Eş deyişle rekabet yasağı kaydına aykırılığın bir ceza koşuluna bağlanması aynen ifanın bir ön koşulu mudur¹³⁹³? Gerçekten maddenin lafzı, işverenin ancak ceza koşuluna bağlanan bir rekabet yasağına aykırı davranışın aynen ifasını isteyebileceği gibi bir yoruma elverişlidir. Nitekim İsviçre öğretisinde azınlıkta kalan bir görüş, lafza ve gerekçeye dayanarak ceza koşulunun aynen ifanın ön koşulu olduğunu savunmaktadır¹³⁹⁴. Buna karşılık İsviçre öğretisinde egemen yaklaşım, işverenin ceza koşuluna bağlanmayan rekabet yasaklarının da aynen ifasını isteyebileceği doğrultusundadır¹³⁹⁵. Fıkrayı

¹³⁹³Rudolph, Realexekution, s. 4.

¹³⁹⁴Bohny, s. 159-160.

¹³⁹⁵Haefliger, s. 67-68. Pidoux, s. 63-64. Rudolph, Realexekution, s. 4.

geniş yorumlayan baskın görüş; aslında yasal düzenlemenin işverene ceza koşulunun yanı sıra ek zararları ve aynen ifayı da talep olanağı sağlamayı amaçladığını, TBK m. 446/III'ün (İBK 340b/III) kıyasen aynı maddenin birinci fıkrasına da uygulanması gerektiğini öne sürmektedir¹³⁹⁶. Kanımızca rekabet yasağını aykırılığın sonuçlarını düzenleyen madde bir bütün olarak ele alınmalı, işverenin rekabet yasağı kaydına aykırılık için bir ceza koşulu öngörülmeleyen durumlarda da hukuka aykırı durumun ortadan kaldırılmasını isteyebileceği kabul edilmelidir. Gerçi rekabet yasağı kaydına aykırılık için ceza koşulu kararlaştırılması teamül haline geldiğinden ve aynen ifa koşulu taşıyan rekabet yasağı kayıtları genellikle bir ceza koşulu da içerdiğinden yukarıdaki tartışmaların uygulama açısından pek fazla bir önemi bulunmamaktadır¹³⁹⁷. Kaldı ki maddenin bu şekilde düzenlenmesinin büyük bir olasılıkla İsviçre kanun koyucusunun bilinçli bir tercihten kaynaklanmadığı, aksine hazırlık çalışmaları sırasındaki özensizliğin böyle bir sonuca yol açtığı anlaşılmaktadır¹³⁹⁸. Ne var ki İsviçre hukukunda yaşanan tartışmaları göz ardı eden Türk kanun Koyucusu, İsviçre Borçlar Kanunu'nun 340b/III maddesinin Fransızca metnini aynen (*mot á mot*) çevirmek suretiyle bu tartışmaları Türk literatürüne de taşımıştır. Bununla birlikte, bilim adamlarının gereksiz zaman kaybına yol açabilecek böyle bir tartışmaya son verilmesi bakımından en isabetli çözüm, '*ceza koşulu ve doğabilecek ek zararların ödenmesi dışında*' ifadesinin fıkradan çıkarılmasıdır.

bb) Koşulları

İşverenin rekabet yasağı kaydına aykırı durumun ortadan kaldırılması isteminde bulunabilmesinin şekli şartı, işverenin yasağa aykırı davranışa son verilmesini talep edebileceğinin yazılı şekilde ve açıkça kararlaştırılmış olmasıdır. İsviçre öğretisinde bu düzenlemenin çok anlamlı olmadığı, çünkü rekabet yasağı kaydının her halükarda bir bütün olarak yazılı şekil koşuluna tabi olduğu ve dolayısıyla kanun koyucunun bu ifadeyle aynen ifanın açıkça kararlaştırılmasını kastettiği ileri sürülmüştür¹³⁹⁹. Buna karşılık, aynen ifaya kararıyla birlikte yeni bir iş edinmesi dahi fiilen imkânsız hale gelebilecek işçinin, işverenin sahip olduğu haklar konusunda dikkatinin çekilmesinin oldukça isabetli olduğu dile getirilmektedir¹⁴⁰⁰. Dolayısıyla, ilgili düzenlemenin

¹³⁹⁶ Haefliger, s. 67-68.

¹³⁹⁷ Rudolph, Realexekution, s. 5.

¹³⁹⁸ Rudolph, Realexekution, s. 4.

¹³⁹⁹ Haefliger, s. 75.

¹⁴⁰⁰ Pidoux, s. 73.

işçinin lehine olduğu kuşkusuzdur¹⁴⁰¹. İsviçre öğretisindeki baskın düşünceye göre, karşı edimsiz rekabet yasağı kaydını içeren yazılı metnin sadece işçi tarafından imzalanması geçerli bir rekabet yasağı kaydı için aranan şekil koşulunun tamamlanması açısından yeterlidir. Bu yaklaşımın aynen ifaya ilişkin şekil koşulunda da benimsenmesi gerektiği vurgulanmaktadır¹⁴⁰². İşverenin rekabet yasağına aykırı durumun ortadan kaldırılmasını talep edebilmesi, işverenin aynen ifayı talep hakkının rekabet yasağı kaydında açıkça ve özellikle belirtilmesine bağlıdır¹⁴⁰³. Şayet rekabet yasağı kaydından işverenin hukuka aykırı durumun ortadan kaldırılmasını isteyebileceği açıkça anlaşılamiyorsa aynen ifa davası açılmaz. Zira düzenleyen tarafın aleyhine yorum kuralı (*in dubio contra stipulatorem*) gereğince, sözleşmedeki her türlü belirsizlik işverenin aleyhine yorumlanmaktadır¹⁴⁰⁴. Buna göre işçi sözleşme metninden, rekabetten kaçınma borcunu aynen ifa yükümlülüğünün var olduğu, dolayısıyla işverenin kendisini rekabet teşkil eden faaliyete son vermeye zorlayabileceği sonucunu çıkarabilmelidir. O halde “*TBK m. 446/III anlamında bir aynen ifa hakkı saklıdır*” gibi bir ibare kesinlikle yeterli değildir¹⁴⁰⁵. İsviçre Federal Mahkemesi’nin yayınlanmamış bir kararına konu olan uyuşmazlıktaki rekabet yasağı kaydında ceza koşulunu ödemesinin işçiyi borcun ifasından ve sır saklama yükümlülüğüyle rekabet yasağından kurtarmayacağı kararlaştırılmıştır. Yüksek Mahkeme, işverenin söz konusu kayda dayanarak aynen ifayı talep edebileceğine karar vermiştir. Federal Mahkeme’nin bu kararı, bahsedilen sözleşmedeki ibarenin açıklıktan yoksun olduğu gerekçesiyle doktrin tarafından tenkit edilmiştir¹⁴⁰⁶. Şöyle bir aynen ifa kaydının hukuka uygun olduğu ve işverenin bu kayda dayanarak işçiyi aynen ifaya zorlayabileceği belirtilmektedir: “...*Rekabet yasağına aykırı davranan işçi, yasağa aykırı her bir eylem için x TL tutarında bir ceza koşulunu işverene ödemeyi taahhüt eder. İşverenin aşkın zararı talep hakkı*

¹⁴⁰¹ *Pidoux*, s. 73.

¹⁴⁰² Fıkranın aynen ifayı özel yazılı bir anlaşma şartına bağlamasının aynen ifa kaydının işveren tarafından imzalanıp imzalanmasını gerektirip gerektirmeyeceği sorgulanabilir. Yazılı şekil koşuluyla işçinin korunması amaçlandığından aynen ifa kaydını içeren rekabet yasağı sözleşmesinin sadece işçi tarafından imzalanması yeterli sayılmaktadır. Kaldı ki rekabet yasağı genellikle bireysel iş sözleşmesinin bir kayıtla kararlaştırıldığından ve söz konusu sözleşme her iki tarafından da imzasını taşıdığından aynen ifa kaydının işveren tarafından imzalanmasının zorunlu olup olmadığı tartışması çok fazla gündeme gelmeyecektir *Rudolph*, Realexekution, s. 3.

¹⁴⁰³ İşverenin mahkemeden işçinin borca aykırı davranışına son verilmesini talep edebilmesi için rekabet yasağı kaydında şöyle bir düzenlemeye yer verilmelidir: “...*İşveren rekabet yasağına aykırı davranan işçiden yasağa aykırı davranışa son verilmesini talep hakkını ayrıca saklı tutar...*”

¹⁴⁰⁴ *Rudolph*, Realexekution, s. 4.

¹⁴⁰⁵ *Rudolph*, Realexekution, s. 4.

¹⁴⁰⁶ *Haefliger*, s. 75. *Rudolph*, s. 4.

saklıdır. Ceza koşulunun ve/veya zararın ödenmesi işçiyi rekabet etmeme yükümlülüğünden kurtarmaz. İşveren sözleşmeye aykırı durumun ortadan kaldırılmasını ve işçinin rekabet teşkil eden faaliyetten yasaklanması her zaman talep edebilir...”¹⁴⁰⁷.

İşverenin işçinin rekabet yasağına aykırı davranışına son verilmesini isteyebilmesi için nitelikli iki maddi koşulun birlikte (kümülatif) gerçekleşmesi şarttır¹⁴⁰⁸. Buna göre hâkimin aynen ifaya hükmedebilmesi, işçinin rekabet yasağı borcuna aykırı eyleminin işverenin önemli menfaatlerini tehdit veya ihlal etmesine ve işçinin davranışının işverenin hukuka aykırı durumun ortadan kaldırılmasına yönelik istemini haklı göstermesine bağlıdır (TBK m. 446/3, İBK art. 340b Abs. 3)¹⁴⁰⁹. Ne var ki Borçlar Kanunu’nun işçinin rekabet yasağına aykırı davranışına son verilebilmesi için aradığı koşullar son derece muğlâk olup, girift bir takım sorunları ve tartışmaları da beraberinde getirmektedir: Aynen ifa talebini haklı gösteren önemli işletmesel menfaatler nelerdir? İşçinin hangi davranışları işverenin aynen ifa talebini haklı kılar? Anımsatalım ki, iş ilişkisinin işçiye müşteri çevresi veya işverenin iş sırları hakkında bilgi edinme imkânı sağlaması ve bu bilgilerin kullanılmasının işverenin önemli bir zararına yol açabilecek nitelikte olması, rekabet yasağı kaydının bağlayıcılık koşuludur. Eş söyleyişle, kararlaştırılmasında işverenin herhangi bir haklı ticari menfaati bulunmayan rekabet yasağı kayıtları, işçi açısından bağlayıcı değildir. O halde işverenin yasağa aykırı durumun ortadan kaldırılmasını isteyebilmesi için rekabet yasağına yönelik menfaatten daha önemli bir menfaatin varlığını kanıtlaması gerekir¹⁴¹⁰. Bu bağlamda, İsviçre Federal Mahkemesi’nin ve bazı İsviçreli yazarların ‘*aynen ifayı haklı gösteren önemli menfaat*’ kavramını somutlaştırma çabaları gözden kaçmamaktadır. Örneğin işverenin olası zararının ceza koşuluyla geniş ölçüde karşılandığı veya ortaya çıkan zarar ceza koşuluyla kararlaştırılan tutardan daha az olduğu takdirde aynen ifanın talep edilemeyeceği öne sürülmüştür¹⁴¹¹. Aksine zarar olasılığı, işletmenin varlığını ve gelişmesini tehlikeye atacak derecede büyük olmalıdır¹⁴¹². Bazı yazarlar ise, işverenin üstün ekonomik

¹⁴⁰⁷ Rudolph, Realexekution, s. 4.

¹⁴⁰⁸ Rudolph, Realexekution, s. 5.

¹⁴⁰⁹ Rudolph, Realexekution, s. 5; Rudolph, La problématique de la prohibition de faire concurrence, s. 98.

¹⁴¹⁰ Rudolph, Realexekution, s. 5.

¹⁴¹¹ Bohny, s. 162; Haefliger, s. 76; Rudolph, Realexekution, s. 5.

¹⁴¹² Haefligers. 76; Pidoux, s. 73; Rudolph, Realexekution, s. 5. Bu doğrultuda aynen ifanın yalnızca *ultima ratio* olarak başvurulabilecek bir hukuki yöntem olduğu kaydedilmektedir.

menfaatlerinin rekabet yasağına aykırı eylem nedeniyle ciddi bir şekilde tehlikeye girdiği tüm hallerde işverenin aynen ifa yoluna başvurabileceğini savunmaktadırlar¹⁴¹³. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi, işletmenin önemli bir zarara uğrama olasılığının varlığı durumunda ‘aynen ifayı haklı gösteren önemli menfaat’ koşulunun gerçekleşmiş sayılacağına hükmetmiştir¹⁴¹⁴. Ayrıca rekabet yasağı süresinin sonuna doğru işverenin aynen ifaya olan menfaatinin de azalacağı dile getirilmektedir¹⁴¹⁵. Bundan başka, işverenin sadece rekabet etmeme borcunun aynen ifasıyla önlenebilecek ve aynı zamanda tazmini güç önemli bir zarar tehdidiyle karşı karşıya olduğu durumlarda aynen ifanın daima caiz olduğu ifade edilmektedir¹⁴¹⁶.

İkinci olarak, işçinin davranışı işverenin aynen ifa talebini haklı göstermelidir. Esasen işçi rekabet etmeme borcunu kasten ihlal etmektedir; başka bir anlatımla rekabet etmeme borcunun ihmalle ihlali mümkün değildir. Bu bakımdan rekabet yasağına her aykırılık, aynı zamanda dürüstlük kuralıyla bağdaşmayan bir davranış anlamına gelmektedir. Ne var ki İsviçre doktrininde ve içtihadında, işverenin aynen ifayı isteyebilmesi için işçinin hukuka aykırı eyleminin belli bir ağırlıkta olması gerektiği ileri sürülmektedir (*besondere/qualifizierte Treuwidrigkeit des arbeitnehmers*)¹⁴¹⁷. Öğretide işçinin işverenin aynen ifa istemini haklı gösteren davranışlarına çeşitli örnekler verilmektedir. Bunlardan biri, yeni işverenin ceza koşulunu üstlenmesidir¹⁴¹⁸. İşçinin işverenin aynen ifa talebini haklı kılacak davranışlarına verilen öteki örnekler ise; işverenin müşterilerinin sistematik olarak veya gerçek dışı iddialarla ayartılması, işçinin yeni işverenin yanında çalışmasına

¹⁴¹³ Rudolph, Realexekution, s. 5.

¹⁴¹⁴ Haefliger, s. 76.

¹⁴¹⁵ Haefliger, s. 76. Rudolph, Realexekution, s. 5. Örneğin taraflar iki yıl süreli bir rekabet yasağı kararlaştırmıştır. İş sözleşmesini süreli fesih yoluyla sona erdiren işçi rekabet yasağı süresinin dolmasına bir ay kala rakip bir işletmede işe başlayarak yasağı çiğnemiştir. Kural olarak, bir ay sürecek bir ihlalin işverenin aynen ifa talebini haklı kılmayacağı öne sürülebilir. Ancak işverenin sürenin dolmasına kısa bir süre kala rekabet etmeme borcuna aykırı hareket eden işçiden aynen ifayı talep edemeyeceği mutlak bir ilke olarak değerlendirilemez. Zira kimi olgularda işverenin ihlal veya tehdit edilen menfaatlerinin boyutu, rekabet yasağı süresinin sonunda dahi aynen ifayı gerekli kılabilir. Böyle hallerde hâkim somut olaya özgü koşulları göz önünde bulundurarak bir karar vermelidir.

¹⁴¹⁶ Bohny, s. 162; Haefliger, s. 76.

¹⁴¹⁷ Haefliger, s. 77; Rudolph, Realexekution, s. 6.

¹⁴¹⁸ Bohny, s. 162; Haefliger, s. 77.; Pidoux, s. 73. Rudolph, Realexekution, s. 6. Bununla birlikte söz konusu görüş, iki farklı gerekçeyle eleştirilmiştir. Bir yandan rakip işletmenin bu davranışı haksız rekabet çerçevesinde hükümleri çerçevesinde değerlendirilmelidir. Diğer yandan işveren ceza koşulunu aşan zararı da talep edebilir. bkz. Bohny, s. 162. Öte yandan yeni işverenin işçinin rekabet yasağı davasına ilişkin yargılama giderlerini üzerine almasının da eski işverenin aynen ifa talebini haklı göstereceği ifade edilmektedir. bkz. Rudolph, Realexekution, s. 6.

karşın önceki işverenin malzemelerinden yararlanmaya devam etmesi, işçinin komşu bir ülkede açtığı işyeri üzerinden eski işvereniyle rekabet etmesi, işçinin iş sözleşmesini ihbar öneline uymaksızın feshetmesi, fesih tarihinden önce veya fesih sırasında dürüstlük kuralını ağır bir şekilde ihlal etmesi ve hayali iddialar ortaya atmak suretiyle eski işverenin müşterilerini kaçırmasıdır¹⁴¹⁹. Öğreti ve içtihat tarafından geliştirilen bu örneklerin kuşkusuz son derece yararlı olduğu kaydedilmekte, ancak işçinin kötü niyetinin her somut olay bakımından ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiği belirtilmektedir¹⁴²⁰. Özellikle tek başına ele alındığında dürüstlük kuralının ağır bir şekilde ihlali olarak nitelendirilemeyecek eylemlerin birlikte gerçekleştirilmesinin işverene aynen ifayı talep hakkı vereceği savunulmaktadır¹⁴²¹.

Sonuç olarak, işçinin rekabet yasağı kaydına aykırı tüm fiilleri işverene aynen ifayı talep hakkı bahşetmemektedir. Acaba hukukumuzda rekabet yasağının aynen ifası istisnai bir karakter mi taşımaktadır? 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda işverenin aynen ifayı istisnai olarak talep edebileceği belirtilmişken, 6098 sayılı Borçlar Kanunu *istisnai olarak (ausnahmsweise/par l'exception)* sözcüklerine yer vermemiştir. Bununla birlikte, kanunun aynen ifa için aradığı iki maddi koşula çok fazla bir değer atfetmeyen bir yazar dahi, aynen ifanın istisnai niteliğini vurgulamaktadır¹⁴²². Türk hukukunda *de lege ferenda* bir düzenlemeye gerekçe oluşturabilecek görüşler ortaya atan yazar; işçinin *özellikle* kötü niyetli davranışlarıyla diğer kötü niyetli davranışları arasında bir ayırım yapmanın çok zor ve yapay olduğunu, bu kuralın rekabet etmeme borcuna her aykırılığın kökenini dürüstlük kuralında bulan sözleşmeye bağlılık ilkesini zedelediğini, diğer yandan kanunun aynen ifa talebini işçinin rekabet yasağına uymasında işverenin önemli bir menfaati bulunması koşuluna bağlamasının da anlaşılabilir olduğunu, zaten kanunun işverenin önemli bir zarara uğrama olasılığını *ab initio* geçerlilik koşulu olarak aradığını, işçi aciz halinde olduğu takdirde zararı kısmen gidermek isteyen işverenin aynen ifa davası açmak dışında bir seçeneğinin bulunmadığını, öyleyse tazminat davasından herhangi olumlu bir sonuç alamayacak işverenin rekabet yasağı kaydına

¹⁴¹⁹ *Haefliger*, s. 77; *Rudolph*, s. 6; *Rudolph*, La problématique de la prohibition de faire concurrence, s. 98. (Makalenin Almanca metni için bkz. Fokus Arbeitsrecht: Sorgenkind Konkurrenzverbot, TREX 2010 s. 88-92)

¹⁴²⁰ *Rudolph*, Realexekution, s. 6.

¹⁴²¹ *Rudolph*, Realexekution, s. 6.

¹⁴²² *Pidoux*, s. 74.

aykırı eylemin sona erdirilmesinde önemli bir menfaatinin bulunduğunu ileri sürmüştür¹⁴²³. Yazar işçinin, kural olarak, ceza koşulunu ödeyerek yasaktan kurtulabileceğini; işverenin ise aynen ifa talebini saklı tutması kaydıyla her türlü ihlalin ortadan kaldırılmasını talep edebileceğini de belirtmektedir. İstisnai koşulların oluşup oluşmadığı ve aynen ifa talebinin haklı olup olmadığı saptayacak olan hâkimdir. Ancak aynen ifa davasına bakan hâkim, son derece yetersiz bu iki maddi koşulla bağlı sayılmamalıdır¹⁴²⁴.

Borçlar Kanunu'nun işverenin işçinin rekabet etmeme borcunun ifasına yönelik talebini soyut bir takım maddi koşullara bağlamasının yerindeliği tartışmaya değer bir konudur. Her şeyden önce rekabet yasağının bağlayıcılık koşulu ile aynen ifanın maddi koşullarından olan '*işverenin ihlal veya tehdit edilen menfaatlerinin öneminin yasağa aykırı davranışa son verilmesini haklı göstermesi*' arasında esaslı bir farktan söz etmek çok zordur. Gerçekten rekabet yasağı kaydının bağlayıcı olabilmesi için, işçinin edindiği bilgileri kullanmasının işverenin önemli bir zararına sebep olacak nitelikte olması gerekir (TBK m. 444/2). Bu düzenlemeden rekabet yasağı kaydının bağlayıcı sayılabilmesi için işverenin uğrayabileceği alelade bir zararın yeterli olmadığı, aksine işçinin nüfuz ettiği müşteri çevresi veya öğrendiği iş sırları ile bilgileri kullanması nedeniyle işverenin önemli bir zarara uğrama olasılığının doğması gerektiği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla işçinin işverenin müşteri çevresi veya iş sırları hakkında sahip olduğu bilgileri kullanması sebebiyle işverenin uğrayabileceği zarar önemsiz ise, rekabet yasağı kaydı bağlayıcı kabul edilmemektedir. Rekabet yasağı kaydı işverenin önemli menfaatlerini, eş anlatımla işverenin haklı ticari menfaatlerini korumaktadır. O halde TBK m. 447/2'de geçen işverenin ihlal veya tehdit edilen menfaatlerinin önemi ibaresiyle, TBK m. 444/2'nin düzenlediği geçerlilik koşulunun büyük ölçüde örtüştüğü belirtilmelidir.

Diğer yandan '*işçinin davranışının yasağa aykırı davranışa son verilmesini haklı göstermesi*' koşulu, olması gereken hukuk (*de lege ferenda*) açısından yerinde değildir. Şöyle ki işçi rekabet etmeme borcunu bilerek ve isteyerek ihlal etmekte olup, işçinin rekabet yasağını ihmalle ihlali anılan borcun doğası gereği olanak dışıdır. Dolayısıyla işverenin aynen ifa talebini haklı göstermeyen rekabet yasağı kaydına aykırı davranışla aynen ifa talebini haklı gösteren davranışın ayırt edilmesi

¹⁴²³ Pidoux, s. 74.

¹⁴²⁴ Pidoux, s. 74. Yazarın görüşlerinin eleştirisi için bkz. Haefliger, s. 76.

neredeyse imkânsızdır. İsviçre öğretisinin işçinin işverenin aynen ifa talebini haklı gösteren davranışlarına verdiği örnekler doğrultusunda somut bir ölçüt ortaya konulması da pek mümkün görünmemektedir.

Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, yasal düzenlemenin işverenin rekabet etmeme borcunun ifasını talep edebilmesi için aradığı maddi koşullar hayli soyut ve muğlâktır. İsviçre öğretisinde ‘*ihlal ve tehdit edilen menfaatler*’ ve ‘*işçinin davranışları*’ gibi belirsiz hukuki kavramlarının (*unbestimmten Rechtsbegriffe*) içinin somut olayın özelliklerini de dikkate alacak hâkim tarafından doldurulacağı, önüne gelen uyuşmazlıkta işverene sadece tazminat hakkını tanımanın hakkaniyetle bağdaşmayacağı kanaatine varan hâkimin, aynen ifaya hükmedebileceği öne sürülmektedir¹⁴²⁵. Anılan koşullardan ‘*işverenin ihlal veya tehdit edilen menfaatlerinin öneminin yasağa aykırı davranışa son verilmesini haklı göstermesi*’, rekabet yasağının bağlayıcılık koşulu olan ‘*iş ilişkisinin işçiye müşteri çevresi veya üretim/iş sırları hakkında bilgi edinme imkânı sağlaması ve aynı zamanda bu bilgilerin kullanılmasının işverenin önemli bir zararına sebep olacak nitelikte olması*’ ile neredeyse özdeştir. Ayrıca işçinin rekabet yasağına aykırı her davranışı, işçinin davranışına ilişkin diğer maddi koşulun gerçekleşmesi açısından yeterlidir. Her ne kadar TBK m. 446/III’nin aynen ifanın maddi koşullarını çok soyut ve belirsiz bir şekilde düzenleyerek her somut olayda uygulanabilecek bir takım esasların saptanmasına engel olduğu ve böylece hukuk güvenliğinin de kaybolduğu gibi tespitler doğru olsa da, rekabet etmeme borcuna aykırı hareket eden her işçinin hiçbir koşul dikkate alınmadan aynen ifaya mahkûm edilmesi kesinlikle kabul edilmez. Yukarıda yer alan satırlarda da vurgulandığı gibi; İsviçre/Türk hukukunda rekabet yasağı kaydı sadece işçiye borç yükleyen bir sözleşme olarak düzenlenmiş olup, aksi sözleşmeyle karşılaştırılmadıkça rekabet yasağı kaydının geçerliliği işverenin bir karşı edim üstlenmesi şartına bağlı değildir. Şu halde rekabet yasağı kaydının karşılaştırılmasında hiçbir menfaati söz konusu olmayan işçinin çalışma özgürlüğüne yönelik çok ağır bir müdahale teşkil eden aynen ifa gibi bir yaptırıma tabi tutulması, yasal düzenlemenin ne lafzıyla ne de ruhuyla bağdaşacaktır. Bununla birlikte, aynen ifa talebinin maddi koşullarının oluşup oluşmadığını ele alacak olan hâkimin hiçbir genel ilkeyle bağlı olmaması da hukuk güvenliğine aykırı olacaktır. Kanaatimizce işveren tarafından açılan aynen ifa davasına bakan hâkim tek bir somut

¹⁴²⁵ Rudolph, Realexekution, s. 7.

ölçütten yararlanmalıdır: ‘*Rekabet yasağına aykırı davranış nedeniyle işletmenin varlığının tehlikeye düşmesi*’. Şöyle ki hâkim aynen ifa talebini içeren her davada işçinin rekabet yasağına aykırı fiilinin işletmenin varlığını tehdit edip etmediğini irdelemeli; işçinin nüfuz ettiği müşteri portföyünün veya iş sırlarının kullanılması işverenin faaliyet gösterdiği sektördeki payının büyük ölçüde azalması, piyasadan tamamen silinmesi veya iflası gibi yıkıcı sonuçlar doğurabilecek nitelikte ise, rekabet yasağına aykırı davranışın son verilmesine karar vermelidir. Buna karşın, karşı edim içeren rekabet yasağı kayıtlarında bu kadar katı davranılmamalı; geçerli bir rekabet yasağını ihlal eden işçi, kanundaki ek koşullar aranmaksızın, aynen ifaya mahkûm edilmelidir. Zira işverenin bir karşı edim üstlendiği rekabet yasağı kayıtları her iki tarafa borç yükleyen sözleşme niteliğindedir; böyle bir sözleşmeden işveren kadar işçi de menfaat sağlamaktadır. Borçlar Kanunu’nun rekabet yasağına ilişkin hükümlerinin esasen tek tarafa (işçiye) borç yükleyen bir sözleşmeden hareketle kurgulandığı gerçeği dikkate alındığında, karşı edimli bir rekabet yasağı kaydına taraf işverenin TBK m. 446/III’deki nitelikli koşullar gerçekleşmese dahi aynen ifayı isteyebileceği kabul edilmelidir. Bununla birlikte, rekabet yasağı kaydına ilişkin kanun hükümlerinde köklü bir reform yapılarak rekabet yasağı kaydının geçerliğini bir karşı edimin varlığına bağlayan bir sistem benimsendiği takdirde, aynen ifa davasının açılabilmesini yazılı şekle ve bir takım maddi koşullara bağlayan özel bir düzenlemeye olan gereksinimin ortadan kalkacağı ortadadır. Böylece rekabet yasağı kaydında ayrıca kararlaştırılmasa dahi işveren doğrudan genel hükümlere dayanarak işçinin rekabetten kaçınmasını talep edebilecek, hâkim de herhangi bir ek koşul aranmaksızın rekabet etmeme borcunu yerine getirmeyen işçiyi aynen ifaya mahkûm edebilecektir.

cc) Dava Süreci

İşveren rekabet etmeme borcunu ihlal eden işçinin yasağı aykırı davranışına son verilmesini ancak dava yoluyla talep edilebilir. Zira sadece para ve teminat borçları ilamsız icraya elverişlidir Buna karşın, para ve teminat dışındaki verme borçlarıyla yapma ve yapmama borçlarında ilamsız icra yolu caiz değildir. Bundan dolayı, işveren işçinin rekabet etmeme borcunu ifa etmemesinden doğan ceza koşulu ve tazminat gibi para alacakları için ilamsız icra takibi başlatabilmekte; yapmama borcu niteliğini niteliğindeki rekabet etmeme borcunun ifasını ise ancak bir

yapmama davasıyl (*unterlassungsklage*) ileri sürebilmektedir¹⁴²⁶. Açılacak böyle bir davanın talep sonucu, davalının (işçinin) davacıyla (işveren) rekabet etmemesine yönelik olmalıdır. Örneğin işçinin rekabet yasağına aykırı davranışının içeriği işverenin bilgisi dâhilindeyse, dava dilekçesinin talep sonucu şöyle formüle edilebilir: “...*davalının rekabet yasağı süresinin sonuna kadar X limitet şirketi hesabına hiçbir iş yapmamaya mahkûm edilmesini saygılarımla arz ve talep ederim...*”¹⁴²⁷. Bununla beraber şirketler topluluğuna dâhil rakip bir işletmede çalışan işçiye karşı açılan aynen ifa davaları bazı sorunlara yol açmaktadır. Böyle bir olayda Alman Federal İş Mahkemesi, işçinin P. Şirketler grubunda çalışmaktan kaçınması talebiyle açılan bir davayı davacı işverenin P. Şirketler grubu ifadesiyle neyi kastettiğini ayrıntılı bir şekilde açıklamadığı gerekçesiyle reddetmiştir¹⁴²⁸. Alman öğretisinde işçinin kendisiyle ne şekilde rekabet ettiğini bilmeyen işverenin talep sonucunu şu şekilde formüle etmesi önerilmektedir: “...*davalının rekabet yasağı süresinin sonuna kadar bağımsız, bağımlı veya başka bir biçimde rakip bir işletmede çalışmamaya mahkûm edilmesini saygılarımla arz ve talep ederim...*”¹⁴²⁹. İşveren işçinin rekabet yasağını ne şekilde ihlal ettiğini bilse veya en azından böyle bir ihlalin varlığından şüphelenmesini gerektirecek somut bilgilere sahip olsa bile, talep sonucunun olabildiğince geniş tutulması müstakbel ihlalleri de kapsamı açısından amaca uygun sayılmaktadır. Örneğin işveren rekabet yasağına aykırı olarak XY limitet şirketinde iş gören işçiye şöyle bir talep yöneltebilir: “...*davalının rekabet yasağı süresinin sonuna kadar davacıyla doğrudan veya dolaylı olarak rekabet eden bir işletmede ve özellikle XY limitet şirketinde bağımsız, bağımlı veya başka bir şekilde çalışmamaya mahkûm edilmesini saygılarımla arz ve talep ederim...*”¹⁴³⁰. Diğer yandan rakip bir işletmede çalışmama borcunun ifasına dönük bir soyut talep yeterli görülmemektedir. Zira böyle bir ilamın icrası mümkün değildir¹⁴³¹. İşveren ayrıca dava dilekçesinde, işçinin faaliyette bulunmasının yasak olduğu iş kolunu da anmalıdır. Nitekim Köln İstinaf Mahkemesi, işçinin motor ürünlerinin geliştirilmesiyle ilgili belirli işlerden yasaklanması istemli bir davayı,

¹⁴²⁶ *Grüll/Janert*, s. 101.

¹⁴²⁷ *Bauer/Diller*, s. 320.

¹⁴²⁸ 5.9.1995, AP 67 zu § 74 HGB (*Bauer/Diller*'den naklen, s. 320). Türk hukukunda talep sonucunun açık olmadığı hallerde hâkim davanın açılmamış sayılmasına karar verebilir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na göre, dava dilekçesinde talep sonucu açık bir şekilde gösterilmelidir. Talep sonucu açık değilse hâkim davacıya eksikliği tamamlaması için bir haftalık kesin süre verir. Bu süre içinde eksikliğin tamamlanmaması halinde dava açılmamış sayılır (HMK m. 119/II). Ayrıntı için bkz. *Pekcanitez/Atalay/Özkes*, s. 331–333.

¹⁴²⁹ *Bauer/Diller*, s. 321.

¹⁴³⁰ *Bauer/Diller*, s. 321.

¹⁴³¹ *Bauer/Diller*, s. 321.

dava dilekçesinde *ürünlerin geliştirilmesi* kavramını yeterince doğru bir biçimde tanımlanmadığı gerekçesiyle reddetmiştir¹⁴³². Tartışmalı diğer bir konu, müşteri çevresini koruma kayıtlarıyla ilintili aynen ifa davalarının durumudur. Alman Federal Mahkemesi, işverenin mahkemeden işçinin iş ilişkisi çerçevesinde tanıdığı müşterilerle temas kurmaktan kaçınmaya mahkûm edilmesini istemesini yeterli görmüştür¹⁴³³. Federal Mahkeme'ye göre, dava dilekçesinde müşterilerin kimliklerinin ayrı ayrı zikredilmesi işverenden beklenemez. Aksi takdirde işçinin belki adlarını dahi unuttuğu müşterilerle de ilişki kurması söz konusu olacaktır¹⁴³⁴. İşçi rekabet yasağıyla bağdaşmayacak bir şekilde bağımsız bir faaliyet yürüttüğünde işverenin açacağı dava rekabet yasağı kaydına aykırı olarak açılan işyerinin kapatılmasına yönelik olabileceği gibi, işveren şirketin ticaret sicilinden terkinini de talep edebilir¹⁴³⁵. Fransız hukukunda da işverenin hâkimden işçinin rekabet yasağına aykırı davranışına son verilmesi için uygun tüm önlemlerin alınmasına karar vermesini isteyebileceği kabul edilmektedir¹⁴³⁶.

Rekabet yasağı süresinin sona ermesine karşın mahkemenin henüz bir hüküm tesis etmemiş olması başka bir olasılıktır. Esasen böyle bir durumda davanın konusuz kaldığına karar verilmeli, ancak davanın açılmasına sebebiyet veren taraf yargılama giderlerine mahkûm edilmelidir. Bu bağlamda işverence açılan bir aynen ifa davasının tahkikatı esnasında rekabet yasağı süresi dolmuş, ancak işçinin rekabet yasağını ihlal edip etmediği hala tespit edilmemişse, mahkeme yargılamayı sürdürerek haksız olan tarafı belirlemeli ve davada haksız çıkan tarafı yargılama giderlerine ve diğer taraf bir avukat tarafından temsil edilmişse kanuni vekâlet ücretine mahkûm etmelidir (HMK m. 331/I)¹⁴³⁷. Rekabet yasağı süresinin yargılama

¹⁴³² 22.11.1994, 6 U 140/93 (Bauer/Diller'den naklen, s. 321).

¹⁴³³ 16.8.1988, 3 AZR 664/87 (Bauer/Diller'den naklen, s. 321).

¹⁴³⁴ Bauer/Diller, s. 321.

¹⁴³⁵ Bauer/Diller, s. 321.

¹⁴³⁶ Signoretto, s. 244.

¹⁴³⁷ "...Somut olayda, davacı, yurt dışında 31.08.1966 – 31.06.1982 tarihleri arasında geçen 186 aylık hizmetini 2147 Sayılı Yasaya göre borçlanmış, borcunu yasal süresi içinde ödemiş, 05.02.2003 tarihinde yaşlılık aylığı tahsis talebinde bulunmuş ve 26.04.2004 tarihinde de temyizle konu davayı açmıştır. Kurum, dava açıldıktan sonra 06.05.2004 tarihli yazısı ile davacıya 01.03.2003 tarihi itibarıyla müstakil yaşlılık aylığı bağlandığını bildirmiştir. Bu durumda, yargılama devam ederken dava konusuz kalmış olduğundan, "dava hakkında bir karar verilmesine yer olmadığına" karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde davanın reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir. Öte yandan, davanın konusuz kalması halinde, mahkemenin, yargılamaya devam ederek, dava açıldığı zaman hangi tarafın haksız olduğunu tespit edip, o tarafı yargılama giderlerine ve vekâlet ücretine mahkûm etmesi gerekir. Bu nedenle, dava konusu olayda, davacı, dava açılmasına sebebiyet vermediğinden başka bir anlatımla, davacı dava açmakta haklı bulunduğundan, davacı aleyhine yargılama giderleri ve

sürerken dolduğu durumlarda işveren aynen ifa davasını tamamen ıslah ederek söz konusu davayı gerçekleştiren ihlalin saptanmasına yönelik bir tespit davasına çevirebilir¹⁴³⁸. Buna karşılık, işçi ceza koşulunu önceden ödemişse ve ceza koşulunu aşan bir zararın varlığıyla ilgili herhangi bir emare de yoksa işverenin böyle bir tespit davası açmakta hukuki yararının bulunmadığı belirtilmektedir¹⁴³⁹.

dd) İlamın İcrası

İşverence açılan aynen ifa davasında hâkimin işçinin rekabet yasağına aykırı davranışına son verilmesine hükmetmesi durumunda incelenmesi gereken öncelikli sorun, ilamın ne şekilde icra edileceğidir. Öncelikle böyle bir ilamın davalı işçinin hukuka aykırı eylemine son vermesine yönelik bir emir içerdiği ve kararın yapmama borçlarına ilişkin ilamların icrasına ilişkin düzenlemeler çerçevesinde icra edileceği vurgulanmalıdır. Alman hukukunda rekabet etmeme ilamının da aralarında bulunduğu tüm yapmama ilamları, 250.000 €'ya kadar bir taziyik para cezası (*ordnungsgeld*) tehdidi ve gerektiğinde bu cezanın davalıdan tahsili yoluyla icra edilmektedir (§ 890 ZPO)¹⁴⁴⁰. Taziyik para cezası kesinlikle ceza koşuluyla karıştırılmamalıdır. Ceza koşulu işverenin alacağı olmasına karşın, taziyik para cezası devlet hazinesine ödenir. Alman Anayasa Mahkemesi'nin içtihadına göre, taziyik

vekâlet ücretine hükmedilmesi de isabetsizdir..." Yarg. 21. H D, 10.3.2005, 1044/2254 , www.legalbank.net) ayrıca bkz. *Pekcanitez/Atalay/Özekes*, s. 559.

¹⁴³⁸ *Bauer/Diller*, s. 322; *Grüll/Janert*, s. 101; *Pekcanitez/Atalay/Özekes*, s. 559. Yukarıda verilen örnekte davacı yapmama (rekabet etmeme) borcunun ifası konulu bir eda davasını rekabet yasağı kaydına aykırılığın saptanması istemli bir tespit davasına çevirmektedir. İş yargılaması hukukunda tamamen ıslaha başvurulmuş hallerden biri, tespit davası niteliğindeki işe iade davasının alacak (eda) davası olarak ıslah edilmesidir: "...İş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedildiğini belirten davacı önce feshin geçersizliği ve işe iade isteminde bulunmuş olup, yargılama sırasında davasını ıslah yolu ile kıdem tazminatı ve fazla mesai ücret alacağının tahsili davasına çevirmiş ve bu alacakları talep etmiştir. Mahkemece, işe iade davasının konusuz kalması nedeni ile bu konuda karar verilmesine yer olmadığına, kıdem tazminatı ve fazla mesai ücret alacağının ıslah dilekçesi ile talep edilmesi usulen mümkün olmadığından, bu alacaklar hakkında dava açma hakkı saklı tutularak ıslah işleminin reddine karar verilmiştir. Somut olayda, tespit niteliğinde olan feshin geçersizliği ve işe iade istemi, ıslah yolu ile kıdem tazminatı ve fazla mesai ücret alacağının tahsiline çevrilmiştir. Ortada davanın tamamen ve talep sonucunun ıslahı vardır. İslah diğer tarafın rızası olmaksızın davanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağının istisnası olarak, düzenlenmiştir. Karşı taraf ve mahkeme hakiminin kabulüne bağlı değildir. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 83. ve devamı maddelerine uygun yapıldığı sürece, ıslah işleminin reddi doğru değildir. Mahkemenin ret gerekçesi anılan hükümlere uygun düşmemektedir. İslah işlemi şekil şartları açısından incelendikten ve belirtilen hükümlere uygun olduğu takdirde, kıdem tazminatı ve fazla mesai ücret alacağı istemleri hakkında esasa girilerek karar verilmelidir..." (Yarg. 9. HD., 05.03.2007, E: 2006/34954, K:2007/5758, www.legalbank.net)

¹⁴³⁹ *Bauer/Diller*, s. 322.

¹⁴⁴⁰ *Bauer/Diller*, s. 324; *Grüll/Janert*, s. 101.

cezasının uygulanabilmesi için davalının kusurlu olması gerekir¹⁴⁴¹. Bunun nedeni, tazyik para cezasının ceza hukukuna özgü bastırıcı unsurları bünyesinde barındırmasıdır¹⁴⁴². Bununla birlikte ihmal (*Fahrlässigkeit*) yeterli olup, ayrıca davalının kastı aranmamaktadır. Tazyik para cezası sadece mahkemelerin verdiği kararların icrasında söz konusu olmaktadır. Tersine uyumsuzluğun mahkeme içi veya mahkeme dışı uzlaşmayla yoluyla çözülmesi durumunda tazyik para cezası uygulanmayacaktır. Alman öğretisindeki baskın görüşe göre, tarafların kamu hukukuna ilişkin bir düzenleme niteliğindeki tazyik para cezası üzerinde serbestçe tasarruf etmesi mümkün değildir¹⁴⁴³. İşçinin rekabetten kaçınmaya mahkûm edildiği ilk derece mahkemesi ilamı, Alman İş Mahkemeleri Kanunu'nun § 62 Abs. 1 maddesi çerçevesinde kesinleşmeksizin ve teminat aranmaksızın geçici olarak icra edilebilir¹⁴⁴⁴. Cebri icranın ertelenmesi yalnızca istisnai durumlarda gündeme gelmektedir. Ayrıca geçici icranın işveren bakımından bir takım riskleri de beraberinde getirdiği ifade edilmektedir. Çünkü ilk derece mahkemesinin kararı daha sonra bozulursa, işveren § 717 Abs. 2 ZPO uyarınca kusursuz dahi olsa tazminat ödemek zorundadır. Tazminatın hesaplanmasında işçinin yoksun kaldığı kazançlar ve özellikle karşı edim göz önünde bulundurulur¹⁴⁴⁵. Alman doktrinindeki genel eğilime göre, ihlal rekabet yasağının yürürlük süresi içinde gerçekleşmişse, kesinleşmiş bir yapmama (rekabet etmeme) ilamına bağlı tazyik para cezasına rekabet yasağının süresinin dolmasından sonra da hükmedilebilir¹⁴⁴⁶.

Hollanda hukukunda davacının talebi üzerine hâkim tarafından belirlenen ve ilamın gereğini yerine getirmeyen davalının ödemekle yükümlü olduğu tutara, tazyik para cezası (*dwangsom*) denilmektedir¹⁴⁴⁷. Buna göre işveren, rekabet etmeme ilamının icrasını Hukuk Muhakemesi Kanunu'nun (*Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering*) 611a maddesindeki tazyik para cezasını talep etmek suretiyle sağlayabilir¹⁴⁴⁸. Davacının talebi üzerine, geçici koruma tedbirleri hâkimi (*voorzieningenrechter*) veya diğer bir mahkeme, hükmün verildiği tarihten sonraki

¹⁴⁴¹ *Bauer/Diller*, s. 324.

¹⁴⁴² *Bauer/Diller*, s. 324.

¹⁴⁴³ *Bauer/Diller*, s. 324.

¹⁴⁴⁴ *Bauer/Diller*, s. 324.

¹⁴⁴⁵ *Bauer/Diller*, s. 324.

¹⁴⁴⁶ *Bauer/Diller*, s. 324. Ancak yapmama ilamının kesinleşmediği ve davanın rekabet yasağı süresinin dolmasından sonra karara bağlandığı hallerde davalının tazyik para cezasına çarptırılması olanağının var olup olmadığı tartışmalıdır.

¹⁴⁴⁷ *Quist*, s. 18–19.

¹⁴⁴⁸ *Houweling/Loonstra*, s. 259; *Quist*, s. 18.

her ihlal veya davalının karara aykırı hareket ettiği her gün için ayrı bir tazyik para cezası tayin edebilir¹⁴⁴⁹. Tazyik para cezası ceza koşuluyla birlikte talep edilebileceği gibi, rekabet yasağına aykırı davranış ceza koşuluna bağlanmasa dahi hâkim işçiyi tazyik para cezasına mahkûm edilebilir. Rekabet yasağı kaydında bir ceza koşulunun yer aldığı ve hâkimin işçiyi tazyik para cezası tehdidiyle birlikte rekabetten kaçınmaya mahkûm ettiği hallerde ceza koşulunun ödenmesi işçiyi rekabet yasağından kurtarmaz¹⁴⁵⁰.

Belçika hukukunda işçi rekabet yasağı kaydını ihlal ettiği ve taraflar arasındaki müzakereler olumlu bir sonuç vermediği takdirde, işverenin rekabet etmeme borcunun aynen ifasını mahkemedен talep edebilme hakkına sahip olduğu kabul edilmektedir¹⁴⁵¹. Ne var ki mahkemece verilen rekabet yasağına aykırı davranışa son verilmesi kararına riayet etmeyen işçinin tazyik para cezasına (*dwangsom*) mahkûm edilip edilemeyeceği konusu tartışmalıdır¹⁴⁵². Tartışmaların kökeninde Belçika Hukuk Muhakemesi Kanunu'nun (*Gerechtig Wetboek*) 1385bis maddesi yatmaktadır. Anılan düzenleme uyarınca, iş sözleşmesinin ifasından kaynaklanan bir taleple bağlantılı olarak tazyik para cezası yaptırımının uygulanması olanaksızdır¹⁴⁵³. Belçika öğretisinde benimsenen bir görüşe göre, işverenin aynen ifa talebinin iş sözleşmesiyle ilişkisi hususunda herhangi bir kuşku bulunmamaktadır. Zira rekabet yasağı işçi ve işveren arasında akdedilen bir sözleşmeden doğmaktadır. Her ne kadar iş sözleşmesinin sona erdiğinden hareketle tazyik para cezasının uygulanabileceği

¹⁴⁴⁹ *Houweling/Loonstra*, s. 259.

¹⁴⁵⁰ *Houweling/Loonstra*, s. 260. Ceza koşulunun maktu bir tutar olarak kararlaştırılması bazı soru işaretlerini de beraberinde getirmektedir. *Houweling/Loonstra* sorunu şöyle bir örnekle açıklamaktadır: Rekabet yasağı kaydında işçinin iş ilişkisinin sona ermesini müteakip iki yıl süreyle dış teknikeri olarak çalışamayacağı ve yasağına riayet etmeyen işçinin eski işverene € 50.000 tutarında bir ceza koşulu ödeyeceği düzenlenmiştir. Böyle bir durumda ceza koşulunun ödenmesi işçiyi rekabet yasağından kurtarır mı? Yazarlara göre, eski işveren her zaman tazyik para cezasıyla takviye edilmiş bir aynen ifa talebiyle hâkime başvurabilir. Ceza koşulu işçiyi rekabet yasağına aykırı bir davranıştan caydırmayı amaçlayan bir hukuki araç olup, ceza koşulunun ödenmesi işçiyi rekabet etmeme borcundan kurtarmaz Dolayısıyla işveren aynı davada hem ceza koşulunu hem de tazyik para cezası yaptırımına bağlanmış aynen ifayı talep edebilir. Nitekim Amsterdam Mahkemesi'nin önüne gelen bir olayda davalı davacının faaliyet gösterdiği çevrede bir kuaför salonu açarak rekabet yasağı kaydını ihlal etmiştir. Davacı davalının faaliyetlerinin ivedilikle durdurulmasını talep etmiştir. Davalı 500 Gulden tutarındaki ceza koşulunu ödemek suretiyle rekabet etmeme borcundan kurtulabileceğini savunmuş, mahkeme ise davacıyı haklı bularak davayı kabul etmiştir: "...*Davalı haksız olarak davacının kararlaştırılan tazminat dışında başka bir şey talep edemeyeceğini öne sürmüştür. Davalı her şeyden önce Naarden bölgesinde kuaförlük mesleğini icra etmekten kaçınmayı taahhüt etmiş olup, etmeye hâkime tanınmış her türlü hukuki araçla davalı bu borcu ifa zorlanabilir...*" Rb. Amsterdam 11.9.1936, NJ 1937, s. 512.

¹⁴⁵¹ *Quist*, s. 125.

¹⁴⁵² *Lietaert*, s. 10–15; *Quist*, s. 126.

¹⁴⁵³ *Lietaert*, s. 10; *Quist*, s. 126.

söylense dahi, rekabet yasağı kaydının iş sözleşmesinin bir parçası olması bu gerekçeyi çürütmektedir¹⁴⁵⁴. Karşıt düşünce rekabet yasağının iş sözleşmesinin sona ermesinin ardından yürürlüğe girdiğini, bu aşamada iş sözleşmesinin ifasının talep edilemeyeceğini, rekabet yasağının kaydından doğan borcun ifasına yönelik bir talebin bizatihi iş sözleşmesinin ifası talebinden çok farklı olduğunu ifade etmektedir¹⁴⁵⁵. Buna karşılık, rekabet yasağı kaydından kaynaklanan yapmama borcunu ihlal eden işçinin tazyik para cezasına mahkûm edilemeyeceğini ileri süren yazarlar bile, iş ilişkisinin sona ermesinden sonra akdedilen müstakil bir rekabet yasağı sözleşmesine aykırı davranarak eski işvereniyle rekabet eden işçinin tazyik para cezasına çarptırılabilceğini dile getirmektedirler. Zira bu sözleşmenin kurulduğu tarihte artık taraflar arasında iş ilişkisi mevcut değildir¹⁴⁵⁶.

Fransız hukukunda işçinin rakip bir işletme bünyesinde yürüttüğü faaliyetin açıkça rekabet yasağı kaydına aykırı olduğunu tespit eden hâkim, işçinin rakip firmayla iş ilişkisine son vermesini tazyik para cezası tehdidine bağlayabilir¹⁴⁵⁷.

Türk hukukunda işçinin rekabet yasağına aykırı davranışa son vermesine ilişkin ilamın nasıl icra edileceği sorununun üzerinde özenle durulmalıdır. Öncelikle altı çizilmelidir ki, mahkemenin işçiyi rekabetten kaçınmaya mahkûm eden kararı yapmama borçlarının ilamlı icrasını düzenleyen hükümlere göre icra edilecektir. İlk olarak, işveren işçiyi rekabet yasağına aykırı eyleme son vermeye mahkûm eden mahkeme ilamını icra dairesine tevdi edecektir. Bu aşamada icra memuru bir icra emri düzenleyerek borçluya (işçiye) rekabet yasağı kaydına aykırı faaliyet yedi gün içinde durdurmasını emredecektir¹⁴⁵⁸. İlama muhalefet eden borçlunun İcra İflas Kanunu'nun 343. maddesinde yazılı tazyik hapsiyle cezalandırılacağı icra emrinde ayrıca belirtilmektedir¹⁴⁵⁹. İşçi rekabet yasağına aykırı eyleme son vermek suretiyle icra emrinin gereğini yerine getirirse bir sorun yoktur. Peki, işçi icra emrini yok sayarak rekabet yasağını ihlal etmeyi sürdürürse ne olacaktır? Örneğin işçi icra emrine rağmen rakip işletmede çalışmaya devam eder veyahut kendi hesabına açtığı

¹⁴⁵⁴ Lietaert, s. 13.

¹⁴⁵⁵ Quist, s. 126.

¹⁴⁵⁶ Lietaert, s. 13.

¹⁴⁵⁷ Cass. soc. 13.1.1998, n°154 P, Dines c/Sté American Dental Europe (*Signoretto*'dan naklen, s. 244)

¹⁴⁵⁸ Kuru, Cilt IV, s. 2359-2360; Özbek, Mustafa Serdar: Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda İlamlı İcranın Etkinliği, Yetkin, Ankara, 2011, s. 581.

¹⁴⁵⁹ Kuru, Cilt IV, 2360.

rakip işletmenin faaliyetlerini durdurmazsa ilam ne şekilde icra edilecektir? Türk hukukunda borçlunun mahkûm olduğu yapmama edimini ifası tazyik hapis cezasıyla sağlanmaktadır. Buna göre, haklı bir mazereti olmadan yapmama borcuna aykırı davranan borçlu (işçi), alacaklının şikâyeti üzerine üç aya kadar tazyik hapsiyle cezalandırılır¹⁴⁶⁰. Görüldüğü üzere, işçinin tazyik hapsiyle cezalandırılabilmesi, işverenin şikâyetine bağlıdır. Dava icra mahkemesinde görülür (İİK m. 346/2). İcra mahkemesi icra emrine rağmen rekabet yasağını ihlal etmekte ısrar eden işçiyi üç aya kadar tazyik hapsine çarptırır. Kanunda hapsin tatbikine başlandıktan sonra ilamın gereğini yerine getiren borçlunun tahliye edileceği öngörülmüştür (İİK m. 343). O halde tazyik hapsi uygulanan işçi rakip işletmeyle akdettiği iş sözleşmesini fesheder veya işçinin iş sözleşmesi rakip işletme tarafından feshedilirse işçi cezaevinden tahliye edilir. Keza kendi hesabına rakip bir işletme açan işçi açtığı işletmeyi kapattığı veya söz konusu işletmenin faaliyetlerini askıya aldığı takdirde hapisten kurtulur. Tahliye talep eden işçi, rakip işletmeyle var olan iş ilişkisini sona erdirdiğini kanıtlayan bir yazılı fesih bildirimini veya açtığı işletmenin faaliyetlerinin durdurulduğunu gösteren ticaret sicili kayıtlarını icra mahkemesine ibraz etmelidir. Tahliye kararı, icra mahkemesi tarafından verilir. Acaba tahliye edildikten sonra eski işvereniyle rekabet etmeyi sürdüren işçiye yeniden tazyik hapsi uygulanabilir mi? Bu soruya verilecek yanıt olumludur. Rekabet etmeme borcunu içeren ilama uymadığı için cezalandırılan işçi, ilam hükmüne aykırı bir şekilde eski işvereniyle rekabet etmeye devam ederse, işçinin bu eylemi yeni bir suç sayılır ve işverenin icra (ceza) mahkemesine yapacağı şikâyet üzerine işçi İİK m. 343 uyarınca tekrar cezalandırılır¹⁴⁶¹.

İşçinin rekabet yasağına aykırı davranışa son vermeye mahkûm edildiği ilamın icrasının tazyik hapsi dışında başka bir yolla sağlanıp sağlanamayacağı sorunu, ikili bir ayırım yapılarak ele alınmalıdır. Rekabet yasağı kaydına aykırı faaliyetler, işçinin rakip bir işletmede çalışması veya kendi hesabına rakip bir işletme açması olmak üzere, iki farklı şekilde tezahür etmektedir. İlk olarak aynen ifayı içeren ilamın işçinin şahsına fiziksel cebir uygulanarak icra edilmesinin mümkün olmadığı vurgulanmalıdır. Böyle bir uygulama tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamayacağını düzenleyen Anayasa maddesi ile de bağdaşmayacaktır (Any m. 17/II). Kaldı ki icra mahkemesinin rekabet

¹⁴⁶⁰ Kuru, Cilt IV, 2360; Özbek, s. 581.

¹⁴⁶¹ Özbek, s. 580.

etmemeye ilişkin ilamın gereğini yerine getirmeyen işçiyi tazyik hapsiyle cezalandırabilmesi olanağının varlığı, söz konusu tartışmanın pratikteki önemini azaltmaktadır. Zira tazyik hapsiyle cezalandırılan işçinin eski işvereniyle rekabeti sürdürme imkânı ortadan kalkmaktadır. Keza kesin hükmün sadece davanın tarafları açısından bağlayıcı olduğu kuralı gereği ilamın rakip işletmeye karşı icrası da mümkün değildir. Bu bağlamda rakip işletmenin işçiyi çalıştırması engellenemez¹⁴⁶². Dolayısıyla rekabeti sürdüren işçinin iş sözleşmesini feshetmeyen işveren tazyik hapsine mahkûm edilemez. İkinci olarak, kendi hesabına açtığı rakip işletmenin faaliyetlerine son vermemek yoluyla ilama muhalefet eden işçinin durumu tartışılmalıdır. Alman hukukunda hâkimin rekabet yasağıyla bağdaşmayan bağımsız bir faaliyet yürüten işçinin rekabet yasağı kaydına aykırı olarak açtığı işyerinin kapatılmasına veya şirketin ticaret sicilinden terkinine de karar verebileceği kabul edilmektedir¹⁴⁶³. İsviçreli yazarlar, ilamın işçinin rekabet yasağına aykırı olarak açtığı işyerinin kapatılması veya işyerindeki makinelere el koyulması yoluyla icra edilebileceği kanaatindedir¹⁴⁶⁴. Buna karşın, İsviçre öğretisindeki aksi bir görüşe göre, işçinin, işverenin faaliyet gösterdiği dar bir bölgede mal veya hizmet sunmayı yasaklayan bir rekabet yasağı kaydına aykırı olarak kurduğu işyeri kapatılamaz¹⁴⁶⁵. Kanımızca yapmama (rekabet etmeme) emrini içeren bir ilamı icra edecek olan icra memuru hüküm fıkrasıyla bağlıdır. Hâkimin işçinin ortak olduğu şirketin terkinine veya açtığı işyerinin kapatılmasına karar verdiği durumlarda icra memuru söz konusu ilamı ticaret siciline yazacağı bir müzekkereyle veya kolluk kuvvetleri aracılığıyla icra edecektir. Böyle bir durumda tazyik hapsinin tatbiki de gündeme gelmeyecektir. Aksine hâkim, işçinin belli bir bölgede rekabet etmemesine hükmetmişse icra memuru işçinin kurduğu şirketi ticaret sicilinden terkin ettiremez; işçi tarafından açılan işyerini de kapatamaz. Çünkü mahkeme işçiyi belli bir bölgede eski işvereniyle rekabetten men etmektedir. Başka bir anlatımla, işçinin ortağı olduğu şirketin veya kurduğu ticari işletmenin bu bölgenin sınırları dışında faaliyet göstermesi hukuka uygundur. Öyleyse belli bir bölgede rekabetten kaçınmaya emreden ilama muhalefet eden işçiyi ilama uygun davranmaya zorlamanın tek yolu tazyik hapsidir.

¹⁴⁶² *Haefliger*, s. 78.

¹⁴⁶³ *Bauer/Diller*, s. 321; *Growe*, s. 160.

¹⁴⁶⁴ *Haefliger*, s. 78; *Pidoux*, s. 76.

¹⁴⁶⁵ *Bohny*, s. 168.

Aynen ifa ilamının icra edilebilmesi için kesinleşme şart değildir¹⁴⁶⁶. Zira ilamlı icra takibinin dayanağı kararın borçlu tarafından temyizi, kural olarak ilamın icrasını durdurmaz¹⁴⁶⁷. Bununla beraber işçi, İİK m. 36 çerçevesinde, icranın geri bırakılması talebiyle icra dairesine başvurabilir; Yargıtay veya bölge adliye mahkemesi icranın geri bırakılmasına karar verdiği takdirde yapmama (rekabet etmeme) ilamı icra edilemez. Ancak rekabet etmemeyi içeren ilamın kesinleşmeden icrasının bazı sorunlara yol açabileceği konusunda kuşku duyulmamalıdır. Örneğin kesinleşmeden icra edilen bir ilamdan ötürü işçi yeni işvereniyle akdettiği iş sözleşmesini feshetmek zorunda kalabilir. Ayrıca ilamın gereğini yerine getirmeyen işçinin tazyik hapsiyle cezalandırılması da güçlü bir olasılıktır. İşçiyi aynen ifaya mahkûm eden ilk derece mahkemesinin kararı işçinin temyizi üzerine Yargıtay tarafından bozulursa işçi hukuka aykırı bir ilamın icrasından dolayı uğradığı zararın tazminini isteyebilir. Buna göre, işçi ticari faaliyetine son vermesi veya iş sözleşmesini feshetmesinden dolayı yoksun kaldığı kârı işverenden maddi tazminat olarak talep edebileceği gibi; işini kaybetmesinden veya cezaevinde yatmasından dolayı duyduğu acı ve elem nedeniyle işverene karşı manevi tazminat davası da açabilir. Alman hukukunda ise işçiyi rekabetten kaçınmaya mahkûm eden hükmün § 62 Abs. 1. ArbGG uyarınca teminat şartına bağlı olmaksızın geçici icra edilebilir (*vorläufig vollstreckbar*) olduğu belirtilmektedir¹⁴⁶⁸. § 62 Abs. 2. ArbGG uyarınca icranın geri bırakılması, ancak istisnai hallerde söz konusu olacaktır. Kanun yolu mahkemesi istinaf edilen hükmün açıkça isabetsiz olduğuna rekabet yasağı süresinin dolmasına kısa bir süre kala veya rekabet yasağı süresinin dolmasının ardından karar vermişse icranın geri bırakılmasına zaten gerek kalmayacaktır¹⁴⁶⁹. Ne var ki geçici icranın işveren açısından riskli olduğu vurgulanmaktadır. Şöyle ki ilk derece mahkemesinin kararı daha sonra bozulduğu takdirde işveren, kusursuz dahi olsa, § 717 Abs. 2 ZPO uyarınca işçinin uğradığı zararı gidermekle yükümlü olur. İşverenin tazminat borcu, karşı edim de dâhil olmak üzere işçinin yoksun kaldığı her türlü kazancı kapsamaktadır¹⁴⁷⁰.

¹⁴⁶⁶ İş yargılaması hukukunda kesinleşmeden icra edilemeyecek ilamlara örnek olarak işe iade davaları, hizmet tespit davaları ve yorum davaları gösterilebilir. İş yargılamasında kesinleşmeden icra edilemeyecek ilamlarla ilgili olarak bkz. Özbek, s. 675.

¹⁴⁶⁷ Özbek, s. 666.

¹⁴⁶⁸ Bauer/Diller, s. 324.

¹⁴⁶⁹ BAG 22.6.1972 AP 4 zu § 719 ZPO.

¹⁴⁷⁰ Bauer/Diller, s. 324.

Yabancı hukuklarda yaygın bir şekilde uygulanan ve bilim çevreleri tarafından özel bir önem atfedilen rekabet etmeme borcunun aynen ifası sorununa Türkiye'deki hukuk teorisyenlerince ilgi gösterilmemesi ve konunun çalışma yaşamının aktörleri tarafından da görmezden gelinmesi son derece ilginç bir olgudur. Gerek 1926'da kabul edilen 818 Borçlar Kanunu'nda gerekse 1.7.2012'de yürürlüğe giren 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nda rekabet yasağının aynen ifasının özel olarak düzenlenmesine rağmen, saptayabildiğimiz kadarıyla, bu konuya ilişkin yayınlanmış ne bir monografiden ne de yayınlanmamış bir yargı kararından söz etmek mümkündür. Kişisel gözlem ve deneyimlerimiz de, iş sözleşmelerine koyulan rekabet yasağı kayıtlarının ve iş ilişkisi devam ederken bağitlanan rekabet yasağı sözleşmelerinin hiçbirinin aynen ifa şartı içermediği gerçeğini teyit etmektedir. Oysa işçinin rekabet yasağına aykırı davranışlarını engellemek isteyen işverenin başvurabileceği en etkili ve caydırıcı hukuki yol, aynen ifa davasıdır. Şöyle ki işveren rekabet yasağı kaydını ihlal eden işçiyle ancak üç hukuki yolla mücadele edebilir: ceza koşulu, zararın tazmini ve aynen ifa. İşveren açısından zararın varlığını ve miktarını ispat oldukça güç olduğundan hemen hemen tüm rekabet yasağı kayıtları bir ceza koşuluyla berkitilmektedir. Ne var ki, tek başına ceza koşulu işverene mutlak bir güvence sağlamamaktadır. Rekabet yasağına aykırı hareket eden işçinin eski işverenine ceza koşuluyla karşılanamayacak bir zarar vermesi, hatta rekabet yasağına aykırı eylemler nedeniyle ortaya çıkan zararın işletmenin varlığını dahi tehdit edecek boyutlara ulaşması kesinlikle yadsınamayacak bir ihtimaldir. Üstelik Borçlar Kanunu'nda sözleşmede aksine bir hüküm (aynen ifa) yoksa işçinin ceza koşulunu ödeyerek rekabet yasağına ilişkin borcundan kurtulabileceği belirtilmektedir (TBK m. 446/II). Gerçi böyle bir durumda bile işverenin ceza koşuluyla kararlaştırılan miktarı işçiden talep hakkı saklıdır. Ne var ki yukarıda da değinildiği üzere, işverenin rekabet yasağı ihlalden doğan zararın miktarını kanıtlaması hiç de kolay değildir. Kaldı ki rekabet yasağı kaydına aykırı davranışın işletmenin varlığını tehdit ettiği bir durumda, işçinin aşkın zararın tazminine mahkûm edilmesi dahi işveren açısından yetersiz kalabilir. Öte yandan rekabet yasağı kaydına aykırı davranan işçinin ödemekle yükümlü olduğu ceza koşulunun rakip işletme tarafından üstlenilmesi, ceza koşulunun caydırıcılık işlevini aşındırmaktadır. Gerçekten ceza koşulu, davayı kaybetse bile ceza koşulunun yeni işvereni tarafından ödeneceğini bilen ve dolayısıyla mahkeme kararından ötürü herhangi bir maddi kayıp yaşamayacağını getirdiği gönül rahatlığıyla eski

işvereniyle rekabeti sürdüren işçi bakımından caydırıcı bir hukuki araç değildir. Sonuç olarak, rekabet yasağı kaydına aykırılığın önlenmesinde en etkili hukuki yöntemin aynen ifa davası olduğu rahatlıkla söylenebilir.

Uygulamada rekabet yasağı kayıtlarına aynen ifa şartı eklenmemesinin olası nedeni, sözleşmeyi hazırlayanların rekabetten kaçınmaya mahkûm edilen ve ilamın gereğini yerine getirmeyen işçinin maruz kalacağı yaptırımı bilmemeleridir. Eş deyişle, aynen ifa kayıtlarının yaygınlaşabilmesi için TBK m. 446/III ile İİK m. 343 arasındaki bağlantının uygulamacılar tarafından da özümsemesi şarttır. İşte bu noktada, mahkeme kararına rağmen iş ilişkisinden kaynaklanan bir yapmama borcunu ifa etmeye yanaşmayan işçinin hürriyeti bağlayıcı bir cezayla tazyik edilmesinin çağdaş hukukun eriştiği düzey ile ne ölçüde bağdaştığı sorgulanmalıdır. Yukarıdaki satırlardan da anlaşılacağı gibi, Avrupa hukuk sistemlerinde yapmama ilamlarına aykırılığın temel yaptırımı tazyik para cezasıdır. Oysa İcra İflas Kanunu'nda para alacağı dışındaki ilamların icrasını teşvik edecek bir yöntem olarak tazyik para cezasının kullanılmasına ilişkin genel bir hüküm yer almamaktadır¹⁴⁷¹. Bununla birlikte bazı özel kanun hükümlerinde tazyik para cezasına rastlamak mümkündür¹⁴⁷². Kanaatimizce İcra İflas Kanunu'nun 343. maddesinde Alman hukukuna paralel bir değişiklik yapılmalıdır. Bu doğrultuda yapmama ilamlarına muhalefet eden borçlular öncelikle tazyik para cezasıyla ifaya zorlanmalı, tazyik para cezası borçludan tahsil edilemezse *ultima ratio* olarak tazyik hapis cezası devreye girmelidir¹⁴⁷³. Diğer bir alternatif, TBK m. 446/3'de yapılacak bir değişiklikle yasağa aykırı davranışa son vermeyen işçinin tazyik para cezasıyla cezalandırılmasıdır. Kanun koyucu aynen ifa ilamına uymayan işçinin ödeyeceği tazyik para cezasının alt ve üst sınırlarını belirleyerek hâkime bir takdir yetkisi tanıyabileceği gibi, işçinin ihlali sürdürdüğü her gün için maktu bir tazyik para cezasına mahkûm edilebileceğini de öngörebilir. Ancak tazyik hapsi tamamen dışlanmamalı, tazyik para cezasının tahsil edilemediği hallerde işçinin İİK m. 343'de yer alan tazyik hapsiyle zorlanacağına ilişkin bir düzenlemeye de yer verilmelidir.

¹⁴⁷¹ *Özbek*, s. 598.

¹⁴⁷² Tazyik para cezasının mevzuatımızdaki örnekleri Kat Mülkiyeti Kanunu'nun 33. maddesiyle Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu'nun 80. maddesidir. Ayrıntılı bilgi için bkz. *Özbek*, s. 598–605.

¹⁴⁷³ Alman hukukunda yapmama edimlerini konu alan ilamlara uymayan borçlu, her bir ihlali için, kanunda yazılı azami tutarı (250.000 €) aşmamak kaydıyla tazyik para cezası ödemeye zorlanmakta ve para cezası tahsil edilemezse, toplam iki yılı aşmamak kaydıyla her seferinde altı aya kadar tazyik hapsine hükmolunmaktadır (ZPO § 890). *Özbek*, s. 581.

Dolayısıyla ilama uymayan işçiden ilk olarak tazyik para cezası tahsil edilmeye çalışılacak, tazyik para cezasının tahsili kabil olmadığı hallerde işçi tazyiken hapsedilecektir.

ee) İlamın İşçinin Taraf Olduğu Yeni İş İlişisine Etkisi

İşçinin rakip işletmede çalışmamasına yönelik ilam, işçiyle rakip işletme arasındaki iş sözleşmesini de etkileyebilecek niteliktedir. Alman hukukunda işçinin rakip işletmede çalışmamaya ilişkin mahkeme kararıyla birlikte işi derhal bırakmak zorunda olduğu ifade edilmektedir¹⁴⁷⁴. İşçinin söz konusu ilam nedeniyle yeni işvereniyle olan sözleşmesel yükümlülüğüne ihlal etmek zorunda kalacak olması, ilamın gereğinin yerine getirilmemesi açısından bir mazeret oluşturmamaktadır. İfa engeli işçiden kaynaklandığından işçinin işverenden ücret talep hakkı § 323 BGB uyarınca derhal ortadan kalkmaktadır¹⁴⁷⁵. İşçinin § 616 BGB çerçevesinde iş görme edimini ifa edememesine rağmen ücrete hak kazanması da mümkün değildir. Çünkü işçinin rekabet yasağına tabi olduğunu bilmesi veya en azından sonradan öğrenmesi gerektiğinden ortada üçüncü kişilerin sorumlu olduğu sürekli bir ifa engeli mevcuttur¹⁴⁷⁶. Ayrıca işçi rekabet yasağını ve bu yasaktan kaynaklanan bir yapmama ilamı tehlikesini yeni işvereniye derhal bildirmek zorundadır¹⁴⁷⁷. Bu yükümlülüğünü ihlali durumunda işveren işçiden tazminat talep edebilir. Ayrıca yeni işveren işçinin iş sözleşmesini haklı nedenle derhal feshedebilir¹⁴⁷⁸. Buna karşılık, işçinin yeni işverenin yanındaki işini kusursuz olarak bıraktığı hallerde hukuki durum farklılık arz etmektedir. Örneğin işçinin eski işverenle olan iş sözleşmesini feshetmesinin ardından her iki işletmenin üretim yelpazesinin aniden değişmesi sonucunda daha önce var olmayan bir işletmeler arası rekabet ortaya çıkarsa, işçiye herhangi bir kusur yüklenemez¹⁴⁷⁹. Böyle bir ihtimalde dahi rekabet yasağına ilişkin ilamın yerine getirilmesi işçinin yeni işvereniye karşı ifa etmekle yükümlü olduğu iş görme edimine göre öncelikli olup, işçi işini derhal bırakmak zorundadır. Ne var ki bu durumda da işçi yeni işverenden ücret talep edemez. Bununla beraber, işveren

¹⁴⁷⁴ *Bauer/Diller*, s. 325.

¹⁴⁷⁵ *Bauer/Diller*, s. 325.

¹⁴⁷⁶ *Bauer/Diller*, s. 325.

¹⁴⁷⁷ *Kaseler Handbuch/Weslslau* 6.1 Rn. 390.

¹⁴⁷⁸ *Bauer/Diller*, s. 325.

¹⁴⁷⁹ *Bauer/Diller*, s. 325.

kusursuz işçiden tazminat isteyemez; yeni işverenin işçinin iş sözleşmesini haklı nedenle derhal fesih hakkı da bulunmamaktadır¹⁴⁸⁰.

Alman uygulamasında işverenin rekabet yasağına tabi bir işçiyi bilinçli olarak istihdam etmesi sıklıkla görülen bir olgudur¹⁴⁸¹. Eski işverenin işçinin rekabet yasağına aykırı davranışına son verilmesi amacıyla yargıya başvurusu ise, işçi ile yeni işveren arasında bazı hukuki uyumsuzluklara yol açabilecek niteliktedir. Burada tarafların eski işverenin ihtiyati tedbir isteminin başarıya ulaşma ihtimalini göz önünde bulundurarak, iş sözleşmesine işçinin ifa engeli süresindeki ücret haklarını düzenleyen bir kayıt koymalarının isabetli olacağı dile getirilmektedir¹⁴⁸². Önemli bir sorun, hâkimin ihtiyati tedbir kararı verdiği bir durumda yeni işverenin işçinin iş sözleşmesini deneme süresi içinde feshedip feshedemeyeceğidir. Nihayet delillerin mahkemeye sunulması ve yargılama giderleriyle ilgili yükümlülüklerin tarafların sözleşmeyle düzenleyebileceği öteki muhtemel konular arasında yer aldığı vurgulanmaktadır¹⁴⁸³.

Fransız hukukunda hâkimden yeni işverenin tazminata mahkûm edilmesinin istenmesinin mümkün olduğu belirtilmektedir¹⁴⁸⁴. İşçiyi işe almak suretiyle rekabet yasağı kaydının ihlal edilmesinde suç ortağı haline gelen yeni işveren haksız rekabet hükümleri çerçevesinde tazminat ödemek zorunda kalabilecektir. Bununla birlikte yeni işverenin sorumlu tutulabilmesi için işe aldığı işçiyle eski işveren arasındaki rekabet yasağı kaydının varlığı ve içeriği hakkında bilgi sahibi olması şarttır¹⁴⁸⁵. Ayrıca işçinin rekabet oluşturan faaliyetlere giriştiği ispatlanamasa dahi yeni işverenin sorumluluğu gündeme gelebilir. Nihayet işçinin rekabet yasağı kaydına tabi olduğunu iş sözleşmesinin kuruluş aşamasında yeni işverenden gizlemesi ağır kusur oluşturmaktadır¹⁴⁸⁶.

Aynen ifayı içeren ilamın işçiyle rakip işletme arasındaki iş ilişkisine etkisiyle bağlantılı olarak Alman hukukunda ileri sürülen görüşler, Türk hukukunda da uygulanabilir niteliktedir. Her şeyden önce işçinin yasağa aykırı davranışa son

¹⁴⁸⁰ *Bauer/Diller*, s. 325.

¹⁴⁸¹ *Bauer/Diller*, s. 325.

¹⁴⁸² *Bauer/Diller*, s. 325.

¹⁴⁸³ *Bauer/Diller*, s. 325.

¹⁴⁸⁴ *Signoretto*, 243.

¹⁴⁸⁵ *Signoretto*, 243.

¹⁴⁸⁶ *Signoretto*, 243.

vermesini emreden ilam doğrultusunda rakip işverenin nezdinde ifa ettiği iş görme borcunun ifasına son vermesinin zorunlu olduğu vurgulanmalıdır. Zira mahkeme kararına uygun davranma yükümlülüğü, sözleşmeden doğan bir borcun ifasına ağır basmaktadır. Kanımızca yapmama (rekabet etmeme) ilamının yeni iş ilişkisine etkisi iki ayrı olasılık göz önünde bulundurulurken incelenmelidir. Birinci olasılıkta yeni işveren rekabet yasağı kaydının varlığından haberdardır. Bu halde işveren iş sözleşmesini İş Kanunu'nun 25/II. maddesini veya işçinin davranışlarını gerekçe göstererek haklı veya geçerli nedenle feshedemez. Çünkü yeni işveren işçiyi istihdam ederken işçinin eski işvereniyle rekabet etmeme borcunu ifayla yükümlü olduğunu bilmektedir. Dolayısıyla yeni işveren işçinin aynen ifaya mahkûm edilmesinin yol açtığı riski üstlenmiş sayılmalıdır. Esasen işçinin mahkeme kararı nedeniyle iş görme borcunu yerine getirememesi işçi açısından kusursuz ifa imkânsızlığı yaratmakta olup, yeni işverenle işçi arasındaki iş ilişkisinin karar bozuluncaya veya rekabet yasağı süresi doluncaya kadar askıda kaldığı kabul edilmelidir. Askı süresi boyunca yeni işverenin ücret ödeme borcu da ortadan kalkar. İşverenin iş görme edimini yerine getirilmesini kusuruyla engellerse veya edimi kabulde temerrüde düşerse, işçiye ücretini ödemekle yükümlü olacağını düzenleyen TBK m. 408'nin böyle bir askı haline uygulanması olanak dışıdır. İkinci olasılık, işçinin rekabet yasağını yeni işverene duyurmamasıdır. İşveren kendisine rekabet yasağını bildirmeyen ve bilahare yapmama ilamından ötürü iş görme edimini arz edemeyen işçinin iş sözleşmesini İş Kanunu'nun 25/II. maddesi uyarınca derhal feshedebilir; ayrıca işçinin bu davranışı nedeniyle uğradığı zararın giderilmesini de isteyebilir.

ff) İhtiyati Tedbir

Rekabet etmeme borcunun aynen ifasına yönelik davanın temel amacı, işçinin rekabet yasağına aykırı davranışı nedeniyle ortaya çıkabilecek bir zararın önüne geçilmesi veyahut meydana gelen zararın daha da büyümesinin engellenmesidir. Bununla birlikte, işçinin yargılama sırasında rekabet etmeme borcunu ihlal etmeyi sürdürmek yoluyla işverene önemli bir zarar vermesi ihtimali asla yadsınmamalıdır. Öte yandan rekabet yasağının kısıtlı bir süre için kararlaştırılabilmesi ve yargılamanın uzun sürmesi mahkemenin kararını etkisiz kılabilecek niteliktedir¹⁴⁸⁷. Şöyle ki işverenin rekabet yasağına aykırılığın son verilmesi istemiyle açtığı dava,

¹⁴⁸⁷ *Grüll/Janert*, s. 101.

rekabet yasağı süresi içinde sonuçlanmayabilir¹⁴⁸⁸. Böyle bir durumda mahkeme davanın konusuz kaldığına karar verecek; işçinin sözleşmeye aykırı fiili ise yaptırımsız kalacaktır. Dava rekabet yasağı süresi içinde sonuçlansa bile yargı kararının işvereni tatmin etmemesi mümkündür. İş sözleşmesi sona erdikten sonra iki yıl boyunca işverenle rekabet etmemeyi üstlenen bir işçi örneğini ele alalım: “...İş sözleşmesini bildirim önelilerine uyarak fesheden işçi, kendi adına bir ticari işletme kurarak eski işvereniyle rekabet etmeye başlar. Eski işçisi tarafından kurulan rakip işletmenin faaliyeti nedeniyle işletmesinin varlığı riske giren eski işveren mahkemeye başvurarak eski işçisinin yasağa aykırı davranışına son verilmesini talep eder. Yaklaşık bir buçuk yıl süren dava rekabet yasağı süresinin dolmasına dört ay kala sonuçlanır ve mahkeme davalının eski işvereniyle rekabet etmemesine karar verir. Ne var ki eski işçisinin rekabetine dayanamayan ve sürekli zarar eden işveren, mahkemenin hükmünü tefhim ettiği tarihten iki ay önce işyerini kapatmak zorunda kalmıştır...”. Anlaşıldığı üzere işçinin rekabet yasağına aykırı davranışlarının yaratabileceği olumsuz sonuçlar, işverenin mahkemeden geçici hukuki koruma istemesini, adeta kaçınılmaz kılmaktadır. Şu halde aynen ifa davasında verilecek hükmün kâğıt üstünde kalmasını istemeyen işverenin başvurabileceği yegâne seçenek, mahkemeden ihtiyati tedbir talep etmektir¹⁴⁸⁹. Bu bağlamda mevcut hukuki durumu Türk hukuku açısından ele almadan önce, konu karşılaştırmalı hukuk perspektifinden ele alınmalıdır.

Alman İş Mahkemeleri Kanunu'nun § 62 Abs. 2 uyarınca, iş mahkemeleri de ihtiyati tedbire karar verebilir¹⁴⁹⁰. İşveren ihtiyati tedbir istemini asıl davanın görüldüğü mahkemeye yöneltecektir¹⁴⁹¹. İşçilerin rekabet yasağı ihlallerinde uygulanan ihtiyati tedbir, kaçınma tedbiri (*Unterlassungsverfügung*) olarak adlandırılmaktadır¹⁴⁹². Kaçınma tedbirinde esasen eda amaçlı bir ihtiyati tedbir (*Leistungsverfügung*) söz konusudur. Tatmin işlevinden yoksun bu tedbirin amacı, mevcut durumdaki değişikliklerinin önlenmesi değildir. Kaçınma tedbirinin

¹⁴⁸⁸ İsviçre öğretisinde işverenin çoğu zaman ancak yasak süresinin dolmasından sonra kesinleşmiş bir ilam elde edebileceği, dolayısıyla hâkimin ihtiyati tedbir kararı vermediği dava sonuçlansa dahi eski işvereniyle hukuka aykırı bir şekilde rekabeti sürdüren işçinin rekabet oluşturan faaliyeti durdurmaya zorlanamayacağı, işverenin eline icra kabiliyetinden yoksun bir ilamdan başka bir şey geçmeyeceği ifade edilmektedir. bkz. *Rudolph*, Realexekution, s. 7. *Rudolph*, La problématique de la prohibition de faire concurrence, s. 98.

¹⁴⁸⁹ *Grove*, s. 182.

¹⁴⁹⁰ *Grove*, s. 182.

¹⁴⁹¹ *Grove*, s. 182.

¹⁴⁹² *Bauer/Diller*, s. 325.

uygulanması, esas hakkında davada verilecek bir kararla dahi telafi edilemeyecek sonuçlara yol açabilecek niteliktedir. Buna karşılık, ilke olarak, kaçınma tedbiri caiz görülmektedir¹⁴⁹³. Zira işveren işçinin rekabet yasağına aykırı davranmasını başka bir yolla önleme olanağından yoksundur. Almanya’da iş mahkemelerinin icra edilebilir bir karar vermesi aylar ve hatta kimi zaman bir yılı bulduğundan işverenin bu süre esnasında yasağın işçi tarafından ihlaline seyirci kalmasının düşünülemeyeceği belirtilmektedir¹⁴⁹⁴. İhtiyati tedbir talebiyle aynen ifa davasındaki talep arasında esaslı bir fark söz konusu değildir. İhtiyati tedbir dilekçesinde de rekabet yasağını ihlal eden işçinin tazyik cezasına çarptırılması istenmelidir¹⁴⁹⁵. Mahkemenin duruşma yapmadan ihtiyati tedbire hükmetmesi ise, pek mümkün görünmemektedir. Çünkü mahkemeye tanınan duruşma yapmadan ihtiyati tedbire karar verme yetkisi acil durumlarla (*in dringenden Fällen*) sınırlıdır. İşveren konunun dava dilekçesinin mahkemeye sunulmasıyla duruşma tarihi arasındaki çok kısa bir sürenin bile beklenmemesini gerektirecek ölçüde acil olduğunu ancak nadiren kanıtlayabilmektedir¹⁴⁹⁶.

İhtiyati tedbir talebini değerlendiren mahkeme, işçinin rekabet yasağı kaydına aykırı tüm faaliyetlerin eksiksiz bir şekilde yasaklanmasının gerekli olup olmadığını titizlikle irdelemelidir. Alman hukukunda ihtiyati tedbir kararlarına karşı kanun yolunun da kapalı olduğu dikkate alındığında, işçinin sadece işverene özellikle zarar verebilecek nitelikteki belli eylemlerinin yasaklanmasının yeterli olabileceği ileri sürülmektedir¹⁴⁹⁷. Örneğin işçinin işverenin haklı ticari menfaatlerini yalnızca kısmen zedeleyen bağımsız bir faaliyet yürüttüğü hallerde, bu tür bir ihtiyati tedbir kararı verilebilir¹⁴⁹⁸. İhtiyati tedbir kararının kesin olması nedeniyle mahkemenin söz konusu kararı verebilmesi ağır koşullara tabidir. Buna göre, işveren ihtiyati tedbire hükmedilmediği takdirde haklarının korunmasının imkânsızlaşacağı veya önemli ölçüde güçleşeceği hususunda objektif bir şekilde gerekçelendirilmiş bir endişesi (*objektif begründete Besorgnis*) olduğunu ispatlamak zorundadır¹⁴⁹⁹. İhtiyati tedbir kararı verilebilmesi için işçinin rekabet yasağını ihlal etmesinin tek başına yeterli mi sayılacağı, yoksa işverenin ihlalin yol açtığı olası somut zararı da ayrıca ispatlamak

¹⁴⁹³ Bauer/Diller, s. 326.

¹⁴⁹⁴ Bauer/Diller, s. 326.

¹⁴⁹⁵ Bauer/Diller, s. 326.

¹⁴⁹⁶ Bauer/Diller, s. 326.

¹⁴⁹⁷ Bauer/Diller, s. 326.

¹⁴⁹⁸ Bauer/Diller, s. 326.

¹⁴⁹⁹ Bauer/Diller, s. 326.

zorunda mı olduğu konusu tartışmalıdır¹⁵⁰⁰. Bir görüşe göre, böyle bir ihtiyati tedbir kararı Alman Anayasası ile korunan çalışma özgürlüğüne yönelik ağır bir müdahale oluşturduğundan işverenin rekabet yasağına aykırı eylemlerle bağlantılı somut zarar tehlikesini de ortaya koyması gerekir¹⁵⁰¹. Diğer bir anlatımla işveren, ihtiyati tedbir kararı verilmediğinde eski işçinin rekabet oluşturan faaliyetinin önemli bir zarara yol açacağını kanıtlamak zorundadır¹⁵⁰². Bu bağlamda ihtiyati tedbir kararını haklı kılan ivediliğin saptanmasında, ‘işverenden sözleşmeye aykırı rekabete katlanmasının beklenememesi’ bir ölçüt olarak önerilmektedir¹⁵⁰³. Karşıt düşünce ise, ihtiyati tedbirin bu denli ağır koşullara bağlanmasının isabetli olmadığını savunmaktadır¹⁵⁰⁴. Buna göre, işverenin rekabet yasağına aykırı davranan işçinin hangi müşterileri ayartabileceği veya hangi sırları rakip işletmeye aktarabileceği ve bundan dolayı ne gibi bir zararın doğacağı gibi soyut bir tehlikeyi kanıtlaması (*abstrakte Gefährdungslage*) yeterli görülmektedir¹⁵⁰⁵. Ancak işverenin işçinin müşterileri ayartmaya çalıştığını veya iş sırlarını ifşa ettiğini ispatlaması ihtiyati tedbir kararı verilebilmesi için yeterli değildir.

İhtiyati tedbir kararı için gereken ihlalin kanıtlanmasının genellikle kolay olduğu belirtilmektedir¹⁵⁰⁶. İşveren eski işçisinin rakip bir işletmeyle iş sözleşmesi akdettiğini, rekabet teşkil eden bir faaliyet yürüttüğünü veya rakip bir işletme açtığını ispatlamalıdır. Önceden gerçekleşen bir ihlalin işçinin yasağa aykırı davranışı yineleme tehlikesinin çoğu kez bir emaresi olduğu kabul edilmektedir¹⁵⁰⁷. Ne var ki işverenin karşı edimi ödemedi temerrüde düşmesinden hemen sonra işçinin rakip bir işletmeyle iş sözleşmesi bağitlaması durumunda, hâkimin, menfaatler dengesini de gözetererek, işverenin ihtiyati tedbir talebini reddetmesinin uygun olacağı dile getirilmektedir¹⁵⁰⁸. Bununla birlikte, işçinin önceki bir rekabet yasağı ihlali nedeniyle karşı edim hakkını yitirdiği hallerde mahkeme ihtiyati tedbire hükmetmelidir. İşçinin yeni işverenin unvanını bildirmeyi reddetmesi olası bir ihlalin varlığı açısından güçlü bir delil sayılmaktadır¹⁵⁰⁹. İşçinin rekabet yasağına aykırı bir

¹⁵⁰⁰ Bauer/Diller, s. 326; Growe, s. 183.

¹⁵⁰¹ Bauer/Diller, s. 326; Growe, s. 183.

¹⁵⁰² Growe, s. 183.

¹⁵⁰³ Growe, s. 183.

¹⁵⁰⁴ Korinth Rz I. 36

¹⁵⁰⁵ Bauer/Diller, s. 326–327.

¹⁵⁰⁶ Bauer/Diller, s. 327.

¹⁵⁰⁷ LAG Niedersachsen 8.12.2005 LAGE 3 zu § 74 a HGB

¹⁵⁰⁸ Bauer/Diller, s. 327.

¹⁵⁰⁹ LAG Saarland 19.9.2001 – 2 Sa 117/01

davranışından haberdar olan işveren derhal ihtiyati tedbir talebinde bulunmalıdır. Rekabet yasağı ihlalini öğrenilmesine karşın uzunca bir süre ihtiyati tedbir istenmemesinin ihtiyati tedbir nedeninin yokluğuna işaret ettiği ifade edilmektedir¹⁵¹⁰. Ancak işveren işçinin rekabet yasağına aykırı faaliyetlerinden kuşkulandığı anda hemen ihtiyati tedbir talep etmekle yükümlü değildir. Diğer bir söyleyişle, işverenin işçinin rekabet yasağına aykırı davranışından emin oluncaya kadar beklemesi normal karşılanmaktadır¹⁵¹¹. İşçinin rakip bir işletmeye geçmeye niyetlendiğini iş ilişkisinin bitmesine kısa bir süre kala öğrenen işveren, iş ilişkisinin sona ereceği tarihe kadar ihtiyati tedbir talep etmemeli ve rekabet yasağının somut bir şekilde ihlal edilmesini beklemelidir¹⁵¹².

İşverenin rekabet etmeme borcunun aynen ifasına yönelik bir davada ihtiyati tedbir kararı verilmeden etkin bir hukuki sonuç elde edebilmesi genellikle mümkün görülmemekle birlikte, iş hukuku öğretisi bu konuyu göz ardı etmiş; işverenin işçinin rekabet yasağına aykırı davranışına son verilmesi istemiyle açtığı bir davada olası bir ihtiyati tedbir talebinin hangi koşullarla kabul edileceğine ve ihtiyati tedbirin nasıl uygulanacağına ilişkin herhangi bir kuramsal ilke veya uygulama esası ortaya koymamıştır. Soruna birkaç cümleyle değinen bir yazar dışında¹⁵¹³ Türk literatüründe konuyu detaylı şekilde ele alan bir monografik bir çalışma da bulunmamaktadır. Bundan dolayı rekabet etmeme borcunun ifasına yönelik ihtiyati tedbirler irdelenmeli, özellikle konuyla ilgili teorik ve pratik esaslar belirlenmelidir.

Mahkemenin uyuşmazlık konusu hakkında ihtiyati tedbir kararı verebilmesi için mevcut durumda meydana gelebilecek bir değişme nedeniyle hakkın elde edilmesinin önemli ölçüde zorlaşacağından veya gecikme sebebiyle bir sakıncanın yahut ciddi bir zararın doğacağından endişe edilmesi gerekir (HMK 389/1). Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun anılan maddesi, rekabet yasağı kaydının geçerliliğini işçi tarafından elde edilen bilgilerin işverenin önemli bir zararına sebep olabilecek nitelikte olmasına koşuluna bağlayan TBK m. 444/2 ile birlikte değerlendirildiğinde, rekabet etmeme borcunun aynen ifası davaları çerçevesinde verilen ihtiyati tedbir kararlarının hukuki dayanağının işverenin yargılamanın gecikmesi sebebiyle ciddi bir

¹⁵¹⁰ *Bauer/Diller*, s. 327.

¹⁵¹¹ Sächs. LAG 10.3.1998–9 Sa 1297/97; ArbG Braunschweig 13.10.2004 – 8 Ga 3/04

¹⁵¹² *Bauer/Diller*, s. 327.

¹⁵¹³ *Soyer*, s. 90.

zarara uğrama kaygısı olduğu kolayca anlaşılmaktadır. Gerçekten geçerli bir rekabet yasağı kaydını ihlal eden işçinin eski işverene önemli boyutlarda zarar vereceği kuşkusuzdur. Buna karşın, iş mahkemelerinin iş yoğunluğu da dikkate alındığında, işverence açılacak aynen ifa davasının kısa bir süre içinde neticelenmesi pek olası görünmemektedir. İşçinin yargılama sırasında eski işvereniyle rekabet etmeyi sürdürmesi işverenin önemli zararına yol açacak; mahkeme işverenin talebi doğrultusunda hüküm kursa bile, davacıya verilen ilam, davalının hukuka aykırı davranışının tespit eden yazılı bir belgenin ötesinde çok fazla bir anlam ifade etmeyecektir. Öyleyse işçinin rekabet yasağına aykırı davranışına son verilmesine yönelik bir dava ikame eden işverenin aynen ifanın sağladığı etkin hukuki korumadan yaralanabilmesi, mahkemenin dava konusu üzerinde ihtiyati tedbir uygulanmasına karar vermesine bağlıdır.

İşveren aynen ifa davasını açmadan önce de esas hakkında görevli ve yetkili mahkemeden ihtiyati tedbir talep edebilir (HMK m. 390). Bununla beraber, mahkeme dava açılmasından önce ihtiyati tedbir kararı verirse; işveren rekabet etmeme borcunun ifasına yönelik davayı iki hafta içinde açmalıdır¹⁵¹⁴. Aksi halde tedbir kendiliğinden kalkar (HMK m. 397/1). Dava açıldıktan sonra ise, ancak asıl davanın görüldüğü mahkeme ihtiyati tedbir kararı verebilir. İhtiyati tedbir isteyen işveren, ihtiyati tedbir sebebini ve türünü açıkça belirtmeli ve davanın esası yönünden kendisinin haklılığını yaklaşık olarak kanıtlamalıdır (HMK m. 389/1). Buna göre ihtiyati tedbir isteyen işveren, davalı işçiyle aralarında geçerli bir rekabet yasağı kaydının bulunduğunu ve aralarındaki iş ilişkisinin sona ermesini takiben işçinin rekabet yasağı kaydını ihlal ettiğini ortaya koymak durumundadır. İşveren her şeyden önce ortada bağlayıcı bir rekabet yasağı kaydının bulunduğunu yaklaşık olarak ispatlamalıdır. Bu bağlamda, işçinin eski işverenin iş sırlarını veya müşteri çevresini bildiği hususunda mahkemede bir kanaat oluşmalıdır. İkinci olarak işveren, işçinin rekabet yasağını ihlal ettiğini yaklaşık olarak kanıtlamalıdır. İşçinin rakip bir işletmeyle iş sözleşmesi akdetmesi veya başka türden bir menfaat ilişkisine girmesi yahut rakip bir işletme kurması işverenin ihtiyati tedbir talebine dayanak oluşturan maddi vakıalardır. Öte yandan işveren işçinin rekabet yasağı kaydını nasıl ihlal ettiğini somut olarak ortaya koymalı, örneğin işçinin çalışmaya başladığı rakip işletmenin unvanını açık bir biçimde zikretmelidir. Ayrıca işveren ihtiyati tedbir

¹⁵¹⁴ Pekanttez/Atalay/Özkes, s. 721.

talebine dayanak oluşturan vakıaların doğruluğunu güçlü delillerle kanıtlamakla yükümlüdür. Bu doğrultuda işveren, işçinin rakip işletmeyle iş ilişkisi kurduğunu gösteren yazılı iş sözleşmesi ve Sosyal Güvenlik Kurumu kayıtlarını veya işçinin kendi hesabına rakip bir işletme açtığını kanıtlayan ticaret sicili, vergi ve Sosyal Güvenlik Kurumu kayıtlarını mahkemeye ibraz etmeli yahut söz konusu belgelerin ilgili mercilerden cebini mahkemedan talep etmelidir.

Ekleyelim ki işveren ihtiyati tedbirin türünü de dilekçesinde göstermek zorundadır. Davacı genel ve soyut bir ifadeyle yetinmemeli, ihtiyati tedbir talebiyle talep sonucu mümkün olduğunca paralel bir biçimde kaleme alınmalıdır. Bununla birlikte, ihtiyati tedbir istemi her halükârda işçinin rekabet etmeme (yapmama) borcuna aykırı davranışına son verilmesine yönelik olmalıdır. Kanunda da mahkemenin bir şeyin yapılmamasının da aralarında olduğu her türlü tedbire karar verebileceği öngörülmüştür¹⁵¹⁵. Dolayısıyla mahkemenin işçinin rekabet yasağı kaydına aykırı davranışına son verecek ve söz konusu davranışın tekrarlanmasını önleyecek herhangi bir ihtiyati tedbir kararı vermesi caizdir. Böyle bir ihtiyati tedbir kararı işçinin açtığı rakip işyerinin kapatılmasına yönelik olabileceği gibi, mahkeme işçinin ortak olduğu rakip şirketin faaliyetlerinin geçici olarak durdurulmasına da karar verebilir. İşçi rakip bir işletmeyle iş sözleşmesi akdettiği takdirde işçinin rakip işletmede çalışmasını yasaklayan bir ihtiyati tedbire hükmedilmelidir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu, talep edenin haklarının derhal korunmasında zorunluluk bulunan hallerde, hâkimin karşı tarafı dinlemeden de tedbire karar vermesine olanak tanımaktadır (HMK m. 390/2). Ne var ki rekabet etmeme borcunun ifasına yönelik bir ihtiyati tedbir kararı, işçinin anayasa ile güvence altına alınan sözleşme ve çalışma özgürlüğüne yönelik ağır bir müdahale sayıldığından, istisnai olgular dışında, ihtiyati tedbir kararı vermeden önce işçinin dinlenmesi yerinde olacaktır. Değinilmesi gereken bir başka sorun, işverenin teminat göstermek zorunda olup olmadığıdır. Alman İş Mahkemeleri Kanunu çerçevesinde işverenin teminat göstermek zorunda olmadığı yukarıda görülmüştü. Alman Hukukunun tersine Türk Medeni Usul Hukukunda böylesine bir düzenleme bulunmamakta olup; ihtiyati tedbir talep eden, haksız çıktığı takdirde karşı tarafın ve üçüncü kişilerin bu yüzden

¹⁵¹⁵ Pekantez/Atalay/Özkes, s. 721.

uğrayacakları muhtemel zararlara karşılık teminat göstermekle yükümlüdür¹⁵¹⁶. Bununla beraber, ihtiyati tedbir talebi resmi belgeye veya kesin bir delile dayanıyorsa veyahut durum ve koşullar gerektiriyorsa, mahkeme gerekçesini açıkça belirtmek şartıyla teminat alınmamasına da karar verebilir (HMK m. 392/1)¹⁵¹⁷. O halde Hukuk Muhakemeleri Kanunu sisteminde ihtiyati tedbir talebinde bulunanın teminat göstermesi kural, teminat göstermemesi istisna olup; anılan esas iş hukuku sùjeleri için de geçerlidir. Nitekim Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun ilgili düzenlemesi de ihtiyati tedbir talebinin SGK veya ticaret sicil kaydı gibi resmi bir belgeye dayanması halinde işverenin ihtiyati tedbir göstermek zorunda olmadığı gibi bir yoruma elverişli görünmemektedir. Zira Kanunda geçen '*...teminat alınmamasına da karar verebilir...*' ifadesinden çıkan sonuç, hâkimin bu hususta bir takdir yetkisine sahip olduğudur. Kanaatimizce rekabet etmeme borcunun aynen ifası davasında verilen eda amaçlı ihtiyati tedbirlerin tamamı işçinin çalışma özgürlüğüne ciddi bir kısıtlama getirdiğinden, hâkim işverenin ekonomik gücünü de göz önünde bulundurarak mutlaka bir teminata hükmetmelidir. Bu çerçevede, işyerinin kapatılması veya işçinin ortakları arasında yer aldığı şirketin faaliyetlerinin durdurulması konusunda ihtiyati tedbir kararı veren mahkeme, somut olayın özelliklerini de gözeterek, işverenden işçinin ve diğer kişilerin (örneğin öteki şirket ortaklarının) muhtemel zararlarını giderecek tutarda bir teminat göstermesini istemelidir. Bununla birlikte, işçi rakip bir işletmede iş sözleşmesiyle çalışmak suretiyle rekabet yasağına aykırı hareket etmişse teminatın tutarı hakkında ortaya daha somut bir ölçü koymak mümkündür. Şöyle ki işçinin ihtiyati tedbir nedeniyle yoksun kalacağı kâr (*lucrum cessans*), işçi rekabet yasağı süresinin dolduğu tarihe kadar rakip işverenin yanında iş görmüş olsaydı alacağı toplam ücret tutarına tekabül etmektedir. O halde hâkim işverence gösterilecek teminatı belirlerken, rakip işverence işçiye rekabet yasağı süresince ödenecek ücretin toplamını esas almalıdır¹⁵¹⁸.

¹⁵¹⁶ Pekcanitez/Atalay/Özeker, s. 720.

¹⁵¹⁷ Kanunda adli teminattan yararlanan kimsenin teminat göstermesinin gerekli olmadığı düzenlenmiştir. İşverenin adli yardımdan yararlanması hayatın olağan akışıyla bağdaşmadığından bu olasılık üzerinde durulmayacaktır.

¹⁵¹⁸ Örnek: İşçi iki yıl süreli bir rekabet yasağı kaydına tabi iş sözleşmesini feshederek aynı gün rakip işletmeye geçer. Mahkeme iş sözleşmesinin sona ermesinden bir ay sonra, işverenin talebine üzerine, işçinin rakip işletmede çalışmaması konusunda ihtiyati tedbir kararı verir. İşçinin ihtiyati tedbir kararının verildiği tarihte rakip işletmeden aldığı aylık ücret 4000 TL'dir. Şu halde hâkim 88.000 TL tutarında bir teminata hükmetmelidir.

İşveren mahkemenin ihtiyati tedbir kararı verdiği tarihi izleyen bir hafta içinde ihtiyati tedbir talep etmek zorundadır. Aksi halde ihtiyati tedbir kararı kendiliğinden kalkar (HMK m. 393/1). Tedbir kararı, kural olarak, kararı veren mahkemenin yargı çevresinde bulunan icra dairesinden talep edilir ve bu daire tarafından uygulanır (HMK m. 393/2). İhtiyati tedbir kararının konusu işçi tarafından açılan işyerinin kapatılması ise, söz konusu işyeri mühürlenerek kapatılır. Böyle bir ihtiyati tedbir kararının uygulanması için gerektiğinde kolluk kuvvetlerinin yardımını da başvurulabilir (HMK m. 393/3). Şirketin faaliyetlerinin durdurulmasına yönelik bir ihtiyati tedbir kararı verildiği takdirde ilgili şirketin faaliyetinin durdurulduğu konusunda ticaret siciline şerh düşülmeli; ayrıca böyle bir ihtiyati tedbir kararıyla şirketin faaliyetleri durdurulduğundan ortaya çıkan durum iyi niyetli üçüncü kişilerin korunması amacıyla ilan da edilmelidir. İhtiyati tedbir kararının işçinin rakip bir işletmede çalışmamasını içerdiği hallerde ise işçinin rakip işletmede çalışmasını doğrudan cebri icra yoluyla engellemek mümkün değildir. Öncelikle işçinin iş görme borcu şahsi bir yapma edimi olup, işçinin kişiliğine sıkı sıkıya bağlı bir yapma ediminin ifası zor kullanılarak önlenemez. Bunun yanı sıra, rakip işletme, işveren ile işçi arasındaki rekabet yasağı kaydı bakımından üçüncü kişi durumundadır. Dolayısıyla borç ilişkisinin nispiliği ilkesi gereğince, işveren rekabet yasağı kaydından doğan alacağını üçüncü kişi pozisyonundaki rakip işletmeye karşı ileri süremez. Kaldı ki işçinin bağımlı çalışmasının zor kullanılarak engellenmesi, temel haklar arasında yer alan çalışma özgürlüğü ilkesiyle de kesinlikle bağdaşmamaktadır. Bununla birlikte, işverenin ihtiyati tedbir kararına rağmen rakip işletme bünyesinde istihdam edilen işçiye karşı herhangi bir hukuki seçenekten yoksun olduğu söylenemez. Gerçekten ihtiyati tedbir kararının uygulanmasına ilişkin emre uymayan veya tedbir kararına aykırı davranan kimse, bir aydan altı aya kadar disiplin hapsiyle ile cezalandırılır (HMK m. 398). Buna göre, davayı gören mahkeme, ihtiyati tedbir kararına aykırı olarak rakip işletmede iş görmeyi sürdüren işçiyi bir aydan altı aya kadar disiplin hapis cezasına mahkûm edecektir¹⁵¹⁹.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda mahkemenin süreli bir ihtiyati tedbir kararı verebileceği hususunda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Ne var ki ihtiyati tedbirin rekabet yasağının süresi ile ilişkilendirilmesi tedbirle varılmak istenen amaca uygundur. Kaldı ki böyle bir yaklaşım medeni usul hukukunda geçerli olan ölçülülük

¹⁵¹⁹ Pekcantez/Atalay/Özkes, s. 723.

ilkesiyle de örtüşmektedir. Örneğin hâkim 16 ay süreli bir rekabet yasağı kaydının ihlaline yönelik olarak verilen ihtiyati tedbir kararında tedbirin anılan sürenin dolduğu tarihte kendiliğinden (*ek officio*) ortadan kalkacağını da belirtmelidir. Kaldı ki ihtiyati tedbir kararıyla rakip işletmede çalışması yasaklanan işçinin talebi üzerine, rekabet yasağı süresinin dolduğu anda söz konusu ihtiyati tedbir kararının kaldırılmasına karar verilmelidir (HMK m. 396/1). Bu arada işçi mahkemenin saptadığı teminatı gösterdiğinde mahkemenin ihtiyati tedbir kararının kaldırılmasına karar verebileceği hatırlatılmalıdır (HMK m. 395/1). İşverence açılan rekabet etmeme borcunun ifası davası işçi lehine sonuçlanırsa, işveren, işçinin haksız ihtiyati tedbir nedeniyle uğradığı zararı tazminle yükümlü olacaktır (HMK m. 399/1). Bu dava işçi veya haksız ihtiyati tedbirden dolayı zarar gören üçüncü kişiler (rakip işletme veya şirketin diğer ortakları) tarafından da açılabilir. Haksız ihtiyati tedbirden kaynaklanan tazminat davası, esas hakkındaki davanın karara bağlandığı mahkemede açılır¹⁵²⁰. İşçinin veya haksız ihtiyati tedbirden zarar gören üçüncü kişilerin tazminat davası açma hakkı hükmün kesinleştiği veya ihtiyati tedbir kararının kalktığı tarihten başlayarak bir yıllık hak düşürücü süreye tabidir (HMK m. 399/3). Tazminat talep eden işçi veya üçüncü kişinin tazminat alacağı, öncelikle tedbir isteyeninin yatırdığı tazminattan karşılanır¹⁵²¹.

e) Rekabet Etmeme Borcunun İhlalinin İşçinin Karşı Edim Alacağına Etkileri

aa) İşçinin Karşı Edim Hakkını Yitirmesi

Karşı edim içeren rekabet yasağı kayıtlarında rekabet etmeme borcuna aykırılık, işçinin karşı edim alacağını da etkilemektedir. Alman hukukunda işçinin rekabet yasağına aykırı davranması halinde işverenin rekabet yasağının ihlal edildiği süreye denk gelen karşı edim borcu da kendiliğinden sona ermektedir¹⁵²². Zira rekabet yasağının iki tarafa borç yükleyen (sinalagmatik) bir sözleşme olduğu, iki taraflı sözleşmelerde edim yükümlülüklerinden biri ortadan kalktığından, karşı edim yükümlülüğünün de otomatik olarak sona erdiği ifade edilmektedir¹⁵²³. İşverenin

¹⁵²⁰ Pekcanitez/Atalay/Özeker, s. 726.

¹⁵²¹ Pekcanitez/Atalay/Özeker, s. 727.

¹⁵²² BAG 5.8.1968 AP 24 zu § 74 HGB (Bauer/Diller'den naklen, s. 328), *Growe*, s. 163.

¹⁵²³ *Bauer/Diller*, s. 328; *Growe*, s. 163; *Grüll/Janert*, s. 102.

karşı edim borcunun ortadan kalkması, hem işçinin rekabet yasağını ihlal ettiği zaman dilimine ilişkin daha önce ödenen taksitleri hem de ihlalin sürdüğü döneme ait ödenmemiş taksitleri kapsamaktadır. Karşı edimin taksitlerle değil iş ilişkisinin sona erdiği tarihte peşin ödendiği durumlarda da rekabet yasağı iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme özelliğini koruduğundan rekabet yasağının ihlal edildiği döneme ilişkin karşı edim hakkı düşmektedir¹⁵²⁴. Rekabet yasağını rakip bir işletmeyle iş ilişkisine girerek ihlal eden işçi, söz konusu iş ilişkisinin sürdüğü döneme tekabül eden tüm karşı edim alacağını yitirir. Alman Medeni Kanunu'nda karşı edimin yalnız kısmen ifa edildiği hallerde edimi talep hakkının da ancak kısmen ortadan kalkacağı hükme bağlanmıştır (§ 323 Abs. 5 Satz 1 BGB). Dolayısıyla aylık ödeme yönteminde işçinin rekabet yasağına aykırı eyleminin gerçekleştiği aya ait karşı edim alacağını tamamen yitirmeyeceği, işçinin aylık taksitin sadece ilgili döneme denk gelen bölümünden mahrum kalacağı vurgulanmaktadır¹⁵²⁵. Rekabet yasağına aykırı davranan işçinin ihlalin meydana geldiği takvim ayına ait karşı edim alacağının ortadan kalkacağını düzenleyen sözleşme kayıtları ise, ek bir ceza koşulu sayıldığından anılan kayıtlara ceza koşuluna ilişkin hükümler uygulanmaktadır¹⁵²⁶. Öte yandan önemsiz rekabet yasağı ihlallerinde dahi karşı edim yükümlülüğünün kısmen değil, tamamen ortadan kalkacağı dile getirilmektedir¹⁵²⁷. Zira yapmama borcu ayrılmaz bir bütün oluşturmaktadır. Gerçekten Alman hukukunda yürürlükte olan yasal düzenlemeye göre, rekabet yasağı işçinin mesleki gelişimini küçük çapta sınırlasa bile işveren yine de karşı edimin tamamını ödemek zorundadır. O halde işçinin rekabet yasağına aykırı eylemi önemsiz olsa da, işverenin karşı edim yükümlülüğü bütünüyle sona erecektir¹⁵²⁸. Örneğin sona eren iş sözleşmesinde müşteri çevresini koruma kaydı yer alan işçi, içlerinden yalnız biri yasak kapsamında bulunan on müşteriyle temas kursa, karşı edim alacağını tamamen kaybeder¹⁵²⁹.

Alman hukukunda rekabet yasağına uymayacağını daha baştan açıklayan, ancak uygun bir iş bulamaması yüzünden rekabet yasağına aykırı bir faaliyet içine girmeyen işçinin durumu da tartışmalıdır. Stuttgart Eyalet Mahkemesi herhangi bir gerekçe göstermeden böyle bir işçinin karşı edim talep edemeyeceğine hükmetmiştir.

¹⁵²⁴ *Bauer/Diller*, s. 329.

¹⁵²⁵ *Bauer/Diller*, s. 329.

¹⁵²⁶ BAG 13.7.2005 AP 78 zu § 74 HGB (*Bauer/Diller*'den naklen, s. 329)

¹⁵²⁷ *Bauer/Diller*, s. 329.

¹⁵²⁸ *Bauer/Diller*, s. 329.

¹⁵²⁹ *Bauer/Diller*, s. 329.

İşçi yasağa fiilen riayet ettiğinden karar eleştiriye açıktır. Ancak böyle bir olayda karşı edim hakkının ortadan kalkmasının çelişkili davranma yasağına (*venire contra factum proprium*) çıkarılabileceği ileri sürülmüştür¹⁵³⁰. Gerçekten işçinin bir yandan uygun bir fırsat bulduğunda yasağı delme hakkını haksız olarak elde ederken, aynı zamanda da ilk ihlalin gerçekleşeceği tarihe kadar işverenden karşı edim istemesinin kesinlikle kabul edilemeyeceği belirtilmektedir¹⁵³¹. İşveren, sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde, ihlalin gerçekleştiği döneme ait önceden ödemediği karşı edim taksitlerinin iadesini talep edebilir¹⁵³². Kural olarak, karşı edimin hakkının düşmesi işçinin rekabet yasağına aykırı davrandığı süreyle sınırlıdır. Şayet işçi daha sonra tekrar sözleşmeye uygun hareket ederse, işverenin karşı edim ödeme borcu yeniden canlanır¹⁵³³. Karşı edim yükümlülüğünün ortadan kalkması, için işçinin kastını veya ihmali gerektirmez¹⁵³⁴. Bu sorun işçinin rekabet teşkil eden bir faaliyet yürüttüğünün bilincinde olmadığı, ancak rekabet yasağını geçersiz kabul ettiği veya bağlayıcı saymadığı hallerde önem arz etmektedir. İşçinin görüşünün yanlışlığı açıksa, artık ilgili dönem için karşı edim talep edilemez. Rekabet yasağının geçersiz sayılması veya bağlayıcı kabul edilmemesi halinde de işçi karşı edim isteyemeyeceğinden söz konusu sonucun amaca uygun olduğu iddia edilmektedir¹⁵³⁵.

İsviçre doktrininde işçinin rekabet yasağına aykırı eyleminin sözleşmeden doğan bir borcun ifa edilmemesi anlamına geldiği ve böylece işverenin karşı edimi ödemeyi sürdürme yükümlüğünden kurtulacağı savunulmaktadır¹⁵³⁶. Ayrıca işverenin daha önce ifa ettiği karşı edim tutarını da sebepsiz zenginleşme hükümleri doğrultusunda isteyebileceği kaydedilmektedir¹⁵³⁷. İşverence açılan aynen ifa davasında işçi rekabetten kaçınmaya mahkûm edildiği veya işçinin rekabet yasağına aykırı faaliyetinin durdurulmasına yönelik bir ihtiyati tedbir kararı verildiği ve ilamın veyahut ihtiyati tedbir kararının bir sonucu olarak yasağı aykırı davranış sona erdiği takdirde, işveren de işçinin rekabet yasağına uygun davrandığı süreye ait karşı edim

¹⁵³⁰ *Bauer/Diller*, s. 329.

¹⁵³¹ Ne var ki rekabet yasağının geçerliliği uyumsuzluk konusu ise, işçi rekabet etmeme borcunu ifa ettiği sürece karşı edim hakkını da yitirmez. İşçinin yasağı isteyerek veya bir ihtiyati tedbir kararı sonucunda uygun davranması, karşı edim hakkı açısından önemli değildir. *Bauer/Diller*, s. 329.

¹⁵³² *Bauer/Diller*, s. 329-330; *Grüll/Janert*, s. 102.

¹⁵³³ BAG 10.9.1985 AP 49 zu § 74 HGB (*Bauer/Diller*'den naklen, s. 330).

¹⁵³⁴ *Gaul*, s. 178.

¹⁵³⁵ *Bauer/Diller*, s. 330.

¹⁵³⁶ *Bohny*, s. 153; *Haefliger*, s. 98; *Pidoux*, s. 56.

¹⁵³⁷ *Haefliger*, s. 98.

yükümlülüğünü yerine getirmek zorundadır¹⁵³⁸. Türk hukuku açısından da Alman ve İsviçre hukukunda benimsenen görüşlere koşut sonuçlara varılması olanaklıdır. Gerçekten karşı edim içeren bir rekabet yasağı kaydının karşılıklı borç yükleyen (sinalagmatik) karakterli sürekli bir borç ilişkisi doğurduğu unutulmamalıdır. Sinalagmatik rekabet yasağı sözleşmesinde işçinin asli edim yükümlülüğü iş sözleşmesinin sona ermesini izleyen belli bir süre boyunca işverenle rekabet etmemek, işverenin asli edim yükümlülüğü ise işçiye sözleşmeyle kararlaştırılan maddi karşılığı sağlamaktadır. Dolayısıyla işçinin yapmama (*non-facere*) borcu ile işverenin verme (*borcu*) arasında yoğun bir sinalagmatik bir ilişki söz konusudur. Ayrıca tarafların edimleri arasında değişim (mübadele) ilişkisi de bulunmaktadır. Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde ödemezlik defini düzenleyen TBK m. 97 uyarınca karşılıklı borç yükleyen bir sözleşmenin ifası isteminde bulunan tarafın, sözleşmenin koşullarına ve özelliklerine göre daha sonra ifa etme hakkı olmadıkça kendi borcunu ifa etmiş ya da ifasını önermiş olması gerekir. O halde işçinin karşı edim isteminde bulunabilmesi, rekabetten etmeme borcunu ifa etmesine bağlıdır. Şayet işçi rekabet yasağına aykırı bir eylem gerçekleştirirse, işveren de bir ödemezlik defii (*exceptio non adempti contractus*) ileri sürerek karşı edim borcunu yerine getirmekten kaçınabilir. Ayrıca yasağına aykırı davranan işçinin bu süre için kendi edimini imkânsızlaştırmış olacağı ve işverenin kusurlu ifa imkânsızlığı hakkındaki hükümlerden yararlanmak suretiyle karşı edim borcundan kurtulabileceği de vurgulanmaktadır¹⁵³⁹. Özetle işverenin karşı edim yükümlülüğüyle işçinin rekabetten kaçınma borcu arasında sıkı bir bağlantı olup, işçi rekabet yasağına aykırı davrandığı süreye ait karşı edim alacağını yitirir. Ancak bu noktada bir yanlış anlamaya meydan verilmemelidir. Rekabet yasağını ihlal eden işçinin karşı edim alacağı, rekabet yasağına aykırı davrandığı süreyle orantılı olarak son bulacaktır. Konuyu somut bir örnekle açıklayalım: ‘Söz gelimi işverenin işçiye aylık eşit taksitlerle toplam 18.000 TL karşı edim ödemeyi üstlendiği 1,5 yıl süreli bir rekabet yasağı kaydı 1.1.2010 tarihine yürürlüğe girmiş ve işçi rekabet yasağını 1.3.2010 tarihinden rekabet yasağı süresinin bittiği 1.7.2011 tarihine kadar ihlal etmiş olsun. Bu halde işçi rekabet yasağını 16 ay ihlal etmesinin hukuki yaptırımı olarak karşı edim alacağının 16.000 TL’sini kaybedecek, buna karşılık rekabet etmeme borcunu yerine getirdiği 2 aylık dönem için hak ettiği 2.000 TL karşı edim alacağına hanel gelmeyecektir. Dolayısıyla *pro rata temporis* kuralının rekabet yasağına aykırı davranan işçinin yitirdiği karşı

¹⁵³⁸ Haefliger, s. 98.

¹⁵³⁹ Soyer, s. 90–91.

edim alacağıının hesaplanmasında da uygulama alanı bulacağı söylenebilir. Keza bir takvim ayı içinde rekabet yasağına 15 günlük bir aykırılık, işçinin değinilen aya tekabül eden karşı edim taksitinden tamamen yitirmesi sonucunu doğurmaz; işçi aylık taksitin yalnız 15 günlük kısmından mahrum kalır.’ Başka bir olasılık, rekabet etmeme borcunu ihlal eden işçinin kendiliğinden veya bir aynen ifa ilamı yahut bir ihtiyati tedbir kararının zorlamasıyla rekabet yasağına aykırı davranışa son vermesidir. İşçi ilam veya ihtiyati tedbir kararıyla bağlantılı olarak rekabetten kaçınma borcunu tekrar ifa etmeye başlarsa, işverenin karşı edim yükümlülüğü, rekabet yasağına aykırı eylemin sonlandırıldığı andan başlayarak yeniden canlanır¹⁵⁴⁰. Belirtelim ki, yasağına aykırı davranıştan vazgeçilmesinin gerisinde mahkeme tarafından verilen bir aynen ifa veya ihtiyati tedbir kararının yatması, işçinin rekabet yasağına aykırı davranışa son verdiği tarihi izleyen sürede karşı edim isteminde bulunmasına engel oluşturmaz. Her ne kadar ortada bir ihtiyati tedbir kararı veya mahkeme ilamı da olsa, rekabet yasağına aykırılık yine de işçi tarafından alınan bir kararla ortadan kalkmaktadır. Bununla birlikte, işçinin yapmama borcunun ifasının tazyik hapsiyle sağlandığı olgularda aynı sonuca varmak biraz zor görünmektedir. Rekabet etmemeye yönelik ihtiyati tedbir kararının uygulanmasına ilişkin emre uymayan işçi, bir aydan altı aya kadar disiplin hapsiyle cezalandırılmakta (HMK m. 398); haklı bir mazereti olmadan aynen ifa ilamının gereğini yerine getirmeyen işçi de işverenin şikâyeti üzerine üç aya kadar hapisle tazyik edilmektedir (İİK m. 343). İlama veya ihtiyati tedbir kararına rağmen rekabetten kaçınma borcunu ifa etmemekte ısrar eden işçinin tazyik hapsine çarptırılmasının doğal sonucu, rekabet yasağına aykırı durumun ortadan kalkmasıdır. Acaba işveren işçiye tazyik hapsi uygulandığı süre için karşı edim ödemekle yükümlü müdür? Kanımızca bu soruya olumsuz bir yanıt verilmelidir. Çünkü rekabet yasağına aykırı durumun ortadan kalkması işçinin iradesi dışında bir nedene dayanmaktadır. Bununla beraber, cezaevinden tahliye edilen işçi rekabet yasağına uygun davrandığı takdirde işveren karşı edim borcunu yerine getirmelidir. Rekabet yasağına aykırılığın hastalık veya doğum gibi işçinin iradesi dışında gerçekleşen nedenlerden ötürü sona erdiği diğer durumlarda işverenin karşı edim ödeme borcunun canlanmayacağı kabul edilmelidir.

¹⁵⁴⁰ *Grüll/Janert*, s. 103.

Peki, işverenin işçinin rekabet yasağına aykırı davrandığı döneme ait karşı edim taksitini önceden ödemediği veya rekabet yasağının başladığı tarihte karşı edimin tamamını peşin verdiği hallerde nasıl bir yol izlenmelidir? İşveren, rekabet yasağına aykırılık süresiyle orantılı olmak şartıyla, ödemediği karşı edimin iadesini işçiden talep edebilir. Bu talebin hukuki dayanağı sebepsiz zenginleşme kurallarıdır (TBK m. 77–82). Rekabet yasağına aykırı hareket ettiği halde karşı edimi de almayı sürdüren işçi kötü niyetli sebepsiz zenginleşen konumunda olduğundan zenginleşmenin tamamını geri vermekle yükümlüdür (TBK m. 79/2). İşçinin karşı edimi elden çıkarması, sebepsiz zenginleşmeden kaynaklanan iade yükümlülüğünü etkilemez. Ödemediği karşı edimi geri almak isteyen işveren işçinin rekabet yasağına aykırı davranışını öğrendiği andan itibaren iki yıl içinde dava açmalı veya ilamsız icra takibine girişmelidir. Zira sebepsiz zenginleşmeden doğan istem hakkı, hak sahibinin geri isteme hakkının olduğu öğrendiği tarihten başlayarak iki yılın ve herhalde zenginleşmenin gerçekleştiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar (TBK m. 82/1). Aksi takdirde işçi zamanaşımı defini öne sürerek sebepsiz zenginleşme borcundan kurtulabilir. İşverenin sebepsiz zenginleşme alacağına yürütülecek faizin türü, davanın görüldüğü mahkemeye göre farklılaşmaktadır. Rekabet yasağı kaydıyla bağlantılı davalarda görevli mahkemenin asliye ticaret mahkemesi olduğu düşüncesi benimsendiğinde sebepsiz zenginleşme alacağına avans faizi yürütülecektir. Tersine rekabet yasağı davalarında iş mahkemeleri görevli sayıldığında işverenin alacağına yasal temerrüt faizi işletilecektir.

bb) İşverenin Rekabet Yasağı Sözleşmesini Fesih Hakkı

Aynen ifa gibi hukuki yollar, işçinin rekabet yasağına aykırı davranmasına rağmen işverenin yasağı gelecekte de ayakta tutmayı arzuladığı durumlarda makul bir yöntem olarak gözükmektedir. Genellikle işçi rekabet yasağını bir kere ihlal ettiğinde, işverenin rekabet yasağının devamına yönelik herhangi bir menfaati kalmamaktadır¹⁵⁴¹. Örneğin müşterilere ilişkin bütün hassas veriler hakkında bilgi sahibi olan satış şefi rekabet yasağına aykırı bir biçimde altı ay rakip bir işletmede çalıştığı takdirde işveren bu verilerin rakip işletme tarafından öğrenildiğini hesaba katmak zorundadır¹⁵⁴². Dolayısıyla böyle bir olasılıkta işverenin işçinin geri kalan yasak süresi boyunca işçinin rakip bir işletmede iş görmesini engellemekte ve

¹⁵⁴¹ *Bauer/Diller*, s. 333–334.

¹⁵⁴² *Bauer/Diller*, 334.

rekabet etmeme borcu karşılığında işçiye bir karşı edim ödemekte hiçbir menfaati bulunmamaktadır. Bu bağlamda, işverenin başvuracağı en akıllıca yolun rekabet yasağı sözleşmesini feshetmek olacağı dile getirilmektedir¹⁵⁴³. Alman hukukunda borçlunun üstlendiği karşı edimin ifasının imkânsızlaştığı ve bu imkânsızlıktan ötürü alacaklıya sorumluluk isnat edilemeyeceği hallerde, alacaklı sözleşmeden dönme (*Rücktritt*) hakkına sahiptir (§ 323 Abs. 1 BGB). Ne var ki bu hükmün, prensip olarak, işçinin rekabetten kaçınma borcuna uygulanamayacağı; zira anılan düzenlemede borcun hiç ifa edilmemesinin (*vollständige Nichterfüllung*) arandığı vurgulanmaktadır¹⁵⁴⁴. Hatta işçi rekabet yasağına aykırı bir faaliyet yürütse dahi, bu olgu işçinin rekabet etmeme borcunu imkânsızlaştırmamaktadır. Çünkü işçinin rekabet yasağına aykırı davranışa son vermesi her an mümkündür. Bundan dolayı işverenin yararlanabileceği tek pozitif normun § 323 Abs. 1 BGB olduğuna işaret edilmektedir¹⁵⁴⁵. İlgili hükme göre, borcun kısmen ifa edilmemesinden ötürü sözleşmenin geri kalan bölümünün ifa edilmesinde herhangi bir menfaati kalmayan alacaklı sözleşmeden dönebilir¹⁵⁴⁶. Ne var ki rekabet yasağına aykırılıkta işverenin söz konusu hakkı kullanıp kullanamayacağı sorusuna her zaman olumlu bir yanıt vermenin güç olduğu ifade edilmektedir¹⁵⁴⁷. Ancak iş sırlarının korunmasının söz konusu olduğu ve işçinin önemli bir rakip firmada geçici de olsa çalıştığı durumlarda işverenin rekabet yasağı sözleşmesini feshedebileceği kabul edilmektedir¹⁵⁴⁸. Zira tüm iş sırlarını rakip işletmelerin eline geçen bir işverenin rekabet yasağının sürdürülmesine yönelik bir menfaatinin varlığından söz edilemeyeceği belirtilmektedir¹⁵⁴⁹.

Rekabet yasağının hukuki doğası gereği sürekli bir borç ilişkisi olması, işverenin dönme beyanının geçmişe yönelik etki (*ex tunc*) doğurmasını olanaksız kılmaktadır¹⁵⁵⁰. Bundan dolayı, işveren işçinin geçmişte rekabet yasağına uyduğu süre için ödediği karşı edim taksitlerinin iadesini talep edemez. İşveren işçiden sadece rekabet yasağına aykırılığa denk gelen süre için ödediği karşı edim taksitlerini

¹⁵⁴³ *Bauer/Diller*, 334.

¹⁵⁴⁴ *Bauer/Diller*, 334.

¹⁵⁴⁵ BAG 10.9.1985 AP 49 zu § 74 HGB.

¹⁵⁴⁶ *Grove*, s. 163–164.

¹⁵⁴⁷ *Bauer/Diller*, 334.

¹⁵⁴⁸ *Grove*, s. 163.

¹⁵⁴⁹ Buna karşın, işçi önemsiz bir rakip firmada işe girdiği veya ilk olarak boş yere kendi rakip işletmesini kurmak için çaba gösterdiği takdirde işverenin rekabet yasağı sözleşmesini feshedemeyeceği belirtilmektedir. *Bauer/Diller*, 334.

¹⁵⁵⁰ *Bauer/Diller*, 335.

iade etmesini isteyebilir¹⁵⁵¹. Ancak rekabet yasağı sözleşmesinin feshinin *ex nunc* etkisi, işverenin işçinin rekabet yasağına aykırı davrandığı süreye tekabül eden karşı edim taksitlerini geri istemesini engellememektedir¹⁵⁵². Ayrıca işveren rekabet yasağının ihlaliyle bağlantılı olarak uğradığı her türlü zararın giderilmesini de talep edebilir¹⁵⁵³. İşverenin gerçekleşen ihlalle herhangi bir nedensellik bağı olmaksızın rekabet yasağının devamında hiçbir menfaatinin kalmadığı durumlarda işveren rekabet yasağı sözleşmesini feshedebilir. İşverenin bu fesih hakkını kullanabilmesi için işçiye bir mehil vermesi şarttır¹⁵⁵⁴. Şayet işçi anılan süre içinde rekabet yasağını ihlal etmeyi sürdürürse işveren rekabet yasağı sözleşmesini feshedebilir. Böyle bir mehilin rekabet yasağına aykırılık devam ettiği takdirde sözleşmenin feshedileceğine yönelik bir ihtarla bağlanması koşulu artık aranmamaktadır¹⁵⁵⁵. İşçi verilen sürenin bitimine kadar sözleşmeye aykırı davranmaya devam ederse işveren § 323 Abs. 1 BGB uyarınca fesih bildiriminde bulunabilir. Öte yandan, kural olarak, rekabet yasağına aykırılık sona ermişse, işverenin artık fesih bildiriminde bulunmasının mümkün olmadığı ifade edilmektedir¹⁵⁵⁶. Bununla birlikte işçinin rekabet yasağına uymasındaki geleceğe yönelik menfaati ortadan kalkmayan işverenin, karşılıklı menfaatler arasındaki denge göz önünde tutulduğunda, derhal feshi haklı kılan özel koşullar gerçekleştiği takdirde rekabet yasağı sözleşmesini feshedebileceği kaydedilmektedir¹⁵⁵⁷. Dolayısıyla işçi rekabet yasağını hiçe sayacağını kesin olarak açıklarsa veyahut belli ipuçları ihlalin sürekli bir biçimde tekrarlanacağını işaret ederse işverenin § 314 BGB çerçevesinde derhal fesih hakkı gündeme gelecektir. § 314 BGB uyarınca, sürekli bir borç ilişkisi sözleşme taraflarınca bildirim süresi verilmeksizin önemli bir nedenle feshedilebilir. Somut olayın tüm özellikleri ve karşılıklı menfaatler arasındaki denge göz önünde bulundurulduğunda, fesheden taraftan kararlaştırılan sürenin sonuna kadar sözleşmeyi sürdürmesinin beklenemeyeceği durumlarda önemli bir nedenin varlığı kabul edilir. Derhal fesih hakkı, sözleşmeyi feshedecek tarafın fesih nedeni öğrenmesinden itibaren uygun bir süre içinde kullanılmalıdır. Şayet taraflardan biri sözleşme sonrası rekabet yasağından doğan borçlarını ısrarlı bir tarzda ısrar ederse rekabet yasağı sözleşmesi derhal feshedilebilir. Örneğin işçi rekabet yasağını sürekli olarak ihlal ettiği takdirde

¹⁵⁵¹ *Grüll/Janert*, s. 103.

¹⁵⁵² *Bauer/Diller*, 335. *Growe*, s. 164.

¹⁵⁵³ *Bauer/Diller*, 335.

¹⁵⁵⁴ *Growe*, s. 164.

¹⁵⁵⁵ *Bauer/Diller*, 335.

¹⁵⁵⁶ *Bauer/Diller*, 335.

¹⁵⁵⁷ *Bauer/Diller*, 335.

kendisini bir ceza koşulu aracılığıyla yeterince güvence altına almayı savsaklayan işveren, rekabet yasağı sözleşmesini bildirmsiz feshedebilir¹⁵⁵⁸. Şu kadar ki işverenin derhal fesih hakkını kullanabilmesi için, işçiye bir ihtarda bulunulması ve ihtarın başarısızlıkla sonuçlanması koşulları aranmaktadır (§ 314 Abs. 2 BGB). İşverenin rekabet yasağı sözleşmesini derhal feshetmesinin ayrıca işçiden tazminat talep etmesine engel oluşturmayacağı belirtilmektedir¹⁵⁵⁹. İşverenin rekabet yasağı sözleşmesi sona erdiğinde tarafların rekabet yasağı kaydından doğan borçları *ex nunc* son bulmaktadır¹⁵⁶⁰.

Rekabet etmeme borcuna aykırılık halinde Türk hukukunda işverenin rekabet yasağı sözleşmesini feshedip feshedemeyeceği konusu ikili bir ayırma giderek incelenmelidir. Sorunun öncelikle tek tarafa borç yükleyen rekabet yasağı kayıtları bakımından ele alınması doğru bir hareket noktası olacaktır. Tek taraflı bir rekabet yasağı sözleşmesinin işverence feshi kuramsal düzlemde tartışılabilir bir konu olmakla birlikte, işverenin tek taraflı bir rekabet yasağı sözleşmesini feshetmesi uygulama açısından fazla bir önem taşımamaktadır. Zira işverenin rekabet yasağı sözleşmesinin feshiyle varmak istediği amaç, sürdürülmesinde herhangi bir menfaati kalmayan bir rekabet yasağından dolayı işçiye ödeyeceği karşı edimden kurtulmaktadır. Kaldı ki rekabet yasağının işverenin yasağına sona erdirilmesinde gerçek bir yararı olmadığı belirlenmişse yasağında kendiliğinden sona ereceğini düzenleyen TBK m. 447/1, feshin uygulama alanını tek taraflı rekabet yasaklarında *de facto* olanaksız kılmaktadır. Şöyle ki kimi olgularda işçinin rekabet yasağını ihlal ettiği anda işverenin yasağın sürdürülmesinde gerçek bir yararı kalmamaktadır. Örneğin işçinin eski işverene ait stratejik öneme sahip iş sırlarını, müşteri listelerini veya teknolojik bilgileri rekabet yasağına aykırı bir şekilde çalışmaya başladığı rakip bir işletmeye aktarması durumunda artık işverenin yasağın sürdürülmesinde gerçek bir yararı kaldığı iddia edilemez; çünkü işverenin rekabet yasağı kaydıyla korumayı amaçladığı bilgiler rakip bir işletmenin eline geçtiğinden rekabet yasağı kanun gereği sona ermektedir. İşveren rekabet yasağına aykırı hareket eden işçiden ceza koşulu veya tazminat talep edebilir. Ne var ki rekabet yasağı kendiliğinden sona erdiğinden işveren bundan böyle aynen ifa davası açamaz.

¹⁵⁵⁸ *Bauer/Diller*, 269.

¹⁵⁵⁹ *Bauer/Diller*, 269.

¹⁵⁶⁰ *Grüll/Janert*, s. 103.

Rekabet yasağı sözleşmesinin işverence feshi sorununun asıl önemi, iki taraflı rekabet yasaklarında ortaya çıkmaktadır. Zira işçinin rekabet yasağını bir defa ihlal etmesi sonucunda işverenin yasağın sürdürülmesinde gerçek bir menfaatinin kalmaması olasılık dâhilindedir. Özellikle iş veya üretim sırlarını korumak amacıyla kararlaştırılan rekabet yasağı kayıtlarında işçinin işletmenin varlığı açısından yaşamsal öneme sahip bütün sırları çalıştığı rakip işletmeye aktarması durumunda, söz konusu sırların rakip işletmenin eline geçtiği tarihten itibaren rekabet yasağının sürdürülmesi işveren açısından anlamsız bir hale gelmektedir. Ancak TBK m. 447/1 sadece tek taraflı rekabet yasağı kayıtlarına uygulanabilecek bir hüküm olduğundan yasağın sürdürülmesinde işverenin gerçek bir yararının kalmadığının belirlenmesi, karşı edim içeren bir rekabet yasağının kendiliğinden ortadan kalkmasına yol açmamaktadır. Ne var ki rekabet yasağına aykırı eylemiyle işverenin ifaya olan menfaatinin sona ermesine yol açmasının hemen ardından yasağa uygun davranmaya başlayan işçinin karşı edim alacağını yitirmemesi, hukuk düzeninin onaylayacağı bir sonuç değildir. Kaldı ki işçinin rekabet yasağını ihlal etmesine rağmen işverenin yasağın sürdürülmesine yönelik menfaatinin ortadan kalktığı olgularda dahi, işveren, *pacta sunt servanda* ilkesinin gereğini yerine getirmeyen işçiye karşı edim ödemek istemeyebilir. O halde işverene rekabet yasağının sürdürülmesindeki haklı menfaatlerinden vazgeçerek rekabet yasağı sözleşmesini feshetmek ve böylece fesih anından başlayarak karşı edim borcundan ileriye etkili olarak kurtulmak veyahut haklı işletmesel menfaatlerine öncelik vererek rekabet yasağı kaydını ayakta tutmak arasında bir tercih hakkı tanınmalıdır.

İşte bu aşamada dönme ve fesih ayırımına dikkat çekilmelidir. Dönme karşılıklı borç yükleyen ani ifalı bir borç ilişkisinde taraflardan birinin temerrüde düşmesi üzerine diğer tarafa tanınan seçimlik bir hak olup, yöneltilen tek taraflı bir irade beyanıyla sözleşmeden doğan hukuki ilişkinin *ex tunc* ortadan kalkmasını sağlar. Sözleşmeden dönme halinde taraflar daha önce ifa ettikleri edimleri sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre geri isteyebilirler (TBK m. 125/3). Deyim yerindeyse, dönme, ani ifalı sinalagmatik bir sözleşmenin tasfiyesini de beraberinde getirir. Buna karşılık, sürekli borç ilişkilerinde dönmeyle aynı işlevi üstlenen hukuki işlem fesih olarak adlandırılmaktadır. Dönme ile fesih arasındaki en temel fark, her iki hukuki işlemin borç ilişkisi üzerinde yarattıkları zamansal etkiden kaynaklanmaktadır.

Dönme ani edimli borç ilişkisini geçmişe yönelik (*ex tunc*) etkilerken, fesih ileriye etkilidir (*ex nunc*). Dolayısıyla sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşme taraflarınca hukuki ilişkinin bittiği andan önce ifa edilen borçlar fesihle etkilenmez; diğer bir anlatımla tarafların fesih öncesi yerine getirdiği edimlerin sebepsiz zenginleşme hükümleri doğrultusunda iadesi gündeme gelmez. Eski Borçlar Kanunu'nun genel hükümler kısmında dönmenin düzenlenmesine karşın fesihle ilgili herhangi bir kurala yer verilmemişti. Bununla beraber, sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerin de yer aldığı özel hükümleri kısmında söz konusu sözleşmelerin feshiyle ilintili dağınık düzenlemeler bulunuyordu. 6098 sayılı Borçlar Kanunu, genel hükümlerde sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerin feshini düzenleyerek ciddi bir eksikliği gidermiştir. Anılan hükme göre, ifasına başlanmış sürekli edimli sözleşmelerde, borçlunun temerrüdü halinde alacaklı, ifa ve gecikme tazminatı isteyebileceği gibi sözleşmeyi feshederek, sözleşmenin süresinden önce sona ermesi yüzünden uğradığı zararın giderilmesini de isteyebilir (TBK m. 126).

Karşı edim içeren rekabet yasağı kaydı da karşılıklı borç yükleyen sürekli edimli bir sözleşme niteliği taşıdığından bu kuralın sinalagmatik rekabet yasağı kayıtlarına da uygulanabileceği konusunda hiçbir duraksama yoktur. Dolayısıyla işverenin karşı edimli bir rekabet yasağı sözleşmesini feshedebilmesi için üç koşul bir araya gelmelidir: Rekabet etmeme borcunun ifasına başlanması ve işçinin temerrüdü. İşverenin rekabet yasağı sözleşmesini feshedebilmesi için iş ilişkisinin sona ermesinin ve rekabet yasağının yürürlüğe girmesinin gerektiği koşulu çok açıktır. Ancak temerrüt koşulunda bazı duraksamalar yaşanması olasıdır. Şu kadar ki işçinin rekabetten kaçınma borcuna aykırı davranmasının kusurlu bir geçici ifa imkânsızlığı mı yarattığı yoksa borçlu temerrüdü mü olduğu sorusu akıllarda ciddi soru işaretlerinin oluşmasını sağlayabilir. Sürekli borçlarda temerrüdün söz konusu olup olamayacağı eski Borçlar Kanunu döneminde Borçlar Hukuku öğretisi tarafından da tartışılmıştır. Sürekli borçlarda temerrüdü kabul etmeyen bazı yazarlar; borçlu sözleşmede öngörülen sürede borcu ifa etmezse temerrüt değil ifa imkânsızlığının söz konusu olacağını, zira sürekli borçların zaman yönünden devamlılık gösterdiğini, bu süreç içinde herhangi bir anda ifa edilmeyen edimin maziye karıştığı için telafi edilemeyeceğini, ifanın gelecekte henüz yapılması mümkün olan kısmı için temerrüt, mazide kalan kısmı için ise imkânsızlığın söz

konusu olduğu düşüncesindedir¹⁵⁶¹. Buna karşılık, öğretideki karşıt görüş; temerrüt sırasında ifası henüz mümkün olan bir edimin sadece zamanında yerine getirilmediğini, edimin ifası mümkün olduğuna göre imkânsızlıktan söz edilemeyeceğini, kaldı ki Borçlar Kanunu'nun temerrüt yönünden ani borç-sürekli borç ayırımı yapmadığını, bu itibarla sürekli borçlara da temerrüt hükümleri uygulanabileceğini ileri sürmektedir¹⁵⁶². Yine aynı yaklaşım, sürekli borçların olumlu ve olumsuz edimleri de içerebileceğini belirterek yapmama veya katlanma edimleri gibi sürekli borçlara örnek olarak özellikle rekabet yasağından doğan borçları göstermektedir¹⁵⁶³.

Kanımızca 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun 126. maddesi, ifasına başlanmış sürekli edimli bir sözleşmede borçlunun temerrüdünden söz ederek bu tartışmayı noktalamıştır. Gerçekten ister olumlu ister olumsuz olsun, tüm sürekli edimlerde borçlunun temerrüde düşebileceği kabul edilmelidir. Bu itibarla, rekabet etmeme borcu da sürekli bir yapmama borcu olduğundan rekabetten kaçınma borcuna aykırı davranan işçi temerrüde düşecektir. Dolayısıyla işçi rekabet yasağına aykırı davranır davranmaz, işverenin TBK m. 126 çerçevesinde fesih hakkı doğacaktır. TBK m. 126'nın borçlunun temerrüdü halinde alacaklıya derhal fesih hakkı vermektedir. Şu halde işverenin rekabet yasağına tabi işçiye bir ihbar öneli vermesi zorunlu değildir. İşveren fesih hakkını işçinin rekabet yasağına aykırı davrandığını öğrendiği tarihten itibaren makul bir süre içinde kullanmalıdır. Yoksa rekabet yasağı sözleşmesinin işverenin yasağın ihlal edildiğini öğrendiği tarihten aylar sonra feshine hukuk düzeni cevaz vermez; böyle bir fesih bildirimini geçersiz sayılır. Ne var ki rekabet yasağına aykırı ilk davranışta sözleşmenin feshedilmemesinden hareketle, işverenin bu davranışıyla fesih hakkından örtülü olarak feragat ettiği ve ikinci bir rekabet yasağı aykırılığında sözleşmeyi fesih hakkını artık kullanamayacağı gibi bir sonuca varılamaz. Kısacası işçinin rekabet yasağına her aykırılığı yeni bir temerrüt anlamına gelmekle işverene yeni bir fesih hakkı sağlamaktadır. İşverenin rekabet yasağı sözleşmesini feshi, geleceğe yönelik bir etki (*ex nunc*) yaratır. Başka bir deyişle, işverenin fesih bildiriyle birlikte rekabet yasağı ileriye dönük ortadan kalktığından işçi eski işvereniyle serbestçe rekabet edebilir; buna karşılık, işverenin feshi izleyen döneme ilişkin karşı edim borcu sona erer. Ancak tarafların fesihten önce ifa ettikleri

¹⁵⁶¹ Eren, s. 1047.

¹⁵⁶² Eren, s. 1047.

¹⁵⁶³ Eren, s. 1047.

edimler fesihten etkilenmez. Bundan dolayı rekabet yasağı sözleşmesini fesheden işveren, işçinin rekabet yasağına uyduğu döneme ait karşı edim taksitlerinin iadesini sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanarak talep edemez. Ayrıca feshe muhatap olan işçi, rekabet yasağına uygun davrandığı döneme ait olmasına karşın işverenin henüz ödemediği karşı edimi işverenden isteyebilir. Öte yandan rekabet yasağı sözleşmesinin rekabet yasağına aykırılıktan dolayı feshi, işverenin kararlaştırılan ceza koşulunu ve/veya uğradığı zararın giderilmesine engel değildir. İşverenin rekabet yasağı sözleşmesini feshettikten sonra açacağı bir davayla, işçinin rekabet yasağı kaydına aykırı davranmasının yaptırımı olarak öngörülen ceza koşulunu ve/veya tazminatı ödemeye mahkûm edilmesini talep hakkı daima saklıdır. TBK m. 126'da alacaklının sözleşmenin süresinden önce sona ermesi yüzünden uğradığı zararın giderilmesini de isteyebileceği belirtilmektedir. Bu hüküm çerçevesinde, borçlu kusursuz olduğunu ispatlayamazsa, sözleşmede kararlaştırılan veya kanunda belirtilen zamana kadar yürürlükte kalsaydı sözleşmeyi fesheden alacaklının elde edecek iken kaybettiği kazancına ilişkin zararını da tazmin edecektir¹⁵⁶⁴. Rekabet yasağına aykırı davranan işçinin işverene verdiği zararların giderilmesi TBK m. 446'da özel olarak düzenlendiğinden, anılan hükmün rekabet yasağı kayıtları açısından pratik bir önemi yoktur.

II. Karşı Edim Borcunun İhlali

1. Eda (Alacak) Davası ve İlamsız İcra Takibi

Rekabetten kaçınma borcu karşılığında hak ettiği karşı edim ödenmeyen işçinin öncelikli olarak başvurabileceği hukuki yol, işverene karşı bir eda davası açarak karşı edim alacağının tahsilini sağlamaktır. Şüphesiz işçinin karşı edimi talep edebilmesinin ön koşulu alacağın muaccel hale gelmesidir. Alman hukukunda, kural olarak, aksi sözleşmeyle kararlaştırılmadıkça karşı edim her ayın sonunda ödenir. Alman öğretisindeki yaygın eğilim; kanundaki ay sonu (*Monatsende*) sözcüğüyle takvim ayının sonunun kastedilmediğini, örneğin iş sözleşmesi ay ortasında önelsiz feshedildiği takdirde karşı edimin de ertesi ayın ortasında muaccel hale geleceği görüşünü savunmaktadır¹⁵⁶⁵. Buna karşın, bu yaklaşımın pratik nedenlerden ötürü isabetsiz olduğu belirtilerek Stuttgart İş Mahkemesi'nin karşı edimin de ücret gibi ay

¹⁵⁶⁴ Öz, s. 18.

¹⁵⁶⁵ Heyman/Henssler § 74b Rn. 8.

ortasında muaccel olacağına ilişkin içtihadı eleştirilmiştir¹⁵⁶⁶. Ayrıca karşı edimin bir bölümünün avans olarak verilmesi veya karşı edim tutarının tamamının iş ilişkisinin bitiminde ödenmesi gibi işçinin lehine olacak tarzda bir muacceliyet tarihinin de kararlaştırılması mümkündür¹⁵⁶⁷. Alman hukukunda işverenin karşı edim taksitini vadesinde ifa etmemesi halinde işçinin eda davası açabileceği kabul edilmektedir¹⁵⁶⁸. Türk hukukunda işverenin karşı edim borcunun ifa zamanını bir vadeye bağlayan bir kanun hükmü yoktur. Dolayısıyla karşımıza iki olasılık çıkmaktadır. İlk olasılık rekabet yasağı kaydında karşı edimin ifa zamanının tayin edilmesidir. Karşı edimin rekabet yasağı süresinin sonuna kadar aylık eşit taksitler halinde ödeneceğinin kararlaştırılması akla gelen ilk yöntemdir. Bundan başka; taraflar karşı edimin tamamının iş ilişkisinin sonunda ödenebileceğini kararlaştırabilecekleri gibi, karşı edimin bir bölümünün peşin geri kalanının eşit taksitler halinde ödenmesi tarzında karma bir yöntemi de benimseyebilirler. Öte yandan rekabet yasağı kaydında işçinin karşı edimi rekabet yasağı süresinin dolduğu tarihte alabileceği şeklinde bir düzenlemeye de gidilebilir. Hatta işçinin karşı edime hak kazanması, rekabet yasağı süresi sırasında rekabetten kaçınma borcuna aykırı davranmamasına ilişkin bir geciktirici koşula bağlanarak karşı edimin tamamın rekabet yasağı süresinin sonunda ödenmesi dahi olanaklıdır. Şayet rekabet yasağı kaydında karşı edim için herhangi bir ifa zamanı (vade) öngörülmemişse rekabet yasağının yürürlüğe girmesiyle beraber karşı edim borcu da muaccel hale gelir. Zira ifa zamanı kararlaştırılmayan borç doğumu anında muaccel olmaktadır (TBK m. 90).

Muaccel bir karşı edimi ifa etmeyen işveren işçi tarafından temerrüde düşürülebilir. Karşı edim için bir vadenin belirlenmediği durumlarda işverenin temerrüde düşmesi için işçinin ihtar şarttır (TBK m. 117/1). Buna karşılık, işverenin karşı edimi ödeyeceği gün sözleşmeyle belirlenmişse, bu günün geçmesiyle işveren temerrüde düşmüş olur (TBK m. 117/2). Dolayısıyla karşı edimin her ayın başında eşit taksitler halinde ödeneceğinin kararlaştırıldığı bir rekabet yasağı kaydında karşı edim taksitini ödemeyen işveren temerrüde düşer. Burada dikkat edilmesi gereken nokta, işverenin bir karşı edim taksitini ifada temerrüde düşmesinin işçiye henüz vadesi gelmemiş taksitleri talep hakkını kazandırmayacağıdır. Şüphesiz işverenin

¹⁵⁶⁶ *Bauer/Diller*, s. 271.

¹⁵⁶⁷ *Bauer/Diller*, s. 271.

¹⁵⁶⁸ *Grüll/Janert*, s. 106.

taksitlerinin bir veya bir kaçını ödememesinin sonraki taksitleri de muaccel kılacağına yönelik bir sözleşme kaydı da hukuka aykırı değildir. Karşı edim alacağı vadesinde ödenmeyen açacağı bir alacak (eda) davasıyla karşı edim alacağının işverenden tahsilini talep edebilir. İşçi vadesinde ödenmeyen karşı edim alacağı için işverenden faiz de isteyebilir¹⁵⁶⁹. Karşı edime uygulanacak faizin türü, rekabet yasağı kayıtlarıyla ilintili davalarda hangi mahkemenin görevli olduğu sorusuna verilecek yanıtı bağlıdır. Rekabet yasağı kaydından doğan davaların iş mahkemelerinin görev alanına girdiği görüşü doğru kabul edilirse, sözleşmeyle aksi kararlaştırılmadığı sürece karşı edime yasal temerrüt faizi yürütülür. İş mahkemesinde açtığı bir davayla hukuki himaye talebinde bulunan işçinin karşı edim alacağına, mevduata uygulanan en yüksek faiz işletilemez. Zira karşı edimin ücret kavramı kapsamında değerlendirilmesi olanak dışıdır. Aksine rekabet yasağı kaydıyla ilintili davalarda asliye ticaret mahkemeleri görevli sayılırsa işçi karşı edim alacağının avans faiziyle birlikte tahsilini isteyebilir. Görülüyor ki, rekabet yasağı kaydından doğan davalara bakmakla görevli mahkemeye ilgili süren tartışma ve yaşanan görüş ayrılıkları, işçinin karşı edim alacağına uygulanacak faiz türünü dahi etkileyebilecek niteliktedir. İfa zamanı sözleşmeyle kararlaştırılan bir karşı edime uygulanacak faizin başlangıç tarihi karşı edimin vade tarihidir. İş sözleşmesinden kaynaklanan alacaklarda işverenin temerrüde düşmesini işçinin bir ihtar göndermesine, dava açmasına ve ilamsız icra takibi yapmasına bağlayan yerleşik Yargıtay içtihadının vade anı sözleşmeyle saptanmış karşı edim alacaklarında uygulanma yeri yoktur. Çünkü iş sözleşmesinden doğan alacakların ifa zamanı kanunla tayin edildiğinden işverenin temerrüde düşürülebilmesi için işçinin ihtar göndermesi, dava açması veya ilamsız icra takibi yapması vazgeçilmez bir koşuldur.

Üzerinde durulması uygulama açısından yararlı olabilecek öteki bir konu, işçinin karşı edim alacağı için bir belirsiz alacak davası veya kısmi dava açıp açamayacağıdır. Karşı edimin doğrudan bir miktar para olarak kararlaştırıldığı rekabet yasağı kayıtlarında alacak belirlidir: rekabet yasağı kaydında işveren işçinin rekabet etmeme borcuna karşılık rekabet yasağı süresi boyunca her ayın sonunda 5.000 TL ödemeyi üstlenmiş olduğunu varsayalım. Burada karşı edim alacağı bütün unsurlarıyla birlikte işçi tarafından bilinebilir ve hesap edilebilir durumdadır. O halde karşı edim sabit bir parasal tutar üzerinden saptanmışsa, işçinin belirsiz alacak davası

¹⁵⁶⁹Haefliger, s. 98.

veya kısmi dava açması mümkün değildir; böyle bir dava açmakta işçinin hukuki yararı bulunmadığından hâkim davayı dava şartı eksikliğinden reddetmelidir. Aksine işçinin son ücretine göre tespit edilmiş bir karşı edimin belirsiz bir alacak olması kuvvetli bir olasılıktır. Şöyle ki sosyal sigorta primi ve gelir vergisi kaçırma güdüsüyle hareket eden kimi işverenlerin işçinin sigorta primine esas kazancını fiilen ödedikleri ücretin altında göstermeleri çalışma yaşamının yadsınamaz gerçeklerinden olup, anılan olgu iş mahkemelerini ve Yargıtay'ı uğraştıran konular arasında ön sıralarda yer almaktadır. Şu halde, karşı edim işçinin son ücreti üzerinden belirlenmişse ve ücret de çekişmeliyse işçi, belirsiz alacak davası veya kısmi dava açabilmelidir. Ne var ki işçinin ücreti hususunda taraflar arasında anlaşmazlık yoksa karşı edim belirli alacak niteliği kazandığından işçi karşı edim alacağının tamamını talep etmelidir. İşçiden herhangi bir alacağı olan işveren de cevap dilekçesinde ileri süreceği bir defa kanalıyla söz konusu alacağını işçiye olan karşı edim borcuyla takas edebilir. Kanun özel bir zamanaşımı süresi öngörmediğinden, karşı edim alacağı on yıllık zamanaşımı süresine tabidir (TBK m. 146). Karşı edim ücret sayılmadığından ücret alacağına uygulanan beş yıllık zamanaşımı süresi, karşı edim için geçerli değildir. Rekabet yasağı kaydında işveren karşı edimi taksitler halinde ödemeyi borçlanmışsa zamanaşımı süresi her bir taksit için ayrı ayrı hesaplanır; bir taksitin zamanaşımına uğraması gelecek taksitin zamanaşımına uğramasını gerektirmez¹⁵⁷⁰. İşverenin iş sözleşmesinin bittiği tarihte toptan ödemeyi taahhüt ettiği bir karşı edimin zamanaşımına uğrayacağı tarihin tespitinde ise, iş sözleşmesinin sona erdiği an dikkate alınır. Karşı edim alacağı belirsiz olduğu takdirde, işçi bir belirsiz alacak davası açarak alacağın tamamı için zamanaşımını kesebilir. Buna karşılık, fazlaya ilişkin haklar saklı tutularak açılan bir kısmi dava, karşı edim alacağının dava dilekçesinde talep edilmeyen bölümü için zamanaşımını kesmez. İşçinin ıslahla talep ettiği karşı edim alacağı ıslah tarihiyle itibariyle zamanaşımına uğramışsa işveren ıslah dilekçesine karşı bir zamanaşımı defa dermeyan ederek işçinin ıslahla talep ettiği karşı edim alacağını ödemekten kaçınabilir.

¹⁵⁷⁰ Örnek: Rekabet yasağı kaydında işverenin rekabet yasağı süresi boyunca her ayın ilk günü işçinin iş sözleşmesinin sona erdiği tarihteki ücretinin yarısı kadar bir karşı edim ödeyeceği kararlaştırılmıştır. İş sözleşmesi 1.1.2012 tarihinde son bulur ve rekabet yasağı yürürlüğe girer. İşçinin aylık son ücreti 8.000 TL'dir. İşveren 2012 Ocak ayına ait karşı edim taksitini 1.2.2012'de, 2012 Şubat ayına ait karşı edim taksitini ise 1.3.2012'de ödeyecektir. 2012 Ocak ayına ait karşı edim taksiti 1.2.2022'de, 2012 Şubat ayına ait karşı edim taksiti ise 1.3.2022'de zamanaşımına uğrayacaktır.

Karşı edimin parasal bir edim olarak kararlaştırıldığı hallerde işçi, karşı edim alacağı için ilamsız icra takibi yapabilir (İİK m. 42). Ne var ki karşı edim borcu için genel haciz yoluyla takibe muhatap olan işveren yedi gün içinde takibe itiraz ederek icra takibini durdurma hakkına sahiptir. Bu durumda, karşı edim alacağına kavuşmak isteyen işçinin başvurabileceği tek hukuki çare, itirazın iptali davası açarak borçlunun (işverenin) itirazını kaldırmaktır. İşverenin icra inkâr tazminatına mahkum edilip edilmeyeceği konusu karşı, edim alacağının likit (belirli) olup olmadığıyla yakından ilişkilidir. Şayet rekabet yasağı kaydında karşı edim işçinin son ücretinin belli bir yüzdesi olarak belirlenmişse ve ücretin tutarı taraflar arasında ihtilaflıysa, karşı edim likit (belirli) değildir; dolayısıyla işveren icra inkâr tazminatına mahkûm edilemez. Buna karşılık, işçi karşı edim alacağının miktarını tam ve kesin olarak belirleyebiliyorsa alacak likit (belirli) sayılacağından, mahkeme işvereni asıl alacağın %20'sinden az olmamak üzere icra inkâr tazminatına mahkûm edecektir. Bu bakımdan, işçinin likit (belirli) bir karşı edim alacağı için eda davası açmaktansa genel haciz yoluyla icra takibi yapması daha rasyonel bir yoldur. Çünkü likit (belirli) bir karşı edim borcuna itiraz ettiği takdirde asıl alacağın asgari %20'si tutarında bir icra inkâr tazminatına mahkûm edileceğinin farkında olan işveren, borca itiraz etmeyerek karşı edimi yedi gün içinde ödemeyi yeğleyebilecektir.

2. Rekabet Yasağı Kaydının (Sözleşmesinin) Feshi

İşverenin karşı edim borcunu ifada temerrüde düşmesi halinde, işçi ifa ve temerrüt faizi isteyebileceği gibi, TBK m. 126'ya göre rekabet yasağı sözleşmesini feshederek, sözleşmenin süresinden önce sona ermesi yüzünden uğradığı zararın da giderilmesini de talep edebilir. Alman hukukunda karşı edim alacağı ödenmeyen işçinin rekabet yasağı sözleşmesini feshedebilmesi için işverene § 323 Abs. 1 BGB uyarınca bir önel vermesi zorunludur¹⁵⁷¹. Uygulamada iki veya azami üç haftalık bir süre yeterli görülmektedir¹⁵⁷². İşveren süre dolana kadara karşı edimi ödemezse, işçi rekabet yasağı sözleşmesini feshedebilir ve buna ek olarak zararının giderilmesini de talep edebilir. Fesih bildiriminde bulunan işçi rekabetten kaçınma yükümlülüğünden kurtulur; ancak gelecekteki karşı edim taksitlerini talep hakkı da ortadan kalkar¹⁵⁷³. İsviçre öğretisinde işçinin karşı edimi ödemeyen işverene bir mehil vermesi gerektiği

¹⁵⁷¹ *Bauer/Diller*, s. 276.

¹⁵⁷² *Bauer/Diller*, s. 276; *Grüll/Janert*, s. 106.

¹⁵⁷³ *Bauer/Diller*, s. 276; *Grüll/Janert*, s. 106.

ve işveren bu süre içinde karşı edim borcunu ifa etmezse işçinin rekabet yasağı sözleşmesini feshederek sözleşmenin süresinden önce sona ermesinden önce ortaya çıkan zararının tazminini isteyebileceği ifade edilmektedir¹⁵⁷⁴. İşçi rekabet yasağı sözleşmesini feshettiği anda rekabet yasağından doğan sürekli borç ilişkisi ileriye etkili olarak (*ex nunc*) hemen sona erer; böylece işçi fesih tarihinden başlayarak rekabet etmeme borcundan kurtulur, ancak fesih tarihiyle rekabet yasağının yürürlükten kalktığı tarih arasındaki döneme denk gelen karşı edim alacağını da yitirir¹⁵⁷⁵.

TBK m. 126'da sözleşmeyi fesheden alacaklının sözleşmenin süresinden önce sona ermesi yüzünden uğradığı zararın da giderilmesini isteyebileceği belirtilmektedir. Bu düzenleme, sözleşmeyi fesheden alacaklıya sözleşmenin süresinden önce sona ermesinden dolayı ortaya çıkan olumlu (müspet) zararın tazminini isteme hakkı vermektedir. Rekabet yasağı sözleşmesini fesheden işçinin yoksun kaldığı karşı edim bir olumlu zarar kalemidir. Konuyu somut bir örnekle aydınlatalım: 'İşverenin rekabet yasağına karşılık işçiye her ay 2.000 TL karşı edim ödemesi kararlaştırılmıştır. Yasağın süresi bir yıldır. İşverenin karşı edim taksitlerini ödemede temerrüde düşmesi üzerine işçi ikinci ayın sonunda rekabet yasağı sözleşmesini fesheder. Böylece işçi 20.000 TL (10 ay x 2.000 TL) karşı edim alacağından yoksun kalır. İşçi rekabet yasağı sözleşmesini işverenin temerrüdü yüzünden feshetmeseydi rekabet yasağı süresi doluncaya kadar toplam 20.000 TL daha karşı edim alacaktı. İşte bu 20.000 TL işçinin olumlu zararı olup, işçi işveren aleyhine bir tazminat davası açarak söz konusu olumlu zararının tazminini talep edebilir.' Bununla birlikte, rekabet yasağı sözleşmesini feshettikten sonra rakip bir işletmede işe başlayan veya kendi hesabına rakip bir işletme kuran işçinin elde ettiği gelirler bakiye süreye ilişkin karşı edim alacağından indirilmelidir. Zira fesih sonucunda rekabet yasağından kurtulan işçinin feshi izleyen dönemde eski işvereniyle rekabet ederek sağladığı kazanç zararını azaltmaktadır. Az önce aktardığımız örneği şöyle değiştirelim: 'İşverenin rekabet yasağına karşılık işçiye her ay 2.000 TL karşı edim ödemesi kararlaştırılmıştır. Yasağın süresi bir yıldır. İşverenin karşı edim taksitlerini ödemede temerrüde düşmesi üzerine işçi ikinci ayın sonunda rekabet yasağı sözleşmesini fesheder. Böylece işçi 20.000 TL (10 ay x 2.000 TL) karşı edim alacağından yoksun kalır. Ne var ki rekabet yasağından kurtulan işçi,

¹⁵⁷⁴Haefliger, s. 98.

¹⁵⁷⁵Grüll/Janert, s. 106.

bir ay sonra, ortadan kalkan rekabet yasağının kapsamındaki rakip bir işletmede işe başlar. Rakip işletme işçiye 1.500 TL aylık ücret öder; işçi feshedilen rekabet yasağı sözleşmesinin yürürlük süresi doluncaya kadar rakip işletmede çalışmaya devam eder. İşçi rekabet yasağı sözleşmesini işverenin temerrüdü yüzünden feshetmeseydi rekabet yasağı süresi doluncaya kadar toplam 20.000 TL daha karşı edim alacaktı. Ancak rekabet yasağı sözleşmesinin feshiyle birlikte rekabetten kaçınma borcundan kurtulan işçi rakip işletmede çalışması sayesinde toplam 10.500 TL ücret geliri elde etmiştir. Zikredilen bu tutar işçinin fesih nedeniyle yitirdiği karşı edimden düşülmelidir. Sonuç olarak, işçinin işverenden talep edebileceği tazminat 9.500 TL'dir.' İşçinin uğradığı olumlu (müspet) zarardan kaynaklanan tazminat alacağı on yıllık genel zamanaşımına tabidir. Tazminata uygulanacak faizin türü, rekabet yasağı kayıtlarıyla ilintili davalarda hangi mahkemenin görevli olduğu sorusuna verilecek yanıtta göre değişmektedir. Rekabet yasağı kaydından doğan davaların iş mahkemelerinin görev alanına girdiği görüşü doğrultusunda hareket edilirse, sözleşmeyle aksi kararlaştırılmadığı takdirde işçinin tazminat alacağına yasal temerrüt faizi yürütülür. Tersine rekabet yasağı kaydıyla ilintili davalarda asliye ticaret mahkemeleri görevli sayılırsa, işçi tazminat alacağına avans faizi uygulanmasını isteyebilir.

Acaba işverenin karşı edim borcunu ifa etmemesi halinde işçi bir ödemezlik defi ileri sürerek rekabet etmeme borcunu yerine getirmekten kaçınabilir mi? Gerçekten karşılıklı borç yükleyen bir sözleşmede, taraflardan biri borçlandığı edimi ifa etmeden veya ifasını teklif etmeden, ifayı talep ederse, diğer taraf ödemezlik define dayanarak ifadan kaçınabilir (TBK m. 97). Alman hukukunda işçinin sözleşmenin ifa edilmemesi halinde bir ödemezlik defi ileri sürerek, temerrüt halindeki işveren karşı edimi tekrar ödemeye başlayıncaya kadar işverenle rekabet edip edemeyeceği tartışmalıdır. Alman doktrinindeki egemen görüş, rekabet yasağı kaydı § 323 BGB uyarınca rekabet yasağı kaydı feshedilmediği müddetçe işçinin rekabet yasağına uymakla yükümlü olduğu yönündedir¹⁵⁷⁶. Zira rekabet yasağına aykırı bir davranışın borçlanılan bir edim açısından ödemezlik define kullanılmasından çok, halen mevcut bir hukuki yükümlülüğün ihlali anlamına geldiği belirtilmektedir. Ayrıca yapmama borçlarının hapis hakkına (*Zurückbehaltungsrecht*) konu olamayacağı, çünkü hapis hakkı kullanıldığında yapmama borcunun hemen

¹⁵⁷⁶ BAG 5.10.1982 AP 42 zu § 74 HGB, *Röhler/Borrmann*, s. 132.

imkânsızlaştığı vurgulanmaktadır¹⁵⁷⁷. Türk hukukunda da karşı edim yükümlülüğünü yerine getirmeyen işverene karşı işçinin ödemezlik definden yararlanma yoluna gidemeyeceği, çünkü ödemezlik define dayanılarak rekabet teşkil eden bir faaliyette bulunulmasının edimin yerine getirilmesinden kaçınılmasına değil, mevcut bir yükümlülüğe aykırı davranılarak ifanın değerini bütünüyle yitirmesine yol açacağını, bu sonucun ödemezlik definin dürüstlük kuralına göre ancak ifayı anlamsızlaştırmayacak sınırlar içinde kalınarak kullanılabilir olması düşüncesine dayandığı öne sürülmüştür¹⁵⁷⁸. Gerçekten iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde edimlerden biri yapmama borcu niteliğindeyse yapmama borcunu yüklenen tarafın ödemezlik defini kullanması eşyanın doğasıyla bağdaşmamaktadır. Zira borçlu yapmama borcunu bir kere dahi ihlal ettiğinde alacaklının sözleşmenin ifasından beklediği menfaat ortadan kalkmaktadır. Bu durum, özünde işverenin haklı menfaatlerini korumak amacıyla kararlaştırılan rekabet yasağı kayıtları açısından çok daha belirgindir. Örneğin işverenin karşı edim taksitlerinden birini ödeme temerrüde düşmesi üzerine, sözüm ona ödemezlik defini kullanarak rakip bir işletmeye giren ve eski işverenin bütün iş sırlarını rakip işletmeye aktaran işçinin, karşı edim taksitini ödenmesinden sonra rekabet yasağına aykırı faaliyetini durdurması, rekabet yasağının uygulanmasından beklediği menfaat ağır şekilde zedelenen işveren için artık herhangi bir anlam taşımayacaktır. Sonuç olarak, karşı edim içeren bir rekabet yasağı kaydı dahi, işçiye bir maddi menfaat temin etmek için değil işverenin birtakım işletmesel menfaatlerini korumak amacıyla kararlaştırıldığından ve söz konusu sözleşmenin ayırıcı niteliğini ortaya koyan borç işçinin rekabet etmeme yükümlülüğü olduğundan, karşı edim alacağı vadesinde ödenmeyen işçi ödemezlik define sığınarak rekabetten kaçınma borcuna aykırı davranamaz; dolayısıyla rekabet yasağına aykırı davranışın temelinde işverenin karşı edim borcunu ifa etmemesinin yatması, rekabet yasağına aykırılığın hukuki yaptırımlarına karşı işçiye herhangi bir bağışıklık kazandırmaz. Rekabet yasağından kurtulmak isteyen işçinin elindeki tek hukuki yol, işverenin karşı edimi ödemedi mütemerrit olmasına dayanarak rekabet yasağı sözleşmesini feshetmektir.

¹⁵⁷⁷ *Bauer/Diller*, s. 276.

¹⁵⁷⁸ *Soyer*, 92.

§ 8. İŞVERENİN DEĞİŞMESİNİN REKABET YASAĞI KAYDINA ETKİSİ

I. İşyeri Devri

1. İşyerinin İş İlişkisi Sırasında Devri

İş hukukunun işyeri devrine bağladığı başlıca sonuç, devir tarihinde işyerinde mevcut olan iş sözleşmelerinin bütün hak ve borçları ile birlikte devralana geçmesidir. Bu doğrultuda, işyerinin tamamı veya bir bölümü hukuki bir işlemle başkasına devredildiğinde işyerinde veya bir bölümünde mevcut olan iş sözleşmelerinin bütün hak ve borçlarıyla birlikte devralana geçeceği gerek Borçlar Kanunu'nda de İş Kanunu'nda emredici kurallarla düzenlenmiştir (TBK m. 428/1, İK m. 6/1)¹⁵⁷⁹. İşyerinin devriyle birlikte devralan işverene intikal eden iş sözleşmesinin bir rekabet yasağı kaydı içermesi veya devir tarihinde önce devreden işverenle işçi arasında ayrı bir rekabet yasağı sözleşmesi bağlanmış olması, rekabet yasağı kaydından doğan hak ve borçların da devir sonucunda devreden işverene geçip geçmeyeceği tartışmasını beraberinde getirmektedir. Alman hukukunda işyeri veya işyerinin bir bölümü devredildiğinde işyerinde var olan iş ilişkileri ayrı bir hukuki işlemde gerek kalmaksızın kendiliğinden devralan işverene geçmektedir (§ 613a BGB). Bu bağlamda, devir sonucunda yalnızca iş görme ve ücret gibi temel hak ve borçların değil; ikincil hak ve borçların da devralana intikal ettiği vurgulanmaktadır¹⁵⁸⁰. Alman öğretisinde bu konuda görüş belirten yazarların ezici çoğunluğuna göre, devir sonucunda iş ilişkisinin yanında taraflarca kararlaştırılan sözleşme sonrası rekabet yasağı da devralan işverene geçer¹⁵⁸¹. Rekabet yasağının iş sözleşmesinde yer almasının veya iş ilişkisi sırasında kararlaştırılmasının yasağın devralan işverene geçişi üzerinde herhangi bir olumsuz etkisi yoktur¹⁵⁸². Ayrıca devreden işverenin fesih bildiriminde bulunduktan sonra bildirim süresi içinde işyerini devretmesinin rekabet yasağının devralan işverene geçmesini

¹⁵⁷⁹ İşyeri devri konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. *Güzel*, Ali: İşverenin Değişmesi-İşyerinin Devri ve Hizmet Akitlerine Etkisi, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1987. *Özkaraca*, Ercüment: İşyeri Devrinin İş Sözleşmelerine Etkisi ve İşverenlerin Hukuki Sorumluluğu, Beta, İstanbul 2008.

¹⁵⁸⁰ *Bauer/Diller*, s. 357.

¹⁵⁸¹ *Grunsky*, s. 139; *Grüll/Janert*, s. 81-82.

¹⁵⁸² *Grunsky*, s. 139

engellemeyeceği ifade edilmektedir¹⁵⁸³. Bununla birlikte, Alman doktrininde işyeri devriyle birlikte rekabet yasağı kaydının devralan işverene geçmeyeceğini savunan aykırı seslere de rastlanmaktadır. *Nägele* işyeri devrinin iş ilişkisine bağlı her hukuki ilişkinin devralana geçmesi sonucu doğurmadığına ve örneğin işçiye tahsis edilen konutun kiralanmasından kaynaklanan hak ve borçların devralan işverende kaldığına işaret ederek iş ilişkisine bağlı olmakla birlikte doğrudan iş ilişkisinden doğmayan yükümlülüklerin devralan işverene geçmeyeceğini iddia etmiştir. Yazar rekabet yasağının iş sözleşmesinden tamamen bağımsız olarak iş ilişkisinden önce veya sonra kararlaştırılabileceğini, bundan dolayı işyerini devreden işverende kalacağını ve rekabet yasağının devralan işverene ancak ayrı bir hukuki işlemle devredilebileceğini ileri sürmektedir¹⁵⁸⁴. Buna karşın bu görüşün isabetli olmadığı; zira anılan yaklaşım benimsendiğinde iş ilişkisinin işyeri devri nedeniyle sona ermesiyle rekabet yasağının da derhal yürürlüğe gireceği, işyerinin tamamının veya bir bölümünün rakip bir işletmeye devredildiği hallerde böyle bir görüşün işçinin rakip işletmeye geçen iş sözleşmesini derhal feshetmek zorunda kalması gibi paradoksal bir durum yaratacağı dile getirilmiştir¹⁵⁸⁵. Gerçekten böyle bir durumla karşı karşıya kalan işçi, iş sözleşmesini feshetmekle rekabet yasağına aykırı davranmak arasında bir seçim yapmak zorundadır. Ayrıca işyerini rakip bir işletmeye devretmek suretiyle işçinin rekabet teşkil eden bir faaliyet yürütmesine sebebiyet veren taraf da devreden işverendir. Buna karşın, devreden işverenin rekabet yasağı anlaşmasına dayanması hakkın kötüye kullanılması sayılabilecektir. Sonuç olarak, işyerinin iş ilişkisi sürerken devredilmesi halinde rekabet yasağı kaydının da devralana geçeceğini savunan baskın görüşün yerinde olduğu vurgulanmaktadır¹⁵⁸⁶. Dolayısıyla işyeri devri Alman hukukunda rekabet yasağının sona ermesine yol açmamakta, rekabet yasağı devralan işverenle işçi arasındaki iş ilişkisi sona erdiğinde yürürlüğe girmektedir¹⁵⁸⁷.

Alman doktrini işletmeyle ilişkilendirilmiş rekabet yasaklarında, rekabet yasağının devralan işverene geçişiyle beraber rekabet yasağının kapsamında da bir değişiklik meydana geleceği hususunda görüş birliği içerisindedir¹⁵⁸⁸. Ne var ki

¹⁵⁸³ *Bauer/Diller*, s. 357.

¹⁵⁸⁴ *Bauer/Diller*, s. 357–358.

¹⁵⁸⁵ *Bauer/Diller*, s. 358.

¹⁵⁸⁶ *Bauer/Diller*, s. 358.

¹⁵⁸⁷ *Bauer/Diller*, s. 358.

¹⁵⁸⁸ *Bauer/Diller*, s. 358.

işçiye karşı edim ödeyecek işveren, rekabet yasağından bir yarar sağlayabilmelidir. Ayrıca devralanın tersine, devreden işverenin rekabet yasağından bir menfaati de kalmayacaktır. Örneğin başlangıçta deterjan ve ilaç sektöründe faaliyet gösteren ve daha sonra ilaç sektöründen ayrılan bir kimya firmasının şimdiye kadar ilaç bölümünde istihdam ettiği işçinin sonradan deterjan üreten rakip bir işletmede çalışmaya başlamamasında önemli bir menfaattir söz edilemez¹⁵⁸⁹. Çünkü ilaç alanında çalışan işçinin deterjan üretimine ilişkin özel bilgilere sahip olması genellikle mümkün değildir. Aksine işletmenin ilaç üretimiyle ilgili bölümünü devralan işverenin kilit konumdaki personeli kendisine bağlamakta ve rakip bir ilaç firmasına kaptırmamakta önemli menfaati vardır. Öte yandan, kural olarak, rekabet yasağının konu bakımından kapsamı işyeri devirlerinde de dinamik bir özellik göstermekte ve ‘...İşçinin işverenle rekabet halindeki herhangi bir işletmede çalışması yasaktır...’ tarzındaki alışılmış rekabet yasağı kayıtları işyerini devralan işverene de bir güvence sunmaktadır¹⁵⁹⁰. Böylece işçi gelecekte ne devreden işverenle ne de devralan işverenle rekabet eden bir işletmede iş göremeyecektir. Rekabet yasağının konu açısından kapsamının sektör adı belirtilerek tanımlandığı rekabet yasağı kayıtları ise oldukça sorunludur. Devreden işverenle işçi arasında bağitlanan iş sözleşmesinde şöyle bir rekabet yasağı kaydı, örnek olarak verilebilir: ‘...İşçi deterjan veya farmasotik ürünler üreten herhangi bir işletmede çalışamaz...’. Burada iş ilişkisinin devir tarihinde mevcut olan tüm hak ve borçlarla birlikte devralana geçeceğine ilişkin kural mutlak bir şekilde uygulanacağından, devralan işveren işlerin türü (konu) açısından sınırlanmış bir rekabet yasağı kaydından doğan hak ve borçları üstlenmiş olacaktır¹⁵⁹¹. Menfaatler dengesiyle çok fazla bağdaşmayan bu çözüm işyerinin devrini düzenleyen §613 BGB’nin öngördüğü yasal konsept çerçevesinde kaçınılmaz görünmektedir. Bundan dolayı, rekabet yasağının kapsamının belli sektörlere yollama yapılmak suretiyle tanımlanmasından sakınılması gerektiği, soyut bir rekabet ilişkisinin varlığı belirtilerek yasağın konu bakımından kapsamının sınırlarının çizilmesinin her halükarda daha uygun olacağı vurgulanmaktadır¹⁵⁹².

¹⁵⁸⁹ Bauer/Diller, s. 359.

¹⁵⁹⁰ Bauer/Diller, s. 359.

¹⁵⁹¹ Bauer/Diller, s. 359.

¹⁵⁹² Bauer/Diller, s. 359.

Alman hukukunda işverenin haklı bir işletmesel menfaati yoksa rekabet yasağı bağlayıcı kabul edilmemektedir. İşverenin rekabet yasağının uygulanmasında haklı bir işletmesel menfaatinin bulunup bulunmadığının değerlendirilmesinde rekabet yasağının kararlaştırıldığı tarih değil, iş sözleşmesinin sona erdiği an göz önünde bulundurulur¹⁵⁹³. Şayet devralan işverenin rekabet yasağının uygulanmasında haklı bir işletmesel menfaati varsa, devreden işverenin işçinin rekabet etmeme edimini yerine getirmesinde hiçbir menfaati olmasa bile rekabet yasağı bağlayıcı sayılmaktadır¹⁵⁹⁴. Tersine devreden işverenin işçinin rekabet yasağına uymasında yeterli bir işletmesel menfaati bulursa dahi devralan işveren açısından herhangi bir menfaatin yokluğu rekabet yasağının bağlayıcı olmamasına yol açacaktır¹⁵⁹⁵. Ayrıca işçinin işyeri devri sonucunda rekabet yasağında gerçekleşen değişikliklere, özellikle rekabet yasağının konu bakımından kapsamının değişen rekabet durumu nedeniyle bambaşka bir görünüme bürünmesine ve yasağın farklı işletmesel menfaatler nedeniyle bağlayıcı bir hale gelmesine katlanması gerektiği kaydedilmektedir¹⁵⁹⁶. Buna karşılık, rekabet yasağının kapsamı çok dar tutulduğu takdirde, işveren rekabet yasağı sözleşmesini değiştirebilmek için işçiyle pazarlık yapmak zorunda kalacaktır¹⁵⁹⁷. Rekabet yasağının kapsamının son derece geniş tutulmasından dolayı devralan işverenin yasağa yönelik haklı bir işletmesel menfaati bulunmadığı takdirde işveren, ya işçiyle anlaşarak rekabet yasağının kapsamını daraltacak veya § 75a HGB'ye dayanarak rekabet yasağından vazgeçtiğini açıklayacaktır. Aksi halde işveren, anlamsız bir rekabet yasağı için karşı edim ödeyecektir¹⁵⁹⁸. İşçi işyeri devrinin ardından önceki işvereniyle sınırsız bir biçimde rekabet edebilir. Örneğin işyerinin bir bölümünün devri gibi bir nedenden ötürü eski işçisinin rekabetten kaçınma borcunu yerine getirmesinde hala bir menfaati olan devreden işveren, ancak işçiyle ayrı bir rekabet yasağı sözleşmesi akdederek kendisini koruyabilir¹⁵⁹⁹. İşyeri devrinden önce kurulan böyle bir sözleşme rekabet yasağı kaydına ilişkin kurallara (§ 74 ff. HGB) tabidir. Buna göre, devreden işverenle işçi, işyeri başka bir işverene devredilse bile rekabet yasağının geçerliliğini sürdüreceğini kararlaştırabilir. Ayrıca

¹⁵⁹³ Öğretide diğer bir görüş, devralan işverenin rekabet yasağının sürdürülmesinde haklı bir işletmesel menfaatinin bulunup bulunmadığının saptanmasında devir anının belirleyici olduğunu savunmaktadır. Buna göre devralan işveren başka bir sektörde faaliyet göstermeye başladığı veya işyerini kapattığı takdirde rekabet yasağının devamındaki haklı işletmesel menfaat de ortadan kalkar. *Grüll/Janert*, s. 83.

¹⁵⁹⁴ *Grunsky*, s. 360.

¹⁵⁹⁵ *Bauer/Diller*, s. 360.

¹⁵⁹⁶ *Bauer/Diller*, s. 360.

¹⁵⁹⁷ *Grüll/Janert*, s. 82.

¹⁵⁹⁸ *Bauer/Diller*, s. 360.

¹⁵⁹⁹ *Bossmann*, s. 360.

devredenle devralanın taraf olduğu işyeri devir sözleşmesi, rekabet yasağının devreden işverenin korunmaya değer ticari alanını da kapsamaması konusunda devralan işverene bir borç yükleyebilir¹⁶⁰⁰.

Alman hukukunda işçi iş ilişkisinin devrine itiraz edebilmekte ve iş ilişkisinin devredenle sürmesini sağlayabilmektedir (§613 a Abs. 6 BGB). Böylece işçi, işletmenin eski işveren tarafından tamamen devredildiği hallerde rekabet yasağı engelini takılmaksızın rakip bir işletmeye geçebilecektir. İşletme bünyesinde işçiyi istihdam edebileceği başka bir işyeri bulunmayan devreden işveren, iş sözleşmesini işletme gereklerine dayanarak feshedecek; işletme gereklerine dayanan bu fesih işçiye rekabet yasağını § 75 Abs. 2 HGB çerçevesinde bozma hakkı verecektir¹⁶⁰¹. Ayrıca işçi, eski işverenin rekabet yasağına ilişkin haklı bir işletmesel menfaati bulunmadığını ve dolayısıyla rekabet yasağının kendisini bağlamadığını ileri sürerek rekabet yasağından kurtulabilir. Zira herhangi bir işyerine sahip olmayan bir işverenin rekabet yasağının uygulanmasında artık bir menfaatinden söz edilemez¹⁶⁰². Diğer yandan itiraz hakkı başka bir iş kolunda çalışmayı planlayan işçiye de bazı olanaklar sunmaktadır. Böyle bir işçi rekabet yasağına bağlı kaldığı ve yasaktan § 75 Abs. 2 HGB'ye göre dönmekten vazgeçtiği takdirde, herhangi bir işyeri olmasa dahi işveren karşı edimi ödemekle yükümlüdür¹⁶⁰³. İşyerinin ortadan kalkmasına bizzat işveren neden olduğundan karşı edim ödeme borcu ortadan kalkmamakta; işveren rekabet yasağı sözleşmesini fesih hakkını da kullanamamaktadır. Bununla birlikte, işverenin § 75 a HGB'ye göre rekabet yasağı kaydından hemen dönmek suretiyle yukarıda sıralanan sonuçları yumuşatabileceği belirtilmektedir¹⁶⁰⁴. Devreden ve devralan işveren, işyeri devir sözleşmesinde, devreden işverenin yanında çalışmaya sürdüren işçiye devralan işverenle rekabet etmeme borcunu yüklenebileceğini kararlaştırabilir. Böyle bir sözleşme, işçinin itiraz hakkından veya üç köşeli bir anlaşmayla devreden işverenin yanında çalışmayı sürdürmesinden bağımsız olarak geçerli sayılmaktadır¹⁶⁰⁵. Gerçi böyle bir durumda, devir tarihinden önce devredilen işyerinde çalışan ve devirden sonra devreden işverende kalan işçilerin bilgilerinin ve müşteri ilişkilerinin zayıflamasının, zamanla devralan işverenin rekabet yasağına

¹⁶⁰⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. *Bauer/Diller*, s. 361.

¹⁶⁰¹ *Bauer/Diller*, s. 361.

¹⁶⁰² *Bauer/Diller*, s. 361.

¹⁶⁰³ *Bauer/Diller*, s. 361.

¹⁶⁰⁴ *Bauer/Diller*, s. 361.

¹⁶⁰⁵ *Bauer/Diller*, s. 362.

yönelik haklı işletmesel menfaatlerinin ortadan kalkmasına yol açacağı ifade edilmektedir¹⁶⁰⁶. Rekabet yasağının bağlayıcı olmaktan çıkmasını engellemek ve işçinin seçim hakkını kullanmasını olanaksız kılmak için, rekabet yasağının süresinin devralan işveren bakımından bir veya iki yıla sınırlanmasının uygun olacağı öne sürülmektedir¹⁶⁰⁷.

Hollanda hukukunda işyeri devri, devreden işverenle devralan işveren arasındaki iş sözleşmesinin bütün hak ve borçlarıyla beraber devralan işverene geçmesi sonucunu doğurmaktadır (7:663 BW). Böylece rekabet yasağı kaydı kendiliğinden (*ipso iure*) devralan işverene intikal etmekte ve devralan işverenle işçi arasında geçerli olmaya devam etmektedir¹⁶⁰⁸. Ancak hukuki durumun işyeri devriyle ilgili kanun hükmünün yürürlüğe girmesinden önce farklı olduğu ve rekabet yasağı kaydının özel niteliğini dikkate alan Hollanda Yargıtayı'nın yerleşik içtihadının işyeri devrinde rekabet yasağı kaydının yeniden yazılı olarak kararlaştırılması gerektiği doğrultusunda olduğu belirtilmektedir¹⁶⁰⁹. Bununla birlikte, işyeri devrini düzenleyen kuralların yürürlüğe girmesinin ardından tartışmalar devam etmiş; rekabet yasağı kaydının kendine özgü niteliğinin (işçinin işini serbestçe seçme özgürlüğünün kısıtlanması, rekabet yasağı kaydının güçlü kişisel karakteri, yazılı şekil koşulu ve çoğu genel iş koşulundan farklı olarak rekabet yasağı kaydının hukuki etkisini işçiyle işveren arasındaki iş sözleşmesinin son bulmasından sonra göstermesi) yeni bir yazılı rızayı gerektirip gerektirmediği sorusu yöneltmiştir¹⁶¹⁰. Buna ek olarak, işyeri devrine ilişkin Avrupa Birliği Yönergesi'nin özünde işçiyi korumayı amaçladığı ve işçinin, çalışma özgürlüğünü sınırlayan bir kaydın bağlayıcılığı konusunu devralan işverenle yeniden müzakere etmesinin normun koruma amacıyla bağdaşabileceği görüşünün de hukuki dayanaktan yoksun olmadığı savunulmaktadır¹⁶¹¹. Ne var ki işyeri devrini düzenleyen kanun tasarısının (7:663 BW) gerekçesinde ise, tasarımın iş sözleşmesinin esaslı ve esaslı olmayan unsurları arasında bir ayırım yapmadığı ve iş sözleşmesinden doğan tüm hak ve borçların iş sözleşmesinde yer alan kayıtlarla birlikte devralana geçeceği

¹⁶⁰⁶ Bauer/Diller, s. 362.

¹⁶⁰⁷ Bauer/Diller, s. 362.

¹⁶⁰⁸ Bouwens/Duk, 214; Bouwens/Houwerzijl/Roozendaal, s. 87; Houweling/Loonstra, s. 127; Nunes, s. 38; Treep, s. 65; Van Genderen/Fluit/Stefels/Witte/De Wolff, s. 159. Rekabet yasağının bir türü olan müşteri çevresini koruma kayıtlarının da devir sonucunda devralan işverene geçeceği vurgulanmaktadır. Bolte, 35–36.

¹⁶⁰⁹ Houweling/Loonstra, s. 127.

¹⁶¹⁰ Houweling/Loonstra, s. 128.

¹⁶¹¹ Houweling/Loonstra, s. 128.

açıklanmıştır¹⁶¹². Nitekim Hollanda Yargıtayı, işyeri devrinin sonuçlarını düzenleyen yasa kuralının (7:663 BW) metnine ve gerekçesine dayanarak, kanunda açıkça aksi öngörülmediği sürece, iş sözleşmesinden kaynaklanan bütün hak ve yükümlülüklerin devralan işverene geçeceğine hükmetmiştir¹⁶¹³. Hollanda Yargıtayı'nın komisyon çalışmalarından ve gerekçeden, rekabet yasağı kaydının da 7:663 BW gereğince kendiliğinden devralana intikal edeceği sonucunu çıkarmıştır. Şüphesiz devir tarihinde devralanla devreden arasında hukuken geçerli bir rekabet yasağı kaydının var olması şarttır. Şayet 7:662 BW anlamında bir işyeri devri söz konusu değilse, iş sözleşmesi üçüncü bir kişiye geçse bile rekabet yasağı kaydı yeniden yazılı şekilde kararlaştırılmalıdır¹⁶¹⁴. Hollanda hukukunda işyeri devrinin rekabet yasağına etkisi bağlamında irdelenen diğer bir sorun, devir tarihinden önce fesih bildiriminde bulunmasına karşın devir anında iş ilişkisi devam eden işçinin iş sözleşmesinde yer alan rekabet yasağı kaydının devralan işverene geçip geçmeyeceğidir. İş sözleşmesini devirden iki ay önce 1.7.1984 tarihinde fesheden işçinin temyiz başvurusu üzerine yerel mahkemenin kararını bozan Hollanda Yargıtayı, 7:663 BW'nin yalnızca işyerinin devredildiği tarihte sona ermemiş iş sözleşmelerinden doğan haklara ve borçlara uygulanabileceğini, işçiyle devreden işveren arasındaki iş sözleşmesi devir tarihinden birkaç ay önce son bulduğundan rekabet yasağı kaydının devralan işverene geçmeyeceğine karar vermiştir¹⁶¹⁵. Dolayısıyla devrin gerçekleştiği anda iş sözleşmesinin var olup olmadığı belirleyici olup; iş sözleşmesi devir tarihinden önce ihbar öneli verilerek feshedilen, ancak iş ilişkisi fiilen devir tarihinden sonra sona eren işçi rekabet yasağı kaydıyla bağlı kalmaya devam edecektir. Hollanda öğretisinde şöyle bir örnek verilmektedir: ‘...İki işçiye 27 Temmuz’da süreli fesih bildirim yapıldığını varsayalım. Birinci işçi için üç aylık, ikinci işçi için ise bir aylık bir bildirim süresi geçerlidir. 1 Ekim’de işyeri devri gerçekleşir. Buna göre, devralan işveren ilk işçiyi rekabet yasağı kaydına uymaya zorlayabilir. Ancak devralan işveren ikinci işçiden böyle bir talepte bulunamaz...’¹⁶¹⁶.

Hollanda hukukunda işyeri devrinin rekabet yasağı kaydına etkisi bağlamında rekabet yasağının işçinin çalışma özgürlüğüne dönük sınırlandırıcı etkisinin işyeri

¹⁶¹²Houweling/Loonstra, s. 128.

¹⁶¹³HR 23.10.1987, NJ 1988, 235 m. Nt. PAS (Ibes/Atmos).

¹⁶¹⁴Houweling/Loonstra, s. 130.

¹⁶¹⁵HR 20.4.1990, NJ 1990, s. 729 (Beugels/Tarco)

¹⁶¹⁶Houweling/Loonstra, s. 132.

devriyle birlikte daha genişlemesi de ele alınmıştır. Örneğin işçi işyeri devrinin iş ilişkisinde esaslı bir değişikliğe yol açtığını ve bundan dolayı rekabet yasağı kaydının yüklediği rekabetten kaçınma borcunun önemli ölçüde ağırlaştığını ileri sürebilir mi?¹⁶¹⁷ Hollanda Yargıtayı'na göre, işyeri devri tek başına rekabet yasağı kaydının geçersizliği sonucunu doğurmaz. Bununla beraber, rekabet yasağının ağırlaşmasıyla ve iş ilişkisinde esaslı değişiklik ile ilgili somut olgular ortaya konulduğunda işyeri devrinin ardından rekabet yasağının kaydının da kısmen geçersiz sayılabileceği belirtilmektedir¹⁶¹⁸. Her şeyden önce işyeri devri iş ilişkisinde önceden kestirilemeyen bir değişikliğe yol açmalıdır. Ayrıca işyeri devrinin rekabet yasağının coğrafi veya konu bakımından kapsamında hatırı sayılır bir genişlemeye neden olması şarttır¹⁶¹⁹. Ne var ki Hollanda öğretisinde işyeri devrinin rekabet yasağı kaydıyla işçiye yüklenen borcu ağırlaştıracak bir duruma sebebiyet vermeyeceğini iddia eden yazarların varlığını da göz ardı etmemek gerekir. *Van Straalen* aralarında iş sözleşmesinden doğan tüm hak ve borçların ve bu arada rekabet yasağı kaydının olduğu gibi devralan işverene geçtiğini, devreden işverenle kararlaştırılan rekabet yasağı kaydının devralan işvereni de bağlayacağını ve rekabet yasağının coğrafi sınırlarını veya işleri türü bakımından kapsamını genişletmek isteyen devralan işverenin işçiyle ek bir rekabet yasağı sözleşmesi akdetmesinin zorunlu olduğunu dile getirmektedir¹⁶²⁰. Ayrıca yazar dinamik bir rekabet yasağı kaydının devir anında statik bir rekabet yasağı kaydına dönüştüğünü ileri sürmektedir. Buna karşın Hollanda doktrinindeki aksi eğilim, işçiye yüklenen sorumluluklarının farklılaşması veya işletme yapısının değişmesi gibi nedenlerden dolayı iş sözleşmesinin içeriğinin iş ilişkisi sırasında değişim geçirmesinin kaçınılmaz olduğunu, böyle bir değişimin işyeri devrinden kaynaklanmasının sonucu değiştirmeyeceğini, zira Avrupa Birliği Yönergesi'nin iş ilişkisinin sürekliliği ilkesini çıkış noktası olarak benimsediğini savunmaktadır¹⁶²¹. Öyleyse işyeri devri sonucunda rekabet yasağı işçi yönünden farklı bir anlam kazansa bile rekabet yasağı kaydı bir bütün olarak devralan işverene geçmektedir¹⁶²².

¹⁶¹⁷ *Houweling/Loonstra*, s. 132–133.

¹⁶¹⁸ *Houweling/Loonstra*, s. 134; *Van Genderen/Fluit/Stefels/Witte/De Wolff*, s. 161.

¹⁶¹⁹ *Houweling/Loonstra*, s. 134.

¹⁶²⁰ *Houweling/Loonstra*'dan naklen, s. 134.

¹⁶²¹ *Beltzer*, s. 114.

¹⁶²² *Houweling/Loonstra*, s. 135.

Türk mevzuatı işyeri devrinin iş ilişkisine etkisini düzenleyen üç ayrı pozitif norm içermektedir. Borçlar Kanunu'nda işyerinin tamamı veya bir bölümü hukuki bir işlemle başkasına devredildiğinde, devir tarihinde işyerinde veya bir bölümünde mevcut olan hizmet (iş) sözleşmelerinin, bütün hak ve borçları ile birlikte devralana geçeceği kurala bağlanmıştır (TBK m. 428). İş Kanunu'nda da işyeri veya işyerinin bir bölümü hukuki bir işleme dayalı olarak başka birine devredildiğinde, devir tarihinde işyerinde veya bir bölümünde mevcut olan iş sözleşmelerinin bütün hak ve borçları ile birlikte devralana geçeceği belirtilmektedir (İK m. 6/1). Nihayet Ticaret Kanunu'nun iş ilişkilerinin geçmesi başlığını taşıyan 178. maddesinde tam veya kısmi bölünmede, işçilerle yapılan hizmet (iş) sözleşmelerinin, işçi itiraz etmediği takdirde, devir gününe kadar bu sözleşmeden doğan bütün hak ve borçlarla devralana geçeceği, ancak işçi itiraz ederse, hizmet (iş) sözleşmesinin kanuni işten çıkarması (ihbar öneli) süresinin sonunda sona ereceği öngörülmüştür. Bu hüküm şirketlerin birleşmelerinde ve tür değiştirmelerinde de uygulama alanı bulmaktadır (TTK m. 158/4, m. 190). Öncelikle gerek Borçlar Kanunu'nun gerek de İş Kanunu'nun işyeri devirlerinde aynı ilkeyi benimsendiği vurgulanmalıdır. Şu halde, işyeri hukuki bir işlemle devredildiğinde işyerinde mevcut olan iş sözleşmeleri bütün hak ve borçları ile birlikte devralana geçmekte; işyerini devralan kişi işçilere karşı işveren sıfatını kazanmaktadır. Burada konumuz açısından dikkat edilmesi gereken nokta, iş sözleşmelerinin tüm hak ve borçlarıyla birlikte kendiliğinden (kanun gereği) devralan işverene geçmesidir. Peki, devralan işveren devreden işverenle işçi arasında bağitlanan iş sözleşmesinde yer alan rekabet yasağı kaydının da tarafı haline gelecek midir? Acaba ilgili kanun hükümlerinin '*tüm hak ve borçlarıyla birlikte*' ifadesiyle kastettiği, yalnızca ücret ve iş görme gibi iş sözleşmesinin asli unsurları mıdır? Belirtmek gerekir ki, Borçlar Kanunu'nun ve İş Kanunu'nun kurguladığı sistematik göz önünde tutulduğunda, işyeri devriyle devralan işverene geçen haklar ve borçlar arasında esaslı ve esaslı olmayan tarzında bir ayırım yaparak iş sözleşmesinin esaslı olmayan unsurlarını devrin kapsamı dışında bırakmanın isabetli bir yaklaşım sayılamayacağı kanısındayım. Gerçekten ilgili kanunlar, iş sözleşmesinin '*tüm hak ve borçlarıyla birlikte*' devralana geçeceğini buyurmaktadır. Böylece devralan işveren, iş sözleşmesinin iş görme ve ücret gibi temel karakteristik edimlerinin yanında rekabet yasağı kaydı, sır saklama kaydı, deneme süresi kaydı ve eğitim giderleri kaydı gibi tali (ikincil) tüm kayıtları da üstlenmiş olacaktır. Öte yandan lafız (*tüm hak ve borçlarıyla birlikte*) başka türlü bir yoruma elverişli değildir. İlk bakışta böyle

bir çözümün olması gereken hukuk yönünden adil olmadığı, rekabet yasağı kaydının işçiyle işveren arasında bireysel düzeyde kararlaştırılmasının daha uygun olacağı, bundan dolayı devirle birlikte devreden işverenle işçi arasındaki rekabet yasağı kaydının geçerliliğini yitirmesi ve devralan işverenle işçinin yeni bir rekabet yasağı sözleşmesi bağtlaması gerektiği iddia edilebilir. Ancak yerel mevzuata dayanak oluşturan Avrupa Birliği Yönergesi'ne göre, işyeri devriyle birlikte iş sözleşmesi bir bütün halinde devralan işverene geçmektedir. Rekabet yasağı kaydının da aralarında bulunduğu kimi sözleşme kayıtlarının kendiliğinden geçişin dışında tutulması, işyeri devri için öngörülen hukuki yapıyı aşındıracak ve sistemin özüne zarar verecektir. Nitekim Yargıtay'ın ilke kararlarında da rekabet yasağı kaydının devirle birlikte devralan işverene intikal edeceği görüşü benimsenmiştir¹⁶²³. O halde işyeri devriyle birlikte devralan işveren rekabet yasağı kaydının tarafı haline gelecek, işçinin devralan işverene karşı sözleşme sonrası rekabet etmeme yükümlülüğü sona erecektir. Böyle bir sonuç, kanun tarafından oluşturulan modelin doğal bir uzantısıdır. Kaldı ki devrettiği işyerinde çalışan işçinin kendisiyle rekabetten kaçınmasında devreden işverenin genellikle haklı bir menfaati kalmayacaktır. Yine nadiren dahi olsa, kimi olgularda, devreden işverenin devredilen işyerinde çalışan işçinin kendisiyle rekabet etmemesinde işletmesel menfaatleri söz konusu olabilir. Bu gibi bir durumda, iş sözleşmesindeki rekabet yasağı kaydı devreden işverene hiçbir hukuki bir koruma sağlamadığından devreden işverenin devir öncesinde veya sonrasında işçiyle ayrı bir rekabet yasağı sözleşmesi bağtlaması yerinde olacaktır. Şayet söz konusu sözleşme devir anından önce kurulursa, devirle birlikte devralana geçen iş sözleşmesindeki rekabet yasağı kaydı gibi bu sözleşme de TBK m. 444–447 hükümlerine tabi olacaktır. Öte yandan devreden işveren iş sözleşmesini devir anından önce feshetmiş ve iş ilişkisi devir gerçekleşmeden önce fiilen sona ermişse, iş sözleşmesinin devralan işverene geçişi gündeme gelmeyeceğinden feshin türüne ve nedenine bağlı olarak rekabet yasağı yürürlüğe girebilecek; işçi devreden işverene karşı rekabet etmeme yükümlülüğü altına girecektir. Buna karşılık, devreden işverenin devir tarihinden önce fesih bildiriminde bulunmasına rağmen devir anında iş ilişkisi fiilen sürüyorsa, eş deyişle devir anı ihbar öneline denk gelmişse; devir tarihinde mevcut tüm iş ilişkileri devralan işverene geçeceğinden devralan işveren

¹⁶²³ "...İşçi ve işveren arasında rekabet yasağını öngören düzenleme, işyeri devri halinde de kural olarak geçerliliğini sürdürür..." Yarg. 9. HD., 24.12.2009, 26954 /36971, 24.12.2009. www.legalbank.net.

rekabet yasağı kaydının tarafı sıfatını kazanacak, böylelikle devreden işverenin rekabet yasağı kaydından doğan bütün alacak ve borçları sona erecektir.

Devralan işveren devir sonucunda işyerinde devir anında mevcut olan iş sözleşmelerindeki rekabet yasağı kayıtlarıyla bağlı hale gelmektedir. Ne var ki devralan işveren, devreden işverenle işçi arasında bağitlanan iş sözleşmesindeki rekabet yasağı kaydından kurtulmak veya işçiyle farklı içerikte bir rekabet yasağı sözleşmesi kurmak isteyebilir. Gerçekten devralan işverenin işyerinin faaliyet alanında bir değişikliğe gitmesi veya farklı bir pazara ve müşteri çevresine yönelmesi olasılığı yadsınmamalıdır. Özellikle karşı edim içeren bir rekabet yasağı kaydı, devralan işvereni çok daha sıkıntılı bir konuma sokmaktadır. Zira devralan işveren haklı bir işletmesel menfaatine *de facto* hizmet etmeyen bir rekabet yasağı karşılığında işçiye bir ödeme yapmak zorunda kalacaktır. Tersine iş sözleşmesindeki rekabet yasağı gerek kapsam gerek de içerik yönünden devralan işverenin haklı işletmesel menfaatlerini yeterince korumayabilir. Böyle bir halde devralan işveren işçiye yeni bir rekabet yasağı sözleşmesi için öneride bulunmalıdır. Bu noktada Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin ilke kararlarında geçen bir ifadeye dikkat çekilmelidir. Yargıtay'a göre, devralan işverenin başka bir amaca yönelmesi ve faaliyet alanını değiştirmesi halinde rekabet yasağı sona erecektir¹⁶²⁴. Yargıtay'ın söz konusu görüşü yerinde değildir. Zira işverenin başka bir amaca yönelmesi ve faaliyet alanını değiştirmesi, rekabet yasağının sona ermesi için tek başına yeterli bir neden sayılmaz. Örneğin iş sırları hakkında bilgi sahibi olabilecek bir işçinin iş sözleşmesinin sona ermesini müteakip iki yıl boyunca Türkiye'nin dört coğrafi bölgesinde işverenle rekabet halindeki firmalarda üst düzey yönetici sıfatıyla çalışmasını yasaklayan bir rekabet yasağı kaydı geçerlidir. Rekabet yasağının kapsamı doğrudan rakip işletmelerle ilişkilendirildiğinden rekabet yasağı kaydı dinamik bir nitelik kazanmakta ve devralan işveren başka bir amaca yönelse veya faaliyet alanını değiştirse bile geçerliliğini sürdürmektedir. Buna karşın, rekabet yasağı iş kolu veya sektörle ilişkilendirildiğinde devralan işverenin böyle bir kayıttan yararlanamama durumu ortaya çıkabilir. Örneğin iş sırları hakkında bilgi sahibi olabilecek bir işçinin iş sözleşmesinin sona ermesini müteakip iki yıl boyunca

¹⁶²⁴ "...Devralan işverenin başka bir amaca yönelmesi ve faaliyet alanını değiştirmesi halinde ise rekabet yasağı sona erer..." Yarg. 9. HD., 24.12.2009, 26954 /36971, 24.12.2009. www.legalbank.net

Türkiye'nin dört coğrafi bölgesinde işverenle süt ve süt ürünleri sektöründe rekabet halindeki firmalarda üst düzey yönetici sıfatıyla çalışmasını yasaklayan bir rekabet kaydını içeren iş sözleşmesi devir nedeniyle bir başka işverene geçerse ve işyerinin faaliyet alanı konsantre meyve suyu olarak değiştirilirse, devralan işverenin rekabet yasağı kaydının uygulanmasına yönelik haklı bir işletmesel menfaati kalmayacaktır. Ekleyelim ki, anılan Yargıtay kararındaki isabetsiz yönler yukarıda açıklanan olguyla da sınırlı değildir. Şöyle ki Yargıtay kararında geçen ifade, yüksek bir olasılıkla, rekabet yasağının işverenin bu yasağın sürdürülmesinde gerçek bir yararının olmadığı belirlenmişse sona ereceğini düzenleyen TBK m. 447/1'den esinlenmiştir. Her şeyden önce vurgulanmalıdır ki, bu fıkra ancak tek tarafa borç yükleyen rekabet yasağı kayıtlarına uygulanabilecek niteliktedir. Ne var ki işverenin karşı edim üstlendiği rekabet yasağı kayıtlarında işverenin yasağın sürdürülmesinde haklı bir menfaatinin kalmaması rekabet yasağını kendiliğinden sona erdirmemekte, işveren ancak TTK m. 123'deki vazgeçme hakkından yararlanabilmektedir. Ayrıca rekabet yasağı kaydı sadece işçiye borç yüklese dahi, rekabet yasağının sürdürülmesinde işverenin gerçek bir yararının olup olmadığının belirlenmesinde esas alınacak zaman dilimi işyerinin devir anı değil, iş sözleşmesinin sona erdiği tarihtir. Çünkü işyerinin faaliyet alanını değiştiren veya başka bir amaca yönelen devralan işveren, iş ilişkisi sürerken işletmesel bir karar olarak devir anındaki faaliyet alanına yeniden dönebilir veya eski amacına tekrar yönelebilir. Söz gelimi süt ve süt ürünleri alanında faaliyet gösteren bir işyerini devralan ve devrin hemen ardından işyerinde konsantre meyve suyu üretmeye başlayan işveren, sonradan konsantre meyve suyu üretiminden vazgeçerek tekrar süt ve süt ürünleri üretmeye başlayabilir. Devraldığı işyerinin iş sınırları hakkında bilgi sahibi olan bir üst düzey yöneticisiyle devreden işveren arasında kararlaştırılan ve anılan işçinin iş sözleşmesinin sona ermesini izleyen iki yıl boyunca Türkiye'nin dört coğrafi bölgesinde işverenle süt ve süt ürünleri sektöründe rekabet halindeki firmalarda üst düzey yönetici sıfatıyla çalışmasını yasaklayan rekabet yasağı kaydının bir süre sonra yeniden süt ve süt ürünleri sektörüne kayan devralan işverenin işletmesel menfaatlerinin korunmasında yaşamsal bir öneme sahip olduğu gayet açıktır.

İşyeri devri işçinin rekabet etmeme borcunun kapsamının genişlemesine ve işçinin çalışma özgürlüğünü daha fazla sınırlandırmasına neden olabilir. Örneğin küçük veya orta boy bir işletmeyle işçi arasında bağitlanan iş sözleşmesinin rakip

işletmelerle ilişkilendirilmiş bir rekabet yasağı kaydı içerdiği hallerde işyerinin aynı sektörde ciddi bir pazar payına sahip büyük bir şirkete devredilmesi, rekabet yasağının işçinin çalışma özgürlüğüne dönük sınırlayıcı etkisini önemli ölçüde arttıracak ve böylece işçinin ekonomik geleceği tehlikeye girecektir. Ne var ki rekabet yasağı kaydının işçiye yüklediği borcun işyeri devriyle birlikte ağırlaşması rekabet yasağı kaydının geçersizliği sonucunu doğurmamaktadır. Böyle bir durumda rekabet yasağının, işyeri devriyle bağlantılı olarak, işçinin ekonomik geleceğini hakkaniyete aykırı olarak tehlikeye düşürdüğünü saptayan hâkim; devir sonucunda aşırı bir nitelik kazanan rekabet yasağını kapsam veya süresi bakımından sınırlayabilecektir. Diğer yandan, ticaret şirketlerinin bölünme, birleşme ve tür değişimlerinde iş sözleşmelerinin devralana geçişini düzenleyen TTK m. 178'in rekabet yasağı kaydına etkisi özel olarak incelenmelidir. Anılan maddenin birinci fıkrası gereğince; tam veya kısmi bölünmede, işçilerle yapılan hizmet (iş) sözleşmeleri, işçi itiraz etmediği takdirde, devir gününe kadar bu sözleşmeden doğan bütün hak ve borçlarla devralana geçmektedir. Ne var ki işçi itiraz ettiği takdirde, hizmet (iş) sözleşmesi kanuni işten çıkarma (fesih bildirim) süresinin sonunda sona ermekte olup; devralan ve işçi o tarihe kadar sözleşmeyi yerine getirmekle yükümlüdür (TTK m. 178/2). Dolayısıyla işçinin devre itirazı üzerine iş sözleşmesi fesih bildirim süresinin sonunda *ipso iure* sona ermektedir. Yasal düzenlemenin alındığı İsviçre hukukunda işçinin itirazının bir fesih bildirim olmadığı kabul edilmektedir¹⁶²⁵. Öncelikle iş sözleşmesinin işçinin işyerine devrine itirazından ötürü sona ermesini rekabet yasağını ortadan kaldırıp kaldırmayacağı sorunu, sinalagmatik ve tek taraflı rekabet yasağı kayıtlarında ayrı ayrı ele alınmalıdır. Salt tek tarafa borç yükleyen rekabet yasağı kayıtlarına uygulanmaya elverişli TBK m. 447/2 uyarınca; iş sözleşmesi haklı bir sebep olmaksızın işveren tarafından veya işverene yüklenebilen bir nedenle işçi tarafından feshedilirse, rekabet yasağı sona erer. Ancak, biraz önceki satırlarda da işaret edildiği üzere, işçinin itirazı bir fesih bildirim olmayıp, iş sözleşmesi kendiliğinden son bulmaktadır. Yine de işçinin itirazının fesih benzeri bir hukuki işlem olduğu ortadadır. İşte bu aşamada, iş sözleşmesinin devre itiraz üzerine sona ermesinin işverenden yüklenebilen bir nedenden kaynaklanıp kaynaklanmadığı sorgulanmalıdır. İşçiye itiraz hakkı tanınmasının altında yatan temel değer yargısı, işçinin devralan işverenle çalışmayı istememekte ve bu amaçla işten ayrılmakta haklı

¹⁶²⁵Alp, Bölünme-Birleşme ve Tür Değiştirmenin İş İlişkilerine Etkisi, s. 64.

olduğudur¹⁶²⁶. Ayrıca bir işletmesel karar sonucunda şirketi bölen, birleştiren veya tür değiştiren ve böylelikle işçinin devre itiraz hakkını kullanmasına neden olan işverendir. Daha sade bir anlatımla, devre itirazla birlikte iş ilişkisinin sona ermesine yol açan süreç işverence tetiklenmiştir. Bu itibarla iş sözleşmesinin işçinin devre itirazı üzerine kanun gereği son bulması, iş sözleşmesinin işverene yüklenebilen bir nedenle işçi tarafından feshi gibi değerlendirilerek rekabet yasağının ortadan kalktığı kabul edilmelidir¹⁶²⁷. Aynı mantık çerçevesinde, işverenin karşı edim üstlendiği rekabet yasağı kayıtlarına da kıyasen TTK m. 123/3 uygulanmalıdır. Şu halde devre itiraz eden işçi, dilerse itiraz hakkını kullandığı tarihten itibaren bir ay içinde rekabet yasağı kaydıyla bağlı olmadığını işverene yazılı olarak bildirmek suretiyle rekabet etmeme borcundan kurtulabilir; ancak bu durumda işçi karşı edim hakkını yitirir. Öteki seçenek, işçinin rekabet yasağıyla bağlı kalarak karşı edimi almayı sürdürmesidir. Son olarak, işyeri devrinin iş ilişkilerine etkisine düzenleyen hükümlerde devreden işverenle devralan işvereni devir tarihinden önce doğan borçlardan birlikte (müteselsil) sorumlu kılan kuralın işverenin karşı edim borcuna etkisi üzerinde durulmalıdır. Borçlar Kanunu'nda devir halinde, devirden önce doğmuş olan ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan, devreden ve devralan işverenin müteselsil olarak sorumlu olacağı; ancak, devreden işverenin bu yükümlülüklerinden doğan sorumluluğunun, devir tarihinden itibaren iki yıl ile sınırlı olacağı esas benimsenmiştir (TBK m. 428/3). Borçlar Kanunu'na paralel bir düzenleme içeren İş Kanunu uyarınca, devir halinde devirden önce doğmuş ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan devreden ve devralan birlikte sorumlu olup, bu yükümlülüklerden devreden işverenin sorumluluğu iki yıl ile sınırlıdır (İK m. 6/3). Ne var ki işçinin karşı edim alacağını doğuran iş sözleşmesi devirden önce sona erdiği takdirde devralan işverenin karşı edim alacağından sorumlu tutulması mümkün değildir¹⁶²⁸. Bununla birlikte, koşullar gerçekleştiği takdirde, devralan işverenin TBK m. 202 çerçevesinde sorumluluğu gündeme gelebilecektir¹⁶²⁹.

¹⁶²⁶ *Alp*, Bölünme-Birleşme ve Tür Değiştirmenin İş İlişkilerine Etkisi, s. 67.

¹⁶²⁷ Devre itirazın işçinin kıdem tazminatına hak kazanmasında işçinin haklı nedenle derhal feshi gibi değerlendirilmesi gerektiğini savunan görüş için bkz. *Alp*, Bölünme-Birleşme ve Tür Değiştirmenin İş İlişkilerine Etkisi, s. 67.

¹⁶²⁸ Öğretide devirden önce sona eren iş sözleşmelerinden kaynaklanan sorumlulukla ilgili olarak yaşanan tartışmalar ve Yargıtay kararları için bkz. *Özkaraca*, s. 339–346.

¹⁶²⁹ *Özkaraca*, s. 342.

2. İşyerinin İş Sözleşmesi Sona Erdikten Sonra Devri

İşyerinin iş sözleşmesi sona erdikten sonra devrinin rekabet yasağına etkisi, özellikle Alman hukukunda ayrıntılı olarak işlenmiş bir konudur. Bu bağlamda, Alman öğretisinde işyerinin iş sözleşmesinin sona ermesinin ardından ve rekabet yasağı yürürlükteyken devredilmesinin rekabet yasağına etkileri tartışmalıdır. Öncelikle § 613a BGB'nin böyle bir durumda kıyasen uygulanamayacağı, çünkü ilgili norma göre sadece işyerinin devredildiği anda mevcut olan iş ilişkilerinin geçtiği ve rekabet yasağının bir iş ilişkisi değil kendine özgü (*sui generis*) bir hukuki ilişki olduğu vurgulanmaktadır¹⁶³⁰. Bununla birlikte Alman literatüründe iş sözleşmesi sona eren işçilerle devam eden rekabet yasaklarının 613a BGB'ye kıyasen uygulanması yoluyla devralan işverene intikal edeceği görüşü de yaygındır¹⁶³¹. Söz konusu görüşe dayanak olarak, rekabet yasağının iş ilişkisinin bir art etkisi olduğu ve dolayısıyla iş ilişkisiyle hukuki bir birlik oluşturduğu tezi savunulmaktadır¹⁶³². Böyle bir yaklaşımın her iki işverenin menfaatleriyle de örtüştüğü dile getirilerek ilaç sektöründen çekilen kimya işletmesi örnek olarak gösterilmektedir¹⁶³³. Gerçekten ilaç bölümünü devreden işverenin devirden önce işten ayrılmış bir ilaç uzmanının deterjan alanında faaliyet göstermesini yasaklamakta hiçbir menfaati yoktur. Buna karşın, ilaç bölümünü devralan işverenin işçinin rekabet yasağına uymasında önemli bir menfaati bulunabilir. İşyerinin tamamını devralan işverenin rekabet yasağının uygulanmasına yönelik menfaati çok daha belirgindir. Ancak böyle bir durumda devreden işverenin işçinin rekabet etmeme borcunu ifa etmesinde hiçbir menfaati söz konusu değildir¹⁶³⁴.

Alman öğretisinde 613a BGB'nin kıyasen uygulanmasının işçinin menfaatleriyle bağdaşmadığı ifade edilmektedir. Kural olarak işçi, rekabet yasağının

¹⁶³⁰ *Bauer/Diller*, s. 362; *Grüll/Janert*, s. 82.

¹⁶³¹ *Grunsky*, s. 144.

¹⁶³² *Grunsky*, s. 144.

¹⁶³³ *Bauer/Diller*, s. 362.

¹⁶³⁴ *Grunsky*, s. 143. Bununla beraber, menfaat durumu farklı da olabilir. Alman yazarın yukarıda verdiği örnekte, iş sözleşmesinin sona ermesinden kısa bir süre önce ilaç bölümüne geçen işçinin deterjan üretimine ilişkin sırları öğrenmesi olasıdır. Burada devreden işverenin menfaati işçinin deterjan üreten rakip bir işletmede çalışmamasını gerektirmektedir. Buna karşılık, yalnızca ilaç sektöründe faaliyet gösteren devralan işverenin korunmaya değer bir bilgiye sahip olmayan işçiye rekabet yasağı karşılığında bir karşı edim ödemekte hiçbir menfaati yoktur. Ayrıca rekabet yasağının geçişinin devreden ve devralanın menfaat durumuna bağlamak da mümkün değildir. Özellikle bir ceza koşulunun kararlaştırıldığı hallerde böyle bir rekabet yasağı kaydıyla bağlantılı olarak ortaya çıkan güvensizliğe işçinin katlanamayacağı çok açıktır. Bkz. *Bauer/Diller*, s. 362–363.

içeriğinin ve kapsamının iş ilişkisi sırasında değişebileceğini kestirmek zorundadır¹⁶³⁵. Gerçekten Alman hukukunda rekabet yasağını düzenleyen kurallar, iş ilişkisi devam ettiği sürece rekabet yasağının da dinamik olduğu düşüncesinden yola çıkılarak kaleme alınmıştır. İş sözleşmesinin sona ermesinin ardından ise, rekabet yasağı statik (durağan) bir nitelik kazanır. Örneğin işveren § 75 a HGB'nin tanıdığı vazgeçme hakkını ancak iş ilişkisinin sona ermesinden önce kullanabilir. Aynı şekilde içtihat, işçinin bağlayıcı olmayan bir rekabet yasağıyla ilgili seçim hakkının iş sözleşmesinin sona erme anında kullanılmasını şart koşmaktadır¹⁶³⁶. Bundan dolayı, yürürlüğe giren bir rekabet yasağının konu bakımından kapsamının işyeri devri nedeniyle değişmesinin rekabet yasağının iş sözleşmesinin sona ermesinin ardından statik (durağan) bir niteliğe sahip olduğuna ilişkin temel ilkeyi zedeleyeceği dile getirilmektedir¹⁶³⁷. Bu da işçinin mesleki geleceğiyle ilgili planlarını olumsuz bir şekilde etkileyecektir. Tüm bu açıklamalar doğrultusunda, iş sözleşmesi sona eren işçiyle kararlaştırılan rekabet yasağının devralan işverene geçeceği görüşü, Alman öğretisindeki baskın görüş ve yargı organları tarafından kesinlikle reddedilmektedir¹⁶³⁸. Böylece rekabet yasağı devreden işverenle devam edecektir. Ne var ki, kural olarak, artık bir işyeri kalmayan devreden işçinin rekabet yasağının sürdürülmesinde haklı bir işletmesel menfaati kalmayacaktır¹⁶³⁹. Gerçi devreden işverenin devir sözleşmesine konulabilecek bir hükümlerle eski işçisinin devralan işverenle rekabet etmeyeceğini taahhüt etmesi mümkündür. Böyle bir yükümlülük, § 74a Abs. 1 HGB anlamında haklı bir işletmesel menfaatin varlığı için yeterli sayılmaktadır¹⁶⁴⁰. Alman öğretisinde egemen görüş, işçinin işten ayrılmasından sonra işyerinin devredilmesi durumunda rekabet yasağının da devralan işverene geçeceğinin rekabet yasağı sözleşmesiyle açıkça kararlaştırılabileceği yönündedir¹⁶⁴¹. Böylece işyeri devri gündeme geldiğinde işçinin itiraz hakkı olmayacaktır. Öte yandan hukuk düzeni üçüncü kişiler aleyhine sözleşmeye izin vermediğinden devralan işverenin rekabet yasağı kaydındaki düzenlemeyle bağlı olmadığı belirtilmektedir¹⁶⁴². Şayet devralan işveren rekabet yasağının devrine rıza gösterirse rekabet yasağı kaydı tüm hak ve borçlarıyla birlikte devralana geçecek;

¹⁶³⁵ *Bauer/Diller*, s. 363.

¹⁶³⁶ *Bauer/Diller*, s. 363.

¹⁶³⁷ *Bauer/Diller*, s. 363.

¹⁶³⁸ Hess LAG 3.5.1993 NZA 1994, s. 1033; *Bauer/Diller*, s. 363; *Gaul*, s. 147.

¹⁶³⁹ *Bauer/Diller*, s. 363.

¹⁶⁴⁰ *Bauer/Diller*, s. 363.

¹⁶⁴¹ *Bauer/Diller*, s. 364.

¹⁶⁴² *Bauer/Diller*, s. 364.

aksine devralan işveren rekabet yasağını devralmayı reddederse devreden işveren rekabet yasağının tarafı olmayı sürdürecektir. Ayrıca rekabet yasağı sözleşmesinin işçinin de onayının alındığı üç köşeli bir sözleşmeyle devralan işverene aktarılması caizdir¹⁶⁴³. Ne var ki işverenin yapmama (rekabet etmeme) borcunun ifasına yönelik alacağının ayrı olarak devralan işverene geçmesinin mümkün olmadığı kaydedilmektedir¹⁶⁴⁴. Nitekim Hollanda Yargıtayı da, iş ilişkisi işyeri devrinden önce sona eren işçinin iş sözleşmesindeki rekabet yasağı kaydının devralan işverene geçmeyeceğine hükmetmiştir¹⁶⁴⁵. Ayrıca iş sözleşmesinin işyeri devrinden önce sona erdiği hallerde rekabet yasağının sürdürülmesinde menfaati olan devreden işverenin rekabet yasağı kaydından kaynaklanan haklarını kullanabileceği vurgulanmaktadır¹⁶⁴⁶.

Türk hukukunda işyeri devrinin iş ilişkisine etkisine ilişkin hukuk normlarına göre, sadece devir tarihinde işyerinde mevcut olan iş sözleşmeleri devralana geçmektedir. Oysa rekabet yasağının yürürlüğe girmesinin vazgeçilmez koşulu, iş sözleşmesinin sona ermesidir. Dolayısıyla işyeri devrini düzenleyen kuralların iş sözleşmesinin sona erip rekabet yasağının devreye girdiği bir dönemde gerçekleşen işyeri devirlerine uygulanması ve böylece işyerini devralan kişinin devir anından önce yürürlüğe giren bir rekabet yasağı kaydının tarafı haline gelmesi olanaksızdır. Kaldı ki iş ilişkisiyle iş ilişkisinin sona ermesinin ardından ifa edilen sürekli bir yapmama ediminin hukuki bir birlik oluşturduğu gerekçesiyle işyeri devrine ilişkin düzenlemelerin işyerinin rekabet yasağı sırasında devredildiği olgulara kıyasen uygulanabileceği söylenemez. Zira iş sözleşmesinin herhangi bir şekilde sona ermesiyle iş ilişkisi de ortadan kalkmaktadır. Rekabet yasağı ise iş ilişkisinin kesinlikle bir devamı değil, tersine iş ilişkisinin sona ermesine bağlı olarak doğan ve sürekli bir edim niteliği taşıyan bir yapmama borcudur. Buna göre, işyerinin rekabet yasağı yürürlükteyken devredilmesi rekabet yasağı kaydının taraflarında herhangi bir değişikliğe neden olmayacak, devreden işveren rekabet yasağının tarafı sıfatını koruyacaktır. Devralan işveren devreden işverenle işçi arasındaki rekabet yasağı kaydına dayanarak işçiden rekabetten kaçınmasını talep edemeyecektir. Bununla birlikte, işyerinin rekabet yasağının uygulandığı bir sırada bir başkasına devredilmesinin genellikle tek tarafa borç yükleyen rekabet yasağının kanun gereği

¹⁶⁴³Grüll/Janert, s. 82–83.

¹⁶⁴⁴Bauer/Diller, s. 364.

¹⁶⁴⁵HR 20.4.1990, NJ 1990, s. 729 m. nt. Stein, Beugels/Tarco (Bouwens/Duk'den naklen, s.214)

¹⁶⁴⁶Nunes, s. 38.

ortadan kalkmasıyla sonuçlanacağı ortadadır. Gerçekten tek taraflı rekabet yasağı, işverenin yasağın sürdürülmesinde haklı bir menfaati kalmadığı takdirde sona ermektedir (TBK m. 447/1). O halde işyerini tamamen devrederek sektörden çekilen işverenin işçinin rekabet etmeme edimini yerine getirmeyi sürdürmesinde gerçek bir yararından söz edilemeyeceğinden rekabet yasağı kendiliğinden ortadan kalkacak, rekabet yasağının yürürlükten kalkmasına paralel olarak işçi de rekabetten kaçınma borcundan kurtulacaktır. Ancak işyerinin bir bölümünü devreden işverenin işçinin rekabet etmeme borcunun ifasına olan menfaatinin ortadan kalkmayabileceği; bu gibi bir durumla karşı karşıya kalan işçinin rekabet etmeme borcunu yasak süresi dolana kadar yerine getireceği unutulmamalıdır. Buna karşın, rekabet yasağı kaydıyla karşı edim üstlenen işverenin rekabet yasağı süresi içinde işyerini devretmesi rekabet yasağını sona erdirmeyecektir. Bundan dolayı, devreden işveren devir anından sonraya denk gelen karşı edimi ödemek zorunda kalacaktır. İş sırları veya müşteri portföyü gibi kilit bilgilere sahip işçinin devirden sonra eski işyeriyle rekabet etmeye başlamasının devralan işverene ciddi zarar verme olasılığı göz ardı edilmemelidir. Akla gelen ilk çözüm, devir sırasında devredenle devralan arasında bir rekabet yasağı devri sözleşmesi yapılarak ve işçinin de rızası alınarak rekabet yasağının devralan işveren tarafından yüklenilmesidir. Ne var ki tek tarafa borç yükleyen rekabet yasağı kayıtlarının devir sonucunda *ipso iure* ortadan kalkması, böyle bir yöntemin uygulanabilirliğiyle ilgili olarak akıllarda soru işaretleri yaratmaktadır. Kanımızca işyeri devir sözleşmesine konulacak bir kayıtla devreden işverenin eski işçinin devralan işverenle rekabet girişmesinden doğabilecek zararı gidermeyi taahhüt etmesi uygun bir çözüm gibi görünmektedir. Peki, rekabet yasağı kaydında rekabet yasağı yürürlüğe girdikten sonra işyeri devredildiğinde rekabet yasağından kaynaklanan bütün alacak ve borçların devralan işverene geçeceği kararlaştırılabilir mi? Kuşkusuz rekabet yasağı kaydı bir karşı edim içeriyorsa devralan işverenin böyle bir yasağın tarafı sıfatını kazanabilmesi için sözleşmeye onay vermesi şarttır. Zira sözleşmeyle üçüncü kişiye borç yüklenmesi mümkün değildir. Tek tarafa borç yükleyen böyle bir rekabet yasağı kaydında ise, işyerini devralan kişi otomatik olarak devreden işverenin yerini alacaktır. Kanaatimizce üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme olarak nitelendirilebilecek böyle bir rekabet yasağı kaydı hukuka aykırı değildir. Nihayet işyerinin rekabet yasağı süresi içinde devredilmesi durumunda işçinin devirden önce doğan ve devreden işveren tarafından ödenmeyen karşı edim alacağından devralan işverenin sorumlu olup olmadığı sorusuna yanıt verilmelidir.

Önceki başlıkta da açıklandığı gibi, işçinin karşı edim alacağını doğuran iş sözleşmesi devirden önce sona erdiğinden devralan işveren işçinin karşı edim alacağından sorumlu tutulamaz¹⁶⁴⁷. Ancak koşulları varsa, devralan işverenin TBK m. 202 çerçevesinde sorumluluğu söz konusu olabilir¹⁶⁴⁸.

II. İş Sözleşmesinin Devri

İş ilişkisinin üç taraflı bir anlaşmayla bir başka işveren tarafından devralınması olarak tanımlanabilecek iş sözleşmesinin devri, iş hukukunda giderek yaygınlaşan üçlü ilişkisi türleri arasında yer almaktadır¹⁶⁴⁹. Özellikle yeniden yapılandırma sonrasında şirket toplulukları bünyesinde sıkça rastlanan bir hukuki ilişki niteliğindeki iş sözleşmesi devrinin işyeri devirlerinde de önemli bir rol oynadığı kaydedilmektedir¹⁶⁵⁰. Alman hukukunda iş sözleşmesinin devri sonucunda rekabet yasağı kaydının iş sözleşmesini devralan işverene geçtiği, iş sözleşmesi devrinin yazılı şekilde gerçekleştirilmesinin yeterli olduğu ve § 74 Abs. 1 HGB'deki yazılı şekil koşulunun devralan işverence yeniden tamamlanmasının gerekmediği kabul edilmektedir¹⁶⁵¹. Hamm Eyalet Mahkemesi'nin yayınlanmayan bir kararında sözü edilen ilkelerin ancak iş ilişkisinin bir bütün halinde kimliğini koruyarak devredilmesi halinde geçerli olacağı, buna karşılık iş ilişkisinin sona erdirilmesiyle eş zamanlı olarak, aynı şirketler topluluğunda yer alan diğer bir şirketle yeni bir iş ilişkisi kurulduğunda önceki sözleşmede yer alan rekabet yasağı kaydının yeni işverene geçmeyeceği vurgulanmıştır¹⁶⁵². Ayrıca Alman Federal İş Mahkemesi, kural olarak, iş sözleşmesi daha önce sona eren bir işçinin taraf olduğu rekabet yasağı sözleşmesinin işçinin de onay vermesi şartıyla başka bir işverene devredilmesini hukuka aykırı saymamıştır¹⁶⁵³. Yine Federal İş Mahkemesi, böyle üç köşeli bir sözleşmenin yazılı şekle tabi olmadığını içtihat etmiştir¹⁶⁵⁴. Ayrıca rekabet yasağı kaydında yasağın diğer bir işletme tarafından devralınabileceği

¹⁶⁴⁷ Öğretide devirden önce sona eren iş sözleşmelerinden kaynaklanan sorumlulukla ilgili olarak yaşanan tartışmalar ve Yargıtay kararları için bkz. *Özkaraca*, s. 339–346.

¹⁶⁴⁸ *Özkaraca*, s. 342.

¹⁶⁴⁹ İş sözleşmesinin devri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Alp*, Mustafa: İş Sözleşmesinin Devri, İş Hukukunda Üçlü İş İlişkileri, Sempozyum, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul 2009, s. 302-327.

¹⁶⁵⁰ *Bauer/Diller*, s. 365.

¹⁶⁵¹ *Bauer/Diller*, s. 73.

¹⁶⁵² LAG Hamm 8.2.2001 – 16 sa 1243/00 (*Bauer/Diller*'den naklen, s. 73)

¹⁶⁵³ 28.1.1966 AP 18 zu § 74 HGB (*Röhler/Bormann*'den naklen, s. 125)

¹⁶⁵⁴ BAG 24.10.1972 AP 31 zu § 74 HGB.

kararlaştırılabilir. Böyle bir sözleşmenin geçerliliği, gerçek bir gereksinimin var olması ve rekabet yasağının kapsamının işyerini devralabilecek bir işletme göz önünde bulundurularak yeterince dar tutulması koşullarının tamamlanmasına baęlıdır¹⁶⁵⁵. Örneğin rekabet yasağı sırasında bir işyeri devrinin gerçekleşebilecek olması veya bir şirketler topluluğunda yeniden yapılanma gibi olgular dikkate alınarak iş sözleşmelerinde bu gibi ihtiyati devir kayıtlarına yer verilebileceği belirtilmektedir¹⁶⁵⁶. Öte yandan rekabet yasağı kaydında yer alan bir düzenlemeyle işverene tek taraflı inşai bir hukuki işlemle yasağı başka bir işverene devretme hakkı tanınmasının hukuken geçerli olduğu vurgulanmaktadır¹⁶⁵⁷. Hollanda doktrininde iş sözleşmesi aynı şirketler topluluğundaki bir şirkete veya başka bir işverene devredildiğinde kaydın kendiliğinden devralana geçmeyeceği, dolayısıyla rekabet yasağı kaydının da yeniden kararlaştırılması gerektiği ileri sürülmektedir¹⁶⁵⁸.

Türk Borçlar Kanunu'nda hizmet (iş) sözleşmesinin, ancak işçinin yazılı rızası alınmak suretiyle, sürekli olarak başka bir işverene devredilebileceği yazılıdır (TBK m. 429/1). Devir işlemiyle, devralan işveren bütün hak ve borçlarıyla birlikte iş sözleşmesinin tarafı olmaktadır (TBK m. 429/II). O halde iş sözleşmesinin diğer bir işverene devredilebilmesi için işçinin yazılı muvafakati şarttır. İşçi devre yazılı bir şekilde onay verdiği takdirde, iş sözleşmesi, tüm hak ve borçlarıyla beraber devralan işverene geçmektedir. Görüldüğü üzere, iş sözleşmesinin devrine ilişkin hükümlerle işyeri devrini düzenleyen kuralların yaslandığı temel mantık aynıdır. Daha yalın bir anlatımla, gerek iş sözleşmesi devrinde gerek de işyeri devrinde iş sözleşmesi her türlü asli ve tali (yan) edim yükümlülükleriyle ve sözleşmesel kayıtlarla beraber toplu olarak devralan işverene geçmektedir. İki hukuki kurum arasındaki ana fark; iş sözleşmelerinin işyerinin devri sonucunda geçişinde işçinin iradesi herhangi bir rol oynamazken, iş sözleşmesi devrine işçinin yazılı şekilde katılımının aranmasıdır. Dolayısıyla işçi iş sözleşmesi devrine yazılı onay verdiğinde devralan işveren iş sözleşmesinde yer alan rekabet yasağı kaydının tarafı sıfatını kazanmakta ve devralan işverenle işçinin rekabet yasağını yazılı şekilde yenilemeleri gerekmemektedir. Ayrıca iş sözleşmesi sona erdikten ve rekabet yasağı yürürlüğe

¹⁶⁵⁵ *Bauer/Diller*, s. 365.

¹⁶⁵⁶ *Bauer/Diller*, s. 365.

¹⁶⁵⁷ *Bauer/Diller*, s. 365.

¹⁶⁵⁸ *Nunes*, s. 35; *Van Genderen/Fluit/Stefels/Witte/De Wolff*, s. 161.

girdikten sonra tarafların anlaşarak rekabet yasağı kaydını bir başka işverene devretmelerinin önünde herhangi bir hukuki engel yoktur.

§ 9. İFLASIN REKABET YASAĞI KAYDINA ETKİSİ

I. Genel Olarak

Tacir unvanı taşıyan işverenin iflasına karar verilmesi, tarafların rekabet yasağı kaydından doğan alacak ve borçlarının ortadan kalkmasına yol açmamaktadır. Alman hukukunda iflasın açılması ve işverenin malvarlığının iflas masasına girmesi, kural olarak, sözleşme sonrası rekabet yasağını etkilememektedir.¹⁶⁵⁹ İflasın iş ilişkisi devam ederken veya rekabet yasağı yürürlükteyken açılması, bu açıdan herhangi bir farklılık yaratmamaktadır. Hollanda öğretisinde işveren iflas ettiği takdirde iflas idaresinin işçilerin iş sözleşmelerini kısa süre içinde feshettiğine ve iş sözleşmesi feshedilen işçinin ayrıca bir de rekabet yasağı kaydıyla bağlı olmasının yeni bir iş bulma açısından ciddi zorluklar yarattığına işaret edilmektedir¹⁶⁶⁰. Bundan dolayı 28 167 sayılı Kanun Tasarısında, işverenin iflasına karar verilmesi durumunda rekabet yasağının kendiliğinden ortadan kalkacağı öngörülmüştü. Öte taraftan İflas Kanunu ile ilgili bir ön tasarıda da, iflas idaresinin talebi üzerine hâkim önemli nedenlere dayanarak işçinin rekabet yasağıyla bağlı kalması gerektiğine karar vermedikçe, iflas sırasında iş sözleşmesi feshedilen işçinin rekabet yasağı kaydından kurtulması önerilmişti¹⁶⁶¹. Ne var ki pozitif Hollanda hukukunda iflas açılır açılmaz işverenin malvarlığı üzerindeki yönetim ve tasarruf yetkisi iflas idaresine geçmekte ve rekabet yasağı kayıtları da geçerliliğini yitirmemektedir. Ayrıca iflas idaresinin atanmasının bir işyeri devri olarak nitelendirilemeyeceği belirtilmektedir¹⁶⁶². Fransız hukukunda iflasın açılması rekabet yasağının yürürlüğe girmesine engel oluşturmamaktadır¹⁶⁶³. Gerçekten iflasın açılmasından sonra işyeri kapatılsa dahi işletmenin rekabet yasağı kaydının ihlali nedeniyle zarar görebileceği, zira böyle bir eylemin işletmenin malvarlığı değerini etkileyebileceği ifade edilmektedir¹⁶⁶⁴. Türk hukukunda da işveren hakkında iflas kararı verilmesi ve iflasın açılması, kural olarak, tarafların

¹⁶⁵⁹ *Bauer/Diller*, s. 369.

¹⁶⁶⁰ *Houweling/Loonstra*, s. 150.

¹⁶⁶¹ *Houweling/Loonstra*, s. 150.

¹⁶⁶² *Houweling/Loonstra*, s. 151.

¹⁶⁶³ *Signoretto*, s. 240.

¹⁶⁶⁴ Cass. soc. 10.12.1996, BC V n°436 (*Signoretto*'dan naklen, s. 240)

rekabet yasağı kaydından hak ve borçlarının sona ermesine neden olmamaktadır. Dolayısıyla iflasın iş ilişkisi sırasında açılması iş sözleşmesinde yer alan rekabet yasağı kaydının geçersiz kılmadığı gibi, işverenin rekabet yasağı süresi içinde müflis konumuna düşmesi de işçiyi rekabet yasağından kurtarmamaktadır. Bununla birlikte, iflas idaresinin iş sözleşmesinde hukuka uygun bir rekabet yasağı kaydı bulunan iş sözleşmelerini feshetmesinin işçinin rekabet etmeme borcuna ve olası bir karşı edim alacağına ilişkin sonuçları mutlaka ele alınmalıdır. Bunun yanı sıra, işverenin ödeme güçsüzlüğüne düşmesi halinde işçiye derhal fesih hakkı tanıyan düzenleme ve işçinin karşı edim alacağının diğer masa alacakları karşısında ayrıcalıklı bir yere sahip olup olmadığı iflasın rekabet yasağına etkisi bağlamında ele alınması gereken konular arasında yer almaktadır.

II. İşyerinin İflas İdaresince Satılmasının veya İş Sözleşmesinin Feshinin Rekabet Yasağı Kaydına Etkisi

Alman hukukunda § 75 HGB'den doğan dönme hakkı, iflasın açılmasından sonra da herhangi bir sınırlama olmaksızın kullanılabilir¹⁶⁶⁵. Ancak iflasın rekabet yasağının yürürlükte olduğu sırada açıldığı durumlarda dönme hakkının kullanılması mümkün değildir. İflas idaresinin bozma hakkından yararlanmasında iş sözleşmesinin iflas idaresi veya müflis tarafından feshedilmiş olması herhangi bir önem taşımamaktadır¹⁶⁶⁶. İflas idaresi iflasın açıldığı anda henüz tam olarak ifa edilmeyen karşılıklı sözleşmelerde, sözleşmesinin ifasını talep etme veya reddetme hususunda seçimlik bir hakka sahiptir (§ 103 InsO). İflas idaresi iflas süreci başladığı sırada rekabet yasağı yürürlükte olsa bile bu hakkını kullanabilir. İş sözleşmesi iflas idaresince önce § 113 InsO'ya göre feshedilse ve böylece rekabet yasağı iflasın açılmasından sonra yürürlüğe girse dahi, iflas idaresi rekabet yasağıyla bağlantılı olarak § 103 InsO'nun verdiği seçimlik hakkı kullanabilir. Böyle bir durumda § 113 InsO'nun tanıdığı seçim hakkıyla § 75 Abs. 3 HGB'den kaynaklanan dönme hakkının yarıştığı ifade edilmektedir¹⁶⁶⁷. İflas idaresinin evvelce § 75 Abs. 3 HGB uyarınca rekabet yasağı sözleşmesini dönme olanağından yararlanmaması, iflas hukukunun sağladığı seçim hakkını kullanılmasını engellemez. Şayet iflas idaresi tercihini işçinin rekabet etmeme borcunu ifasından yana kullanırsa, iflasın açılması

¹⁶⁶⁵ Grunsky, s. 137.

¹⁶⁶⁶ Bauer/Diller, s. 370.

¹⁶⁶⁷ Bauer/Diller, s. 370.

sonucunda muaccel hale gelen karşı edim taksitleri § 55 InsO gereğince masa borcuna dönüşür. Böyle bir durumda işçi rekabetten kaçınma borcunu yerine getirmeyi sürdürmelidir. Zira işçiye § 113 InsO benzeri bir seçimlik hak tanınmamıştır¹⁶⁶⁸. Gerçi baskın görüş iflas masasına dâhil malvarlığının işçinin karşı edim alacağına karşılansında yetersiz kaldığı hallerde işçinin olağanüstü (derhal) fesih hakkını kullanabileceğini savunmaktadır¹⁶⁶⁹. Böyle bir derhal fesih hakkından yararlanan işçi iflas idaresinden tazminat isteyebilir. Yine benzer biçimde, iflas idaresi § 113 InsO çerçevesinde seçim hakkını kullanarak ifayı geri çevirdiğinde de işçinin tazminat talep etmesi olanaklıdır¹⁶⁷⁰. § 113 InsO'da yer alan seçim hakkının kullanılması herhangi bir süreye bağlı değildir. Özellikle iş ilişkisi iflasından açılmasından sonra sona erdiği ve rekabet yasağı yürürlüğe girdiği takdirde iflas idaresinin seçimlik hakkını kullanmada acele etmemesi gerektiği vurgulanmaktadır¹⁶⁷¹. Bununla birlikte işçi iflas idaresinden seçim hakkını kullanmasını talep edebilir. İflas idaresi ifayı talep ettiğini gecikmeksizin beyan etmezse rekabet yasağı bundan böyle işçi yönünden bağlayıcı olmaktan çıkar. Ekleyelim ki, iflas idaresinin sessiz kalması da ifanın açıkça reddedilmesiyle aynı etkiyi göstermektedir¹⁶⁷². Rekabet yasağında dönemsel açıdan bölünebilir bir edim söz konusu olduğundan § 105 InsO'nun da ayrıca uygulanacağı ifade edilmektedir¹⁶⁷³. İşçi iflasın açıldığı tarihten önce rekabetten kaçınma borcunu birkaç ay yerine getirdiği takdirde iflas idaresi henüz karşı edim ödenmemiş aylar için borcun ifasını talep etse bile işçi söz konusu aylar için masa alacaklısı sıfatını kazanır. Ancak işçinin önceki aylar için karşı edim alacağına ifa edilmemesi nedeniyle rekabet yasağı sözleşmesini fesih hakkı yoktur. Buna ek olarak, iflas idaresi tarafından akdedilen rekabet yasağı sözleşmelerinde seçim hakkının kullanılamayacağı dile getirilmektedir¹⁶⁷⁴.

Hollanda doktrininde işyerini masanın yararına açık tutan iflas idaresinin rekabet yasağı kaydının uygulanmasında menfaatinin bulunduğu vurgulanmaktadır¹⁶⁷⁵. Gerçekten eski işçilerin eski işverenleriyle rekabete

¹⁶⁶⁸ *Bauer/Diller*, s. 370.

¹⁶⁶⁹ *Grunsky*, s. 136.

¹⁶⁷⁰ *Bauer/Diller*, s. 370.

¹⁶⁷¹ *Bauer/Diller*, s. 370.

¹⁶⁷² *Bauer/Diller*, s. 371.

¹⁶⁷³ *Bauer/Diller*, s. 371.

¹⁶⁷⁴ *Bauer/Diller*, s. 371.

¹⁶⁷⁵ *Houweling/Loonstra*, s. 151.

girişmemelerinde iflas idaresinin ciddi bir çıkarı söz konusudur. Hem masa gelirlerinin mümkün olduğunca arttırılması çabası hem de işyerinin satılma olasılığı göz önünde bulundurulduğunda, iflas idaresinin rekabet yasağının sürdürülmesinde hukuken korunmaya değer bir menfaate sahip olduğu çok açıktır¹⁶⁷⁶. Hollanda öğretisinde bir görüş, iflas idaresinin işyerini devralacak kişinin yararına rekabet yasağı kaydına dayanamayacağını iddia etmiştir¹⁶⁷⁷. Buna karşılık öğretilerde aksi görüşü benimseyen yazarlar; iflas idaresinin rekabet yasağını ileri sürerek potansiyel devralanın çıkarlarını korumadığını, tersine iflas idaresinin işçiden rekabet yasağına uygun davranmasının temelinde salt masa çıkarlarının korunmasının yattığını, ancak iflas idaresiyle alıcının taraf olduğu sözleşmede, iflas idaresinin iş sözleşmesi alıcıya geçmeyen işçiden rekabet yasağına uymasına talep edebileceğine yönelik bir düzenlemenin geçersiz olduğu ifade edilmektedir¹⁶⁷⁸. Zira Hollanda Yargıtayı'nın devreden işverenin rekabet yasağının devamında bir menfaati bulunabileceğine ilişkin içtihadının, işyerinin bir bölümünü devreden işyerinin devre konu olmayan bölümleriyle ilgili olarak rekabet yasağının sürdürülmesinde hukuken korunmaya değer bir menfaati olduğu biçiminde anlaşılması gerektiği belirtilmektedir¹⁶⁷⁹. Ayrıca işyerinin bir bölümü satılıp geri kalanı tasfiye edildiği takdirde içi boş bir işletmenin korunması amacıyla rekabet yasağının sürdürülmesinde iflas idaresinin herhangi bir menfaatinin kalmadığına işaret edilmektedir. Şayet iflas idaresinin rekabet yasağının devamında yeterli bir menfaati söz konusu değilse, işçi 7:653 lid 2 BW'den yararlanarak rekabet yasağı kaydını tamamen geçersiz sayılmasını sağlayabilir¹⁶⁸⁰. Bunun yanı sıra, rekabetten kaçınma borcunu ifası yüzünden çalışma özgürlüğü aşırı bir şekilde kısıtlanan işçinin 7:653 lid 2 BW'ye dayanarak iflas idaresinden uygun bir tazminat istemesi de olanaklıdır. İşyerinin iflas idaresi tarafından satışına işyeri devrine ilişkin yasal düzenleme (7:662 BW) uygulanmaz¹⁶⁸¹. Dolayısıyla işyeri iflas idaresince satıldığında iş sözleşmeleri kendiliğinden alıcıya geçmez¹⁶⁸². Böyle bir durumda, iflas idaresinin rekabet yasağının sürdürülmesinde herhangi bir menfaati kalmamaktadır¹⁶⁸³. Bununla birlikte rekabet yasağı kaydının müflisin müşterileriyle ilişki kurmayı yasakladığı ve iflas

¹⁶⁷⁶ *Houweling/Loonstra*, s. 151.

¹⁶⁷⁷ *Beltzer*, s. 224.

¹⁶⁷⁸ *Houweling/Loonstra*, s. 151.

¹⁶⁷⁹ *Houweling/Loonstra*, s. 151–152.

¹⁶⁸⁰ *Houweling/Loonstra*, s. 152.

¹⁶⁸¹ *Houweling/Loonstra*, s. 152.

¹⁶⁸² *Bouwens/Duk*, s. 214.

¹⁶⁸³ *Bouwens/Duk*, s. 214.

idaresinin faaliyetlerini, siparişlerini ve müşteri çevresini alıcıya devrettiği hallerde belki farklı bir sonuca varılabileceği iddia edilmektedir¹⁶⁸⁴. İşyeri personelin bir kısmıyla birlikte tamamen veya kısmen devralındığında, söz konusu işçilerin taraf olduğu rekabet yasağı kayıtları kendiliğinden devralana geçmemektedir. Şu halde devralan, arzu ettiği takdirde, ilgili işçilerle yazılı şekle uygun bir biçimde yeniden rekabet yasağı kararlaştırmak zorunda kalacaktır¹⁶⁸⁵.

Türk hukukunda iflas kurumuyla rekabet yasağı kaydı arasındaki ilişkiyi, iflasın açıldığı anda rekabet yasağının yürürlükte olup olmadığına göre bir ayırımı giderek iki bölüm halinde ele almak uygun olacaktır. İlk olarak, iflasın açıldığı tarihte henüz sona ermemiş bir iş sözleşmesindeki rekabet yasağı kaydının durumu tartışılmalıdır. Kural olarak, işverenin iflas etmesi iş sözleşmesinin sona ermesine yol açmaz. Öyle ki gelir getirebilecek verimli bir işletmenin ticari faaliyetlerinin iflas masasınca bir süre daha devam ettirilmesi, dışlanamayacak bir olasılıktır. Bu bağlamda, alacaklılar toplanması müflisin sanat veya ticaretinin devamına, imalathaneleriyle perakende satış yerlerinin açılmasına karar verme yetkisini haizdir (İİK m. 224/1). Ne var ki iflas masası genellikle zarar eden bir işyerini kapatacak ve söz konusu işyerinde çalışan işçilerin iş sözleşmelerini de feshedecektir. Bununla beraber işverenin iflas etmiş olması masa açısından haklı bir fesih nedeni oluşturmamakta olup, masa iş sözleşmesini ancak bildirim sürelerine uyarak feshedebilir¹⁶⁸⁶. Rekabet yasağı kaydının salt işçiye borç yüklediği durumlarda, iş sözleşmesinin iflas masasınca süreli feshi TBK m. 447 anlamında bir haklı neden sayılamayacağından işçi rekabet etmeme borcundan kurtulacaktır. Buna karşılık, rekabet yasağı kaydı iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olarak düzenlenmişse iş sözleşmesinin iflas masası tarafından feshi, rekabet yasağı kaydından doğan alacak ve borçları kendiliğinden sona erdirmeyecek; ancak fesihten itibaren bir ay içinde rekabet yasağı sözleşmesiyle bağlı olmadığını masaya bildiren işçi rekabet yasağından kurtulacak, böylece masanın karşı edim borcu da ortadan kalkacaktır. Ekleyelim ki, masa iş sözleşmesinin sona ermesinden altı 6 ay önce rekabet yasağından vazgeçebilir (TTK m. 123/II). Kuşkusuz iflas masası vazgeçme beyanından itibaren altı ayın geçmesiyle karşı edim borcundan kurtulmaktadır. Söz

¹⁶⁸⁴ Burada masanın rekabet oluşturan faaliyetlerin önlenmesine yönelik bir menfaatinin söz konusu olabileceği dile getirilmektedir Bouwens/Duk, s. 214.

¹⁶⁸⁵ Houweling/Loonstra, s. 152.

¹⁶⁸⁶ Kuru, Cilt 3, s. 2971.

gelimi iki yıl süreli bir rekabet yasağından vazgeçtiğini iş sözleşmesinin sona ermesinden bir ay önce beyan eden masanın, işçiye beş ay için karşı edim ödemesi gerekir. Müflisin malvarlığının iflas masasınca tasfiyesi sonucunda işyeri bir başkasına geçtiği ve işçi söz konusu işyerinde devralanın yanında çalışmayı sürdürdüğü takdirde, İK m. 6/6 uyarınca ortada bir işyeri devri olmadığından rekabet yasağı kaydı devralana geçmeyecektir. Dolayısıyla haklı işletmesel menfaatlerini korumayı amaçlayan devralan, iflas masasından satın aldığı işyerinde çalışan işçilerle yeni bir rekabet yasağı kararlaştırmalıdır. İşverenin iflas etmesi işçiye iş sözleşmesini derhal fesih hakkı vermemektedir¹⁶⁸⁷. Şu kadar ki, işçi bildirim sürelerine uyararak iş sözleşmesini her zaman feshedebilir. Bu takdirde, işçi rekabet yasağına aykırı davranmamakla yükümlüdür. Ne var ki, Borçlar Kanunu işverenin iflası durumunda işçiye istisnai bir derhal fesih hakkı tanımaktadır. Anılan kural çerçevesinde, işverenin ödeme güçsüzlüğüne düşmesi üzerine işçi, sözleşmeden doğan hakları uygun bir süre içinde işveren tarafından güvenceye bağlanmazsa, sözleşmeyi derhal feshedebilmektedir (TBK m. 436). Buna göre, masa teminat göstermediğinde işçi iş sözleşmesini bildirim süresini beklemeden derhal feshedebilmektedir¹⁶⁸⁸. İşverenin karşı edim üstlenmediği bir rekabet yasağı kaydına tabi işçinin rekabet etmeme borcu TBK m. 447/2 gereğince kendiliğinden sona erecektir. Buna karşılık, işçinin iş sözleşmesini TBK m. 436'ya dayanarak derhal feshi sinalagmatik bir rekabet yasağının kendiliğinden düşmesine yol açmayacaktır. Ancak işçi feshi izleyen bir ay içinde rekabet yasağıyla bağlı olmadığını açıkladığında rekabet yasağından kurtulmakla birlikte masadan karşı edim de talep edemeyecektir.

Yukarıda da değinildiği üzere, ikinci olasılık işverenin rekabet yasağının yürürlükte olduğu bir sırada iflas etmesidir. Hemen işaret edelim ki, rekabet yasağı süresi içinde iflasın açılması rekabet yasağını sona erdirmez. Bununla birlikte, müflise ait işyerinin faaliyetini durduran veyahut anılan işyerini satış yoluyla tasfiye eden masanın rekabet yasağının sürdürülmesinde gerçek bir menfaati kalmayacağından işçinin tek tarafa borç yükleyen bir rekabet yasağı kaydından kaynaklanan rekabetten kaçınma borcu da kanun gereği sona erecektir. Yasağın devamında masanın herhangi bir menfaatinin söz konusu olmaması ise, sinalagmatik bir rekabet yasağının kendiliğinden ortadan kalkması için yeterli bir neden değildir. Ancak sürdürülmesinde gerçek bir yararı kalmayan bir rekabet yasağı karşılığında

¹⁶⁸⁷Kuru, Cilt 3, s. 2971.

¹⁶⁸⁸Kuru, Cilt 3, s. 2971.

işçiye karşı edim ödemek istemeyen iflas masası, rekabet yasağı sözleşmesini feshedebilir.

III. İflasın Karşı Edime Etkisi ve Karşı Edimin Sırası

İflasın alacaklılar bakımından hukuki sonuçlarından biri, iflasın açılmasıyla birlikte müflisin vadesi gelmemiş borçlarının muaccel hale gelmesidir (İİK m. 195). Şu halde işverenin vadesi henüz gelmemiş bir karşı edim borcu iflas açıldığı anda muaccel olacaktır. Ne var ki bu düzenlemeden iş ilişkisi sırasında iflas eden bir işverenin karşı edim borcunun da muaccel hale geleceği sonucu çıkarılamaz. Zira işverenin karşı edim borcunun doğumu, iş sözleşmesinin sona ermesi koşuluna bağlıdır. Dolayısıyla iflasın açılmasıyla müflisin vadesi gelmemiş borçlarının da muaccel hale geleceğine ilişkin hükmün, işverenin karşı edimli bir rekabet yasağı içeren iş sözleşmesi sona ermeden önce iflas ettiği durumlara uygulanma olanağı yoktur. Ancak alacağı geciktirici şarta bağlanmış alacaklılarla belirsiz vadeli alacak hakkına sahip olanların da alacaklarını iflas masasına kaydettirebilmelerini imkân tanıyan düzenlemeden hareketle iş sözleşmesi sona ermeyen işçinin karşı edim alacağını iflas masasına kaydettirebileceği kabul edilmelidir (İİK m. 197). Buna karşılık, rekabet yasağı süresi içinde iflas eden işverenin vadesi henüz gelmemiş karşı edim taksitleri derhal muaccel hale gelir. O halde iflas ister iş ilişkisi sırasında ister rekabet yasağı uygulanırken açılsın, karşı edim daima iflas alacağı niteliği taşır. Bundan dolayı işçi karşı edim alacağını sıra cetveline yazdırmak zorundadır. Peki, işçinin rekabet yasağı kaydından doğan karşı edim borcunun iflas alacakları arasında hangi sıradadır? Bu bağlamda karşı edimin imtiyazlı bir alacak olup olmadığı irdelenmelidir. Alman hukukunda 1999'dan bu yana işçi alacakları imtiyazlı sayılmamaktadır. Eş deyişle karşı edim tamamen sıradan bir iflas alacağıdır¹⁶⁸⁹. Oysa Türk hukukunda iş sözleşmesinden kaynaklanan alacaklar birinci sırada imtiyazlı alacak sayılmaktadır. Gerçekten işçilerin, iş ilişkisine dayanan ve iflasın açılmasından önceki bir yıl içinde tahakkuk etmiş ihbar ve kıdem tazminatları dâhil alacakları ile iflas nedeniyle iş ilişkisinin sona ermesi üzerine hak etmiş oldukları ihbar ve kıdem tazminatları birinci sıradaki alacakları arasında yer almaktadır (İİK m. 206). Acaba karşı edim bu kapsamda değerlendirilebilir mi? Bu noktada iki zıt yorumun yapılması olasıdır. İlk olarak, maddedeki '*iş ilişkisine dayanan alacak*'

¹⁶⁸⁹ Bauer/Diller s. 369.

ifadesinden işçinin iş görme edimiyle bağlantılı ücret ve benzeri alacaklarının anlaşılması gerektiği ve maddenin iş ilişkisi sonrası bir yapmama ediminin ifası karşılığını oluşturan bir alacağı kapsamadığı ileri sürülebilir. İkinci olarak, karşı edim alacağının da iş sözleşmesinden kaynaklandığı ve karşı edimle iş görme borcu arasında karşılıklılık ilişkisinin yokluğundan karşı edimin iş ilişkisine dayanmadığı sonucunun çıkarılamayacağı iddia edilebilir. Kanımızca ikinci görüş isabetlidir. Zira iş sözleşmesi ile rekabet yasağı kaydının birbirinden soyutlanması imkânsızdır. Çok daha basit bir anlatımla, rekabet yasağı kaydının ve rekabet yasağı kaydına dayanan borçların varlık nedeni iş ilişkisidir; deyim yerindeyse iş ilişkisi rekabet yasağının can suyudur. Şu halde karşı edim, İİK m. 206 anlamında iş ilişkisine dayanan imtiyazlı bir alacak olarak kabul edilmelidir. Ne var ki, karşı edimin imtiyazdan yararlanabilmesi için iflasın açılmasından önceki bir yıl içinde tahakkuk etmiş olması şarttır. Bu itibarla iflasın açılmasından geriye doğru bir yıllık süreden daha önceki bir tarihte muaccel olan karşı edim alacakları imtiyazdan yararlanamaz. Keza iflasın açılmasıyla birlikte muaccel olan karşı edim alacağına da imtiyaz tanınmaz. Anılan alacaklar imtiyazsız alacak olarak kabul edilir; böylece işçi ancak imtiyazlı alacaklar ödendikten sonra geriye bir tutar kalırsa karşı edim alacağına kavuşabilir. Hemen vurgulayalım ki, işçi karşı edim alacağını her halükarda sıra cetveline yazdırmalıdır. Alacak iflas masası tarafından kabul edilmediği veya sıra cetvelinde yanlış bir yere yazıldığı takdirde işçi sıra cetveline itiraz davası açabilir (İİK m. 235/1). Belirtelim ki, işçinin karşı edim alacağıyla ilgili sıra cetveline itiraz davalarında asliye ticaret mahkemeleri görevlidir(İİK m. 235/1)¹⁶⁹⁰.

¹⁶⁹⁰ “...Sıra cetveline itiraz davalarında dava açma süresi, görev ve yetki İİK'nun 235. maddesinde düzenlenmiştir. Bu hükme göre dava açma süresinin ilandan itibaren başlayacağı belirtildikten sonra, ayrıca İİK'nun 223/3. maddesi hükmünün saklı olduğu belirtilmiştir. Saklı tutulan hükme göre, iflas masasına müracaat eden alacaklılar tebliğatı kabule elverişli adres gösterir, yazı ve tebliğat masrafları için avans yatırımlarsa sıra cetveline itiraz davası açma süresi bu alacaklılar hakkında sıra cetvelinin kendilerine tebliğinden itibaren başlar. Davanın 15 gün içinde açılması gerekmektedir. Bu süre hak düşürücü süre olup mahkemece kendiliğinden dikkate alınır. İcra ve İflas Kanunu'nun 235/1. maddesine göre sıra cetveline itiraz davası iflas kararı veren Ticaret mahkemesinin bulunduğu yerdeki her hangi bir Ticaret Mahkemesinde açılabilir. Görevin belirlenmesinde dava değerinin önemi olmadığı gibi, buradaki mahkemenin yetkisi de kamu düzenine ilişkindir. Bu durum karşısında iş mahkemesinde görülmekte olan, işçi alacaklarına yönelik dava sırasında, işverenin iflası halinde dahi, İİK'nun 194. maddesi uyarınca, davaya iş mahkemesinde devam edileceği, işverenin işçi alacaklarına ilişkin dava açılmadan önce iflası halinde ise, yukarıda belirtilen şekilde hareket ile, alacağın iflas masasına kaydedilmemesi, masaca alacağın reddi halinde, Asliye Ticaret mahkemesinde kayıt kabul davası açılması gerekir. Davanın davalı şirketin iflasına karar verilmesinden sonra açılmış olması karşısında dava İİK. 235. maddesi gereğince sıra cetveline itiraz (kayıt kabul) davası olup, davanın süresinde Ticaret Mahkemesinde açılması gerektiğinden, mahkemenin görevsizlik kararı vermesi gerekir iken, işin esasına girerek karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir...” Yarg. 9. HD., 14.12.2010., E.2008/41590 K:2010/38033, www.legalbank.net.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM
REKABET YASAĞI KAYDININ SONA ERMESİ,
REKABET YASAĞI KAYITLARINDA GÖREVLİ VE YETKİLİ
MAHKEME

§ 10. REKABET YASAĞI KAYDININ SONA ERMESİ

I. Rekabet Yasağını Sona Erdiren ve Kaydın Yürürlüğe Girmesini Engelleyen Haller

1. İşverenin Yasağın Sürdürülmesinde Gerçek Bir Yararının Kalmaması

Borçlar Kanunu'nda rekabet yasağının sürdürülmesinde işverenin gerçek bir yararının olmadığı belirlenmesi durumunda yasağın sona ereceği belirtilmektedir (TBK. m. 447/2). Kaynak İsviçre Borçlar Kanunu'nunda da işverenin yasağın sürdürülmesinde kanıtlanabilir önemli bir menfaati kalmadığı takdirde rekabet yasağının da ortadan kalkacağı ifade edilmektedir¹⁶⁷⁴. Her iki metnin karşılaştırılmasından Türk kanun koyucusunun kaynak kanunun Almanca metninde kullanılan *önemli menfaat* (*erhebliches interesse*) sözcüklerini *gerçek yarar* olarak çevirdiği anlaşılmaktadır. Ne var ki *gerçek yarar* ve *önemli menfaat* kavramları arasında herhangi bir fark söz konusu değildir. Dolayısıyla Türk kanun koyucusunun '*önemli menfaat*' yerine '*gerçek yarar*' ibaresini kullanması bilinçli bir tercih olarak görülmemelidir. Böyle bir norma gereksinim duyulmasının nedeni ne olabilir? Bu soruya yanıt arayan İsviçre öğretisinde; rekabet yasağı kaydının tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme olduğu gerçeğini de göz önüne bulunduran kanun koyucunun borçlunun kişiliğini korumayı amaçladığı, zira işçinin çalışma özgürlüğüne müdahalenin işverenin önemli ve güncel bir menfaatini gerekli kıldığı, işverenin haklı bir menfaati kalmamasına rağmen yasağın sürdürülmesinin işçinin kişilik

¹⁶⁷⁴Emmel, Frank: Wann gilt das Konkurrenzverbot?, Neue Zürcher Zeitung 2009 n. 199-69.

haklarının ihlali anlamına geleceği, işverenin zarar görme olasılığı ortadan kalktığına artık korunmaya değer haklı bir menfaatten de söz edilemeyeceği ileri sürülmektedir¹⁶⁷⁵. Diğer bir yazar da, bu görüşlere koşut bir biçimde, bağlayıcılık koşulunu düzenleyen maddedeki *önemli zarar* ifadesinin bu maddedeki *önemli menfaat* sözcüklerine tekabül ettiğini, her iki düzenlemenin de işçiyi korumayı amaçladığını, söz konusu düzenlemelerin her hakkın hak sahibinin korunmaya değer bir menfaatinin varlığına bağlı olduğuna ilişkin ilkeyi yansıttığını, bununla birlikte hak süjesinin menfaati azalsa dahi hakkın varlığını sürdüreceğini, rekabet yasağı konusunda bu kurala bir istisna koyan kanun koyucunun işverenin yasakla ilgili menfaatinin önemli olmasını şart koştuğunu, dolayısıyla işçinin elde ettiği bilgilerle işverene önemli bir zarar verme imkânının ortadan kalkmasıyla bağlantılı olarak işverenin yasağın devamındaki menfaatinin azalması durumunda rekabet yasağının da yürürlükten kalkacağını dile getirmiştir¹⁶⁷⁶. Nihayet rekabet yasağının geçerliliğinin işçinin işverene elle tutulur bir zarar verebilme olanağına sahip olması koşuluna bağlı olduğunu vurgulayan bir başka İsviçreli yazar; işverenin zarar görme olasılığının ortadan kalkması halinde işçinin ekonomik geleceğini tehdit eden bir yükümlülükten kurtarılmasının hakkaniyete uygun olacağı kanaatindedir. Yazara göre, bu düzenleme, işverenin haklı bir menfaatini korumayan rekabet yasağının işçiyi bağlamayacağını öngören maddeye bir yandan açıklık getirmekte diğer yandan da tamamlamaktadır. Kanun hükmünün hak sahibinin menfaati azalsa bile hakkın ortadan kalkmayacağına ilişkin temel hukuk kuralından sosyal koruma kaygısıyla ayrıldığını belirten yazar, işçinin rekabet yasağına uygun davranmasında artık bir menfaati kalmayan işverenin yasağın sürmesini talep etmesinin hakkın kötüye kullanılmasının tipik bir örneği olduğunu vurgulamaktadır¹⁶⁷⁷.

Bu hükmün uygulanabilmesi için işverenin yasağın sürdürülmesindeki menfaatinin önemli ölçüde azalması gerekir¹⁶⁷⁸. Örneğin işletmeye özgü iş ve üretim sınırlarının ifşa olması, işletme merkezinin taşınmasıyla beraber işverenin müşteri çevresinin de farklılaşması ve işverenin rekabet yasağıyla korumayı amaçladığı faaliyet alanını değiştirmesi gibi durumlarda işverenin yasağın sürdürülmesinde

¹⁶⁷⁵Bohny, s. 137.

¹⁶⁷⁶Haefliger, s. 88–89.

¹⁶⁷⁷Pidoux, s. 96–97.

¹⁶⁷⁸Haefliger, s. 89. Karş. Reh binder, Schranken und wegfall, s. 524–525.

gerçek bir yararının kalmadığı ve dolayısıyla rekabet yasağının kendiliğinden ortadan kalktığı kabul edilmektedir¹⁶⁷⁹.

İsviçre öğretisinde işverenin rekabet yasağının devamında önemli bir menfaatinin kalmadığını ispat yükünün işçiye ait olduğu ifade edilmektedir¹⁶⁸⁰. Zira İsviçre-Türk Hukukunda kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlü olup; bu bağlamda borçlu hakkın ortadan kalktığını kanıtlamak zorundadır (MK m. 6; Art. 8 ZGB). Ayrıca Kanunun lafzından ispat yükünün ters çevrildiği gibi bir anlam çıkarılamayacağı da dile getirilmektedir¹⁶⁸¹.

Çok çarpıcı bir husus, işverenin rekabet yasağının sürdürülmesinde haklı bir menfaati kalmadığı takdirde kaydın geçerliliğini yitireceğini öngören kuralın uygulamasının olmamasıdır. Nitekim İsviçreli bir yazar, hâkimin bu maddeyi uyguladığı tek bir somut örneğe dahi rastlamadığını belirtmektedir¹⁶⁸². Yazar bu durumu, yasağın sürdürülmesinde işverenin haklı bir menfaatinin kalmadığının işçi tarafından kanıtlanmasındaki güçlüklerle açıklamaktadır¹⁶⁸³. Aynı doğrultuda görüş bildiren öteki bir yazar da, anılan hükmün pratikte büyük bir anlamının bulunmadığını, çünkü işçinin işverenin yasağın sürmesinde artık haklı bir menfaatinin kalmadığını kanıtlanmasının genellikle hiç de kolay olmadığını ileri sürmektedir¹⁶⁸⁴. Türk Hukuku açısından da bu düzenlemeyle bağlantılı bir yargı kararının varlığından söz etmek, en azından şu an için mümkün görünmemektedir.

Öyleyse kanunun fiilen uygulanmayan böyle bir fıkraya yer vermesinin arkasında nasıl bir gerekçe yatmaktadır? Bu noktada, rekabet yasağından kurtulmak isteyen işçinin fıkradan ne şekilde yararlanabileceğini kısaca açıklamak yararlı olacaktır. Bilindiği üzere, işverenin haklı menfaatine ilişkin koşul açısından, iş ilişkisinin sona erme anı belirleyicidir. Nitekim işçinin rekabet etmeme borcu da iş ilişkisinin sona ermesiyle muaccel olmaktadır. İşçi rekabet yasağı süresinin sonuna kadar rekabetten kaçınma borcunu ifa etmek zorundadır. Fıkranın lafzından

¹⁶⁷⁹ *Haefliger*, s. 89.

¹⁶⁸⁰ *Bohny*, s. 138; *Haefliger*, s. 88; *Pidoux*, s. 97.

¹⁶⁸¹ *Haefliger*, s. 89.

¹⁶⁸² *Pidoux*, s. 97.

¹⁶⁸³ *Pidoux*, s. 97.

¹⁶⁸⁴ *Haefligers*. 89. Aynı yönde bkz. *Rehbinder*, Schranken und wegfall s. 524.

anlaşıldığı kadarıyla, işverenin yasağın sürdürülmesinde haklı bir menfaati kalmadığı anda işçinin rekabet etmeme borcu da ortadan kalkmaktadır. Rekabet etmeme borcundan kurtulan işçi tarafından açılacak bir tespit davası ile yeni hukuki durumun belirlenmesi akla gelen ilk seçenektir. Ne var ki gerek işçinin böyle bir tespit davası açmakta hukuki yararının bulunup bulunmadığı hususunda yaşanacak olası bir tartışma, gerekse işçinin ispat konusunda karşılaşacağı zorluklar nedeniyle bu seçenek uygulanabilir değildir. Kaldı ki böyle bir davanın rekabet yasağı süresinin dolmasının ardından sonuçlanması olasılığı da yadsınmamalıdır. Acaba karşı edim borcundan kurtulmak isteyen işveren bu düzenlemeden yararlanabilir mi? İsviçre öğretisinde işverenin rekabet yasağının sürmesindeki menfaati sona erse dahi söz konusu fıkranın karşı edime bağlanmış bir rekabet yasağı kaydına (*entgeltliches KV*) uygulanamayacağı, zira her iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmeden doğan hukuki ilişkinin ancak tarafların anlaşmasıyla veya karşı tarafın zararı giderilerek ortadan kaldırılabileceği öne sürülmektedir¹⁶⁸⁵. Türk öğretisinde de rekabet yasağının işveren açısından önemli bir menfaat kalmadığı takdirde sona ereceğini öngören kuralın tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme modeli esas alınarak getirildiği, bu kuralın karşı edim öngörülmüş olan rekabet yasağı kayıtlarına uygulanamayacağı, aksine bir düşüncenin yasanın *ratiosuna* aykırı olacağı, çünkü kanun koyucunun bu hükümle işverenin karşı edimden kurtulmasını değil, önemli bir menfaatinin kalmaması halinde işçinin yasakla bağlılığının sona ermesini sağlamak istediğini belirtmektedir. Buna göre, işveren, işçinin rekabet yasağı kaydıyla kararlaştırılan karşı edimi talep etmesine karşılık, yasağın devamında önemli bir menfaatinin kalmadığına dayanarak ifadan kaçınma hakkına sahip değildir¹⁶⁸⁶.

Özetle vurgulamak gerekirse, rekabet yasağının sürdürülmesinde işverenin gerçek bir yararı kalmadığında yasağın sona ereceğini düzenleyen normun, karşı edim içeren rekabet yasağı kayıtlarına uygulanması mümkün görünmemektedir. İşverence üstlenilecek bir karşı edimin rekabet yasağı kaydının zorunlu bir unsuru olup olmadığına ilişkin tartışmalar göz ardı edilse bile, söz konusu kuralın karşı edim içermeyen rekabet yasağı kayıtlarına da uygulanma kabiliyetinden yoksun olduğu anlaşılmaktadır. Gerçekten rekabet yasağının sürdürülmesinde işverenin

¹⁶⁸⁵ Yazar, rekabet yasağı kaydında işverenin fesih hakkının saklı tutulması durumunda, yasağın sürmesinde haklı menfaati kalmayan işverenin fesih hakkını kullanarak karşı edimden kurtulabileceğini ifade etmektedir. *Bohny*, s. 138.

¹⁶⁸⁶ *Soyer*, s. 21.

gerçek bir yararının kalmadığı varsayımıyla yasağa aykırı davranan işçiye karşı açılacak bir davada, işveren rekabet yasağının kararlaştırılmasında ve sürdürülmesinde haklı menfaatini kanıtlamak zorundadır. Bu bağlamda işverenin yasağın sürdürülmesinde gerçek bir yararının olmadığı belirlenmesi halinde rekabet yasağının da sona ereceğine ilişkin fıkra son derece gereksiz bir düzenlemedir. Şu halde uygulama açısından herhangi bir önem taşımayan ve bu doğrultuda ölü bir norm olarak nitelendirilebilecek bu hükmün yürürlükten kaldırılması yerinde olacaktır.

2. Rekabet Yasağı Sözleşmesinin Feshi

Rekabet yasağı sözleşmesinin feshi konusu, rekabet yasağı kaydının ihlali başlıklı paragrafta iki ayrı bölüm halinde incelenmiş; işçinin rekabet etmeme borcuna aykırı davranması durumunda işverenin, işverenin karşı edim borcunu yerine getirmemesi halinde ise işçinin rekabet yasağı sözleşmesini fesih hakkına sahip olduğu belirtilmişti. Rekabet yasağı sözleşmesinin feshi sonucunda iş sözleşmesinin sona ermesiyle ifa edilmeye başlanan sürekli borç ilişkisi de geleceğe etkili (*ex nunc*) olarak ortadan kalktığından, konunun '*rekabet yasağını sona erdiren ve yürürlüğe girmesini engelleyen haller*' başlığı altında tekrar ele alınması uygun olacaktır. Her ne kadar varlığını temel hukuki ilişkiye, yani iş sözleşmesine borçlu da olsa; sonuçta bir tür sözleşme olan rekabet yasağı kaydı da sözleşmeler hukukunun genel kurallarına tabidir. İfasına başlanmış sürekli edimli sözleşmelerde, borçlu temerrüde düşerse alacaklı sözleşmeyi feshederek sözleşmenin süresinden önce sona ermesi yüzünden uğradığı zararın giderilmesini isteyebilmektedir (TBK m. 126). Peki, rekabet yasağı sözleşmesi bu maddeye dayanarak feshedilebilir mi? Konu Alman öğretisi tarafından § 314 BGB bağlamında derinlemesine tartışılmıştır. Bu maddeye göre, taraflardan her biri, sürekli bir borç ilişkisini diğer tarafa herhangi bir bildirim süresi tanımaksızın haklı bir nedenle feshedebilir. Şayet somut olayın özellikleri ve karşılıklı menfaatler dikkate alındığında, fesih bildiriminde bulunan taraftan borç ilişkisini kararlaştırılan sona erme anına kadar sürdürmesi beklenemeyecekse haklı bir nedenin var olduğu kabul edilir¹⁶⁸⁷. Fesih bildiri fesih nedeninin öğrenilmesinden itibaren uygun bir süre içinde yapılmalıdır. Ne var ki Alman öğretisinde § 314 BGB'nin sözleşme sonrası rekabet yasağına uygulanıp

¹⁶⁸⁷ Bauer/Diller, s. 269.

uygulanmayacağı ve uygulanacaksa da bunun kapsamının çok açık olmadığı dile getirilmektedir¹⁶⁸⁸. Alman Federal Mahkemesi, 5.10.1982 tarihli bir kararında rekabet yasağının haklı nedenle feshedilip feshedilemeyeceğini irdelemiş ve § 74a HGB'nin yasağın sona ermesi bakımından *lex specialis* karakterine sahip olduğu gerekçesiyle işçinin mesleki durumunun değişmesine dayanarak rekabet yasağı sözleşmesini feshedemeyeceğine karar vermiştir¹⁶⁸⁹. Öte yandan, işyerini kapatmasından veya üretim yelpazesini değiştirmesinden dolayı rekabet yasağının sürdürülmesinde bir yararı kalmayan işverenin rekabet yasağı sözleşmesini haklı nedenle feshedip feshedemeyeceği de tartışmalıdır. Alman doktrinindeki baskın görüş uyarınca, karşılıklı bozma ve vazgeçme haklarıyla ilgili ayrıntılı düzenlemeler getiren §§ 74 HGB, § 314 BGB'ye göre özel hüküm (*lex specialis*) niteliğine sahiptir. Bununla beraber, taraflardan birinin sözleşme sonrası rekabet yasağından doğan borçlarını ihlal etmekte ısrar etmesi halinde diğer tarafın rekabet yasağı sözleşmesini § 314 BGB'ye dayanarak feshedebileceği vurgulanmaktadır¹⁶⁹⁰. Örneğin sürekli olarak rekabet yasağına aykırı davrandığı ve işverenin kendisini bir ceza koşulu güvence altına almayı ihlal ettiği durumlarda rekabet yasağı sözleşmesinin haklı nedenle feshinin gündeme gelebileceği ileri sürülmektedir¹⁶⁹¹. Alman hukukunda sürekli bir borç ilişkisinin haklı nedenle feshinde borçluya ihtar gönderilmesi ve ihtarın sonuç vermemesi şartları aranmaktadır. § 314 BGB'ye göre yapılan bir fesih, fesheden tarafın tazminat talep etme hakkını da ortadan kaldırmamaktadır¹⁶⁹².

§ 314 BGB'den farklı olarak TBK m. 126, sürekli borç ilişkilerinin haklı nedenle feshini, borçlunun temerrüdüyle sınırlamıştır. Buna göre, borçlunun temerrüdü halinde alacaklı sözleşmeyi feshederek sözleşmenin süresinden önce sona ermesi yüzünden uğradığı zararın (*menfi zarar*) giderilmesini isteyebilir. Ancak sözleşmeyi feshetme seçeneğini tercih eden alacaklı, ifa ve gecikme tazminatı isteyemez. O halde işverenin karşı edim borcunu ifada temerrüde düşmesi üzerine işçi rekabet yasağı sözleşmesini feshederek uğradığı menfi zararın tazminini talep edebilir mi? Kanımızca işverenin karşı edim borcunu ödemediği temerrüde düştüğünde işçi de rekabet yasağı sözleşmesini feshedebilmelidir. Ancak işçinin

¹⁶⁸⁸ Bauer/Diller, s. 269.

¹⁶⁸⁹ AP 42 zu § 74 HGB.

¹⁶⁹⁰ Bauer/Diller, s. 269.

¹⁶⁹¹ Boemke/Gründel/Tietze § 110 Rn. 54.

¹⁶⁹² Bauer/Diller, s. 269.

rekabet yasağı sözleşmesini feshedilmesinin ön koşulu, işçinin karşı edimin ifası için işverene uygun bir süre vermesidir (TBK m. 123). Dolayısıyla eski işverenine süre vermeyen işçinin fesih hakkı bulunmamaktadır. İşçinin sözleşmenin süresinden önce sona ermesi yüzünden uğradığı zarar ise, yoksun kaldığı karşı edimden ibarettir. Şüphesiz işçinin uğradığı olumsuz zarar hesaplanırken, rekabet etmeme borcundan kurtulması nedeniyle elde ettiği gelir, yoksun kaldığı karşı edimden mahsup edilmelidir. Önemle vurgulanmalıdır ki, karşı edim alacağı ödenmeyen işçinin elindeki hukuki imkânlar fesihle sınırlı değildir. İşçi rekabet etmeme borcunu ifa etmeyi sürdürerek karşı edim için dava veya icra takibi yoluna başvurabileceği gibi, ödemezlik defini kullanarak rekabet etmeme borcunu yerine getirmeyebilir. Acaba işveren de rekabet yasağı sözleşmesini haklı nedenle feshedebilir mi? İşçiye tanınan fesih hakkından işverenin yararlandırılmamasının mantıklı bir açıklaması yoktur. Dolayısıyla işveren de eski işçisinin rekabet yasağına aykırılıkta ısrar etmesi üzerine rekabet yasağı sözleşmesini feshederek olumsuz zararının giderilmesini isteyebilmelidir. Ne var ki rekabet yasağı sözleşmesini fesheden işverenin olumsuz zararın tazminine ilaveten, rekabet yasağı kaydındaki ceza koşulunu da talep edip edemeyeceği zihinlerde ciddi soru işaretleri yaratmaktadır. Kanaatimizce TBK m. 446/2 işverenin rekabet yasağı sözleşmesini feshettiği hallerde de uygulama alanı bulmalı, işçi işverenin gördüğü olumsuz zararın yalnızca, ceza koşulunu aşan kısmından sorumlu tutulmalıdır. Buna karşılık, rekabet yasağı sözleşmesini fesheden işveren artık rekabet etmeme borcunun aynen ifasını talep edemez. Görüldüğü üzere, özellikle rekabet yasağının bir ceza koşuluna ve aynen ifa kaydına bağlanmadığı olgularda, rekabet yasağı sözleşmesinin feshi işveren açısından son derece yararlı bir yöntemdir.

3. İş Sözleşmesinin Diğer Taraftan Kaynaklanan Bir Nedenle Feshi

Türk hukukunda iş sözleşmesi haklı bir sebep olmaksızın işveren tarafından veya işverene yüklenebilen bir nedenle işçi tarafından feshedilirse rekabet yasağı sona ermektedir (TBK m. 447/2). Söz konusu düzenlemenin anlamını ve sonuçlarını irdelemeye geçmeden önce karşılaştırmalı hukuktaki tablonun gözler önüne serilmesi bu maddenin içinin doldurulmasında yol gösterici olacaktır. Alman hukukundaki temel kural, feshin türü ne olursa olsun, iş sözleşmesinin sona ermesiyle beraber

rekabet yasağının da yürürlüğe girmesidir¹⁶⁹³. Özel bir düzenleme niteliğindeki § HGB 75 ise, taraflara bazı fesih türlerine özgü olarak bir dönme hakkı (*lösungsrecht*) tanınmıştır. Dolayısıyla feshin türü ne olursa olsun rekabet yasağı kendiliğinden sona ermemekte, işçi veya işverenin dönmeye yönelik iradesini karşı tarafa bildirmesiyle yasak da ortadan kalkmaktadır¹⁶⁹⁴. Ne var ki dönme beyanıyla birlikte rekabet etmeme borcundan kurtulan işçinin karşı edimi talep hakkını da yitirdiği vurgulanmalıdır. Taraflara rekabet yasağı sözleşmesini dönme hakkı tanıyan başlıca fesih türü, haklı nedenle derhal fesihtir (*außerordentlichen Kündigung*). Alman öğretisinde iş sözleşmesinin haklı nedenle fesheden tarafa tanınan dönme hakkının bir yaptırım niteliği taşıdığı, zira iş sözleşmesinin bildirimsiz feshini haklı kılacak ölçüde güven ilişkisini zedeleyen önemli bir neden belirlediğinde iş sözleşmesini haklı nedenle fesheden taraftan rekabet yasağı sözleşmesine uymasının beklenemeyeceği öne sürülmektedir¹⁶⁹⁵. Buna karşılık § HGB 75'in iş sözleşmesinin süreli feshine bağladığı hukuki sonuçlar, işçi ve işveren yönünden farklılık arz etmektedir. İş sözleşmesinin işçi tarafından süreli feshinde her iki tarafa da dönme hakkı tanınmamıştır¹⁶⁹⁶. Zira rekabet yasağı kaydı genellikle iş sözleşmesini süreli fesih yoluyla sona erdiren işçilerce ihlal edilmekte ve işverenin en çok bu fesih türüne karşı korunması gerekmektedir¹⁶⁹⁷. Buna karşılık, iş sözleşmesinin işveren tarafından süreli feshinde, fesih işçinin kişiliğinden kaynaklanan bir nedene dayanmadığı müddetçe işçiye rekabet yasağından dönme hakkı tanınmıştır¹⁶⁹⁸. Çünkü işverenin iş sözleşmesini işçiyle ilintili bir nedenle feshettiği hallerde işçinin rakip bir işletmede işe başlamasından bizzat işveren sorumludur. Dolayısıyla iş sözleşmesinin işçiden kaynaklanmayan bir nedenle işverence feshedilmesi durumunda işçiye rekabet yasağı kaydından dönme hakkı tanınmasının uygun olduğu ifade edilmektedir¹⁶⁹⁹. Ne var ki işverenin iş sözleşmesini süreli feshi işçiden kaynaklanan bir nedene dayanıyorsa rekabet yasağı kaydının her iki tarafı da bağlamasının hakkaniyetle bağdaştığını belirtilmektedir¹⁷⁰⁰.

¹⁶⁹³ *Grüll/Janert*, s. 69.

¹⁶⁹⁴ *Bauer/Diller*, s. 229;

¹⁶⁹⁵ *Bauer/Diller*, s. 229.

¹⁶⁹⁶ *Bauer/Diller*, s. 229; *Grüll/Janert*, s. 69.

¹⁶⁹⁷ *Bauer/Diller*, s. 229

¹⁶⁹⁸ *Bauer/Diller*, s. 229; *Hromadka/Maschman*, s. 490.

¹⁶⁹⁹ *Bauer/Diller*, s. 229.

¹⁷⁰⁰ *Bauer/Diller*, s. 229.

Kanun iş sözleşmesini işverenin sözleşmeye aykırı bir davranışı nedeniyle haklı nedenle bildirimden fesheden işçiye bir seçim hakkı tanımıştır (§ HGB 75 Abs. 1)¹⁷⁰¹. İşçinin ilk seçeneği rekabet yasağı sözleşmesiyle bağlı kalmaktadır. Tercihini bu yönde kullanan işçinin işverene herhangi bir bildirimde bulunması gerekli değildir. İşçinin bildirimde bulunmadığı durumlarda, rekabet yasağı tüm hukuki sonuçlarıyla birlikte uygulanmaya başlar¹⁷⁰². Buna karşın, rekabet yasağından kurtulmak isteyen işçi feshi ihbar ettiği tarihi takip eden bir ay içinde rekabet yasağıyla bağlı olmadığını yazılı olarak işverene bildirirse rekabet yasağı kaydıyla kendisine getirilen sınırlamalardan kurtulmakta, ancak karşı edimi talep hakkını da yitirmektedir¹⁷⁰³. Alman hukukunda işçinin rekabet yasağıyla bağlılıktan kurtulabilmesi için iş sözleşmesini haklı bir nedenle feshetmesinin yeterli olmadığı, haklı feshin mutlaka işverenin sözleşmeye aykırı bir davranışından kaynaklanmasının gerektiği de ifade edilmektedir¹⁷⁰⁴. Dolayısıyla işçinin iş sözleşmesini kendisinden kaynaklanan bir nedenle derhal feshi rekabet yasağını sona erdirmeyecektir. Örneğin Alman hukukunda komisyon ücretiyle çalışan pazarlamacının elde ettiği gelirin, iş yoğunluğunun azalmamasına rağmen katlanılamayacak oranda düşmesi haklı fesih nedenidir. Aynı şekilde işçi iş sözleşmesini BGB § 626 uyarınca vicdani nedenlerle bildirimden feshedebilmektedir. Buna göre, işçinin söz konusu nedenlere yaslanarak rekabet yasağından dönmesi mümkün değildir¹⁷⁰⁵.

§ HGB 75'de öngörülen bir aylık süre iş ilişkisinin sona erdiği tarihte değil, feshin bildirildiği tarihte işlemeye başlar¹⁷⁰⁶. O halde işçinin iş sözleşmesini bildirim süresi vermeksizin haklı bir nedenle feshetmesi halinde anılan süre iş ilişkisinin sona erdiği tarihten itibaren hesaplanacaktır. Dönme beyanı (*Lösüngerklärung*) yazılı şekilde yapılmalı, içeriği de yeterince açık olmalıdır¹⁷⁰⁷. Başka bir ifadeyle, işveren işçinin ne kastettiğini kolayca anlayabilmelidir. Diğer yandan işçinin iş sözleşmesini haklı bir nedenle feshedip işverene rekabet ettikten sonra bir aylık süre içinde dönme iradesini açıklamasının hukuki sonuçları da tartışmalıdır. Öğretide dönme beyanının geçmişe etkili olduğu görüşü benimsenmiştir. Şu halde böyle bir olasılıkta

¹⁷⁰¹Grüll/Janert, s. 69.

¹⁷⁰²Bauer/Diller, s. 230.

¹⁷⁰³Bauer/Diller, s. 230; Grüll/Janert, s. 69; Hromadka/Maschman, s. 490.

¹⁷⁰⁴Bauer/Diller, s. 230.

¹⁷⁰⁵Bauer/Diller, s. 230.

¹⁷⁰⁶Bauer/Diller, s. 233.

¹⁷⁰⁷Bauer/Diller, s. 234.

işçinin rekabet yasağını ihlal ettiği söylenemez¹⁷⁰⁸. İşçinin sözlü olarak veya bir aylık sürenin dolmasının ardından rekabet yasağından dönmesi ise, rekabet yasağının karşılıklı anlaşmayla ortadan kaldırılmasına yönelik bir öneri (icap) olarak değerlendirilmektedir¹⁷⁰⁹. Ancak işverenin işçinin dönme bildirimini yanıtızsız bırakması kabul anlamına gelmemektedir. Alman Hukukunda sözleşmeye aykırı davranışıyla diğer tarafın sözleşmeyi haklı nedenle derhal feshine yol açan taraf, sözleşmeyi haklı nedenle fesheden tarafın zararını gidermek zorundadır (§ 628 Abs. 2 BGB). O halde iş sözleşmesini işverenin sözleşmeye aykırı davranışından ötürü bildirim süresine uymadan fesheden ve rekabet yasağından dönen işçi, yoksun kaldığı karşı edimi tazminat olarak talep edebilir¹⁷¹⁰. Bununla birlikte işçinin rekabet etmeme yükümlülüğünün ortadan kalkması sayesinde sağladığı yararın tazminattan nasıl ve ne oranda mahsup edileceği sorunu son derece tartışmalıdır¹⁷¹¹.

Sözleşmeye aykırı bir davranışı nedeniyle iş sözleşmesi işverence derhal feshedilen işçinin karşı edimi talep hakkı da sona ermekteydi (§ 75Abs. 3 HGB)¹⁷¹². Alman Federal Mahkemesi 23.2.1977 tarihli bir kararıyla Anayasaya aykırı gördüğü söz konusu fıkranın geçersizliğine hükmetmiştir¹⁷¹³. Federal Mahkeme'ye göre, objektif bir neden olmaksızın işçiyi işverenden daha kötü bir duruma sokan bu düzenleme, Alman Anayasası'nın 3. maddesiyle bağdaşmamaktadır. Zira Kanun iş sözleşmesini haklı nedenle fesheden işçiye, rekabet yasağının sürmesiyle ortadan kalkması seçenekleri arasında bir seçim hakkı tanımıştır. Buna karşılık, işçinin hem karşı edimi alma hem de işverenle rekabet etme imkânı yoktur (§ Abs. 1 HGB 75). Ne var ki iş sözleşmesi haklı nedenle bildirimsiz feshedilen işçinin işverenle rekabet kaçınma borcunun sürmesine karşın, işverenin karşı edim borcundan kurtulması eşitlik ilkesiyle bağdaşmamaktadır¹⁷¹⁴. Öğretideki baskın görüş, Federal İş Mahkemesi'nin kararının isabetli olduğunu savunmaktadır¹⁷¹⁵. Federal İş Mahkemesi, § 75Abs. 3 HGB'nin Anayasa'ya aykırı bulunarak iptal edilmesi sonucunda ortaya çıkan hukuki boşluğu § 75Abs. 3 HGB'yi kıyasen uygulayarak

¹⁷⁰⁸ *Bauer/Diller*, s. 234.

¹⁷⁰⁹ BGH 17.5.1962 DB 1962, s. 1272.

¹⁷¹⁰ BAG 32.2.1977 AP 6 zu § 75 HGB

¹⁷¹¹ *Bauer/Diller*, s. 235.

¹⁷¹² *Grüll/Janert*, s. 71.

¹⁷¹³ *Hromadka/Maschman*, s. 490.

¹⁷¹⁴ *Bauer/Diller*, s. 236; *Grüll/Janert*, s. 71.

¹⁷¹⁵ *Bauer/Diller*, s. 235.

doldurmuştur¹⁷¹⁶. Buna göre iş sözleşmesini haklı nedenle fesheden işveren, feshi ihbar ettiği tarihi izleyen bir ay içinde yazılı bildirimde bulunarak rekabet yasağı sözleşmesinden dönebilir¹⁷¹⁷. Dönmeyle beraber işçinin rekabet etmeme borcunun yanı sıra işverenin karşı edim borcu da sona ermektedir. Alman Federal İş Mahkemesi'nin karşı edimsiz bir rekabet yasağına imkân sağlayan yegâne hukuki düzenlemeyi bertaraf eden bu kararıyla “*karşı edim yoksa rekabet yasağı da yok*” (*kein Wettbewerbsverbot ohne entschädigung*) ilkesinin herhangi bir istisnası kalmamıştır¹⁷¹⁸.

İş sözleşmesi işveren tarafından bildirim önellerine uyularak feshedilen işçi de, belli koşullara bağlı olarak, fesih bildirimini takip eden bir aylık süre içinde rekabet yasağı sözleşmesinden dönebilmektedir¹⁷¹⁹. Öncelikle iş sözleşmesi kişiliğinden veya davranışlarından kaynaklanan bir nedenle feshedilen işçinin rekabet yasağı sözleşmesinden dönme hakkını haiz olmadığı vurgulanmalıdır¹⁷²⁰. Alman öğretisinde işçinin kişiliğinden veya davranışlardan kaynaklanan geçerli nedenle fesihlerde işçinin dönme hakkına sahip olmadığı görüşü egemendir¹⁷²¹. Dolayısıyla işçinin kusurlu olması gerekmediğinden iş sözleşmesi hastalık nedeniyle feshedilen işçi de rekabet yasağından dönemez¹⁷²². Alman Federal İş Mahkemesi'nin önüne gelen bir uyuşmazlıkta, iş sözleşmesinde rekabet yasağı kaydı yer alan iş sözleşmesi, işçinin sürekli iş göremez hale gelmesi nedeniyle işverence feshedilmiştir. İşçinin karşı edimin tahsili amacıyla açtığı bir davada, işveren, savunma olarak; rekabet yasağıyla ilgili işlem temelini çöktüğünü, davacının karşı edim talep etmekle dürüstlük kuralını ihlal ettiğini, zira meslekte kazanma gücünü büyük oranda yitiren davacının istese dahi rekabet edemeyeceğini öne sürmüştür. Yerel Mahkeme işçinin davasını kabul etmiş, bu karar Federal İş Mahkemesi'nce de onanmıştır. Alman Federal İş Mahkemesi'nin söz konusu içtihadında vardığı sonuç öğretisi tarafından da

¹⁷¹⁶ BAG 19.5.1998 AP 10 zu § 75 HGB (Grüll/Janert'den naklen s. 71-72).

¹⁷¹⁷ Grüll/Janert, s. 72.

¹⁷¹⁸ Bauer/Diller, s. 237.

¹⁷¹⁹ Grüll/Janert, s. 70.

¹⁷²⁰ Bauer/Diller, s. 240; Grüll/Janert, s. 69.

¹⁷²¹ Bauer/Diller, s. 242.

¹⁷²² Kanun metnindeki önemli (*erheblich*) sözcüğünden hareketle Grunsky, § 75Abs. 2 HGB'nin aradığı önemli nedenin Feshe Karşı Koruma Kanunu'nda öngörülen geçerli nedenden daha ağır olduğunu iddia etmiştir. Ne var ki diğer yazarlar bu görüşün doğru olmadığını, zira tarihsel süreçte işçi lehine feshe karşı koruma hukukunu geliştiren yargı içtihatlarının fesih nedeninin önemli olmasını şart koştuğunu ifade etmektedir. Önceden herhangi bir uyarı yapılmaksızın iş sözleşmesi davranışları nedeniyle feshedilen işçi de rekabet yasağı sözleşmesinden dönebilir. Çünkü herhangi bir uyarı yapılmaksızın gerçekleştirilen böyle bir fesih geçerli bir nedene dayanmamaktadır. Geniş bilgi için bkz. Bauer/Diller, s. 242; Grüll/Janert, s.70.

paylaşılmaktadır¹⁷²³. Buna karşılık işverenin iş sözleşmesini işletme gerekleriyle feshettiği durumlarda işçi rekabet yasağı sözleşmesinden dönebilmektedir. Bununla beraber işveren, fesih bildirimiyile eş zamanlı olarak karşı edimi işçinin son ücretinin %100'üne yükselttiğini açıklayarak işçinin dönme hakkını kullanmasını engelleyebilir¹⁷²⁴. Nitekim işçinin dönme hakkını kullanabileceği başlıca olgu işletme gerekleriyle fesih olup, iş sözleşmesi sosyal seçim sonucunda feshedilen işçinin de rekabet yasağı anlaşmasından dönebileceği belirtilmektedir¹⁷²⁵.

Dönme hakkını kullanan işçi, iş sözleşmesinin yetersizliğinden veya davranışlarından kaynaklanan nedenlerle feshedilmediğini kanıtlamak zorunda değildir. Aksine iş sözleşmesinin işçinin yetersizliği veya davranışları nedeniyle feshedildiğini ispat yükü işverene aittir¹⁷²⁶. İşveren feshin işçinin yetersizliğine veya davranışlarından kaynaklandığını kanıtlayamadığı takdirde işçi rekabet yasağı kaydından dönebilir. Dönme hakkıyla bağlantılı diğer bir sorun da feshe karşı koruma (işe iade) davasıdır. Zira işveren tarafından yapılan süreli feshin geçerliliği çoğu zaman işçi tarafından açılan bir işe iade davasına konu olmakta, bu da işe iade davasının işçinin dönme hakkını nasıl etkileyeceği sorusunu beraberinde getirmektedir. Gerçekten mahkeme, feshin işçinin davranışlarından veya geçersizliğinden kaynaklandığını, dolayısıyla geçerli olduğunu tespit ettiğinde işçi dönme hakkından yoksun kalacaktır. Buna karşılık, hâkimin iş ilişkisini §§ 9,10 KSchG uyarınca sona erdirdiği hallerde feshin işçinin yetersizliğine veyahut davranışlarına ilişkin geçerli bir nedene dayanmadığı sabit olduğundan işçinin rekabet yasağı sözleşmesinden dönmesi mümkündür¹⁷²⁷.

Hollanda hukukunda iş sözleşmesinin kusurlu bir davranışıyla iş sözleşmesinin sona ermesine sebebiyet veren işveren rekabet yasağı kaydına dayanarak herhangi bir

¹⁷²³ Diller, Wirksamkeit eines nachvertraglichen Wettbewerbsverbots, s. 47–48.

¹⁷²⁴ Alman öğretisinde her iki alternatifin karşılıklı menfaatler arasında makul bir denge kurduğu dile getirilmektedir. Gerçekten iş sözleşmesi kişiliğinden veya davranışlarından kaynaklanan nedenlerle feshedilen işçilere rekabet yasağından dönme hakkı tanınması hakkaniyete aykırı olacaktır. Aksine işletme gerekleriyle fesihte işçiyi yeni bir iş bulmaya mecbur kılarak rekabet yasağına aykırı davranmasına yol açan taraf işverendir. Böyle bir durumda, işçinin çalışma özgürlüğü işverenin rekabet yasağından sağladığı menfaate ağır basmaktadır. Ancak işveren karşı edimi %100 arttırmak yoluyla karşılıklı menfaatleri yeniden dengeleme ve rekabet yasağı kaydını kurtarma imkânına sahiptir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Bauer/Diller, s. 240; Grüll/Janert, s. 70.

¹⁷²⁵ Bauer/Diller, s. 242.

¹⁷²⁶ Schelegelberger/Schröder§ 75 HGB Rn. 6a; Heymann/Henssler § 75 Rn. 15.

¹⁷²⁷ Bauer/Diller, s. 244.

hukuki himaye talebinde bulunamamaktadır (art. 7:653 lid 3 BW)¹⁷²⁸. Öncelikle iş sözleşmesini haklı bir neden olmaksızın fesheden işverenin işçiye bildirim öneli tanımadığı veya bildirim önelini eksik kullandığı durumlarda rekabet yasağı kaydının geçerliliğini yitireceği belirtilmelidir¹⁷²⁹. Aynı şekilde işverenin Merkezi İş ve Gelir Örgütü'nden (*CWI-Centrale Werk en Inkomen*) fesih izni almaksızın fesih bildiriminde bulunması rekabet yasağı kaydının hukuki sonuç doğurmamasına yol açar¹⁷³⁰. Diğer yandan, işverenin kusuru nedeniyle iş sözleşmesinin işçi tarafından bildirimsiz feshinde de rekabet yasağı kaydı yürürlüğe girmez¹⁷³¹. Örneğin işçinin mesai arkadaşlarının psikolojik tacizine maruz kalmasına rağmen işverenin bu duruma müdahale etmemesi veya yeterince önlem almaması nedeniyle iş sözleşmesini derhal feshetmesi veya hâkimin işçinin iş ilişkisinin sona erdirilmesi talebini kabul etmesi durumunda, işveren artık rekabet yasağı kaydından doğan haklarını işçiye karşı ileri süremeyecektir¹⁷³². Tarafların mutlak emredici bir hüküm olan 7:653 lid 3 BW'nin aksini kararlaştıramayacağı belirtilmektedir¹⁷³³. Ne var ki iş ilişkisi ne şekilde sona ererse ersin işçinin rekabet yasağına uymakla yükümlü olduğunu öngören kayıt tümüyle geçersiz sayılmamakta, sadece yasal düzenlemeye aykırı bölüm hüküm ifade etmemektedir¹⁷³⁴. Hollanda öğretisinde iş ilişkisinin işverenin kusurundan ötürü son bulmasının rekabet yasağı kaydının geçersizliğine yol açmadığı, ancak işverenin bu kayda dayanarak herhangi bir hak talep etmesinin mümkün olmadığı kaydedilmektedir. Bununla birlikte hangi görüş benimsenirse benimsensin, rekabet yasağı kaydından doğan haklarını kullanamayacağında hiçbir kuşku bulunmayan işveren açısından sonucun değişmediği vurgulanmaktadır¹⁷³⁵.

Belçika hukukunda iş sözleşmesi haklı bir neden olmadan işveren tarafından feshedildiğinde rekabet yasağı kaydı hiçbir hukuki sonuç doğurmamaktadır (art. 65

¹⁷²⁸ *Bouwens/Duk*, s. 215; *Bouwens/Houwerzijl/Roozendaal*, s. 88.

¹⁷²⁹ *Bouwens/Duk*, s. 215, *Bouwens/Duk/Van der Grinten*, s.215; *Bouwens/Houwerzijl/Roozendaal*, s. 88, *Loonstra/Zondag*, s. 209; *Treep*, s.66, *VanGrinsven/Geugjes*, s.86.

¹⁷³⁰ *Van Grinsven/Geugjes*, s. 86.

¹⁷³¹ *Bouwens/Duk/Van der Grinten*, s. 215; *Loonstra/Zondag*, s. 209; *Treep*, s. 66.

¹⁷³² *Loonstra/Zondag*, s. 209.

¹⁷³³ *Bouwens/Duk*, s. 215. Bununla birlikte Hollanda Yargıtayı, rekabet yasağının yalnız iş sözleşmesinin işçi tarafından feshedildiği durumlarda yürürlüğe gireceğine ilişkin bir düzenleme içeren rekabet yasağı kaydını geçerli kabul etmiştir. HR 4.4.2003, RvdW 2003, s. 73 (*Van Leeuwen/Nuijten/Veenstra/Tazelaar/Nieuwstad/Buijs*, s. 262'den naklen)

¹⁷³⁴ *Bouwens/Duk*, s. 215.

¹⁷³⁵ *Quist*, s. 41.

§§ 2 lid 9 AOW)¹⁷³⁶. Belçika hukukunda haklı neden, işverenle işçi arasındaki mesleki işbirliğini derhal ve kesin bir şekilde olanaksız kılan ciddi kusur olarak tanımlanmaktadır (art. 35 lid 2 AOW). İşveren iş sözleşmesini yeniden yapılanma gibi haklı olmayan bir nedenle feshettiği takdirde rekabet yasağı kaydı hukuki etkiden yoksun kalır¹⁷³⁷. Örneğin işçinin hırsızlık yapması, işverenin iş sözleşmesini önelsiz feshini haklı kılan nedenler arasında yer almaktadır. Dolayısıyla iş sözleşmesi hırsızlık nedeniyle feshedilen işçi rekabet yasağına uymakla yükümlüdür¹⁷³⁸. Burada işverence ortaya atılan haklı nedenin gerçek olması zorunlu olup, işverenin kanaati tek başına belirleyici değildir. O halde hâkimin daha sonra işçinin iş sözleşmesinin haksız bir şekilde feshedildiğine hükmettiği hallerde rekabet yasağı kaydına herhangi bir hukuki sonuç bağlanmamaktadır¹⁷³⁹. Rekabet yasağı kaydının etkisiz kaldığı diğer bir durum, iş sözleşmesinin işçi tarafından haklı bir nedenle feshidir¹⁷⁴⁰. İş ilişkisini işverenden kaynaklanan haklı bir nedenle sona erdiren işçi rekabet etmeme borcundan kurtulur¹⁷⁴¹. Böylece işçinin çalışma özgürlüğü üzerindeki sözleşmesel sınırlama ortadan kalkmış olur¹⁷⁴². Sonuç olarak, Belçika hukukunda işçinin istifası ve işverenin iş sözleşmesinin haklı bir nedenle feshi dışındaki fesih hallerinde rekabet yasağı kaydın herhangi bir hukuki sonuç doğurmamaktadır¹⁷⁴³. Belçika öğretisinde iş sözleşmesinin hâkim kararıyla sona ermesi (*résiliation judiciaire*), ikale (*commun accord*), mücbir sebep (*force majeure*), iş sözleşmesinin bozucu bir koşulun gerçekleşmesi nedeniyle son bulması (*résiliation résultant d'une clause résolutoire contractuelle*) veya belirli süreli iş sözleşmesinin süresinin dolması (*l'échéance d'un contrat de travail à durée déterminée*) gibi olguların rekabet yasağına etkisi tartışmalıdır. Baskın görüş, bu gibi olguların rekabet yasağının yürürlüğe girmesini engellemeyeceği doğrultusundadır¹⁷⁴⁴.

Fransız hukukunda fesih nedeni ne olursa olsun, toplu iş sözleşmesinde veya iş sözleşmesinde aksine bir düzenleme yer almadıkça, iş ilişkisi sona erdiği anda rekabet yasağı yürürlüğe girmektedir. Dolayısıyla iş sözleşmesinin işverence

¹⁷³⁶ *Cuypers*, Schets van het Belgische Arbeidsrecht, s. 76; *De Schutter/Marquand*, 35; *Humblet/Rigaux*, s.276.

¹⁷³⁷ *Quist*, s. 131.

¹⁷³⁸ *Quist*, s. 131.

¹⁷³⁹ *Quist*, s. 131.

¹⁷⁴⁰ *Cuypers*, Schets van het Belgische Arbeidsrecht, s. 76.

¹⁷⁴¹ *Humblet/Rigaux*, s. 276.

¹⁷⁴² *Quist*, s. 131.

¹⁷⁴³ *Lebe-Dessard*, s. 237.

¹⁷⁴⁴ *Lebe-Dessard*, s. 237.

ekonomik veya işçinin kişiliğinden kaynaklanan bir nedenle feshi ve işçinin istifası rekabet yasağının uygulanmaya başlaması sonucunu doğurmaktadır¹⁷⁴⁵. Ayrıca iş sözleşmesindeki esaslı bir unsurun değiştirilmesine yönelik bir teklifin işçi tarafından reddedilmesi ardından işverenin iş sözleşmesini feshetmesi, rekabet yasağının ortadan kalkmasına yol açmamaktadır. Ekleyelim ki, işveren iş sözleşmesini kötü niyetle veya gerçek ve ciddi bir nedene dayanmaksızın feshetse dahi işçi rekabet yasağı kaydından doğan rekabetten kaçınma borcunu ifadan kaçınmaz¹⁷⁴⁶.

Borçlar Kanunu feshin türüyle bağlantılı olarak rekabet yasağının da ortadan kalkacağı bir sistem benimsemiştir. Mevzuat İsviçre Borçlar Kanunu'nun 360. maddesinin 2. fıkrasına tekabül eden 818 sayılı eski Borçlar Kanunu'nun 352. maddesinde, işçinin feshi haklı gösterecek bir kusuru olmamasına rağmen iş sözleşmesi işverence feshedilmiş veya iş sözleşmesi işverenin feshi haklı kılan bir kusuru dolayısıyla işçi tarafında feshedilmiş ise işverenin rekabet yasağına aykırı davranan işçi aleyhine dava ikame edemeyeceği düzenlenmişti¹⁷⁴⁷. 1971 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu reformu rekabet yasağının fesih yoluyla sona ermesini düzenleyen maddenin içeriğinde esaslı bir değişikliğe gitmemiş, sadece dil bilgisi açısından bazı düzeltmelerle yetinmiştir¹⁷⁴⁸. 1.1.1972 tarihinde yürürlüğe giren Art. 340c Abs. 2 uyarınca, işveren işçiden kaynaklanan *haklı bir neden (begründeten Anlass/motif justifié)* olmaksızın iş sözleşmesini feshettiği veya işçi *işverenin sorumlu olduğu/işverene yüklenebilen haklı bir nedenle (einem begründeten, vom Arbeitgeber zu verantwortenden Anlass/un motif justifié imputable á l'employeur)* iş sözleşmesini feshettiği takdirde rekabet yasağı da sona ermektedir. Görüldüğü üzere Türk/İsviçre hukukunda rekabet yasağının iş sözleşmesinin feshine bağlı olarak sona ermesinde ana ölçü, feshin diğer tarafa yüklenebilen haklı bir nedene dayanmasıdır. Söz konusu düzenleme, 1475 sayılı eski İş Kanunu'nun bazı maddeleri 9.8.2002 tarihli ve 4773 sayılı Kanun'la değiştirilene kadar Türk hukukuyla da uyum içindeydi. Zira anılan tarihten önce her iki ülkenin iş hukuku sisteminde de fesih

¹⁷⁴⁵ Signoretto, s. 239.

¹⁷⁴⁶ Cass. soc. 17.7.1997, BC n° 289 (Signoretto'dan naklen, s. 239).

¹⁷⁴⁷ Bu düzenlemenin *ratio legis*'inin yeni bir işyerine giren ve rekabet yasağı kaydını kabul eden işçinin belli bir süre veya belki de yaşamı boyunca yeni bir iş bulamayacağını düşünmesi ve işveren iş sözleşmesini haklı bir neden olmaksızın feshettiği takdirde rekabet yasağı kaydının psikolojik dayanaktan yoksun kalması olduğu savunulmuştur. Böyle bir olasılıkta kanun işçiyi rekabet etmeme borcundan kurtarmaktadır. Aynı şekilde kanun koyucu işçiye haklı bir fesih nedeni veren işverenin davranışını da yaptırıma tabi tutmakta, ancak feshe sebep olan taraf işçi ise rekabet yasağına dokunmamaktadır. Bkz. Pidoux, s. 98.

¹⁷⁴⁸ Bohny, s. 139.

serbestîsi ilkesi benimsenmişti. Çağdaş iş hukukunda terk edilen ve ILO'nun normlarıyla da bağdaşmayan fesih serbestîsi sisteminde, işveren herhangi bir neden göstermeksizin ve salt belli fesih bildirim sürelerine uymak suretiyle işçinin iş sözleşmesini sona erdirebilmektedir. Fesih serbestîsi rejiminde işçinin feshe karşı korunması, kökenini işverenin fesih hakkını kötüye kullanması teorisinde bulan yöntem ve tekniklerle sağlanmaktadır. Ancak bu gibi yöntem ve teknikler, işçinin keyfi fesihlere karşı korunmasında yetersiz kalmaktadır. Zira feshin kötü niyetli olduğunun yargı kararıyla saptanması ve işverenin tazminata mahkûm edilmesi fesih işlemini ortadan kaldırmamaktadır. Ayrıca işverence gerçekleştirilen feshin hakkın kötüye kullanılması oluşturduğunu ispat külfeti işçiye aittir¹⁷⁴⁹.

Fesih serbestîsi ilkesinin tam karşısında ise iş güvencesi rejimi yer almaktadır. Bazı hukuk düzenlerinde feshe karşı koruma hukuku olarak da nitelendirilen iş güvencesi sisteminin özünü, işverenin fesih hakkının sınırlanması oluşturmaktadır. İş güvencesi sistemini benimseyen düzenlemelerin ortak amacı, işçinin işinin sürekliliğinin korunmasından ibarettir. İşçinin işinin korunması ise ancak işverenden kaynaklanan keyfi fesihlerin önlenmesiyle mümkündür. Ülkeden ülkeye bir dizi farklılıklar göstermekle birlikte, iş güvencesi hukukunun temel unsurları; işverence yapılan fesihlerin geçerliliğinin işçiden veya işletme gereklerinden kaynaklanan geçerli bir nedenin varlığına bağlanması, işçiye feshe karşı mahkemeye veya yargı erkini kullanma yetkisine sahip başka bir makama başvuru hakkının tanınması, feshi geçerli bir nedene dayandığının ispat külfetinin işverenin üzerinde olması, feshin geçerliliğinin yargı organınca denetimi ve feshin geçersizliğini saptayan yargı organının feshin geçersizliğine hükmetmesidir. Uluslararası Çalışma Örgütü'nün iş güvencesini düzenleyen 158 sayılı Sözleşmesi'nin ülkemiz tarafından onaylanmasıyla beraber bu konuda yasal bir değişikliğe gidilmesi kaçınılmaz hale gelmiş, 1475 sayılı İş Kanunu'nun bazı maddelerini tadil eden 9.8.2002 tarihli ve 4773 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesiyle birlikte iş güvencesi sistemi Türkiye'de de uygulanmaya başlanmıştır. 22.5.2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanunu da –bazı değişikliklere rağmen- aynı sistemi benimsemiştir.

2002 tarihi Türk iş hukukunda gerçek bir dönüm noktasıdır. Fesih serbestîsi ilkesinin yerine iş güvencesi kurumunu benimseyen Türk iş hukuku, böylelikle –kısmen de olsa- ILO normlarıyla uyumlu hale getirilmiştir. Ayrıca başta Almanya,

¹⁷⁴⁹Süzek, İş Hukuku, s. 486.

Fransa ve Hollanda olmak üzere Avrupa Birliği üyesi ülkelerin çoğunda işçinin feshe karşı korunmasını iş güvencesi yöntemiyle yaşama geçirdiği gözetildiğinde söz konusu reformun Avrupa Birliği müktesebatına uyum açısından da ne kadar önemli olduğu anlaşılmaktadır. Ne var ki çağdaş iş hukukundaki gelişmelerin paralelinde evirilen Türk hukukunun tam aksine; Avrupa Kıtası'nın ortasında yer alan ve iş güvencesi sisteminin uygulandığı Fransa, Almanya, İtalya ve Avusturya gibi Avrupa Birliği üyesi dört devlet ile komşu İsviçre, fesih serbestisi ilkesi ve fesih hakkının kötüye kullanılması gibi çağdışı kurum ve kavramları muhafaza etmeyi yeğlemiştir. Bu bağlamda, İsviçreli tanınmış iş hukukçularından *Rehbinder*'in bu hususa yönelik saptamaları son derece manidardır: “...*Belirsiz süreli iş ilişkisiyle (OR 335 I) ilgili olarak aşırı bir fesih serbestisi ilkesini benimseyen İsviçre Avrupai değildir. İsviçre hukuku, Uluslararası Çalışma Örgütü'nün işverene yalnızca geçerli bir nedenin varlığı halinde fesih hakkı veren iş ilişkisinin işveren tarafından sona erdirilmesi hakkındaki 158 sayılı Sözleşmesiyle de çelişmektedir. İsviçre bu örgütün üyesi olmasına rağmen, daha pek çok Sözleşme gibi, bu Sözleşmeyi de onaylamamıştır...*”¹⁷⁵⁰.

Hal böyleyken; 2002 yılı sonrasındaki Türk iş hukukuyla İsviçre hukukunun ilkesel çerçevede birbirinden farklılaştığı ve iş hukukuyla ilgili temel düzenlemelerin İsviçre'de Borçlar Kanunu'nda yer almasına karşın Türkiye'de başta 4857 sayılı İş Kanunu olmak üzere bireysel iş hukukunu düzenleyen ayrı kanunların yürürlükte olduğu gibi gerçekleri göz ardı eden Türk kanun koyucusu, İsviçre Borçlar Kanunu'nun hizmet sözleşmesine ilişkin maddelerini aynen çevirerek 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na aktarmıştır. Bu arada Art. 340c Abs. 2'de İsviçre Borçlar Kanunu'nun Fransızca metninden tercüme edilmiştir. Bu fıkra uyarınca; iş sözleşmesi haklı bir sebep olmaksızın işveren tarafından veya işverene yüklenebilen bir nedenle işçi tarafından feshedilirse, rekabet yasağı sona ermektedir (TBK m. 447/2). Anılan fıkrada haklı bir sebepten veya işverene yüklenebilen nedenlerden söz edilmektedir. Haklı sebep ve işverene yüklenebilen neden gibi kavramlarla ifade edilmek istenen nedir? Kanun koyucu bu kavramlarla işçiye veya işverene iş sözleşmesini derhal sona erdirme imkânı tanıyan nedenleri mi kastetmiştir? Haklı neden kavramı, İsviçre hukuku'na yabancı ve iş güvencesi sistemine özgü geçerli fesih kavramını da içermekte midir? Türk Hukukunda diğer tarafın iş ilişkisini

¹⁷⁵⁰*Rehbinder*, Manfred: Schweizerisches Arbeitsrecht, 15., neu bearbeitete auflage, Stämpfli Verlag AG, Bern 2002, s. 152. Aynı doğrultuda bkz. *Bohny*, s. 139.

katlanılmaz kılan kusurlu bir davranışı olmamasına rağmen işçiye veya işverene derhal fesih hakkı tanıyan hükümler (İK m. 24/I, III; İK m. 25/I, III, IV) nasıl yorumlanmalıdır? İlerleyen satırlarda bu ve benzer sorulara yanıt aranacaktır.

İsviçreli yazarların irdeledikleri temel sorun, kanun hükmünde geçen *haklı neden* (*begründeten anlass*) kavramının anlamıdır. İsviçre öğretisinde kimi yazarlar rekabet yasağının sona ermesini düzenleyen maddedeki haklı sebep kavramının İsviçre Borçlar Kanunu'nun 337. maddesinde yer alan ve işveren iş sözleşmesini bildirimsiz fesih hakkı veren *önemli neden* (*wichtiger grund*) kavramıyla örtüşmediğini iddia etmiştir¹⁷⁵¹. Bu doğrultuda sözleşmeyi fesheden taraftan dürüstlük kurallarına göre iş ilişkisini sürdürmesini beklenemeyen bütün durum ve koşullar *önemli neden* olarak kabul edilirken¹⁷⁵², işverenin makul bir gerekçeye dayanması ise haklı fesih açısından yeterli sayılmaktadır¹⁷⁵³. Ayrıca maddede geçen haklı nedenle feshin sözleşmeye aykırılığı gerektirmediği kaydedilmektedir¹⁷⁵⁴. İsviçre öğretisinde Art. 340c OR'ne getirilen böyle bir yorumun yerinde olduğu, zira tarafların bildirimsiz feshin koşulları gerçekleşmemekle birlikte memnun olmadıkları bir iş ilişkisini, salt rekabet yasağını dikkate alarak sürdürmeye zorlanamayacakları ifade edilmektedir¹⁷⁵⁵. Buna göre hâkim, rekabet yasağının sona ermesini gerektiren haklı bir nedenin var olup olmadığını somut olaydaki durum ve koşullara göre takdir edecek; özellikle iş ilişkisinin süresini, işçinin görev tanımını, kişiliğini, fesih sürecini ve işverenin tepkisini göz önünde tutacaktır¹⁷⁵⁶. İsviçre Federal Mahkemesi de hâkimin her davada işçinin özen veya sadakat borcunu ihlal edip etmediğini veya kötü ifa yahut temsilcinin müşterilere yavaş hizmet etmesi gibi benzer bir davranışla işverenin güvenini zedeleyip zedelediğini araştırmakla yükümlü olduğu sonucuna varmıştır¹⁷⁵⁷. Bu bağlamda feshin türünün önemli olmadığı, Art. 340c OR'de yer alan *haklı neden* kavramının bildirimsiz feshin yanı sıra süreli feshi de kapsadığı dile getirilmektedir¹⁷⁵⁸. Eş söyleyişle Art. 340c OR anlamındaki haklı feshin, mutlaka Art. 337 OR anlamında bir haklı nedenle derhal fesih olması şart değildir. Dolayısıyla işverenin iş sözleşmesinin süreli feshinde makul bir nedene dayanması rekabet yasağının sona ermesini engellemektedir. Buna karşılık işverene Art. 337 OR

¹⁷⁵¹ Bohny, s. 142; Haefliger, s. 90.

¹⁷⁵² Bohny, s. 142.

¹⁷⁵³ Haefliger, s. 90.

¹⁷⁵⁴ Emmel, s. 1

¹⁷⁵⁵ Haefliger, s. 90.

¹⁷⁵⁶ Bohny, s. 144; Haefliger, s. 90.

¹⁷⁵⁷ BGE 82 II 243.

¹⁷⁵⁸ Haefliger, s. 90.

uyarınca iş sözleşmesini bildirimsiz fesih hakkı veren her nedenin aynı zamanda Art. 340c OR anlamında haklı bir neden sayılacağı belirtilmektedir¹⁷⁵⁹. Buna karşılık, kural olarak, işçinin bir defaya özgü devamsızlığının veya fazla çalışma yapmayı reddetmesinin haklı neden olarak nitelendirilemeyeceğine işaret edilmektedir¹⁷⁶⁰.

Art. 340c OR'yle ilintili olarak, rekabet yasağının yürürlüğe girip girmeyeceğinin işçinin fesih nedeni hakkında bilgilendirilmesine bağlı olduğu vurgulanmaktadır¹⁷⁶¹. Dürüstlük kuralları çerçevesinde, işverenin fesih nedenini bildirmediği işçinin rekabet yasağından kurtulduğu varsayılabilirliği öne sürülmektedir. Ne var ki fesih nedeni hakkında bilgi sahibi olan işçi kötü niyetli sayılarak rekabet yasağına tabi olacak ve işverenin fesih nedenini açıklamamasına dayanamayacaktır. İşverenin iş sözleşmesini işçinin şahsından kaynaklanan umulmayan bir halden dolayı feshetmesinin rekabet yasağına etkisi de tartışmalıdır. İsviçre öğretisinde bazı yazarlar kişinin ancak kaçınabileceği veya yapmayabileceği fiillerden sorumlu tutulabileceğini, rekabet yasağına ilişkin düzenlemenin temelinde işçinin korunması düşüncesinin yattığını ve dolayısıyla Art. 340c OR'ın işçi lehine yorumlanmasının daha doğru olacağı gibi gerekçelere yaslanarak böyle bir durumda rekabet yasağının sona ereceğini ileri sürmüştür¹⁷⁶². Karşıt görüşü savunan yazarlar ise, işverenin iş ilişkisini uzun süreli hastalığı gibi işçinin şahsında ortaya çıkan umulmayan bir halden ötürü feshetmesiyle birlikte rekabet yasağının da yürürlüğe gireceği kanısındadır¹⁷⁶³. Söz konusu görüşten yana olan yazarlar kanunda kusurdan söz edilmediğini belirterek, ister işçi isterse işveren olsun tarafların kendi risk alanlarında ortaya çıkan umulmayan hallerden sorumlu olduğunu dile getirmektedir. Ayrıca tek başına iş sözleşmesinin hastalık nedeniyle feshi örneğini ele almanın yeterli olmadığı, işçinin yeteneksizliği gibi işçinin kusurunun bulunmadığı farklı olguların da gündeme gelebileceği, işverenin önemli iş sırlarına nüfuz eden bir yeteneksiz bir işçinin iş sözleşmesinin salt rekabet yasağının sona ereceği kaygısıyla feshedememesinin adil bir çözüm tarzı sayılmayacağı vurgulanmaktadır¹⁷⁶⁴. Buna

¹⁷⁵⁹ *Bohny*, s. 144; *Haefliger*, s. 91.

¹⁷⁶⁰ *Bohny*, s. 145.

¹⁷⁶¹ *Haefliger*, s. 91.

¹⁷⁶² *Pidoux*, s. 101.

¹⁷⁶³ *Bohny*, s. 145; *Haefliger*, s. 92.

¹⁷⁶⁴ Bununla beraber böyle bir çözümün kimi hallerde hakkaniyetle bağdaşmayan sonuçlara yol açabileceğine işaret edilmekte, bu gibi durumlarda sorumluluğun hâkim tarafından paylaşılmasının uygun olacağı ifade edilmektedir. Şöyle ki Art. 340a Absatz 2 OR'nin hâkime böyle bir yetki tanıdığı belirtilmektedir. Örneğin iş sözleşmesi uzun süreli bir hastalık nedeniyle

karşılık, işverenin iş ilişkisini kendi risk alanında doğan bir nedene dayanarak sona erdirdiği durumlarda rekabet yasağının ortadan kalkacağı dile getirilmektedir. Örneğin işçinin iş sözleşmesi yeniden yapılanma veya diğer bir işletmesel karar sonucunda feshedilmişse rekabet yasağı da sona erecektir¹⁷⁶⁵.

İşçi iş sözleşmesini işverene yüklenebilen haklı bir nedenle feshettiği takdirde rekabet yasağı uygulanmamaktadır (Art. 340c Abs. 2 OR). Rekabet yasağının sona ermesine yol açan haklı nedenlere örnek olarak kötü çalışma koşulları, işverenin işçinin onayını almadan işçiler arasında müşteri dağılımı yapması, sağlıksız bir çalışma ortamı, aşırı iş yükü, işçiye ödenen ücretin piyasada emsal işçilere ödenen ücretin altında kalması, vaatlerin yerine getirilmemesi, makul bir zam talebinin reddedilmesi ve ücretin vadesinde ödenmemesi gibi nedenler verilmektedir¹⁷⁶⁶. Ayrıca işçinin iş sözleşmesini süreli veya derhal feshetmesinin önemli olmadığı vurgulanmaktadır. Buna karşın, işçi iş sözleşmesini nedensiz veya kendisine yüklenebilen bir nedenle feshederse rekabet yasağına uygun davranmak zorundadır¹⁷⁶⁷. İşverence yapılan fesihden farklı olarak, işçinin fesih nedenini derhal bildirmemesinin rekabet yasağına itiraz etmesini engellemeyeceği de belirtilmektedir¹⁷⁶⁸. Zira iş sözleşmesinin ekonomik yönden zayıf tarafı olan işçinin, işverenin misillemesinden çekinmeksizin yeni bir iş arayabilme olanağına sahip olması gerektiği ifade edilmektedir¹⁷⁶⁹. Nitekim Zürih İstinaf Mahkemesi, işçinin fesih nedenini iş sözleşmesini feshettikten 15 ay sonra açıklamasını hukuka uygun bularak işçinin rekabet etmeme borcundan kurtulduğuna hükmetmiştir¹⁷⁷⁰.

İsviçre Borçlar Kanunu'nun Art. 340c maddesi göz önünde tutularak kaleme alınan TBK m. 447/2 uyarınca, iş sözleşmesinin haklı bir neden olmaksızın işveren tarafından feshedildiği durumlarda rekabet yasağının sona ermektedir. Fıkranın karşıt anlamından (*argumentum a contrario*), iş sözleşmesi haklı bir nedenle feshedilen işçinin rekabet etmeme borcunu ifa etmekle yükümlü olduğu anlaşılmaktadır. Şu

feshedilen işçinin ekonomik geleceği rekabet yasağından ötürü hakkaniyete aykırı bir şekilde tehlikeye girebilecektir. Burada hâkim işçinin hastalığının da dâhil olduğu tüm şartları dikkate alarak rekabet yasağının kapsamını hakkaniyete uygun bir şekilde sınırlandırabilir. Değinen çözümün her iki tarafı da tatmin edeceği öne sürülmektedir. bkz. *Emmel*, s. 1; *Haefliger*, s. 93.

¹⁷⁶⁵ *Bohny*, s. 146.

¹⁷⁶⁶ *Haefliger*, s. 94.

¹⁷⁶⁷ *Haefliger*, s. 94.

¹⁷⁶⁸ *Bohny*, s. 146.

¹⁷⁶⁹ *Bohny*, s. 146.

¹⁷⁷⁰ OG ZH 21.11.1979 (*Bohny*'den naklen, s. 147).

halde fıkırdaki geçen ‘*haklı bir sebep*’ kavramından ne anlaşılmalıdır? TBK m. 447/2 ‘*haklı sebep*’ kavramını tanımlamamıştır. Buna karşılık, iş sözleşmesinin haklı bir sebeple derhal feshini düzenleyen TBK m. 435’e göre; sözleşmeyi fesheden taraftan, dürüstlük kurallarına göre iş ilişkisini sürdürmesi beklenemeyen bütün durum ve koşullar, haklı sebep sayılmaktadır. Haklı nedenle derhal fesih; objektif iyi niyet kuralları çerçevesinde sürekli bir borç ilişkisini sürdürmesi kendisinden beklenemeyecek tarafa tanınan bozucu yenilik doğuran bir hak olup, hak sahibine ihbar önelini beklemeden belirsiz veya belirli süreli iş sözleşmesini derhal sona erdirmeye imkân sağlamaktadır. İş ilişkisinin sürdürülmesi taraflardan biri için katlanılmaz bir hal alır veya bir tarafın hukuka veya ahlaka aykırı bir davranışı yüzünden iş ilişkisinin devamı açısından vazgeçilmez bir unsur olan güven temeli çökerse karşı taraf haklı nedenle derhal fesih hakkını kullanabilir¹⁷⁷¹. İş Kanunu’nda ise haklı nedenle fesih ‘*işçinin haklı nedenle derhal fesih hakkı*’ ve ‘*işverenin haklı nedenle derhal fesih hakkı*’ başlıkları altında birbirini izleyen iki maddede düzenlenmiştir (İK m. 24, 25). Bu doğrultuda, işçinin belirli veya belirsiz süreli iş sözleşmesini belirli sürenin dolmasından önce veya bildirim süresini beklemezsizin feshedebileceği haller; sağlık sebepleri (İK m. 24/I), ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller (İK m. 24/II) ve benzerleri ve zorlayıcı sebepler (İK m. 24/III) olmak üzere üç bentte toplanmıştır. Buna karşın, işverenin iş sözleşmesini derhal fesih hakkını kullanabileceği haklı nedenler; sağlık sebepleri (İK m. 25/I), ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller (İK m. 25/II) ve benzerleri, zorlayıcı sebepler (İK m. 25/III) ve işçinin gözüaltına alınması veya tutuklanması halinde devamsızlığın 17’nci maddedeki bildirim süresini aşması (İK m. 25/IV) olmak üzere dörde ayrılmaktadır.

İş hukukunda fesih; süreli fesih ve haklı fesih olmak üzere iki fesih türünü içermektedir. Süreli fesih hakkı, taraflara belirsiz süreli iş sözleşmesini tek taraflı bir irade beyanıyla bildirim süresinin sonunda sona erdirmeye olanağı veren bozucu yenilik doğuran bir hak niteliğindedir. Kökeninde işçi ve işverenin süresi belirsiz bir sözleşme ile bağlanmasının kişi özgürlüğü ile bağdaşmayacağı düşüncesi yatan süreli fesih hakkının başlıca amacı tarafların kişilik haklarının korunmasıdır¹⁷⁷². Gerçekten işçinin yaşamının sonuna kadar belirsiz süreli bir iş sözleşmesiyle bağlanmasının iş ilişkisini özünden sapıtacağı ve süreli fesih hakkından arındırılmış bir hukuki

¹⁷⁷¹ *Süzek*, s. 632.

¹⁷⁷² *Süzek*, s. 456 vd.

ilişkinin iş ilişkisinden ziyade köleliği andıracağı aşikârdır. Ne var ki işçinin süreli fesih hakkı için halen geçerli olan bu tespit, işçinin ifa ettiği iş görme edimi üzerinde mülkiyeti andıran temel bir hakka sahip olduğunun kabul edilmesiyle birlikte giderek önemini yitirmiş ve başlangıçta iş sözleşmesinin her iki tarafına da uygulanan mutlak fesih serbestfisi kuralı zamanla salt işçinin yararlanabileceği bir ilkeye dönüşmüştür. Buna karşılık, işverenin süreli fesih hakkı, önce fesih hakkının kötüye kullanılması teorisiyle ve toplu iş sözleşmeleriyle sınırlandırılmış; ancak tarihsel süreçte söz konusu tekniklerin işçinin korunması yönünden yeterli olmadığı anlaşılmış ve işverenin süreli fesih hakkını kullanabilmesi geçerli bir nedenin varlığına bağlanmıştır. Böylece derhal fesihle işverenin süreli feshi arasındaki temel kuramsal farklılık da ortadan kalkmış olmaktadır. Gerçekten iş güvencesi rejiminde iş sözleşmesini bildirim sürelerine uyarak feshetmek isteyen işveren de geçerli bir nedene dayanmak zorundadır. Nitekim İş Kanunu da geçerli nedenleri işçinin yetersizliğinden veya davranışlarından ya da işletme gereklerinden kaynaklanan nedenler olmak üzere iki grupta toplamış (İK m. 18), iş güvencesinin kapsamındaki işçilerin iş sözleşmesinin feshini özel bir prosedüre bağlamış (İş K. m. 19) ve nihayet fesih bildiriminde neden gösterilmediğini veya gösterilen nedenin geçerli olmadığını ileri süren işçiye bir ay içinde iş mahkemesinde dava açma hakkı tanımıştır (İş K. m. 20). Önemle vurgulanmalıdır ki işçinin feshe karşı korumadan yararlanabilmesi bazı koşulların gerçekleşmesine bağlı olup; otuzdan az işçinin çalıştığı işyerlerinde iş gören işçilerle kıdemi altı aydan kısa işçilerin iş sözleşmelerinin işveren feshinde geçerli bir nedene yaslanmak zorunda değildir. Aynı şekilde feshe karşı koruyucu hükümler, işletmenin bütününe sevk ve idare eden işveren vekili ve yardımcıları ile işçiyi işe alma ve çıkarma yetkisi bulunan işveren vekillerine de uygulanmamaktadır (İK m. 18/5). İş güvencesi hükümlerinin uygulama alanı dışında kalan işçilerin feshe karşı korunması ise, fesih hakkının kötüye kullanılması tekniğiyle yerine getirilmektedir. Buna göre, işveren iş sözleşmesini fesih hakkını kötüye kullandığında işçi işverenden bildirim süresinin üç katı tutarında bir tazminat (kötü niyet tazminatı) talep edebilmektedir (İK m. 17/6).

İş Kanunu'nun 25. maddesinin *ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri* başlıklı II. bendinde, kusurlu bir fiiliyle iş ilişkisinin devamını çekilmez kılan ve böylece işverenin güven duygusunu zedeleyen işçinin iş sözleşmesinin haklı nedenle derhal feshini düzenlemektedir. Anılan maddede ahlak ve iyi niyet

kurallarına uymayan benzer hallerin de haklı fesih nedeni sayılacağı belirtilmektedir¹⁷⁷³. Esasen İK m. 25/II iş görme, özen ve sadakat gibi asli borçların kusurlu olarak ihlalini haklı nedenle derhal fesih yaptırımına bağlayan bir düzenleme niteliğindedir. Gerçekten işverenden kendisini yanıltan, kendisinin veya aile üyelerinden birinin şeref ve namusuna dokunacak sözler sarf eden veya davranışlardan bulunan, başka bir işçiye cinsel veya psikolojik tacizde bulunan, güvenini kötüye kullanan, hırsızlık yapan veya meslek sırlarını ifşa eden bir işçiyle ilişkisini sürdürmesi beklenemez. Anılan durumlarda hukuka aykırılık çok ağır olduğundan, işverenin işçiye ihbar öneli tanınması veya ihbar öneline ait ücreti peşin ödemesi gerekli değildir. İş sözleşmesi İş Kanunu'nun 25/II. maddesine göre feshedilen işçi, işverenden kıdem tazminatı talep edemez (1475 sayılı İş Kanunu m. 14); ayrıca işsizlik ödeneğinden de yoksun kalır (İşsizlik Sigortası Kanunu m. 51). Ne var ki işçinin kıdem ve ihbar tazminatı haklarının ortadan kalkması sonucunu doğuran haklı nedenle fesih halleri İK m. 25/II ile sınırlı olmayıp, toplu iş mevzuatı da işverene haklı nedenle derhal fesih yetkisi tanıyan düzenlemeler içermektedir. Kanuni bir grev ve lokavt dolayısıyla iş sözleşmesinden doğan hak ve borçları askıda kalan işçiler başka bir iş tuttuklarında işveren iş sözleşmesini bildirim süresine uymaksızın ve herhangi bir tazminatı ödemeksizin feshedebilir (TİSGLK m. 43/3). Ayrıca kanun dışı grev yapılması halinde işveren; böyle bir grevin yapılması kararına iştirak eden, böyle bir grevin yapılmasını teşvik eden, böyle bir greve katılmaya veyahut devamına teşvik eden işçilerin iş sözleşmelerini bildirim süresine uymaksızın ve kıdem tazminatı ödemeksizin derhal fesih hakkını haizdir (TİSGLK m. 43/3).

İş sözleşmesi İş Kanunu'nun 25/II maddesinde belirtilen ahlak ve iyi niyet kurallarına aykırı haller ve benzerleri nedeniyle feshedilen işçinin rekabet yasağı kaydından doğan rekabet etmeme borcunu ifa edeceği konusunda hiçbir duraksama yoktur¹⁷⁷⁴. Zira taraflar arasındaki güveni ortadan kaldıran ağırlıkta kusurlu bir davranışı nedeniyle iş sözleşmesi feshedilen işçinin rekabet yasağından kurtulması hakkaniyetle ve menfaatler dengesiyle bağdaşmamaktadır. Gerçekten böyle bir durumda, hukuka aykırı kusurlu eylemiyle işverenin haklı nedenle derhal fesih yetkisini kullanmasına yol açan taraf işçidir. Böyle bir durumda derhal fesih hakkını kullanan işverenin işçiden rekabet yasağına uygun davranmasını beklemesi de son

¹⁷⁷³ *Süzek*, s. 635 vd.

¹⁷⁷⁴ *Şahlanan*, s. 89.

derece olağandır. Örneğin iş sözleşmesi hırsızlık veya kanun dışı grev nedeniyle feshedilen işçi rekabet yasağına uygun davranmak zorundadır. Elbette bu düzenlemenin karşı edim içeren rekabet yasağı kayıtlarına nasıl uygulanacağı sorgulanmalıdır. Diğer bir anlatımla, iş sözleşmesi hırsızlık nedeniyle bildirimsiz ve tazminatsız feshedilen işçinin rekabet yasağı kaydında öngörülen karşı edimi talep edip edemeyeceği tartışmaya değer bir konudur. Ancak iş sözleşmesi haklı bir nedenle feshedilen işçinin karşı edime hak kazanıp kazanamayacağı sorusu farklı bir başlık altında yanıtlanacaktır. Özetle ifade etmek gerekirse, işçinin kıdem tazminatı hakkını kaybettiği haklı nedenle derhal fesih hallerinin tamamında rekabet yasağı yürürlüğe girmektedir.

Buna karşılık, işverenin iş sözleşmesini haklı nedenle derhal feshedebileceği diğer durumlarda (sağlık sebepleri, zorlayıcı sebepler ve işçinin gözaltına alınması veya tutuklanması halinde devamsızlığın 17 nci maddedeki bildirim süresini aşması) işçinin kusuru veya güven temelinin çökmesi söz konusu değildir. İşverene iş sözleşmesini haklı nedenle derhal fesih olanağı sağlayan bu hallerde, işçinin kusurundan kaynaklamayan bir ifa engeli, işçinin iş görme borcunu ifasını imkânsızlaştırmakta veya güçleştirmekte; böylece iş ilişkisinin sürdürülmesi dürüstlük kurallarına göre kendisinden beklenemeyecek işveren iş sözleşmesini bildirimsiz feshedebilmektedir¹⁷⁷⁵. İş sözleşmesi İş Kanunu'nun 25/I, 25/III veya 25/IV bentleri uyarınca feshedilen işçi kıdem tazminatına hak kazanır; ayrıca işsizlik ödeneğinden de yararlanır. Acaba TBK m. 447/I'de geçen *haklı sebep* kavramı işçinin kusuruna dayanmayan derhal fesih nedenlerini de kapsamakta mıdır? Kanaatimizce TBK m. 447/II'de yer alan '*haklı bir sebep olmaksızın işveren tarafından*' ifadesi fıkranın devamıyla uyumlu olarak '*işçiye yüklenebilen bir nedenle işveren tarafından*' şeklinde yorumlanmalı; kusursuz veya kusurlu bütün haklı nedenle derhal fesihlerde rekabet yasağı yürürlüğe girmelidir. Tersine bir düşünce, yasal düzenlemenin amacı ile de örtüşmeyecektir. Örneğin işçiyi bir haftadan fazla süre ile çalışmaktan alıkoyan sel, kar veya deprem gibi zorlayıcı bir neden ortaya çıkarsa, işveren bir haftalık sürenin dolmasını takiben iş sözleşmesini haklı nedenle derhal feshedebilmektedir. Bu hükmün düzenlediği zorlayıcı neden işyerinde değil, işçinin çevresinde ortaya çıkmaktadır. İş ilişkisinin doğrudan işçinin

¹⁷⁷⁵ İş sözleşmesinin sağlık nedeniyle haklı feshi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. *Ergin, Hediye: Türk ve Alman Hukukunda İş Sözleşmesinin Sağlık Nedeniyle Sona Ermesi*, Beta, İstanbul 2009, s. 105-191.

çevresinden kaynaklanan nedenle sona ermesi sonucunda rekabet yasağının da sona ereceğinin kabul edilmesi menfaatler dengesine terstir. Sonuç olarak, işverenin iş sözleşmesini İş Kanunu'nun 25. maddesi uyarınca feshettiği her durumda rekabet yasağının yürürlüğe gireceği kabul edilmelidir.

Ancak rekabet yasağı kaydı kararlaştırılan işçinin feshin haksızlığını ileri sürerek rekabet yasağına itiraz etmesi olasılık dâhilindedir. Burada bir dizi ihtimal akla gelmektedir. İlk olarak iş sözleşmesini haklı bir nedenle fesheden işveren rekabet yasağına aykırı davranan işçiye karşı dava açarak ceza koşulu, tazminat veya borcun aynen ifasını talep edebilir. İşçi feshi haklı bir nedene dayanmadığı gerekçesiyle söz konusu davanın reddini talep edebileceği gibi, bir karşı dava yoluyla kıdem ve ihbar tazminatlarını isteyebilir (HMK m. 132). Diğer bir olasılık işverenin rekabet yasağını ihlal eden işçiden ceza koşulu, tazminat veya rekabet etmeme borcunun aynen ifasını istemesi; buna karşılık işçinin feshin haksızlığını ileri sürerek kıdem ve ihbar tazminatı taleplerini içeren müstakil bir dava açmasıdır. Kanaatimizce her iki dava da aynı yargı çevresinde yer alan iş mahkemesinde açılmışsa, ikinci davanın açıldığı mahkeme birleştirme kararı vermelidir (HMK m. 166/I). Zira davalar arasındaki bağlantı çok açıp olup, işçinin kıdem ve ihbar tazminatlarının tahsili istemiyle açtığı davada verilecek hüküm, rekabet yasağının kaderini de etkileyecektir. Keza işverenin rekabet yasağı kaydının ihlali iddiasıyla işçiye karşı açtığı dava ile işçinin haksız fesih savıyla işverene karşı açtığı alacak davası ayrı yargı çevrelerinde yer alan iş mahkemelerinde açılmışsa, ikinci davanın açıldığı mahkeme talep üzerine birleştirmeye karar verebilir. Ekleyelim ki, kıdem ve ihbar tazminatlarıyla rekabet yasağının ihlaliyle bağlantılı ceza koşulu gibi karşılıklı talepleri içeren böyle bir davaya bakan mahkemenin öncelikle işçinin haksız fesih iddiasını incelemesi, işveren feshin haklı bir nedene dayandığını kanıtlayamadığı takdirde işvereni kıdem ve/veya ihbar tazminatlarına mahkûm ederek, işverenin rekabet yasağı kaydına dayanan taleplerini reddetmesi gerekir. Buna karşın işveren haklı nedenin varlığını ispatlarsa, mahkeme işçinin rekabet yasağına aykırı davranıp davranmadığını ele almalı, işverenin rekabet yasağı kaydına dayanan taleplerini haklı bulmazsa her iki davayı da reddetmeli, aksine ortada geçerli bir rekabet yasağı kaydının varlığını ve işçinin yasağa aykırı davrandığını saptarsa; işçinin tazminat taleplerini reddederek işverenin davasını kabul etmelidir. Bununla birlikte farklı yargı çevrelerinde açılan davalarda mahkemenin resen birleştirme kararı vermesi

mümkün değildir. Böyle bir olasılıkta, rekabet yasağı kaydına ilişkin davaya bakan mahkemenin işçinin haksız fesih iddiasıyla açtığı alacak davasının kesinleşmesini HMK m. 165 çerçevesinde bekletici sorun yapması uygun olacaktır. Çünkü işçi tarafından açılan alacak davasına bakan iş mahkemesinin işçinin talepleri doğrultusunda verdiği karar, aynı zamanda rekabet yasağının da fesihle birlikte sona erdiğinin tespiti anlamına gelmektedir. Her halükârda bu davalarda feshin haklı bir nedene dayandığını ispat yükü işverene ait olup, haklı nedenin varlığına ilişkin ispat külfetini işverene yükleyen genel kuraldan ayrılmayı gerektiren herhangi bir gerekçeden söz etmek mümkün görünmemektedir.

Önceki başlıkta da irdelendiği üzere, İsviçre öğretisi ve içtihadında, rekabet yasağının sona ermesine ilişkin düzenlemede geçen *haklı fesih (begründeten anlass)* deyiminin *haklı nedenle derhal fesih* kavramıyla sınırlı olmadığı kabul edilmektedir. Bu konunun tartışılması, işverenin iş sözleşmesini süreli feshini geçerli bir nedene bağlayan Türk Hukuku açısından büyük önem taşımaktadır. TBK m 447/2'deki '*haklı bir sebep*' kavramıyla Borçlar Kanunu'nun 435. maddesiyle İş Kanunu'nun 25. maddesinde zikredilen haklı nedenle derhal fesih kurumunun eş anlamlı olduğu kabul edildiği takdirde, iş sözleşmesinin işverence geçerli bir nedenle sona erdirilen işçi rekabet yasağından kurtulacaktır. Acaba böyle bir yorum kanunun amacına ve ruhuna uygun bir çözüm olarak nitelendirilebilir mi? İşte bu noktada geçerli neden kavramından kısaca bahsetmek yararlı olacaktır. İş Kanunu'nun 18. maddesinde otuz veya daha fazla içi çalıştıran işyerlerinde en az altı aylık kıdemi olan işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işveren, işçinin yetersizliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir nedene dayanmak zorunda olduğu yazılıdır. Anlaşılacağı üzere, yasal düzenleme geçerli fesih nedenlerinin nelerden ibaret olduğunu genel bir ifadeyle açıklamamış, ancak geçerli nedeni tanımlamamıştır. Kanunun gerekçesinde ise geçerli neden kavramı şöyle açıklanmıştır: "...Geçerli sebepler 25 inci maddede belirtilenler kadar ağırlıklı olmamakla birlikte, işin ve işyerinin yürüyüşünü etkileyen olumsuz hallerdir. Bu nedenle geçerli fesih için söz konusu olabilecek sebepler, işçinin iş görme borcunu kendisinden veya işyerinden kaynaklanan sebeplerle ciddi bir biçimde olumsuz etkileyen ve iş görme borcunu gerektiği şekilde yerine getirmesine olanak vermeyen sebepler olabilecektir. Sonuçta iş ilişkisinin sürdürülmesinin işveren

açısından önemli ve makul ölçüler içinde beklenemeyeceği durumlarda feshin geçerli nedenlere dayandığını kabul etmek gerekecektir...”.

İş Kanunu'nun 18. maddesinde geçerli nedenler, ulusal üstü hukuk metinlerine ve karşılaştırmalı hukuktaki örneklere koşut bir biçimde, işçinin yetersizliğinden veya davranışlarından kaynaklanan nedenlerle işletmenin, işin veya işyerinin gereklerinden kaynaklanan nedenler olarak ikiye ayrılmıştır. İşçinin yetersizliğinden veya davranışlarından kaynaklanan nedenler işçinin kişiliğinde ortaya çıkmaktadır. Buna göre, işçinin davranışlarından doğan geçerli neden kavramı, haklı neden sayılacak düzeyde ağır ve ciddi kusur içermemekle birlikte, iş ilişkisinin devamını önleyecek derecede olumsuzluk yaratan kusurlu eylemlerden oluşan ve iş sözleşmesinin feshini sosyal açıdan geçerli kılan haller olarak tarif edilmektedir¹⁷⁷⁶. İşçinin yetersizliğinden doğan geçerli nedende ise, işçi kusursuz olsa dahi işçinin iş yapma borcunu yerine getirme becerisindeki eksikliği ve yetersizliği söz konusudur¹⁷⁷⁷. İşçinin yetersizliğinden kaynaklanan geçerli nedenin işçinin davranışlarından kaynaklanan geçerli nedenden ayırt edilmesini sağlayan temel kıstas ise, işçinin kusurlu olup olmadığıdır. Gerçekten işçinin yetersizliğinden kaynaklanan fesihlerde işçi iş görme edimini sözleşmeye uygun bir şekilde ifa etmek istemekte, ancak başarılı olamamaktadır. Buna karşılık işçinin davranışlarından kaynaklanan nedenlerde işçi bilinçli olarak işin yürütümünü aksatan veya işyerindeki çalışma düzeniyle bağdaşmayan sözleşmeye aykırı davranışlarda bulunmaktadır¹⁷⁷⁸. Öte yandan ekonomik veya teknolojik nedenlere dayalı fesih olarak da nitelendirilen işletme gereklerine dayalı fesihlerde ise, işverence alınan işletmesel bir karar sonucunda bazı görev tanımları ortadan kalkmakta ve bir iş gücü fazlası ortaya çıkmaktadır¹⁷⁷⁹. Madde gerekçesinde işletme gerekleri, Alman Hukukunda yapılan bir ayırımı paralel bir tarzda işyeri içi nedenler ve işyeri dışı nedenler olmak üzere iki grupta toplanmıştır¹⁷⁸⁰. Küresel, bölgesel veya sektörel bir ekonomik kriz sonucunda ortaya çıkan iş gücü fazlasını eritmek için başvurulmuş feshin temelinde bağlı bir işveren kararı, piyasadaki rekabet gücünün korunması ve verimliliğin artırılması amacıyla alınan bir yeniden yapılanma kararıyla birlikte işyerinin bazı

¹⁷⁷⁶ Kar, Bektaş: İş Güvencesi ve Uygulaması, Yetkin, Ankara 2009, s. 237.

¹⁷⁷⁷ Kar, s. 237.

¹⁷⁷⁸ Kılıçoğlu, Mustafa/Şenocak, Kemal: İş Kanunu Şerhi, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 2.Bası, Cilt 1, Legal, İstanbul 2008, s. 522.

¹⁷⁷⁹ İşletmesel karar kavramı için bkz. Kılıçoğlu /Şenocak, Cilt 1, s. 449-507.

¹⁷⁸⁰ Bu ayırımı yöneltiren eleştiriler için bkz. Engin, E. Murat: İş Sözleşmesinin İşletme Gerekleri İle Feshi, Beta, İstanbul 2003. s. 36-37; Kılıçoğlu /Şenocak, Cilt 1, s. 458-460.

bölümlerini kapatılması veyahut bir takım pozisyonları kaldırılması amacıyla gerçekleştirilen feshin temelinde ise kurucu işveren kararı bulunmaktadır¹⁷⁸¹. Yargıtay feshin işletme gerekleriyle bağlantılı geçerli bir nedene dayanıp dayanmadığıyla ilgili olarak çok aşamalı sıkı bir yargısal denetim uygulamakta, bu arada işverenin fesihte son çare ilkesini (*ultima ratio, ultima remedium*) gözetmediği fesihlerin geçersizliğine hükmetmektedir¹⁷⁸².

TBK m. 447/2'de geçen haklı sebep kavramı dar yorumlanarak rekabet yasağının sona ermesi salt işverenin iş sözleşmesini haklı bir neden olmaksızın feshettiği olgulara mı özgülenecektir? Yoksa geçerli bir nedene dayanmayan fesihler de işçinin rekabet yasağından kurtulmasını sağlayacak mıdır? Yargıtay 2007 tarihli bir kararda bu konuyu ele almıştır. Somut olayda davacı işveren iş sözleşmesini süreli fesih yoluyla sona erdirdiği işçinin rekabet yasağı kaydına aykırı davrandığını ileri sürerek ceza koşulu talep etmiştir. Yerel Mahkeme davacının istemi doğrultusunda hüküm kurmuştur. Yargıtay işverenin rekabet yasağına aykırılık sebebiyle dava açabilmesi için işçinin kusuru ile haklı nedenle iş sözleşmesini feshetmiş olması gerektiğini, somut olayda davacı işverenin davalı işçinin iş sözleşmesinin feshinde işçinin kusuruna dayanmadığını, davalının iş sözleşmesinin işçinin yasal hakları ödenmek suretiyle feshedildiğinin işverenin de kabulünde olduğunu, dolayısıyla Borçlar Kanununun 352. maddesi hükmünün davacı işverenin rekabet yasağı sözleşmesi sebebiyle tazminat isteğinin reddine karar verilmesi gerektiği gerekçesiyle ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur¹⁷⁸³. Yargıtay

¹⁷⁸¹ Bağlı işveren ve kurucu işveren kavramları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Engin*, s. 39-51.

¹⁷⁸² *Kılıçoğlu /Şenocak*, Cilt 1, s. 515-519.

¹⁷⁸³ Yarg.9.HD., 3.4.2007, 913/9258, www.legalbank.net, "...Taraflar arasında 22.3.1999 tarihinde imzalanan iş sözleşmesinin eki niteliğindeki rekabet yasağı sözleşmesinde, davalı işçinin fesih tarihinden itibaren bir yıl içinde davalı şirketin iştirak alanına giren hiçbir işi kabul etmeyeceği, bu türden şirketlerde görev yapmayacağı kararlaştırılmış ve coğrafi sınır olarak Türkiye belirlenmiştir. Davalının iş sözleşmesi, 19.8.2003 tarihinde davacı işveren tarafından feshedilmiş ve tazminatlar davalı işçiye ödenmiştir. Davalı işçinin bir yıllık süre geçmeden davacı işverene rakip bir firmada yönetici sıfatıyla göreve başladığı dosya içeriğinden anlaşılmaktadır. Borçlar Kanununun 352. maddesinin 2. fıkrasında, "iş sahibi işçinin feshi muhik gösterecek bir kusuru yok iken akdi feshetmiş yahut iş sahibinin feshi haklı gösteren bir kusuru dolayısıyla akit işçi tarafından feshedilmiş ise, işçi aleyhine memnuiyete muhalefetinden dolayı dava ikame edilemez" şeklinde kurala yer verilmiştir. Anılan hükme göre, davacı işverenin rekabet yasağına aykırılık sebebiyle dava açabilmesi için işçinin kusuru ile haklı nedenle iş sözleşmesini feshetmiş olması gerekir. Somut olayda davacı işveren, davalı işçinin iş sözleşmesinin feshinde işçinin kusuruna dayanmamıştır. Davalının iş sözleşmesinin işçinin yasal hakları ödenmek suretiyle feshedildiği, işverenin de kabulündedir. Böyle olunca, Borçlar Kanununun 352. maddesi hükmü davacı işverenin rekabet yasağı sözleşmesi sebebiyle tazminat isteğinin reddine karar verilmesi gerekir. Mahkemece davanın reddi yerine, yazılı şekilde kabulüne karar verilmesi hatalı olmuştur..."

rekabet yasağını ortadan kaldırmayan işveren feshini, işçinin kusurundan kaynaklanan haklı nedenle derhal fesih hallerine (İK m. 25/II) özgülemiş; buna karşılık süreli fesihler de rekabet yasağının ortadan kalkacağına hükmetmiştir. Davalı işçinin iş sözleşmesinin feshedildiği tarihte 4857 sayılı İş Kanunu yürürlüktedir. Ancak Yargıtay ilamından davalı işçinin iş güvencesine ilişkin hükümlerin kapsamında olup olmadığı, davalı iş güvencesinin kapsamında ise feshe dayanak oluşturan geçerli nedenin niteliği ve davalının işe iade davası açıp açmadığı anlaşılamamaktadır. Bununla birlikte Yargıtay'ın bu içtihadı işçinin kusuruyla bağlantılı geçerli bir nedene dayanan süreli fesihlerde dahi rekabet yasağının ortadan kalkacağı tarzında yorumlanmaya elverişli görünmektedir.

Fesih serbestisi rejimini benimsendiği kaynak İsviçre Borçlar Kanunu'nun iş sözleşmesinin haklı nedenle derhal feshi düzenleyen 337. maddesinde *haklı neden* deyimini yerine *önemli neden (wichtiger grund)* deyimini kullanılmış; buna karşılık, rekabet yasağının sona ermesiyle ilgili 340c'de ise haklı neden (*begründeten Anlass*) ifadesi tercih edilmiştir. Bu doğrultuda İsviçre uygulamasında da rekabet yasağının yürürlüğe girmesini sağlayan haklı feshin derhal fesihle sınırlı olmadığı ve makul bir nedene dayanmayan kimi süreli fesihlerin de rekabet yasağının yürürlüğe girmesini engelleyeceği kabul edilmektedir. Kaldı ki TBK m. 447/II'de *haklı nedenle derhal fesih* kavramı yerine *haklı neden* kavramının kullanılması, söz konusu kavramın haklı nedenle derhal feshin yanı sıra makul bir nedene dayanan süreli fesihleri de kapsadığı tarzında bir görüşü destekleyici niteliktedir. Ne var ki rekabet yasağının yürürlüğe girmesini sağlayan fesih türünün yalnızca haklı nedenle derhal fesihle sınırlı olmamasından hareketle İş Kanunu'nun 18. maddesinde sayılan tüm geçerli nedenle fesihlerin işçinin rekabet yasağına tabi olmasına yol açacağı iddia edilemez. Öncelikle iş sözleşmesi işletme gerekleri ile feshedilen işçinin rekabet yasağına tabi olup olmayacağı sorusu yanıtlanmalıdır. Gerçekten işletme gerekleriyle fesihte, fesih nedeni işverenin risk alanında doğmaktadır. Öyleyse işletme riskinin işverene ait olduğu gerçeği de dikkate alındığında, iş sözleşmesi işletme gerekleriyle feshedilen bir işçiye rekabet etmeme borcu yüklemek menfaatler dengesine aykırı olacaktır. Söz gelimi faaliyet gösterdiği sektördeki rekabet gücünü arttırmak amacıyla otomasyona geçen ve bundan dolayı istihdam fazlası haline gelen işçilerin iş sözleşmelerini fesheden işveren; iş sözleşmesine son verdiği eski işçilerin rakip bir işletmeye

geçmesine veya rakip bir işletme kurmasına katlanmak zorundadır. Çünkü otomasyon yoluyla rekabet gücünü arttırmayı ve iş gücü maliyetlerini azaltmayı planlayan işverenin bu hedefini gerçekleştirmek için aldığı bir yeniden yapılanma (reorganizasyon) kararı sonucunda işini kaybeden bir işçiye rakip işletmelerde çalışma yasağı getirilmesi, rekabet yasağının sona ermesine ilişkin düzenlemenin *ratio*'su ile de bağdaşmamaktadır. Zira feshi tetikleyen işletmesel kararı alan işveren, iş sözleşmesini feshettiği işçinin de rekabetine katlanmak zorundadır. Esasen bazı görev tanımlarının ortadan kalkması sonucunu doğuracak bir işletmesel karar almaya niyetlenen işveren öncelikle bir tercih yapmalıdır: Ya yaşamsal iş sırları hakkında bilgi sahibi olan bir işçinin bu sırları rakip bir işletme lehine kullandığı takdirde uğrayacağı önemli zararı göz önünde bulundurarak işçinin çalışma yerini ortadan kaldıran işletmesel kararı almaktan vazgeçecek ya da iş sırlarını bilen işçinin rakip bir firmada çalışması halinde işletmenin uğrayacağı zararı göze alarak yeniden yapılanmaya gidecek ve anılan işçinin iş sözleşmesini feshedecektir. Kuşkusuz böyle bir seçeneği yeğleyen işveren kararının sonuçlarına da katlanacaktır. Bu saptama, ekonomik kriz gibi ifayı kabul güçlüğü yaratan bir olaya bağlı olarak alınan bağlı bir işveren kararıyla gerçekleştirilen fesihler için de geçerlidir. Zira ekonomik kriz gibi olumsuzluklar işverene ait olan işletme riskine dâhil olup, bağlı bir işveren kararı nedeniyle iş sözleşmesi feshedilen işçinin rekabet etmeme borcunu ifaya zorlanması işletme riskinin işçiye yüklenmesi anlamına gelecektir. Konuyu toparlamak gerekirse, iş sözleşmesi işletme gerekleriyle feshedilen işçi rekabet yasağı kaydından doğan sözleşme sonrası rekabet etmeme borcundan kurtulacaktır.

Buna karşılık, derhal feshi gerektirecek ağırlıkta olmamakla birlikte kusurlu bir davranışıyla sözleşmesel yükümlülüklerini ihlal eden ve bundan dolayı iş sözleşmesi feshedilen işçinin yasağından kurtulması yasal düzenlemenin amacına ters düşmektedir. Zira iş sözleşmesinin işçinin ahlak veya iyi niyet kurallarına aykırı eylemlerinden dolayı derhal feshiyle işçinin davranışları nedeniyle süreli feshi aynı teorik temele dayanmakta olup, her iki fesih türünde de işçinin sözleşmesel yükümlülüklerini kusurlu bir davranışıyla ihlali gündeme gelmektedir. Dolayısıyla iş sözleşmesi İş Kanunu'nun 25/II. maddesinde yazılı bir nedenle feshedilen işçiye rekabet etmeme borcu yükleyip, buna karşılık iş sözleşmesi davranışlarından kaynaklanan geçerli bir nedenle feshedilen işçiyi rekabet etmeme borcundan kurtarmanın herhangi bir haklı gerekçesi yoktur. Acaba işveren iş sözleşmesini

işçinin yetersizliği nedeniyle feshettiği takdirde rekabet yasağı da sona erecek midir? Burada iki farklı görüş savunulabilir. Öncelikle işçinin yetersizliğine dayanan fesihlerde işçinin kusurunun söz konusu olmadığı, dolayısıyla iş sözleşmesinin sona ermesinde herhangi bir kusuru bulunmayan işçiye rekabet yasağıyla bağlı saymanın kanunun amacıyla bağdaşmayacağını iddia etmek mümkündür. Buna karşılık iş sözleşmesinin işçiden kaynaklanan bir nedenle feshedildiği her durumda rekabet yasağının sona ermemesi gerektiği, geçerli nedenin ortaya çıkmasında işçinin kusurlu veya kusursuz olmasının önem taşımadığı ve iş sözleşmesi davranışlarından veya yetersizliğinden kaynaklanan geçerli bir nedenle feshedilen işçinin rekabet etmeme borcunu yerine getirmek zorunda olduğu öne sürülebilir. Kanımızca ikinci görüş isabetlidir. Zira kusursuz dahi olsa iş sözleşmesi kendi çevresinden kaynaklanan bir nedenle feshedilen işçinin rekabet yasağıyla bağlılıktan kurtulması yasağın uygulama alanını geniş ölçüde daraltacaktır. Ayrıca işverenin iş sırları veya müşteri çevresi hakkında bilgi sahibi olan bir işçinin iş sözleşmesinin yetersizliği nedeniyle feshedilmesi sonucunda rekabet yasağından kurtulması, yasal düzenlemenin hem amacıyla hem de ruhuyla çelişecektir. Çünkü işçinin yetersizliğine dayanan geçerli fesih nedeninin ortaya çıkmasında işveren herhangi bir rol oynamamakta, fesih nedeni bizzat işçiden kaynaklanmaktadır. Bu bağlamda performansı sürekli düşen ve iş görme edimini gerektiği gibi yerine getiremeyen başarısız bir işçi örneğini ele alınması konunun açıklığa kavuşturulması açısından yararlı olacaktır: ‘Varsayalım ki böyle bir işçi işverenin önemli iş sırlarına nüfuz etmiş olsun. İşçinin yetersizliğinden kaynaklanan fesihlerde rekabet yasağının da yürürlüğe girmeyeceği kabul edildiği takdirde, iş sözleşmesini işçiden kaynaklanan geçerli bir nedenle feshetme hakkına sahip işveren “*Kırk katır mı, kırk satır mı?*” öz deyişini anımsatan iki seçenekten birini tercih etmek zorunda kalacaktır: Ya işçinin iş sözleşmesini feshederek iş sırlarına sahip bir işçinin kendisiyle rekabet etmesine göz yumacaktır. Ya da işçinin kendisiyle rekabet etmesinin yol açacağı zararın büyüklüğünü dikkate alarak verimsiz bir işçiye katlanmaya devam edecektir. İşverenin haklı ticari menfaatlerini ciddi bir şekilde zedeleyen böyle bir yaklaşımın paylaşılması olanaksızdır. Şu halde iş sözleşmesinin işçinin davranışları veya yetersizliği nedeniyle feshedildiği tüm durumlarda rekabet yasağı uygulanmalıdır.

İş sözleşmesinin işverene yüklenebilen bir nedenle işçi tarafından feshedildiği durumlarda rekabet yasağı da sona ermektedir (TBK m. 447/2). Buna göre işçinin iş

sözleşmesini feshettiği her halde rekabet yasağı sona ermemekte olup, rekabet yasağı kaydının sonuç doğurmaması işçinin iş sözleşmesini işverene yüklenebilen bir nedenle feshetmesine bağlıdır. Fıkıradaki zikredilen ‘işverene yüklenebilen bir neden’ kavramından ne anlaşılmalıdır? Gerçekten Türk iş hukukunda iş sözleşmesinin işçi tarafından feshi, süreli fesih ve haklı nedenle derhal fesih olarak sınıflandırılmaktadır. Eş deyişle ‘işverene yüklenebilen bir neden’deyimi Türk İş Hukuku terminolojisine yabancıdır. İşçinin iş sözleşmesini işverene yüklenebilen bir nedenden ötürü feshi hangi fesih türlerine denk düşmektedir? Konunun ‘süreli fesih’ ve ‘haklı nedenle derhal fesih’ yönünden ayrı ayrı incelenmesi uygun olacaktır. İş sözleşmesinin işçi tarafından süreli feshi de işverenin iş sözleşmesini süreli feshiyle aynı maddelerde düzenlenmiştir (TBK m. 432, İK m. 17). Başlangıçta iş sözleşmesinin işçi tarafından süreli feshi iş sözleşmesinin işverence süreli feshiyle aynı teorik temele dayanmakla birlikte, tarihsel süreçte iş ilişkisinin sona erdiren taraf bakımından bir farklılaşma yaşanmış ve işverenin iş sözleşmesini süreli feshinde fesih serbestisi ilkesi giderek yerini iş güvencesi/feshe karşı koruma rejimine terk etmiştir. Buna karşın, fesih iş sözleşmesinin işçi tarafından süreli feshinde halen fesih serbestisi kuralı uygulanmaktadır. Dolayısıyla işçi, bildirim süresine uymak şartıyla, iş sözleşmesini herhangi bir gerekçe göstermeksizin feshedebilir. İş ilişkisini süreli fesih yoluyla sona erdiren işçi kıdem tazminatına hak kazanamaz. Öte yandan, işveren iş sözleşmesini bildirim önelerine uymaksızın fesheden işçiden ihbar tazminatı talep edebilir.

İşçinin iş sözleşmesini süreli feshi, rekabet yasağının sona ermesine yol açmamaktadır. Bu bağlamda, iş sözleşmesini fesheden işçinin işverene bildirim süresi verip vermemesinin herhangi bir önemi bulunmamaktadır. Şu kadar ki fesih bildiriminde bulunan işçinin iş ilişkisi ihbar öneli boyunca devam ettiğinden rekabet yasağı ihbar önelinin sonunda yürürlüğe girecektir. İş sözleşmesini usulsüz olarak fesheden işçi ise, fesih tarihinden itibaren rekabet etmeme borcunu ifayla yükümlüdür. Özellikle belirtelim ki, İsviçre öğretisindeki kimi yazarların işçinin işverene yüklenebilen bir nedenle süreli feshine başvurduğu hallerde rekabet yasağının sona ereceği görüşü kesinlikle kabul edilemez. Zira süreli fesih hakkının temelinde işçinin iş sözleşmesini herhangi bir nedene dayanmaksızın sona erdirebilme özgürlüğü yatmaktadır. Dolayısıyla işçinin iş sözleşmesini hangi saikle feshettiği önemli değildir. İşçi iş sözleşmesini daha iyi şartlarda başka bir bulduğu için

feshedebileceği gibi, bir süre çalışma yaşamına ara verme amacıyla da feshedebilir. İşçinin işverene yüklenebilen bir nedenle süreli fesih yoluna başvurduğunda rekabet yasağının da yürürlüğe girmeyeceğini yönelik kural, subjektif veya kişisel gerekçelerle iş sözleşmesini fesheden işçinin rekabet yasağından kurtulması sonucunu doğurmamalıdır. İşverene yüklenebilen hangi nedenler işçinin süreli feshini haklı kılmaktadır? Örneğin toplu iş sözleşmesinden, iş sözleşmesinden veya işyeri uygulamasından kaynaklanan bir yükümlülüğü bulunmayan işverenin aylık ücretlere zam yapmayı reddetmesi üzerine işçinin iş sözleşmesini süreli feshinin arka planında da işverenin bir davranışı yatmaktadır. Kanımızca ‘işverene yüklenebilen bir neden’ ifadesinin süreli feshi de kapsayacak tarzda geniş yorumlanması rekabet yasağı kayıtlarını da uygulanamaz bir hale getirecektir. Gerçekten işverenin müşteri çevresi veya iş sırları hakkında bilgi sahibi olan işçilerin kendi hesabına rakip bir işletme açmadan veya rakip bir işletmede çalışmaya başlamadan önce gerçekleştirdikleri ilk hukuki işlem, iş sözleşmesinin süreli feshidir. İşverenin rekabet yasağı kaydı aracılığıyla önlemek istediği başlıca risk, müşteri çevresine veya iş sırlarına nüfuz eden böyle bir işçinin iş sözleşmesini süreli fesih yoluyla sona erdirdikten sonra sahip olduğu bilgileri rakip bir işletme veya kendi lehine kullanmasıdır. İşveren işçinin süreli fesih hakkı nedeniyle her zaman böyle bir tehlikeyle karşı karşıyadır. Buna karşılık, işçinin iş sözleşmesinin işveren tarafından haklı nedenle derhal feshedilmesi veya geçerli nedenle feshedilmesi olasılığından doğan rekabet riskinin işçinin süreli feshinden doğan rekabet riskinden çok daha düşük olduğu kuşkusuzdur. Nitekim uygulamadaki örnekler de rekabet yasağına aykırı hareket eden işçilerin ezici çoğunluğunun iş sözleşmesinin süreli fesih yoluyla sona erdiğini teyit etmektedir¹⁷⁸⁴.

İrdelenmeye değer bir başka konu, haklı nedenle derhal fesih niteliği taşıyamamakla beraber işçinin işverenden kıdem tazminatı talep edebileceği bazı

¹⁷⁸⁴ “...Davacı işveren nezdinde davalı işçi satış elemanı olarak çalışmış olup, bir süre sonra kendi isteği ile işyerinden ayrılmış olup, yine şarapçılık konusunda faaliyette bulunan D. Şarapçılık AŞ.'ne ait işyerinde tanıtma ve pazarlama elemanı olarak çalışmaya başlamıştır...” (Yarg. 9. HD., 29.5.1997; 6252/10506). “...Davalı işçi, davacıya ait işyerinde bilgisayar elemanı olarak 1.10.1997 tarihinden 31.3.1998'e kadar çalışmış sonra da işyerinden ayrılarak dava dışı üçüncü şahsa ait işyerinde işe girmiştir...” (Yarg. 9. HD., 18.5.1999, 5784/9049). “...Davacı işveren, insan kaynakları müdürü olarak çalışırken istifa etmek suretiyle işyerinden ayrılan davalı işçiden taahhütnamede kararlaştırılan 24 aylık brüt ücreti tutarındaki ceza şart ile eğitim gideri ve diğer masrafların ödenmesini talep etmiştir...” (Yarg. 9. HD., 8.6.2004, 18581/14299). “...Davacı işveren, davalının istifasının ardından aynı gün başka şirkette çalışmaya başladığını ileri sürerek iş sözleşmesinin 5.3 maddesinde belirtilen rekabet yasağının ihlalinden kaynaklanan 60.000 USD ceza şartı da talep etmiştir...” (Yarg. 9. HD., 12.7.2005, 2189/24839).

durumlarda rekabet yasağının sona erip ermeyeceğidir. İş sözleşmesini muvazzaf askerlik hizmeti nedeniyle ya da yaşlılık aylığı veya toptan ödeme almak amacıyla fesheden işçinin yanı sıra evlendiği tarihten itibaren bir yıl içinde fesheden kadın işçi de kıdem tazminatına hak kazanmaktadır (EİK m. 14). Bu hallerde başvurulacak fesih türü hakkında öğretide görüş birliği yoktur. Öğretide bir görüşe göre, belirtilen hallerde işçinin haklı nedenle fesih hakkını hükme bağlayan İş Kanunu m. 24 dışında özel bir düzenleme yapılmış olup, kıdem tazminatı bakımından bildirim sürelerine gerek göstermeyen özel bir fesih hali getirilmiştir. Yargıtay'ın yerleşik uygulaması da işçinin söz konusu durumlarda iş sözleşmesini bildirim sürelerini beklemeksizin feshedebileceği yönündedir¹⁷⁸⁵. Öğretideki karşıt görüş ise iş sözleşmesinin askerlik, muvazzaf askerlik ve evlilik nedeniyle fesihlerde işçinin bildirim süresine uymak zorunda olduğunu savunmaktadır. Zira hukuk sistemi haklı nedenle derhal fesih ve süreli fesih olmak üzere iki fesih türü üzerine kurulu olup, üçüncü bir fesih türünün varlığından söz edilemez¹⁷⁸⁶. Bu noktada iş sözleşmesini muvazzaf askerlik hizmeti, yaşlılık aylığı alma veya evlilik nedeniyle feshederek kıdem tazminatına hak kazanan işçinin sözleşme sonrası rekabet yasağından da kurtulup kurtulmayacağı sorusu yanıtlanmalıdır. Anılan soruya doğru bir yanıt verme arayışının gereksiz olduğu; çünkü iş sözleşmesini muvazzaf askerlik hizmeti, yaşlılık aylığı alma veya evlilik nedeniyle fesheden işçinin çalışma yaşamına da ara vereceği, dolayısıyla rekabet yasağını aykırılık olasılığının söz konusu olmadığı iddia edilebilir. Böyle bir savın yerinde olmadığı belirtilmelidir. Yargıtay'a göre, iş sözleşmesini evlendiği tarihten itibaren bir yıl içinde fesheden kadın işçinin fesih tarihinden hemen sonra başka bir işe girmesi, kıdem tazminatı hakkını olumsuz etkilememektedir. Benzer biçimde, yaşlılık aylığı bağlanan işçi de sosyal güvenlik destek primi ödemek suretiyle diğer bir işverenin yanında iş görmeye devam edebilir. Muvazzaf askerlik hizmeti nedeniyle işten ayrılan işçinin de taraf olduğu rekabet yasağı kaydını ihlal etme ihtimali de asla dışlanmamalıdır. Şöyle ki Türkiye Cumhuriyeti'nde üniversite mezunları askerlik hizmetini yedek subay veya kısa dönem er olarak yerine getirmektedir. Askerlik süresi yedek subaylar için 12 ay, kısa dönem erler için ise 6 aydır. Üniversite mezunu dışındaki kişiler için ise askerlik süresi on beş aydır. İki yıl süreli bir rekabet yasağına tabi üniversite mezunu bir işçinin iş sözleşmesini muvazzaf askerlik hizmeti nedeniyle feshedip askerlik hizmetini kısa dönem er olarak 6 ay süreyle ifa etmesinin akabinde rakip bir işletmeye girerek rekabet

¹⁷⁸⁵ *Süzek*, s. 691.

¹⁷⁸⁶ *Süzek*, s. 692.

yasağını ihlal etmesi mümkündür. Kanaatimizce işçinin muvazzaf askerlik hizmeti, yaşlılık aylığı alma veya evlilik nedeniyle işten ayrılması rekabet yasağının sona ermesine yol açmamalıdır. Zira TBK m. 447/2’de iş sözleşmesinin işverene yüklenebilen bir nedenle işçi tarafından feshedilmesinden söz edilmektedir. İşçiye kıdem tazminatı hakkı kazandıran söz konusu hallerin hiçbirinde fesih işverene yüklenebilen bir nedenden kaynaklanmamaktadır. Tam tersine muvazzaf askerlik hizmeti ve evlilik, işçinin özel yaşamını ilgilendiren olaylardır. Yaş, sigortalılık süresi ve prim ödeme gün sayısı gibi koşulları tamamlayan işçiye yaşlılık aylığı tahsisi de sigortalının Sosyal Güvenlik Kurumu’ndan yazılı istemde bulunmasına bağlıdır. Kaldı ki katıldığım görüş uyarınca fesih türleri haklı nedenle derhal fesihten ve süreli fesihten ibaret olup, üçüncü bir fesih türünden bahsedilemez. Kanun koyucunun iş sözleşmesini muvazzaf askerlik hizmeti, yaşlılık aylığı alma veya evlilik nedeniyle fesheden işçiye kıdem tazminatı hakkı tanımmasının nedeni bazı sosyal mülahazalardır. Yoksa 1475 sayılı İş Kanunu’nun 14. maddesinin süreli fesih ve haklı nedenle derhal fesih dışında üçüncü bir fesih türü yarattığı ileri sürülemez. Dolayısıyla işçiye işverenden kıdem tazminatı talep etme hakkı tanıyan bu olgularda da işçi bildirim sürelerine riayet etmek zorundadır; işverene bildirim süresi tanımayan işçi kıdem tazminatına hak kazansa da ihbar tazminatı ödemelidir. Altını çizerek vurgulayalım ki, işçinin iş sözleşmesini süreli feshi rekabet yasağının ortadan kalkmasına yol açmaz. O halde işçinin özel bir düzenleme gereğince kıdem tazminatına hak kazandığı süreli fesih hallerinde de rekabet yasağı kaydı hukuki sonuç doğuracaktır.

Süreli fesihten sonra, işçinin iş sözleşmesini haklı nedenle derhal fesih hakkının rekabet yasağının üzerindeki etkisi incelenmelidir. Türk hukukunda işçinin derhal fesih hakkı, TBK m. 435 ve İK m. 24’de düzenlenmiştir. TBK m. 435/2’ye göre sözleşmeyi fesheden taraftan, dürüstlük kurallarına göre iş ilişkisini sürdürmesi beklenmeyen bütün durum ve koşullar, haklı neden sayılır. İK m. 24 işçinin haklı nedenle derhal fesih hakkını ‘sağlık sebepleri’, ‘ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri’ ve ‘zorlayıcı sebepler’ başlıkları altında düzenlemiştir. ‘Ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri’ başlıklı İK m.24/II, işverenin asli veya yan edim yükümlülüklerine aykırı kusurlu bir eyleminden ötürü iş ilişkisini sürdürmesi dürüstlük kuralları çerçevesinde kendisinden beklenemeyecek işçiye derhal fesih hakkı tanımaktadır. Örneğin hak ettiği ulusal bayram/genel tatil

ücretiyle fazla çalışma ücreti ödenmeyen işçi iş sözleşmesini haklı nedenle derhal feshedebilir (İK m.24/II,e). Böyle bir durumda işçi kıdem tazminatına hak kazandığı gibi, rekabet yasağıyla bağlı olmaktan da kurtulur. İK m. 24/II’de sıralanan işçiye haklı nedenle derhal fesih hakkı veren ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan hallerin TBK m. 447/2’deki ‘*işverene yüklenebilen bir neden*’ kavramıyla örtüştüğü tartışmasızdır. Dolayısıyla iş sözleşmesini İş Kanunu’nun 24/II. maddesinde sayılan nedenlerden birine dayanarak fesheden işçinin sözleşme sonrası rekabet etmeme borcunun da sona ereceğinden kuşku duyulmamalıdır. ‘Zorlayıcı sebepler’ başlığını taşıyan İK m. 24/III uyarınca, işyerinde bir haftadan fazla süre ile işin durmasını gerektiren zorlayıcı bir neden ortaya çıktığında işçi iş sözleşmesini haklı nedenle derhal feshedebilir. Bu hükümde düzenlenen zorlayıcı neden işçinin çevresinde değil işyerinde ortaya çıkmakta olup, işveren açısından geçici kabul imkânsızlığı yaratmaktadır¹⁷⁸⁷. Örneğin yangın, deprem veya su basması gibi bir nedenle işyerinde üretim bir haftadan fazla durduğu takdirde, işçi iş sözleşmesini bildirim süresini beklemezsizin derhal feshedebilir. İK m. 24/III’e göre feshi haklı kılan ifayı kabul imkânsızlığı işverenin kusurundan kaynaklanmamaktadır. İşçinin haklı nedenle feshine dayanak oluşturan zorlayıcı nedenin ortaya çıkışında işverenin kusurunun yokluğu, ortada işverene yüklenebilen bir fesih nedeninin var olmadığı tarzında yorumlanabilir mi? ‘*İşverene yüklenebilen bir neden*’ ifadesi kusurlu veya kusursuz işverenin çevresinde ortaya çıkan tüm fesih hallerini kapsamaktadır. Bu doğrultuda, iş sözleşmesini işyerinde bir haftadan fazla süre işin durmasını gerektiren bir nedenle fesheden işçi rekabetten kaçınma borcundan kurtulacaktır. Son olarak, İş Kanunu’nun 24/I maddesinde düzenlenen sağlık sebepleriyle derhal fesih rekabet yasağına etkisi ele alınmalıdır. Söz konusu maddenin a bendine göre, iş sözleşmesinin konusu olan işin yapılması işin niteliğinden doğan bir sebeple işçinin sağlığı ve yaşamı için tehlikeli olduğu takdirde işçi iş sözleşmesini önelsiz feshedebilir. İşçinin sağlığı ve yaşamına yönelik tehlikenin *işin niteliğinden* kaynaklanması zorunludur¹⁷⁸⁸. Şu halde işçinin iş sözleşmesini sağlık nedeniyle haklı feshi de işverene yüklenebilen bir nedenden kaynaklanmaktadır. Buna göre iş sözleşmesini İK m. 24/I (a) uyarınca fesheden işçi, rekabet yasağından kurtulacaktır. Öte yandan iş sağlığı ve güvenliği kurulunun kararına ve işçinin talebine rağmen gerekli iş sağlığı ve güvenliği tedbirinin alınmadığı işyerlerinde çalışan işçilerin de İş Kanunu’nun 24/I (a) maddesi gereğince iş sözleşmelerini derhal feshedebilecekleri

¹⁷⁸⁷Süzek, s. 656.

¹⁷⁸⁸Ergin, s. 143 vd.

belirtilmelidir (İK m. 83/5). İş sözleşmelerini İş Kanunu'nun 83/5. maddesinin yaptığı yollamaya dayanarak İş Kanunu'nun 24/I (a) maddesine göre fesheden işçilerin rekabet yasağı kaydından doğan yükümlülüğü sona erecektir.

Aynı sonuca İK m. 24/I (b) açısından da varmak gerekir. Anılan fıkrada sürekli olarak yakından ve doğrudan buluşup görüştüğü işverenin veya başka bir işçinin bulaşıcı veya işçinin işi ile bağdaşmayan bir hastalığı tutulması durumunda işçinin haklı nedenle derhal feshi düzenlenmiştir¹⁷⁸⁹. İşçinin sürekli olarak yakından görüştüğü işverenin bulaşıcı hastalığa yakalanması durumunda fesih nedeni işverenden kaynaklanmaktadır. Keza işçinin işyerinde temas halinde olduğu diğer bir işçinin bulaşıcı hastalığa tutulması, işverenin risk alanına ait bir fesih nedenidir. Zira işveren Umumi Hıfzısıhha Kanunu'nun 57. maddesinde sayılan bulaşıcı hastalıklardan birine yakalan işçiyi şifa buluncaya kadar çalıştırmamakla yükümlüdür (UHK m. 76). Bu yasağa rağmen böyle bir işçiyi çalıştırmaya devam eden işveren eyleminin hukuki sonuçlarına katlanacaktır; başka bir anlatımla iş sözleşmesini İK m. 24/I (b) çerçevesinde fesheden işçinin rakip bir işletmede çalışmasının veya kendi hesabına rakip bir işletme açmasının önünde rekabet yasağı kaydıyla bağlantılı herhangi bir engel bulunmamaktadır.

Kısaca vurgulamak gerekirse, işçi iş sözleşmesini haklı nedenle feshettiği tüm durumlarda (TBK m. 435 ve İK m. 24) sözleşme sonrası rekabet etmeme borcundan da kurtulacaktır. Eş söyleyişle TBK m. 447/II'de geçen '*işverene yüklenebilen bir neden*' ifadesinin haklı neden kavramına tekabül ettiği kabul edilmelidir. Bununla birlikte, işçinin iş sözleşmesini işverene yüklenebilen bir nedenle feshedeceğinden söz eden kanun hükmü, kavram kargaşasına yol açabilecek niteliktedir. Gerçekten Türk iş hukukundaki fesih rejiminde süreli feshin veya haklı nedenle derhal feshin yanında üçüncü bir fesih türü bulunmamaktadır. TBK m. 447/II'deki '*işverene yüklenebilen bir nedenle işçi tarafından feshedilirse*' ibaresi '*işçi tarafından haklı bir nedenle derhal feshedilirse*' şeklinde anlaşılmalıdır. Ayrıca fıkrada yapılacak bir değişiklik ile fesih rejimine yabancı '*işverene yüklenebilen neden*' deyiminin '*haklı neden*' olarak değiştirilmesi uygun olacaktır. Böylece rekabet yasağına ilişkin yasal düzenlemede geçen kavramlarla genel fesih terminolojisi arasındaki uyumsuzluk da giderilecektir. Anılan değişiklik gerçekleştirilinceye kadar '*işverene yüklenebilen*

¹⁷⁸⁹ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. *Ergin*, s. 150–160.

neden' haklı neden olarak anlaşılmalı ve iş sözleşmesini hangi nedenle olursa olsun haklı bir nedene dayanarak derhal fesheden işçinin rekabet etmeme borcu ortadan kalkmalıdır. Buna karşılık, iş sözleşmesinin işçi tarafından süreli feshinde rekabet yasağı da yürürlüğe girmelidir.

Ne var ki işçinin iş sözleşmesini haklı nedenle feshedip feshetmediği çoğu zaman dava konusu olmaktadır. Gerçekten işçinin iş sözleşmesini haklı nedenle fesheden işveren aleyhine kıdem tazminatı istemiyle açtığı davalarda, işverenin cevap dilekçesi, genellikle işçinin iş sözleşmesini feshinin haklı bir nedene dayanmadığı savunması üzerine kuruludur. İşverenlerin başka bir savunması ise, işçinin iş sözleşmesinin haklı nedenle derhal feshedildiğidir. Örneğin ikramiye alacağıın ödenmediğini ileri sürerek iş sözleşmesini haklı nedenle derhal fesheden ve sonrasında rekabet yasağı kaydına aykırı bir biçimde rakip bir işletmede işe giren işçi, iş mahkemesinde açacağı bir davayla işverenden kıdem tazminatı talep edebilir. Buna karşılık, işveren de işçi aleyhine açacağı bağımsız veya karşı bir davayla işçinin iş sözleşmesini haklı bir neden olmaksızın feshettiğini iddia ederek rekabet yasağı kaydını ihlalin yaptırımı olan ceza koşulunu isteyebilir. Böyle bir durumda işçinin ceza koşuluna mahkûm edilip edilmeyeceği sorusuna verilecek yanıt, işçinin iş sözleşmesini haklı nedenle feshedip feshetmediğine ilişkin ön sorunun çözümüne bağlıdır. İşveren rekabet yasağına bağlı ceza koşulunu bir karşı davayla talep etmişse, hâkim öncelikle işçinin iş sözleşmesinin feshinin haklı bir nedene dayanıp dayanmadığını incelemelidir. Hâkim işçinin iş sözleşmesini haklı bir nedenle feshettiği kanaatine varırsa işvereni kıdem tazminatına mahkûm etmelidir; bu hüküm haklı fesihle birlikte rekabet yasağının da sona erdiğine dönük bir tespiti içerdiğinden işverenin ceza koşulu istemi de reddedilmelidir. Ancak hâkim iş sözleşmesinin feshinin haklı bir nedenden kaynaklanmadığını saptarsa işçiyi hemen rekabet yasağına mahkûm etmez; rekabet yasağı kaydı öncelikle geçerlilik koşulları, bağlayıcılık koşulu ve sınırlamalar açısından denetlenir. Rekabet yasağı kaydının geçerlilik koşullarıyla bağlayıcılık koşulunu haiz olduğunu ve işçinin ekonomik geleceğini hakkaniyete aykırı olarak tehlikeye düşürecek bir biçimde uygun olmayan sınırlamalar içermediğini belirleyen hâkim, işçiyi ceza koşuluna mahkûm eder. Hâkim işverenin rekabet yasağı kaydından doğan alacaklarını bağımsız bir dava ile talep ettiği olgularda, işçinin kıdem tazminatı istemiyle işverene karşı açtığı davayı bekletici sorun yapmalıdır. Zira rekabet yasağı kaydıyla ilgili davada hüküm

verilebilmesi, işçinin haklı nedenle derhal fesih iddiasıyla açtığı alacak davanın sonucuna bağlıdır. Her halükarda söz konusu davaların HMK 166 çerçevesinde birleştirilmesi usul ekonomisi ilkesi açısından daha yararlıdır. Diğer bir olasılık; işverenin işçinin rekabet yasağı kaydına aykırı davrandığı savıyla işçi aleyhine dava ikame etmesi; iş sözleşmesini haklı bir nedenle feshettiğini öne süren işçinin ise karşı bir davayla kıdem tazminatı talep etmesidir. Burada hâkimin ilkin işçinin haklı nedenle fesih iddiasının gerçeği yansıtıp yansıtmadığını tespit etmesi gerekir. İşçinin haklı fesih iddiasının doğruluğunu saptayan hâkim, işçinin karşı davasını kabul ederek işvereni kıdem tazminatına mahkûm edecek; işverenin rekabet yasağı kaydına ilişkin davasını ise reddedecektir. Tersine işçinin haklı fesih iddiasının doğru olmadığı anlaşılırsa hâkim işverenin rekabet yasağı kaydına aykırılık savıyla açtığı davanın incelemesine geçecektir.

II. İş Sözleşmesinin Diğer Sona Erme Biçimlerinin Rekabet Yasağı Kaydına Etkisi

1. İşçinin Ölümü

İşçiye kişisel bir edim yükümlülüğü getiren ve işçinin kişiliğine sıkı sıkıya bağlı olan (*intuitus personae*) iş sözleşmesi işçinin ölümüyle kendiliğinden sona ermektedir (TBK m. 440/I). Rekabet etmeme de şahsi bir yapmama borcu niteliği taşıdığından işçinin ölümüyle iş sözleşmesinin yanında iş sözleşmesinden kaynaklanan rekabet yasağı son bulur; söz konusu borç işçinin mirasçılara intikal etmez. Bu tespitler işçinin iş ilişkisi sırasında ölümü için de geçerlidir. Rekabet yasağına uymakla yükümlü işçi, iş sözleşmesi sona erdikten sonra yaşamını yitirirse nasıl bir manzara ortaya çıkacaktır? Akla gelen ilk olasılık, rekabet etmeme borcuna uygun davranan işçinin ölümüdür. Böyle bir durumda yapmama borçlarının şahsi özelliğinden dolayı rekabet yasağı sona erecek, diğer bir anlatımla rekabet etmeme borcu ölen işçinin mirasçılara geçmeyecektir. Buna karşın, işçi rekabet yasağını ihlal ettikten sonra vefat ederse işçinin ceza koşulu veya tazminat gibi parasal borçları mirasçılara geçecek, buna karşılık aynen ifa borcunun mirasçılara intikali gündeme gelmeyecektir. Keza işçinin karşı edim alacağı da işçinin ölümüyle mirasçılara geçmektedir. Şüphesiz mirasın reddine ilişkin hükümler saklı olduğu unutulmamalıdır. Gerçek kişi işverenin ölümü halinde, işverenin kişiliği dikkate alınarak kurulanlar dışında iş sözleşmeleri sona ermemekte, işverenin yerini

mirasçılarını almaktadır (TBK m. 441/I). Bu kuralın temelinde, kural olarak, işverenin kişiliğinin iş ilişkisinde rol oynamaması yatmaktadır. Dolayısıyla işverenin ölümü üzerine rekabet yasağı kaydından tüm haklar ve borçlar, külli halefiyet yoluyla mirasçılara intikal etmektedir.

2. Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Sona Ermesi

Belirli süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçilere sözleşme sonrası rekabetin yasaklanmasının önünde herhangi bir engelin varlığından söz etmek mümkün değildir. Başka bir anlatımla, belirli süreli iş sözleşmelerinin rekabet yasağı kayıtlarıyla ilgili olarak ayırt edici bir özelliği bulunmamaktadır. Bununla birlikte belirli süreli iş sözleşmelerinin kararlaştırılan sürenin dolmasıyla *ipso iure* sona ermesi, belirli süreli iş sözleşmesinin sona ermesinin rekabet yasağına etkisini ayrı bir başlık altında incelemeyi zorunlu kılmaktadır. Zira Borçlar Kanunu iş sözleşmesinin sona ermesinin rekabet yasağının yürürlüğe girmesi üzerindeki etkisini düzenlerken sadece fesihden söz etmiş, belirli süreli iş sözleşmelerinin infisahı hakkında ise suskun kalmıştır. Kanun koyucunun bu tercihini yadsımamak gerekir. Gerçekten belirli süreli bir iş sözleşmesi akdeden ve aynı zamanda bu sözleşmeye rekabet yasağı kaydı koyan tarafların ortak iradesinin belirli süreli iş sözleşmesinin sürenin bitiminde *ipso iure* sona ermesinin ardından rekabet yasağının da yürürlüğe girmesini kapsadığı var sayılmalıdır. Bundan dolayı Alman hukukunda belirli süreli iş sözleşmesinin infisahı tarafların rekabet yasağı kaydından doğan hak ve borçlarına hâlel getirmemekte, taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça belirli sürenin dolmasıyla beraber rekabet yasağı da uygulanmaya başlamaktadır¹⁷⁹⁰. Fransız hukukunda da belirli iş sözleşmesiyle kararlaştırılan sürenin sona ermesiyle birlikte rekabet yasağının da yürürlüğe gireceği kabul edilmektedir¹⁷⁹¹. Belirli süreli iş sözleşmelerinde mercek altına alınması gerekli nokta, üst üste (zincirleme) yapılan belirli süreli iş sözleşmelerinin durumudur. Belirtilmelidir ki, Türk hukuku esaslı bir nedene dayanan zincirleme belirli süreli iş sözleşmelerine cevaz vermektedir. Öyleyse ilk akdedilen belirli süreli sözleşmesinin rekabet yasağı kaydı içermesine karşılık, takip eden belirli süreli iş sözleşmesinde rekabet yasağı kaydına yer verilmemesi nasıl yorumlanmalıdır? Şayet birbirini izleyen belirli süreli iş sözleşmeleri bir bütünün parçaları olarak kabul edilirse, taraflar birinci sözleşmedeki

¹⁷⁹⁰ Bauer/Diller, s. 252; Grill/Janert, s. 72–73.

¹⁷⁹¹ Signoretto, s. 240.

rekabet yasağı kaydıyla bağlı sayılacaktır. Tersine zincirleme iş sözleşmelerinin bağımsız sözleşmeler olduğu görüşünden yola çıkıldığı takdirde, ikinci sözleşmede rekabet yasağı kaydının yokluğu işçiyi rekabet yasağından kurtaracaktır. Belirli süreli iş sözleşmelerinin zincirleme sayılabilmesi için kesintisiz olarak birbirlerini takip etmeleri veya aralarında çok kısa bir fasıla olması şarttır. Çoğu kez zincirleme iş sözleşmelerinin metinleri, ilk sözleşmenin birer kopyasından ibarettir. Dolayısıyla ilk sözleşmede rekabet yasağı kaydı yazılıyken, aksine ikinci sözleşmenin rekabet yasağı kaydı içermemesinden tarafların rekabet yasağı kaydından vazgeçtikleri sonucu çıkarılabilir. İkinci sözleşmede ilk sözleşmedeki rekabet yasağı kaydına yalın bir atıf yapılması, rekabet yasağının ayakta tutulması bakımından yeterli midir? Özellikle ifade edelim ki, söz konusu soruya verilecek yanıt yazılı şekil koşuluyla da ilintilidir. Bununla beraber, sonraki sözleşmeler üstlenilen iş görme edimi bağlamında ilk sözleşmenin bir devamı niteliğindeyse ve çalışma koşulları da esaslı bir şekilde başkalaşmıyorsa önceki sözleşmeye yapılan yollama yeterli kabul edilebilir¹⁷⁹². Diğer taraftan belirli süreli iş sözleşmesinin sürenin bitiminden sonra üstü örtü olarak sürdürülmesi durumunda sözleşmenin belirsiz süreliye dönüşeceği unutulmamalıdır. Böyle bir durumda, salt belirli süreli iş sözleşmesinin belirsiz süreliye dönüşmesi ortada belirli süreli iş sözleşmesini izleyen bağımsız bir belirsiz süreli iş sözleşmesinin bulunduğu anlamına gelmeyeceğinden belirli süreli iş sözleşmesindeki rekabet yasağı kaydı da geçerliliğini koruyacaktır.

3. İkale (Bozma) Sözleşmesi

Sözleşmenin tarafların anlaşmasıyla sona erdirilmesi olarak tanımlayabileceğimiz ikale, iş güvencesi sisteminin kabul edildiği 2003 yılından bu yana yargı organlarını bir hayli meşgul etmektedir. Yargıtay'ın ve öğretinin ikaleyle bağlantılı olarak üzerinde en fazla durduğu konular, sırasıyla; ikalenin (bozma sözleşmesinin) tanımı ve fesihden farkı, ikale sözleşmesinin kurulması ve geçerlilik koşulları, irade bozukluklarının ikale sözleşmesine etkisi ve makul yarar şartıdır¹⁷⁹³. İş sözleşmesinin ikaleyle sona ermesinin rekabet yasağı kaydını nasıl etkileyeceği ise

¹⁷⁹² İsviçre hukukundaki durum için bkz. *Rudolph*, La problématique de la prohibition de faire concurrence, s. 102-103. (Makalenin Almanca metni için bkz. Fokus Arbeitsrecht: Sorgenkind Konkurrenzverbot, TREX 2010 s. 88-92)

¹⁷⁹³ İkale (bozma) sözleşmesi hakkında geniş bilgi için bkz. *Özdemir*, Erdem: İstifa ve İkale (İş Sözleşmesini Sona Erdiren Hukuki İşlemlerin Geçerliliği, İstanbul Barosu Yayınları 2009, s. 24-48.

şimdiye dek ele alınmamıştır. İ kale sözleşmesinde rekabet yasağının hüküm ifade etmeyeceği kararlaştırıldığı takdirde rekabet yasağı da sona erecek, iş sözleşmesini ikaleyle sona erdiren taraflar geçerliliğini yitiren rekabet yasağı kaydına dayanarak herhangi bir talep ileri süremeyecektir. Diğer bir olasılık, ikale sözleşmesinde iş sözleşmesindeki rekabet yasağı kaydının yürürlüğe gireceğinin öngörülmesidir. İ kale sözleşmesine böyle bir kayıt koyan tarafların rekabet yasağına bağlılıklarını göstermeyi amaçladıkları açıktır. Nihayet taraflar ikale sözleşmesinde iş sözleşmesindeki rekabet yasağı kaydına ilişkin herhangi bir düzenleme yapmamış olabilir. İ kale sözleşmesinin rekabet yasağı hakkında suskun kalmasına nasıl bir hukuki sonuç bağlanmalıdır? Belçika hukukunda iş sözleşmesinin tarafların ortak iradesiyle sona ermesi halinde rekabet yasağı kaydının uygulanmayacağına kararlaştırılabileceği kabul edilmektedir. Nitekim bu ilke Belçika Yargıtayı'nın 11.6.2007 tarihli bir kararıyla da teyit edilmiştir¹⁷⁹⁴. İsviçre hukukunda bir görüş iş ilişkisinin ikale sözleşmesiyle son bulmasının rekabet yasağının yürürlüğe girmesini engellemeyeceğini, zira ikalenin fesih anlamına gelmediğini savunmaktadır¹⁷⁹⁵. Yakın tarihli öğretici görüşleri ve içtihat ise, ikale sözleşmesinin içeriğine ve tarafları ikale sözleşmesi bağtılamaya iten nedenlere göre bir ayırımı gitmektedir¹⁷⁹⁶. Bundan dolayı tarafların ikale sözleşmesinde rekabet yasağının akıbeti hakkında açık bir hükme yer vermeleri salık verilmektedir¹⁷⁹⁷. Alman hukukunda iş ilişkisinin tarafların anlaşmasıyla sona ermesinin rekabet yasağını geçersiz kılmayacağı kabul edilmektedir¹⁷⁹⁸. Ancak ikale sözleşmesinde rekabet yasağı kaydı hakkında farklı bir düzenlemeye de yer verilebileceği belirtilmektedir¹⁷⁹⁹. Bununla birlikte, rekabet yasağının yürürlüğe girip girmeyeceği konusunun ikale sözleşmesinde açıkça düzenlenmesinin yanlış anlamaları ve uyuşmazlıkları önleyeceği savunulmaktadır¹⁸⁰⁰. Bu doğrultuda kanun hükümlerinin rekabet yasağı kaydının hangi hallerde yürürlüğe girmeyeceğini emredici bir tarzda saymadığına ve sadece

¹⁷⁹⁴ Cass. 11.6.2007, www.juridat.be

¹⁷⁹⁵ Rudolph, La problématique de la prohibition de faire concurrence, 102. (Makalenin Almanca metni için bkz. Fokus Arbeitsrecht: Sorgenkind Konkurrenzverbot, TREX 2010 s. 88-92)

¹⁷⁹⁶ ATF 4A_209/208 (Rudolph, La problématique de la prohibition de faire concurrence'dan naklen, s. 102)

¹⁷⁹⁷ Rudolph, La problématique de la prohibition de faire concurrence, s. 103(Makalenin Almanca metni için bkz. Fokus Arbeitsrecht: Sorgenkind Konkurrenzverbot, TREX 2010 s. 88-92)

¹⁷⁹⁸ BAG 26.9.1963 AP 1 zu § 75 HGB; LAG Baden-Württemberg 22.9.1995 NZA-RR 1996, s. 163 (Bauer/Diller'den naklen, s. 267). Ayrıca bkz. Grüll/Janert, s. 73.

¹⁷⁹⁹ Grüll/Janert, s. 73.

¹⁸⁰⁰ Alman doktrininde rekabet yasağı kaydını ortadan kaldırmak isteyen tarafların ikale (bozma) sözleşmesine şöyle bir kayıt koymaları önerilmektedir: 'Bu sözleşmenin yürürlüğe girmesiyle birlikte tarafların rekabet yasağı sözleşmesinden kaynaklanan karşılıklı tüm alacakları ortadan kalkar' Grüll/Janert, s. 73.

rekabet yasağının hukuken sonuç doğurmayacağı üç durumun açıkça sayıldığına işaret edilmektedir¹⁸⁰¹. Alman hukukunca benimsenen çözüm tarzı, Türk hukukuna da ışık tutacak niteliktedir. Buna göre, iş sözleşmesinin ikaleyle sona ermesi tarafların rekabet yasağından doğan hak ve yükümlülüklerini ortadan kaldırmaz; yeter ki ikale sözleşmesiyle aksi kararlaştırılmamış olsun. Ancak böyle bir çözümün kimi olgularda hakkaniyetle bağdaşıp bağdaşmadığı sorgulanabilir: İşverence alınan reorganizasyon kararı nedeniyle üst düzey yönetici konumundaki bir grup işçinin iş gücü fazlası haline geldiğini, işverenin bu işçilere ikale teklif ettiğini ve bu işçilerin iş sözleşmelerinin rekabet yasağı kaydı içerdiğini varsayalım. İşverenin ikale önerisini kabul eden işçiler rekabet yasağına tabi olurken, işverenin ikale önerisini reddetmeleri üzerine iş sözleşmeleri feshedilen işçiler rekabet yasağından kurtulacaktır. Ancak işverenin ikale sözleşmesi önerdiği işçilere kıdem ve ihbar tazminatlarına ek olarak bir makul yarar sağlamak zorunda olduğu, dolayısıyla işçilerin ikale sözleşmesinin müzakere sürecinde rekabet yasağını pazarlık konusu yaparak işverenin makul yarar olarak teklif ettiği ek tazminatın miktarını arttırabilecekleri unutulmamalıdır. Kaldı ki yasal düzenlemede rekabet yasağının sona erme halleri iş sözleşmesinin işveren tarafından haklı bir sebep olmaksızın feshi ve işverene yüklenebilen bir nedenle işçi tarafından feshiyle sınırlandırılmış olup, iş sözleşmesinin ikaleyle sona ermesine ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir (TBK m. 447/II). Sonuç olarak, iş sözleşmesinin ikaleyle sona ermesinin rekabet yasağı kaydının hukuki sonuç doğurmasını engellemeyeceği ifade edilmelidir.

4. İş Sözleşmesinin Deneme Süresi İçinde Sona Ermesi

Günümüzde yazılı iş sözleşmelerinin aşağı yukarı tümü, deneme süresi kaydı içermektedir. Esasen iş ilişkisinin bir deneme süresine bağlanması, hem işverenin hem de işçinin menfaatleriyle örtüşmekte; işveren deneme süresi sayesinde işçinin iş görme ediminin gerektirdiği bilgi, beceri ve kapasiteye sahip olup olmadığını ve işyeri ortamına uyumunu daha yakından gözleyebilirken, işçi de görev tanımıyla çalışma koşullarının kendisine uygun olup olmadığını doğru bir şekilde değerlendirebilmektedir. Deneme süresinin iş ilişkisini sürdürmek istemeyen tarafa sağladığı avantaj, iş sözleşmesinin bu süre içinde önceden bir bildirimde bulunulmaksızın ve tazminat da ödenmeksizin feshedilebilmesidir. Peki deneme

¹⁸⁰¹De Schutter/Marquand, 37.

süresinde feshedilen iş sözleşmesi aynı zamanda bir de rekabet kaydı içeriyorsa rekabet yasağı da sona erecek midir? Soruna Türk hukuku açısından tatmin edici bir yanıt bulmadan önce, karşılaştırmalı hukuktaki örneklere kısaca bir göz atmak yararlı olacaktır.

Alman Federal Mahkemesi'nin çok sayıda kararında, tarafların ortak iradesinden aksi anlaşılmadığı takdirde iş ilişkisinin deneme süresi içinde sona erdiği durumlarda rekabet yasağının yürürlüğe gireceği sonucuna varılmıştır¹⁸⁰². Zira deneme süresi içinde sona eren bir iş ilişkisinin de taraflar açısından karşılıklı bir takım haklar ve borçlar doğurduğu, bu bağlamda işçinin deneme süresi içinde görev alanına ait işleri yerine getirdiği dile getirilmektedir¹⁸⁰³. Dolayısıyla iş ilişkisi deneme süresi içinde sona eren işçiyi rekabet yasağıyla bağlı tutma, menfaatler dengesine ve deneme süresi kaydının amacına aykırı değildir. Öte yandan rekabet yasağının işlem temelinin çökmesi (*Wegfalls der Geschäftsgrundlage*) ilkelerine göre de geçersiz sayılamayacağı vurgulanmaktadır¹⁸⁰⁴. Zira işlem temelinin çökmesinden söz edilebilmesi için öngörülemez bir olayın meydana gelmesi şarttır. Ne var ki iş ilişkisinin deneme süresi içinde sona erebileceği deneme süresinin kararlaştırıldığı anda öngörülebilir bir olgudur. Bu yüzden, rekabet yasağının deneme süresi içinde yürürlüğe girmesinin istenmediği hallerde, taraflara, iş sözleşmesi deneme süresi içinde sona erdiğinde rekabet yasağı kaydının da sonuç doğurmayacağını kararlaştırmaları salık verilmektedir¹⁸⁰⁵.

Hollanda hukukunda iş sözleşmesinin deneme süresi içinde feshedildiği durumlarda işverenin işçiyi karşı rekabet yasağı kaydından doğan bir talep ileri sürüp süremeyeceği tartışmalıdır. Öğretideki bir görüş, işverenin iş sözleşmesini deneme süresi içinde feshetmesinin rekabet yasağı kaydının geçerliliğini yitirmesine yol açmayacağını iddia etmektedir¹⁸⁰⁶. Buna karşın, Hollanda öğretisindeki baskın eğilim, deneme süresindeki feshin işçiye yeterli bir hukuki koruma sağlamaması nedeniyle iş sözleşmesi deneme süresi içinde feshedilen işçinin rekabet yasağı

¹⁸⁰² 24.4.1970 AP 25 zu § 75 HGB; 10.5.1971 BB 1971, 1196; 2.8.1971 AP 25 zu § 615 BGB; 28.8.2006, AP 80 zu § 74 HGB (*Bauer/Diller*'den naklen, s. 252). 28.6.2006 tarihli ve 10 AZR 407/75 sayılı Alman Federal İş Mahkemesi kararının çevirisi için bkz. Legal İHSGHD, 2007/13, s. 405-408 (çeviren Alpay Hekimler) Ayrıca bkz. *Grüll/Janert*, s. 18.

¹⁸⁰³ *Bauer/Diller*, s. 252.

¹⁸⁰⁴ *Bauer/Diller*, s. 252.

¹⁸⁰⁵ *Bauer/Diller*, s. 252. *Grüll/Janert*, s. 18.

¹⁸⁰⁶ *Quist*, s. 26; *Leeuwen/Nuijten/Veenstra/Tazelaar/Nieuwstad/Buijs*, s. 237.

kaydıyla bağlı sayılamayacağını savunmaktadır¹⁸⁰⁷. Buna göre, işveren deneme süresi kaydının yararlarıyla (işçinin feshe karşı korunmasının hafifletilmesi) rekabet yasağı kaydının sunduğu avantajlar arasında bir karşılaştırma yapmalı, şayet deneme süresinde dahi iş sırlarına veya müşteri çevresine nüfuz edilmemesinde haklı menfaatleri varsa iş sözleşmesine deneme süresi kaydı koymamalıdır¹⁸⁰⁸.

Belçika hukukunda iş sözleşmesi deneme süresi içinde sona erdiği takdirde rekabet yasağı kaydının herhangi bir hukuki sonuç doğurmayacağı açıkça düzenlenmiştir¹⁸⁰⁹. İş Sözleşmeleri Kanunu'na göre, iş sözleşmesi deneme süresi esnasında sona bulursa rekabet yasağı da sona ermektedir (Artikel 65, § 1 AOW). Söz konusu hüküm, iş sözleşmesinin sona erme biçimleri arasında hiçbir ayırım yapmamaktadır. İş sözleşmesi deneme süresi içinde ister işçi veya işveren tarafından feshedilsin, ister ikaleyle son bulsun rekabet yasağı hukuki bir etki göstermeyecektir¹⁸¹⁰. İş sözleşmesi deneme süresi içinde sona erdiğinde rekabet yasağı kaydının da hüküm ifade etmeyeceğine ilişkin yasa maddesi emredici karakterde olup, taraflarca aksinin kararlaştırılması mümkün değildir. Nitekim Liege İstinaf İş Mahkemesi'nce bakılan bir davaya konu olan olayda, işveren iş sözleşmesini deneme süresi içinde tazminatsız feshetmiştir. Yasal düzenlemeye göre, rekabet yasağı kaydı hiçbir hukuki sonuç doğurmayacaktır. Bununla beraber iş sözleşmesindeki rekabet yasağı kaydında, yasağın işverenin haklı nedenle derhal feshi dışında her durumda yürürlüğe gireceği öngörülmüştür. Somut olayda işçi işverenin rekabet yasağı kaydının uygulanmasından vazgeçmediği gerekçesine dayanarak işverenden karşı edim talep etmiştir. Liege İstinaf İş Mahkemesi kanunun emredici düzenlemesiyle bağdaşmayan rekabet yasağı kaydını geçersiz saymıştır¹⁸¹¹. Fransız hukukunda iş sözleşmesinin deneme süresi sırasında feshi, rekabet yasağı kaydının uygulanmasına engel oluşturmamaktadır¹⁸¹².

İşverenin deneme süresinde sona eren bir iş sözleşmesindeki rekabet yasağı kaydına dayanarak işçiden rekabetten kaçınmasını talep edip edemeyeceği sorunuyla ilgili olarak, İsviçre öğretisinde tam bir görüş birliği yoktur. İsviçreli yazarların çoğu

¹⁸⁰⁷ *Houweling/Loonstra*, s. 328.

¹⁸⁰⁸ *Houweling/Loonstra*, s. 328.

¹⁸⁰⁹ *Carlier*, s. 61; *Cuypers*, *Schets van het Belgische Arbeidsrecht*, s. 76; *De Schutter/Marquand*, 37. *Humblet/Rigaux*, s.276.

¹⁸¹⁰ *Carlier*, s. 62.

¹⁸¹¹ J.T.T. 1992, 359 (*Herman*'dan naklen, s. 232).

¹⁸¹² *Signoretto*, s. 240.

ve yüksek yargı, iş ilişkisinin işçiye işverenin müşteri çevresi veya üretim ya da iş sırları hakkında bilgi edinme imkânı sağlaması ve aynı zamanda bu bilgilerin kullanılmasının işverenin önemli bir zararına sebep olacak nitelikte olması şartıyla, rekabet yasağı kaydının geçerli olduğu görüşündedir¹⁸¹³. Bu doğrultuda, deneme süresinin görece uzun sürdüğü ve işçinin fiilen iş sırlarına veya müşteri çevresine nüfuz ettiği hallerde işverenin rekabet yasağının devreye girmesinde korunmaya değer bir menfaatinin olduğu belirtilmektedir¹⁸¹⁴. Bununla birlikte, iş ilişkisi deneme süresi sırasında son bulunduğu anda rekabet yasağının bağlayıcılık koşulu olan, iş ilişkisinin işçiye işverenin müşteri çevresi veya üretim ya da iş sırları hakkında bilgi edinme imkânı sağlamasının ve aynı zamanda bu bilgilerin kullanılmasının işverenin önemli bir zararına sebep olacak nitelikte olmasının genellikle gerçekleşmeyeceği inkâr edilmemektedir¹⁸¹⁵. Bağlayıcılık koşulu deneme süresi esnasında çoğu kez gerçekleşmeyecek, böylece rekabet yasağı kaydı da hükümsüz kılınabilecektir. Ayrıca hâkimin, rekabet yasağının deneme süresi içinde sona eren bir iş sözleşmesinden kaynaklandığını dikkate alarak rekabet yasağını sınırlayabileceğine ve her halükarda ceza koşulunu tenkis edebileceğine işaret edilmektedir¹⁸¹⁶.

Türk hukukunda deneme süresi kaydı, Borçlar Kanunu'nda ve İş Kanunu'nda düzenlenmiştir. Gerek Borçlar Kanunu'nda gerek İş Kanunu'nda deneme süresi azami iki ay olarak öngörülmüş, bununla birlikte İş Kanunu deneme süresinin toplu iş sözleşmeleriyle dört aya kadar uzatılmasına olanak tanımıştır (TBK m. 433, İK m. 15). Deneme süresi kaydı içeren bir iş sözleşmeleriyle diğer iş sözleşmeleri arasında önemli bir fark bulunmamaktadır. Dolayısıyla deneme süresi kayıtlı iş sözleşmelerinin, ayrı bir iş sözleşmesi türü olarak nitelenmesi doğru değildir. Şu kadar ki deneme süresi kaydı, taraflara, bildirim süresine uymak zorunda olmaksızın ve tazminat ödemeksizin iş sözleşmesini fesih hakkı sağlamaktadır. Bunun dışında, taraflar deneme süresi içinde iş sözleşmesinden kaynaklanan tüm borçlarını ifa etmekle yükümlüdür. Şöyle ki işçi deneme süresi içinde iş görme borcunu ifa etmek, işveren de işçinin çalıştığı süre karşılığında ücret ödemek zorundadır. Hatta tarafların deneme süresindeki borçları, iş sözleşmesini karakterize eden asli edim yükümlülükleriyle (iş görme ve ücret) sınırlı değildir. Daha yalın bir anlatımla, işçi

¹⁸¹³ *Bohny*, s. 65–66; *Haefliger*, s. 40–41.

¹⁸¹⁴ *Haefliger*, s. 41.

¹⁸¹⁵ *Haefliger*, s. 41.

¹⁸¹⁶ *Bohny*, s. 66; *Haefliger*, s. 41.

deneme süresi boyunca sadakat borcunun gereklerini yerine getirmek zorunda olup; sadakat borcuna aykırı davranışlardan mutlaka kaçınmalıdır. Aynı şekilde işverenin de deneme süresi boyunca işçiyi gözetme borcu söz konusudur. Örneğin deneme süresi sırasında iş kazası geçiren işçi, işverenin gerekli işçi sağlığı ve iş güvenliği tedbirlerini almamasından dolayı uğradığı maddi ve manevi zararın giderilmesini talep edebilir.

Deneme süresi kayıtlı iş sözleşmelerinin bildirim süresinden ve ihbar tazminatından bağımsızlık dışında olağan iş sözleşmelerinden herhangi bir farkının olmaması, ilk bakışta, iş sözleşmesi deneme süresi içinde sona eren işçinin rekabet yasağı kaydından doğan rekabet etmeme borcunu ifa etmek zorunda olduğu gibi bir izlenim uyandırmaktadır. Ancak deneme süresindeki feshin kayıtsız şartsız bir biçimde rekabet yasağının yürürlüğe girmesine yol açacağı söylenemez. Zira iş sözleşmesi deneme süresi sırasında sona eren işçinin rekabet yasağına uymakla yükümlü olup olmadığı sorusuna verilecek yanıt, rekabet yasağının sona ermesini düzenleyen yasal düzenlemeden kesinlikle soyutlanamaz. Zira iş sözleşmesini deneme süresi içinde sona erdiren hukuki işlem de feshtir. Feshin rekabet yasağına etkisi ise TBK m. 447/2’de düzenlenmiştir. Anılan düzenlemeye göre, iş sözleşmesi haklı bir neden olmaksızın işveren tarafından veya işverene yüklenebilen bir nedenle işçi tarafından feshedilirse rekabet yasağı da sona erer. Öncelikle iş sözleşmesinin deneme süresi içinde işveren tarafından feshi ele alınmalıdır. İş sözleşmesinin haklı nedenle derhal feshiyle işçinin davranışlarından veya yetersizliğinden kaynaklanan geçerli bir nedenle feshinden sonra işçinin eski işvereniyle rekabetten kaçınması gerektiği yukarıda açıklanmıştır. İş sözleşmesini deneme süresi içinde fesheden işverenin çıkış noktası; işçinin bilgi, performans veya davranış açısından iş görme edimine uygun olmamasıdır. O halde iş sözleşmesinin deneme süresinde feshi de, TBK m. 447 anlamında haklı bir nedendir. Dolayısıyla iş sözleşmesi deneme süresi içinde feshedilen işçi de –rekabet yasağı kaydının diğer koşullarının gerçekleşmesi şartıyla- rekabet yasağına tabidir. Ekleyelim ki, işçi iş sözleşmesinin haklı bir nedenle feshedilmediğini ileri sürdüğünde; işveren, iş sözleşmesini haklı bir nedenle (işçinin bilgi veya performansının yetersizliği ya da olumsuz davranışları) feshettiğini kanıtlamak zorunda kalacaktır. Şüphesiz işverenin bu olguları kanıtlayamaması işçiyi rekabet yasağından kurtaracak, ancak işçi ihbar tazminatına hak kazanamayacaktır. İkinci olarak irdelenmesi gereken husus, iş sözleşmesini

deneme süresi içinde fesheden işçinin rekabet yasağına uymakla yükümlü olup olmadığıdır. Gerçekten işi ve çalışma koşullarını beğenmeyen işçi, iş sözleşmesini deneme süresi içinde bildirimsiz ve tazminatsız feshedebilir. Daha önce de görüldüğü üzere işverene yüklenebilen bir nedenden kasıt, iş sözleşmesinin işçi tarafından derhal feshini haklı gösteren nedenlerdir. Şu halde işçi iş sözleşmesini deneme süresi içinde haklı bir nedenle sona erdirdiğini ispatlayamadığı takdirde rekabet yasağı yürürlüğe girecektir. Kanımızca işçinin işi veya işyeri ortamını uygun bulmaması, rekabet yasağının sona ermesi bakımından haklı bir neden olarak nitelendirilemez.

Hemen belirtelim ki, iki aydan kısa süreli bir iş ilişkisinin işçiye işverenin müşteri çevresi veya üretim ya da iş sırları hakkında bilgi edinme imkânı sağlaması, pek olağan bir durum sayılmaz. Gerçekten işçinin işletmenin iş veya üretim sırlarına ya da müşteri çevresine nüfuz edebilmesi, belli bir süre gerektirmektedir. Kural olarak, iki aydan daha kısa süren bir iş ilişkisi, işçinin işverenin iş sırları veya müşteri çevresi hakkında bilgi sahibi olabilmesi için yeterli bir zaman dilimi değildir. O halde denilebilir ki, deneme süresi içinde sona eren bir iş ilişkisinin işçiye işverenin müşteri çevresi veya üretim ya da iş sırları hakkında bilgi edinme imkânı sağlaması, hayatın olağan akışıyla bağdaşmamaktadır. Buna göre hâkim, deneme süresi içinde sona eren bir iş sözleşmesindeki rekabet yasağı kaydına aykırılık savıyla açılan davada, işçinin işverenin müşteri çevresi veya üretim ya da iş sırları hakkında bilgi edinme olanağından yoksun olduğunu fiili bir karine olarak kabul etmeli ve işveren söz konusu karineyi çürütemediği takdirde davayı reddetmelidir. Kuşkusuz işveren karinenin aksini somut delillerle ispat ederse, işçi rekabet yasağıyla bağlı addedilecektir. Bununla birlikte hâkimin iş ilişkisinin deneme süresi içinde sona erdiğini de göz önünde bulundurarak, rekabet yasağının kapsamını daha fazla daraltması ve ceza koşulunu da önemli oranda indirmesi daima mümkündür.

§ 11. GÖREVLİ VE YETKİLİ MAHKEME

I.Rekabet Yasağı Kayıtlarında Görevli Mahkeme ve Yetkili Mahkeme

1. Görevli Mahkeme

a) Yasal Düzenleme

Mahkemelerin görevinin kanunla belirlenmesi medeni usul hukukunun en köklü ilkelerinden biridir. Görev konusunu düzenleyen genel kanun, Hukuk

Muhakemeleri Kanunu'dur (HMK m. 1-4). Buna göre dava konusunun değer ve miktarına bakılmaksızın malvarlığına ilişkin davalarla, şahıs varlığına ilişkin davalarda görevli mahkeme, aksine bir düzenleme bulunmadıkça asliye hukuk mahkemesidir (HMK m. 2/I). Ayrıca Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda ve diğer kanunlarda aksine bir düzenleme bulunmadıkça, asliye hukuk mahkemesi diğer dava işler bakımından da görevlidir (HMK m. 2/II). Şu halde görevli mahkemeyi Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na göre belirlemeden önce, rekabet yasağı kaydına ilişkin davalarda görev konusu düzenleyen özel bir kanun (*lex specialis*) hükmünün var olup olmadığı araştırılmalıdır. Bu bağlamda, rekabet yasağı kaydıyla ilgili maddi hukuk kurallarına yer veren Borçlar Kanunu'nun aynı zamanda bu maddelerle ilgili davalarda görevli mahkemeyi de göstermiş olabileceği ihtimali akla gelmektedir. Ne var ki Borçlar Kanunu, rekabet yasağı kaydından doğan uyuşmazlıklar da dâhil olmak üzere, hizmet (iş) sözleşmesiyle bağlantılı davalarda hangi mahkemenin görevli olduğunu düzenlenmemiştir. Bu noktada, rekabet yasağı kayıtlarıyla ilgili davalarda görevli mahkemenin, işçi ve işveren arasındaki davalara özgü özel bir muhakeme kanunu olarak tanımlayabileceğimiz İş Mahkemeleri Kanunu'na göre saptanması gerektiği ileri sürülebilir. İş Mahkemeleri Kanunu'na göre, İş Kanunu'na göre işçi sayılan kimselerle işveren arasında iş sözleşmesine veya İş Kanunu'na dayanan her türlü hak iddialarından doğan uyuşmazlıklarda iş mahkemeleri görevlidir (İMK m. 1). Madde metninden salt İş Kanunu'na tabi işçi ve işverenler arasındaki davalarında iş mahkemelerinde görüleceği, buna karşılık İş Kanunu'nun 4. maddesi uyarınca aynı kanunun kapsamı dışında kalan iş sözleşmelerine ilişkin davalarda görevli mahkemenin Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na çerçevesinde tespit edilebileceği sonucuna varılabilir. Oysa iş mahkemelerinin görevini İş Kanunu'na tabi kişilerce açılan davalara özgüleyen böyle bir çıkarımın doğru olduğu söylenemez. Çünkü İş Kanunu'nun kapsamına girmeyen iş ilişkilerinin düzenlendiği bir takım kanunlarda, bu kanunlardan doğan uyuşmazlıklarda İş Mahkemeleri Kanunu'nun uygulanacağı, dolayısıyla iş mahkemelerinin görevli olduğu bizzat söz konusu kanunlar tarafından kurala bağlanmıştır¹⁸¹⁷. Bu çerçevede rekabet yasağı kayıtlarında hangi mahkemenin görevli olduğu sorusunun yanıt bulduğu, İş Mahkemeleri Kanunu'nun kapsamındaki işçi ve işverenler arasında kararlaştırılan

¹⁸¹⁷ Deniz İş Kanunu'nun 46. maddesi uyarınca, Deniz İş Kanunu kapsamına giren gemi adamlarıyla bunların işveren veya işveren vekilleri arasında bu kanundan veya hizmet akdinden doğan davalar hakkında, İş Mahkemeleri Kanunu uygulanır. Basın İş Kanunu'na göre de, gazetecilerle işverenler arasında Basın İş Kanunu'na dayanan her türlü hak iddialarından doğan hukuk uyuşmazlıkları, İş Mahkemeleri tarafından görülür.

rekabet yasağı kayıtlarıyla ilintili davalara iş mahkemelerinde bakılacağı ve görev sorunu düzleminde derin bir tartışmaya girmenin yersiz olduğu öne sürülebilir. Ancak “rekabet yasağı kayıtlarında hangi mahkeme görevlidir?” sorusunun yanıtı kesinlikle bu kadar basit değildir. Zira farklı bir özel hukuk dalının kodu niteliğindeki bir kanunda geçen birkaç sözcük, görevli mahkeme konusunu son derece ilginç başka bir boyuta taşımaktadır. Gerçekten Ticaret Kanunu’nda, Borçlar Kanunu’nun rekabet yasağına ilişkin 444 ila 447. maddelerinde öngörülen hususlardan doğan hukuk davalarının ticari dava sayılacağını belirttikten sonra; aksine hüküm bulunmadıkça, dava olunan şeyin değerine veya tutarına bakılmaksızın asliye ticaret mahkemelerinin tüm ticari davalara bakmakla görevli olduğu öngörülmüştür (TTK m.4/1c). Esasen anılan maddeler, ticari davaları 6762 sayılı mülga Ticaret Kanunu’na koşut bir şekilde düzenlemiştir. Yürürlükten kalkan Ticaret Kanunu da Eski Borçlar Kanunu’nun rekabet yasağına ilişkin 348 ila 352. maddelerinden düzenlenen hususlardan doğan hukuk davalarını ticari dava saymaktaydı. İşte rekabet yasağı kaydından kaynaklanan davalarda görevli mahkemenin İş Mahkemeleri Kanunu’na göre mi belirleneceği, yoksa bu konuda Ticaret Kanunu’nun mu uygulanacağı sorunu, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’yle Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ve Yargıtay 9. Hukuk Dairesi arasında ciddi görüş ayrılıklarına neden olmuş, çelişik kararlar verilmiş ve bu durum uygulamada da duraksamalara yol açmıştır.

b) Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nin İçtihadı

Asliye ticaret mahkemelerinde görülen bazı davaların temyiz incelemesini yapan 11. Hukuk Dairesi’nin yerleşik içtihadı, rekabet yasağı kayıtlarından doğan uyuşmazlıklarda asliye ticaret mahkemesinin görevli olduğu yönündedir. Örneğin Özel Daire’nin yakın tarihli bir ilke kararına konu olan olaydaki rekabet yasağı kaydında işçinin işten ayrıldıktan sonra 2 yıl süre ile işveren ile aynı alanda faaliyet gösteren herhangi bir şirkette doğrudan veya dolaylı olarak görev almaması kararlaştırılmıştır. İşçi davalı işverenin yanında beş yıl çalıştıktan sonra iş sözleşmesini süreli fesih yoluyla sona erdirmiş; bilahare işveren, işçinin rakip bir işletme açarak rekabet yasağına aykırı davrandığını iddia ederek rekabet yasağı sözleşmesinde öngörülen ceza koşulunun avans faizi ile birlikte davalı işçiden tahsiline ve davalının yasağı aykırı davranışlarına son verilmesine karar verilmesini

talep etmiştir. Davanın görüldüğü Asliye Ticaret Mahkemesi, davanın iş sözleşmesine ve işçi-işveren ilişkisine dayandığını ve bundan dolayı davanın iş mahkemesinde görülmesi gerektiğini vurgulayarak görevsizlik kararı vermiştir. 11. Hukuk Dairesi; rekabet yasağı kaydının iş sözleşmesi içinde yer almakla birlikte iş sözleşmesi süresince yapılmaması gereken bir hususu değil iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra yapılmaması gereken bir hususu düzenlediği, iş sözleşmesinin devamında yapılan bir sadakatsizliğin ister sözleşmeden ister kanundan kaynaklansın iş mahkemelerinde görülecek bir davanın konusunu oluşturacağı, oysa davacının davalının sözleşmenin sona ermesinden sonra gerçekleşen bir eylemi nedeniyle ceza koşulu ve aynen ifa talep ettiğini, uyuşmazlığın bu niteliği itibariyle davanın iş mahkemesinde görülmesini gerektirecek bir durum olmadığını, ayrıca ticari sırrın ne olduğunun değerlendirilmesinin uzman mahkemelerce yapılması gerektiğinin yadsınamayacağı, rekabet yasağı kavramının da piyasa şartlarıyla sıkı sıkıya bağlı bulunan ticari bir konu olduğunu, kaldı ki kanun koyucunun çok açık bir şekilde rekabet yasağı kaydına ilişkin davaları mutlak ticari dava olarak nitelendirdiğini, rekabet yasağının iş sözleşmesiyle düzenlenmesinin böyle bir sözleşmeden kaynaklanan davanın mutlak ticari özelliğine hanel getirmeyeceği, nitekim Daire'nin yerleşik içtihadının da bu yolda olduğu gib ayrıntılı bir takım gerekçelerle yerel mahkemenin kararını bozmuştur¹⁸¹⁸. Ayrıca doktrinin de bu davayı mutlak ticari dava saydığını öne süren Özel Daire'nin, diğer yandan da bazı yazarların bu düzenlemenin anlamsızlığını kabul ettiklerine işaret etmesi son derece çarpıcı bir ayrıntıdır¹⁸¹⁹.

¹⁸¹⁸ "...Düzenleme hizmet sözleşmesi içinde yer almakla birlikte hizmet akdi süresince yapılmaması gereken bir hususu değil, hizmet akdinin sona ermesinden sonra yapılmaması gereken bir hususta düzenleme getirmektedir. Hizmet akdinin devamında yapılan bir sadakatsizlik bu ister sözleşme ile düzenlensin ister kanunla düzenlensin elbette ki iş mahkemesinde görülecek bir davanın konusunu oluşturacaktır. Oysa davada davacı taraf davalının akdin sona ermesinden sonra gerçekleşen eylemi nedeniyle ceza şart istemekte ve bu eylemin durdurulmasını talep etmektedir. Uyuşmazlığın bu niteliği itibariyle davanın iş mahkemesinde görülmesini gerektirir bir durum mevcut değildir. Ayrıca ticari sırrın ne olduğunun değerlendirilmesinin uzman mahkemelerce yapılması gerektiği de yadsınamaz bir gerçeklik olduğu gibi, "Rekabet Yasağı" kavramı da piyasa şartlarıyla sıkı sıkıya bağlı bulunan ticari bir konudur. Kaldı ki, TTK.nun 4 nci maddesiyle yasa koyucu çok açık bir şekilde BK.nun 348 nci maddesinden kaynaklanan davaların mutlak ticari davalardan olduğunu öngörmüştür. Mutlak ticari davalar herhangi bir unsurun, bağlama noktasının veya sebebin davanın ticari niteliğini değiştirmedeği, mahkemenin kanaatinin rol oynamadığı davalar olup somut olayda olduğu gibi düzenlenen bir hizmet sözleşmesi içinde yer alması davanın mutlak ticari dava olduğu niteliğini değiştirmez. Nitekim Dairemizin yerleşmiş içtihatları da bu yoldadır (2008/7321 E. 2008/9007 K, 2000/8808 E. 2000/10150 K, 2006/9411 E. 2007/12223 K, 2007/4507 E. 2008/6825 K, 2005/6508 E. 2006/9306 K)... (Yarg. 11. HD., 21.1.2010, E:2009/12093 K:2010/640, www.legalbank.net)

¹⁸¹⁹ "...Ayrıca doktrinde de (Bkz. Prof. Dr. Polat Soyer, Rekabet Yasağı Sözleşmesi, Ankara 1994 s. 14) davanın mutlak ticari dava olduğu kabul edilmektedir. Nitekim bir kısım yazarlar (Bkz. Prof. Dr. S. Arkan, Ticari İşletme Hukuku, Onuncu Bası, s. 96) davanın mutlak ticari dava olduğunu,

c) Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun ve Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin İçtihadı

İş mahkemesinin Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin bozma ilamına karşı verdiği direnme kararının davacı tarafından temyiz edilmesine üzerine Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nca ele alınan bir dosyada, rekabet yasağı kaydından kaynaklanan davaların Türk Ticaret Kanunu'nun 4. maddesi anlamında mutlak ticari dava olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği ve aynı Kanunun 5. maddesi uyarınca görevli mahkemenin asliye ticaret mahkemesi olup olmadığı ön sorun olarak irdelenmiştir. Hukuk Genel Kurulu özetle; Türk Ticaret Kanunu'nun 4. maddesinin rekabet yasağına ilişkin davaları tarafların tacir olup olmadığına bakmaksızın ticari dava olarak kabul ettiğini, aynı Kanunun 5. maddesine göre ticari davalara bakma görevinin asliye ticaret mahkemelerine ait olduğunu, öte yandan İş Mahkemeleri Kanunu uyarınca İş Kanunu'na göre işçi sayılan kişilerle işverenler arasında iş sözleşmesine veya İş Kanunu'na dayanan her türlü hak iddialarından doğan davalarına iş mahkemesinde bakılması gerektiğini, iş sözleşmesinden doğan sadakat borcunun işçi tarafından işverenin çıkarlarını koruma ve gözetme borcu olduğunu, rekabet etmeme borcunun ise iş akdinin sonuçlarından olan işçinin işverene sadakat borcunun olumsuz yönünü ifade ettiğini, bu bağlamda dava konusu rekabet yasağının dayanağının sadakat borcu ve iş sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda görevli mahkemenin iş mahkemesi olduğunu, 5521 sayılı Kanunda yer alan “*işçi sayılan*” ifadesinin İş Kanunu kapsamında bulunan işçi olarak yorumlanacağını, bu durumda 4857 sayılı İş Kanunu'nun İstisnalar başlıklı 4. maddesinde sayılan kişiler ile belirtilen işlerde çalışanlar tarafından açılacak davalarda iş mahkemelerinin değil genel mahkemelerin görevli olduğu gibi gerekçeler ileri sürerek rekabet yasağı sözleşmesinin ihlalden doğan davalarda iş mahkemelerinin görevli olduğuna oy çokluğuyla hükmetmiştir¹⁸²⁰.

Tespit edebildiğimiz kadarıyla, iş mahkemesinde açılan rekabet yasağı kaydına ilişkin bir davada verilen görevsizlik kararıyla ilgili Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin herhangi bir bozma ilamı şu ana kadar yayınlanmamıştır. Bununla beraber, Yargıtay

ancak böyle sayılmanın anlamsız olduğunu kabul etmektedir...”(Yarg. 11. HD., 21.1.2010, E:2009/12093 K:2010/640, www.legalbank.net)

¹⁸²⁰ Yarg. HGK, 22.9.2008, E:2008/9-517 K:2008/566, www.legalbank.net

9. Hukuk Dairesi'nin rekabet yasağı kaydıyla ilgili olarak önüne gelen hiçbir dosyada iş mahkemelerinin görevsiz olduğu gerekçesiyle bozma kararı vermemesi, Özel Daire'nin rekabet yasağı kaydından hukuki uyumsuzluklarda iş mahkemelerini görevli saydığını göstermektedir.

d) İçtihatların Değerlendirilmesi ve Görüşümüz

Yargıtay kararlarının analizine geçmeden önce, rekabet yasağıyla bağlantılı davalarda hangi mahkemenin görevli olduğunun karşılaştırmalı hukuk perspektifinden ele alınması, sorunun çözümünde yol gösterici olacaktır. Alman hukukunda iş ilişkisiyle rekabet yasağı arasındaki yakın bağlantının önemli sonuçlarından biri, sözleşme sonrası rekabet yasağından kaynaklanan davaların iş mahkemelerinde açılmasıdır¹⁸²¹. Gerçekten Alman İş Mahkemeleri Kanunu, iş mahkemelerini iş ilişkisinden doğan hukuk davalarının yanında iş ilişkisinin art etkisiyle bağlantılı davalarda da görevli kılmıştır (ArbGG § 2 Abs. 1 Ziff. 3c)¹⁸²². Zira rekabet yasağı kaydı iş sözleşmesinin bir unsuru olup, iş ilişkisiyle rekabet yasağı arasında sıkı bir hukuki ve ekonomik bağ söz konusudur¹⁸²³. Belçika Usul Kanunu'nun (*Gerechtig Wetboek*) 578. maddesi, iş sözleşmesine ilişkin uyumsuzlukların iş mahkemelerinde görüleceğini kurala bağlamaktadır. Şu halde, işverenin rekabet yasağı kaydının işçi tarafından ihlal edildiği savıyla açtığı davalarda görevli mahkeme iş mahkemesidir¹⁸²⁴.

Rekabet yasağı kaydıyla ilintili davalarda görevli mahkeme sorununa pozitif hukuk çerçevesinde bir çözüm bulunabilmesi, İş Mahkemeleri Kanunu'nun 1. maddesiyle Türk Ticaret Kanunu'nun 4. maddesi arasındaki genel kanun-özel kanun (*lex specialis*) veya önceki kanun-sonraki kanun (*lex posterior*) ilişkisinin aydınlatılmasına bağlıdır. Öncelikle Türk Ticaret Kanunu ile İş Mahkemeleri Kanunu arasında hiyerarşik bir bağ kurulup kurulamayacağı ele alınmalıdır. Söz konusu kanunlardan biri maddi hukuku düzenlemekte, diğeri ise usul hukukuna ilişkin hükümler getirmektedir. Şöyle ki Türk Ticaret Kanunu ticaret hukukuna ilişkin kuralları bünyesinde barındıran temel bir kanundur; deyim yerindeyse ticaret

¹⁸²¹ *Grüll/Janert*, s. 107.

¹⁸²² *Bauer/Diller*, s. 319; *Grunsky*, s. 126; *Grüll/Janert*, s. 107.

¹⁸²³ *Grove*, s. 179.

¹⁸²⁴ *Carlier*, s. 130.

hukukunun anayasasıdır. Dolayısıyla Türk Ticaret Kanunu'nun ticaret hukuku dalındaki diğer kanunlar karşısında üst kanun olduğu yanlış bir önerme değildir. Buna karşılık İş Mahkemeleri Kanunu, iş mahkemelerinin görev alanıyla bu mahkemelerde uygulanacak bazı usul kurallarını belirleyen spesifik bir usul kanunudur. Ekleyelim ki, Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile İş Mahkemeleri Kanunu arasındaki genel kanun-özel kanun ilişkisinin varlığı, İş Mahkemeleri Kanunu'nda açıklık bulunmayan hallerde Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümlerinin uygulanacağını öngören İş Mahkemeleri Kanunu tarafından da teyit edilmektedir (İMK m. 15). Öte yandan Türk Ticaret Kanunu ile İş Mahkemeleri Kanunu arasında bir normlar hiyerarşisinin veya genel kanun-özel kanun ilişkisinin ortaya konulmasında yaşanan tek güçlük, maddi kanun-usul kanunu çatışmasından da ibaret değildir. İş Mahkemeleri Kanunu, iş hukuku sükelerinin hukuki koruma taleplerini yöneltebilecekleri mahkemenin oluşumunu ve bu mahkemede uygulanacak muhakeme usulünü düzenlemektedir. Dolayısıyla İş Mahkemeleri Kanunu ile iş hukuku alanındaki maddi kanunların birbirinden soyutlanması imkânsızdır. Ne var ki Türk Ticaret Kanunu ile İş Mahkemeleri arasında böyle bir bağlantı da yoktur. Zira ticaret hukuku özgün kavram, kurum ve teknikler kullanan eski bir hukuk dalıdır. Ticaret hukukundan son derece farklı bir maddi hukuk disiplini konumundaki iş hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıklara bakacak uzmanlık mahkemelerinin kuruluşunu ve muhakeme usulünü düzenleyen bir kanunla Türk Ticaret Kanunu arasında bir astlık-üstlük ilişkisi kurulması, mümkün görünmemektedir¹⁸²⁵.

Bununla beraber, rekabet yasağı kayıtlarıyla ilintili davalarda görevli mahkemenin belirlenebilmesi için, hangi maddenin özel hüküm (*lex specialis*) niteliğine sahip olduğunun saptanması şarttır. Bu noktada, kanunların yürürlüğe girdiği tarihten hareket edilmesi, yararlı bir yöntem olabilir. 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu 4.8.1950 tarihinde yürürlüğe girmiştir¹⁸²⁶. Buna karşılık, 6762

¹⁸²⁵ Benzer bir kanunlar çatışması arasında birleşme, bölünme ve tür değiştirme yolu ile gerçekleşen devirleri düzenleyen Türk Ticaret Kanunu'nun 178. maddesiyle İş Kanunu'nun 6. maddesi arasında yaşanmaktadır. Normlar hiyerarşisinde her iki kanun da aynı düzeyde olduklarından üst kanunun öncelikli olduğu yönündeki ilkenin burada uygulanma imkânı yoktur. İkinci ilke yeni tarihli kanunun öncekine göre önceliğidir. Türk Ticaret Kanunu İş Kanunu'na göre *lex posterior* olduğundan TTK m. 178 İK m. 6'ya göre öncelikli sayılabilir. Nihayet üçüncü ilke ise özel kanunun genel kanuna göre önceliğidir. TTK m. 178'nin mi yoksa İK m. 6'nın mı özel hüküm olduğu konusundaki tartışma ve varılan sonuç için bkz. *Alp, Mustafa: Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre, Bölünme, Birleşme ve Tür Değiştirme'nin İş İlişkilerine Etkisi* (TTK 178; 158; 190), Çalışma ve Toplum 32, 2012/1, s. 51-73.

¹⁸²⁶ RG, 4.2.1950, 7424.

sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun yürürlüğe girdiği tarih 1.1.1957'dir¹⁸²⁷. 6762 sayılı Ticaret Kanunu'nu ilga eden 6102 Türk Ticaret Kanunu ise 1.7.2012 tarihinde yürürlüğe girmiş olup, yürürlükten kaldırdığı kanunun 4. maddesini arı bir Türkçe ile tekrarlamıştır¹⁸²⁸. Şu halde özel hüküm-genel hüküm ilişkisinin tespitinde kullanılan yöntemler arasında yer alan *lex posterior derogat legi priori* ilkesi somut olaya uygulandığında; rekabet yasağı kayıtlarında Ticaret Kanunu'nun 4. maddesinin İş Mahkemeleri Kanunu'nun 1. maddesine göre özel hüküm niteliğinde olduğu, dolayısıyla rekabet yasağı kaydıyla ilgili her türlü davanın asliye ticaret mahkemesinde görüleceği anlaşılmaktadır¹⁸²⁹. Kaldı ki 6762 sayılı Ticaret Kanunu'nu yürürlükten kaldıran 6102 Türk Ticaret Kanunu'nun eski kanunun 4. maddesini aynen yeni kanuna aktarması da Kanun koyucunun rekabet yasağı kayıtlarına ilişkin görevli mahkemeye bağlantılı olarak çok güçlü bir irade ortaya koyduğunun ve bu konuda asla taviz vermek istemediğinin bir göstergesidir. Öte yandan Türk Ticaret Kanunu'nun 4. maddesinin lafzı, rekabet yasağına ilişkin davalarda asliye ticaret mahkemesinin görevli görüşünü desteklemektedir. Gerçekten söz konusu maddeyle, rekabet yasağı kaydıyla ilintili hususlardan doğan hukuk davalarının tarafların tacir olup olmadığına bakılmaksızın mutlak ticari dava sayılacağını kurala bağlanmıştır. Buna göre, tacir unvanından yoksun bir işverenle işçinin bağtladığı iş sözleşmesinin içerdiği rekabet yasağı kaydının ihlalinden kaynaklanan bir ceza koşulu davasında dahi asliye ticaret mahkemesi görevlidir¹⁸³⁰.

Özellikle ifade edelim ki, rekabet yasağı kaydına ilişkin davalarda *de lege lata* bakımından asliye ticaret mahkemesinin görevli olduğu yönünde vardığımız sonuca,

¹⁸²⁷ RG, 9.7.1956.

¹⁸²⁸ RG, 14.2.2011, s. 27846.

¹⁸²⁹ Aynı doğrultuda bkz. *Soyer*, 2008 yılı kararları, s.13.

¹⁸³⁰ Öğretide İş Kanunu kapsamına giren işçilerle kararlaştırılan rekabet yasağı kayıtlarından kaynaklanan davalarda iş mahkemelerinin, İş Kanunu'nun kapsamı dışında kalan işçilerle kararlaştırılan rekabet yasağı kayıtlarıyla ilintili davalarda ise asliye ticaret mahkemelerinin görevli olduğu ileri sürülmüştür. *Baştürk*, Faruk: Rekabet Yasağı Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda Görevli Mahkeme, *Legal Yargıtay Karar İncelemeleri Dergisi*, 2008/7, s. 45–61. *Baştürk*, Faruk: Rekabet Yasağı Sözleşmesinde Görevli Mahkemeye İlişkin Yargıtay Kararları Üzerine Bir İnceleme, *Sarper Süzek'e Armağan*, Beta, İstanbul 2011, s. 1539–1556. Böyle bir ayırımın sağlam bir hukuki gerekçeye dayanmadığı kanaatindeyiz. Kaldı ki İş Mahkemeleri Kanunu'na tabi işçiler İş Kanunu'nun kapsamındaki işçilerden ibaret değildir. Örneğin Deniz İş Kanunu'nun 46. maddesine göre, bu kanun kapsamına giren gemi adamlarıyla bunların işveren veya işveren vekilleri arasında bu kanundan doğan davalar hakkında 5521 sayılı kanun hükümleri uygulanır. Bu durumda geriye hava taşıma işlerinde çalışan pilot ve hostesler, ev hizmetlerinde çalışanlar ve sporcular gibi iş ilişkisi sırasında işverenin iş ve üretim sırlarıyla müşteri çevresi erişmelerinin imkânsızlığı nedeniyle rekabet yasağı kaydıyla bağlı olmayan işçiler kalmaktadır. Böyle bir yaklaşımın benimsenmesi TTK m. 4/1c'deki rekabet yasağı kayıtlarına ilişkin kuralı uygulanması *de factoolanak* dışı bir hükme dönüştürecektir.

yürürlükteki hukuku isabetli bulduğumuz gibi bir anlam yüklenmemelidir. Öncelikle rekabet yasağı kayıtlarının ve iş ilişkisi sırasında akdedilen rekabet yasağı sözleşmelerinin, iş ilişkisinin ayrılmaz bir ögesi olduğu vurgulanmalıdır. Şöyle ki rekabet yasağı kaydı, asli sözleşmeye sıkı sıkıya bağlı ferî bir sözleşmedir. İş sözleşmesi kanunun emredici hükümlerine, kamu düzenine veya ahlaka aykırılık nedeniyle kesin hükümsüz sayıldığında rekabet yasağı kaydı da geçersiz hale gelebilmektedir. Zira ferî bir sözleşme karakterindeki rekabet yasağı kaydını, iş sözleşmesinden soyutlamak olanaksızdır. Deyim yerindeyse, rekabet yasağı kaydıyla iş sözleşmesi ortak bir yazgıyı paylaşmaktadır¹⁸³¹. Ayrıca işçiye getirilen sözleşme sonrası rekabet yasağının geçerliliğiyle bağlayıcılığının bir takım koşullara bağlanmasının ve kapsamının sınırlandırılmasının amacı, iş sözleşmesinin kuruluş aşamasında genellikle pazarlık imkânı bulunmayan ve iş ilişkisi sırasında da işverene bağımlı olan işçinin çalışma ve sözleşme özgürlüğünün ölçsüz bir rekabet yasağından kaynaklanan risklere karşı korumaktır. Öteki borçlar hukuku sözleşmeleriyle ilintili rekabet yasaklarında rekabet yasağı sözleşmesinin içeriğinin belirlenmesini tarafların iradesine bırakan Borçlar Kanunu'nun, konu iş sözleşmesine gelince sözleşme özgürlüğünü nispi emredici hukuk kurallarıyla daraltmasının gerekçesini, iş sözleşmesinin özgün yapısında aramak gerekir. O halde iş sözleşmesindeki bir rekabet yasağı kaydından doğan bir çekişmenin diğer iş hukuku davalarından farklı olduğunu öne sürmek, kesinlikle mümkün değildir. İş ilişkisinin işçiye işverenin müşteri çevresi veya iş sırları hakkında bilgi edinme imkânı sağlayıp sağlamadığı, bu bilgilerin kullanılmasının işverenin önemli bir zararına sebep olacak nitelikte olup olmadığı, rekabet yasağının işçinin ekonomik geleceğini hakkaniyete aykırı olarak tehlikeye düşürecek şekilde yer-zaman ve konu bakımından uygun olan sınırlamalar içerip içermediği gibi sorunlar iş hukuku alanında uzman bir yargı organı tarafından ele alınmalıdır. Keza rekabet yasağının yürürlüğe girmesiyle iş sözleşmesinin feshi arasında mutlak bir bağlantı söz konusudur. Gerçekten bazı fesih türleri işçiyi rekabet etmeme borcundan kurtarmaktadır. Kısaca belirtmek gerekirse, iş sözleşmesinin rekabet yasağının sona ermesini engelleyecek bir şekilde sona erip ermediğini en iyi değerlendirebilecek yargı organı iş mahkemesidir.

¹⁸³¹ Öğretide iş sözleşmesi ile rekabet yasağı arasındaki yakın ilişkinin Türk Ticaret Kanunu'ndaki görev kuralının isabet derecesi hakkında şüphe uyandırdığı ifade edilmektedir. *Soyer*, 2008 yılı kararları, s. 13.

Öte yandan gerek Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun gerekse Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin kararlarında rekabet yasağında görevli mahkeme hususunda pozitif hukukla olması gereken hukukun birbirine karıştırıldığı çok açıktır. Örneğin Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'na göre, “...*Borçlar Kanununun 348. maddesinde (şimdiki 444) 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...*”. Bu gerekçe *de lege ferenda* açısından son derece yerinde olmakla birlikte, TTK m. 4'ün rekabet yasağından doğan davaları mutlak ticari dava olarak saydığı gerçeğini değiştirmemektedir. Diğer yandan Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin vardığı sonuç pozitif hukuk yönünden isabetlidir. Ancak Özel Daire'nin içtihadında sıralanan gerekçelerin bir bölümü fiili ve hukuki gerçeklerle bağdaşmamaktadır. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, “...*ticari sırrın ne olduğunun değerlendirilmesinin uzman mahkemelerce yapılması gerektiği de yadsınamaz bir gerçeklik olduğu gibi, “Rekabet Yasağı” kavramı da piyasa şartlarıyla sıkı sıkıya bağlı bulunan ticari bir konu...*” olduğunu iddia etmektedir. Her şeyden önce altını çizelim ki, ticaret hukukundaki ticari sır kavramıyla iş hukukundaki iş sırrı kavramının birbiriyle tamamen örtüştüğü söylenemez. Ayrıca Özel Daire rekabet yasağı kavramının piyasa şartlarıyla sıkı sıkıya bağlı olan ticari bir konu olduğunu ileri sürmek suretiyle rekabet yasağını düzenleyen Borçlar Kanunu hükümlerinin işçinin çalışma ve sözleşme özgürlüğünü korumayı amaçladığını gözden kaçırmış, rekabet yasağı kaydıyla işçiye yüklenen sözleşme sonrası rekabetten kaçınma borcunu, oldukça isabetsiz bir şekilde, haksız rekabete indirgemıştır.

Rekabet yasağından doğan davalarda asliye ticaret mahkemesinin görevli olması, maddi hukuk bakımından da olumsuzluklara yol açmaktadır. Örneğin rekabet yasağı kaydından doğan davalarının asliye ticaret mahkemesinde görülmesi, rekabet yasağına aykırı hareket eden işçinin ceza koşulu veya tazminat borçlarına avans faizi yürütülmesi gibi bir sonuç doğurmaktadır¹⁸³². Oysa rekabet yasağıyla bağlantılı

¹⁸³² “...*Davacı vekili, müvekkili ile imzaladığı 29.04.2003 tarihli hizmet sözleşmesi ile müvekkili şirketin Bursa satış bölgesinden sorumlu satış mühendisi olarak çalışan davalının 5 yıl süre ile çalıştıktan sonra 21.01.2008 tarihinde istifa yoluyla şirketten ayrıldığını, taraflar arasında imzalanan sözleşme ile işten ayrıldıktan sonra 2 yıl süre ile şirket ile aynı alanda faaliyet gösteren herhangi bir şirkette doğrudan veya dolaylı olarak görev almamayı kabul ettiği halde şirkette çalıştığı dönemde kurma hazırlıklarına başladığı dava dışı EfemetLtd. Şti'ni kurarak aynı alanda çalışmaya ve müvekkili şirkete rakip şirketlerin reklamını yapmaya başladığını ve çekilen ihtarla rağmen bu eylemine son vermediğini ileri sürerek, fazlaya ilişkin hak saklı kalmak*”

davalarda iş mahkemeleri görevli kabul edildiği takdirde rekabet etmeme borcunun ifa edilmemesi nedeniyle ortaya çıkan ceza koşulu ve tazminat alacaklarına yasal faiz işletilecektir. Nitekim Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, ceza koşulu alacaklarına en yüksek mevduat faizi veya kısa vadeli kredilere uygulanan en yüksek faiz yürüten bazı yerel mahkeme kararlarını, ceza koşulu alacağına uygulanacak faiz türünün yasal temerrüt faizi olduğu gerekçesiyle bozmuştur¹⁸³³. Avans faizinin kanuni temerrüt faizinden daha yüksek olduğu dikkate alındığında, işverenin rekabet yasağının işçi tarafından ihlal edildiği savıyla açtığı ceza koşulu ve tazminat davalarının asliye ticaret mahkemelerinde görülmesinin işçinin aleyhine bir durum yarattığı tartışmasızdır. İşçinin iş sözleşmesine ferî bir yükümlülüğüne aykırı davranması nedeniyle ortaya çıkan bir ceza koşulu veya tazminat borcuna kanuni temerrüt faizi yerine daha yüksek bir faizin yürütülmesi ise, iş hukukunun hem varlık amacıyla hem de ana ilkeleriyle çelişmektedir. Ne var ki rekabet yasağından kaynaklanan davalarda asliye ticaret mahkemesini görevli kılan TTK m. 4'ün yol açabileceği olumsuzluklar faiz konusuyla da sınırlı kalmamaktadır. Rekabet yasağıyla ilintili davalara asliye ticaret mahkemelerinde bakılması, mahkemelerin aynı konuda çelişik kararlar vermesi gibi çok ciddi bir sakıncayı da beraberinde getirmektedir. Şöyle ki iş sözleşmesini bildirimsiz feshetmesinin hemen ardından eski işvereniyle rekabet etmeye başlayan işçiye karşı ceza koşulu alacağının tahsiline yönelik dava asliye ticaret mahkemesinde açılacak, ancak işveren ihbar tazminatı davasını iş mahkemesinde ikame edecektir. Bir an için işçinin her iki davada da iş sözleşmesini haklı nedenle derhal feshettiğini ileri sürdüğünü, hatta aleyhine açılan ihbar tazminatı davasına karşı bir karşı dava yoluyla kıdem tazminatı talep ettiğini düşünelim. İşçinin iş sözleşmesini feshinin haklı nedenle feshedip feshetmediği rekabet yasağı kaydına aykırılık iddiasıyla açılan ceza koşulu davasında da belirleyici rol oynayacaktır. Zira iş sözleşmesini haklı nedenle derhal fesheden işçi rekabet etmeme borcundan kurtulmaktadır. Normalde asliye ticaret mahkemesinin iş mahkemesinde görülen davayı bekletici sorun yapması gerekmektedir. İş mahkemesi işçinin iş sözleşmesini haklı nedenle feshettiğini tespit ederek işverenin ihbar tazminatı istemini geri

kaydıyla (40.200) YTL ceza şartın 12.04.2008 tarihinden itibaren avans faiziyle birlikte davalıdan tahsiline..."(Yarg. 11. HD., 21.1.2010, E:2009/12093 K:2010/640, www.legalbank.net)

¹⁸³³ "...Hüküm altına alınan ceza şart alacağına yasal faiz uygulanması gerekirken kısa vadeli kredilere uygulanan en yüksek faizin yürütülmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir..." (Yarg. 9. HD., 10.12.2011, 20077/19156, www.legalbank.net). "...Buna göre mahkemece hükmedilen ceza şart için dava tarihinden itibaren % 30 yasal faiz yürütülmesi gerekirken, % 115 oranında en yüksek mevduat faizine hükmedilmesi hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir..." (Yarg. 9. HD., 13.05.1997, 8695/8696, www.legalbank.net)

çevirdiği ve söz konusu karar kesinleştiği takdirde, asliye ticaret mahkemesi de rekabet yasağının sona erdiğine hükmederek işverenin ceza koşulu talebini reddetmelidir. Ancak asliye ticaret mahkemesinin iş mahkemesindeki davayı bekletici sorun yapmaması ve işçiyi ceza koşuluna mahkûm etmesi; iş sözleşmesinin haklı nedenle feshettiği iş mahkemesi tarafından saptanan işçinin yürürlüğe girmeyen bir rekabet yasağından sorumlu tutulması anlamına gelecek, böylece aynı konuda birbiriyle çelişen iki yargı kararı ortaya çıkacaktır. Oysa rekabet yasağı kaydıyla bağlantılı hukuki uyumsuzluklarda iş mahkemesinin görevli kabul edilmesiyle birlikte sözü edilen sakıncalar bertaraf edilmiş olacaktır. İşveren ceza koşulu ve ihbar tazminatı taleplerini aynı dava dilekçesinde ileri sürebilecek, işçi cevap dilekçesiyle karşı dava açabilecek ve anılan davalar değişik iş mahkemelerinde açılabilirse bile mahkeme anılan davaları birleştirebilecektir. Buna karşılık, aralarında bağlantı bulunsa dahi, asliye ticaret ve iş mahkemelerinde açılan iki ayrı davanın birleştirilmesi olanaksızdır. Çünkü asliye ticaret ve iş mahkemeleri aynı düzeyde ve sıfatta hukuk mahkemeleri değildir.

Sonuç olarak rekabet yasağı kayıtlarından doğan davalara görevli mahkeme sorunsalına pozitif hukuk perspektifinden yaklaşıldığında, bu davalarda görevli yargı organının asliye ticaret mahkemesi olduğu son derece nettir. Buna karşılık sorunu olması gereken hukuk (*de lege ferenda*) açısından ele alacak olursak, rekabet yasağı kayıtlarından ve iş ilişkisi esnasında akdedilen rekabet yasağı sözleşmelerinden doğan tüm davaların iş mahkemesinde görülmesi gerekmektedir. Karşılaştırmalı hukuktan aktardığımız örneklerden de anlaşılacağı üzere, ayrı bir iş yargısının bulunduğu tüm ülkelerde rekabet yasağıyla ilgili tüm davalarda iş mahkemeleri görevlidir. Esasen sorun, Türk Ticaret Kanunu'nda yapılacak küçük bir değişiklikle çözülebilecek kadar basittir. Buna göre, TTK m. 4/1c değiştirilerek "...rekabet yasağına ilişkin 444 ve 447..." ibaresi madde metninden çıkarılmalıdır¹⁸³⁴. Böylelikle İş Mahkemeleri Kanunu'nun 1. maddesi özel hüküm olarak devreye girecek, İş Mahkemeleri Kanunu'na tabi işçi ve işverenlerin kararlaştırdıkları rekabet yasağı kaydından doğan tüm davalar iş mahkemelerinde görülecektir. Teorik planda, iş sözleşmesiyle bağlantılı her davanın iş mahkemesinde görülmediği iddia edilebilir. Gerçekten İş Mahkemeleri Kanunu'nun 1. maddesine göre, işçi sayılan kimselerle

¹⁸³⁴ Somut bir öneri ortaya koymamakla birlikte sözleşme sonrası rekabet yasağına ilişkin davaların iş mahkemelerinde görülmesini mümkün kılan bir yasal düzenlemeyi gerekli bulan görüş için bkz. *Soyer*, 2008 yılı kararları, s.13.

işveren arasında iş sözleşmesine veya İş Kanunu'na dayanan her türlü hak iddialarından doğan uyuşmazlıklarda iş mahkemeleri görevlidir. Ayrıca Deniz İş Kanunu gibi maddi iş hukukunun düzenleyen bazı kanunlarda, anılan kanundan doğan ihtilaflarda iş mahkemesinin görevli olduğu ayrı bir hükümde belirtilmektedir. Geriye İş Kanunu'nun 4. maddesinde sayılan ve İş Kanunu'nun dışladığı işler ve iş ilişkileri kalmaktadır. Bunlardan çıraklar ve rehabilite edilenler işçi sıfatını haiz değildir. 50'den az işçi çalıştırılan (50 dâhil) tarım ve orman işlerinin yapıldığı işyerlerinde ve işletmelerinde, aile ekonomisi sınırları içinde kalan tarımla ilgili her çeşit yapı işlerinde, bir ailenin üyeleri ve 3'üncü dereceye kadar (3'üncü derece dâhil) hısımları arasında dışarıdan başka biri katılmayarak evlerde ve el sanatlarının yapıldığı işlerde, ev hizmetlerinde ve Esnaf-Sanatkârlar Kanunu'nun 2. maddesine uygun üç kişinin çalıştığı işyerlerinde çalışan işçilerle sporcuların iş ilişkileri, işverenin müşteri çevresi veya iş sırları hakkında bilgi edinme imkânı sağlamamaktadır. Dolayısıyla bu işçilerle bağitlanan rekabet yasağı kayıtları işçi açısından bağlayıcı değildir. Bununla beraber, TTK m. 4/1c'de önerdiğimiz değişiklik gerçekleştirildiği takdirde, böyle bir işçinin rekabet yasağına aykırı davrandığı iddiasıyla açılacak dava, dava konusunun değerine bakılmaksızın asliye hukuk mahkemesinde görülecektir (HMK m. 2).

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi ile Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ve Yargıtay 9. Hukuk Dairesi arasında süre giden içtihat ayrılığına ise, içtihatların birleştirilmesi yoluna başvurulacak son verilebilir. İctihatların nasıl birleştirileceği Yargıtay Kanunu'nun 45. maddesinde gösterilmiştir. İctihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun düştüğü yanılığa düşmemeli; olması gereken hukuk açısından son derece isabetsiz ve hatalı bir düzenleme de olsa, sorunu TTK m. 4/I ışığında çözerek rekabet yasağından doğan davalarda asliye ticaret mahkemesinin görevli olduğunu hükme bağlamalıdır¹⁸³⁵. Elbette görevli mahkeme konusunda içtihatların birleştirilmesi palyatif bir tedbirden öte bir anlam ifade etmemektedir. Bundan dolayı, kanun koyucu soruna ivedilikle müdahale etmeli, TTK m. 4/1c'de "...rekabet yasağına ilişkin 444 ve 447..." ibaresini kaldırmak suretiyle görevli mahkeme tartışmasına bir son vermeli ve böylece iş sözleşmesinin kuruluşunda veya devamında kararlaştırılan ve işçiye iş ilişkisinin sona ermesinin

¹⁸³⁵İctihatların birleştirilmesini savunan benzer bir görüş için bkz. *Baştürk*, Rekabet Yasağı Sözleşmesinde Görevli Mahkemeye İlişkin Yargıtay Kararları Üzerine Bir İnceleme, s. 1555–1556.

ardından belli bir süre eski işvereniyle rekabet etmeme borcu yükleyen sözleşmelerden doğan davaların iş mahkemelerinde görülmesini sağlamalıdır.

2. Yetkili Mahkeme

Rekabet yasağından doğan davalarda görevli mahkeme konusunda yaşanan içtihat karmaşası, davanın görüleceği yetkili mahkemeyi de etkilemektedir. Zira asliye ticaret mahkemelerinin görevli olduğu davalarda yetkili mahkemenin belirlenmesinde HMK'nun yetkiye ilişkin hükümleri uygulanırken, iş Mahkemelerinde görülecek davalarda yetkili mahkeme İMK'nda yer alan özel hükme göre saptanmaktadır¹⁸³⁶. Buna göre rekabet yasağı kaydından kaynaklanan bir uyuşmazlıktan ötürü asliye ticaret mahkemesinde açılacak bir davada genel yetkili mahkeme, davalının davanın açıldığı tarihteki yerleşim yeri mahkemesidir (HMK m. 1). Bununla birlikte, rekabet yasağı kaydına aykırılık savıyla ikame edilen davalarda sözleşmeden doğan davalara ilişkin özel yetki kuralı da uygulama alanı bulmaktadır (HMK m. 10). Dolayısıyla böyle bir dava işçinin rekabet etmeme borcunu ifa edeceği yer mahkemesinde de açılabilir. Örneğin işveren rekabet yasağını ihlal eden işçiye karşı işçinin yerleşim yeri mahkemesinde dava açabileceği gibi, tercihini işçinin rekabet etmeme borcunu ifa edeceği yer mahkemesinden yana da kullanabilir. Peki, işçinin rekabet etmeme borcunu ifa edeceği yer mahkemesi hangisidir? Sorunun yanıtı gayet nettir. İşçi rekabet yasağı kaydıyla belli bir coğrafi bölgede rekabetten kaçınmayı üstlenmektedir. O halde işveren rekabet yasağının uygulandığı coğrafi bölgenin sınırları içinde yer alan herhangi bir asliye ticaret mahkemesinde dava açmakta serbesttir. Buna karşılık, işçi de karşı edim borcunu ifa etmeyen işverene karşı işverenin yerleşim yeri asliye ticaret mahkemesinde dava açabilir. Ayrıca işçinin sözleşmelerle ilgili özel yetki kuralından yararlanması mümkündür. Eş deyişle, işçi karşı edim alacağına tahsilini işverenin karşı edim borcunu yerine getireceği yer mahkemesinden talep edebilir. Şayet rekabet yasağı kaydında bir ifa yeri saptanmışsa sözleşmenin ifa edileceği yer mahkemesinin saptanmasında tarafların iradesi esas alınır. Buna karşılık, rekabet yasağı kaydında karşı edimin nerede ifa edileceğine dair bir açıklık yoksa ifa yerini düzenleyen TBK m. 89/1'deki yedek hukuk kuralı olarak uygulanır. Söz konusu hüküm uyarınca, para borçları alacaklının ödeme zamanındaki yerleşim yerinde ifa edilir. Dolayısıyla karşı edim

¹⁸³⁶ Alman hukukunda rekabet yasağı kaydına ilişkin davalarda yetki için bkz. *Growe*, s. 182.

davasında işverenin yerleşim yeri asliye ticaret mahkemesinin yanında, davacı işçinin yerleşim yeri mahkemesi yetkilidir.

Rekabet yasağından doğan davalarda iş mahkemelerinin görevli olduğu görüşü benimsendiği takdirde, yetkili mahkeme İMK m. 5'e göre belirlenecektir. Anılan kural uyarınca, iş mahkemelerinde açılacak her dava, açıldığı tarihte davalının yerleşim yeri mahkemesinde veya işçinin iş görme borcunu ifa ettiği işyeri için yetkili mahkeme de görülür. Öncelikle işverenin rekabet yasağı kaydına dayanan ceza koşulu, tazminat veya aynen ifa talepleri için işçinin yerleşim yeri iş mahkemesinde dava açabileceği vurgulanmalıdır. Bunun dışında, işveren işçinin iş görme edimini yerine getirdiği işyerinin bulunduğu yerdeki iş mahkemesine başvurabilir. Aynı şekilde, karşı edim alacağını ödemeyen işçi de eski işverenin yerleşim yerindeki veya eski işyerinin bulunduğu yerdeki iş mahkemesine müracaat ederek alacağını tahsilini sağlayabilir.

Sonuç olarak rekabet yasağından doğan davalarda ister asliye ticaret mahkemesi ister iş mahkemesi görevli kabul edilsin, davacı (işveren veya işçi) davasını davalının yerleşim yeri mahkemesinde açılabilen, görevli mahkemenin değişmesi davalının yerleşim yerinde bulunan mahkemenin yetkisini etkilememektedir. Ne var ki bu davalarda iş mahkemesinin görevli kabul edilmesi halinde, dava işçinin eski işverenin nezdinde iş görme borcunu ifa ettiği işyerinin bulunduğu yer mahkemesinde açılabilirken; görevli mahkemenin asliye ticaret mahkemesi olduğu görüşü benimsendiğinde işçinin rekabet etmemeyi yükümlendiği coğrafi bölgedeki herhangi bir mahkeme yetkili kılınmaktadır. Aradaki farkı bir örnekle açıklayalım: 'İşçinin iş sözleşmesini sona ermesini müteakip iki yıl boyunca Marmara, Ege ve Akdeniz bölgelerinde işverenle rekabet etmemesi kararlaştırılmış ve rekabet yasağına aykırılık ceza koşulu yaptırımına bağlanmıştır. İş görme borcunun ifa edildiği işyeri İstanbul Mecidiyeköy'dedir. İş sözleşmesini süreli fesih yoluyla sona erdiren işçi Bursa'da faaliyet gösteren rakip bir işletmede çalışmaya başlar. Bu yüzden yerleşim yerini de Bursa'ya nakleder. İşverenin ceza koşulu talebiyle açtığı davada iş mahkemesini görevli sayarsak, davaya işyerinin kurulu olduğu yerdeki İstanbul İş Mahkemesi'nde veya işçinin davanın açıldığı tarihteki yerleşim yeri mahkemesi olan Bursa İş Mahkemesi'nde bakılacaktır. Buna karşın rekabet yasağından doğan davaların asliye ticaret mahkemesinin görev alanına

girdiği görüşünü benimsenirse, işverence açılacak davada işçinin yerleşim yeri mahkemesi olan Bursa Asliye Ticaret Mahkemesi'nin dışında Marmara, Ege ve Akdeniz bölgelerindeki tüm asliye ticaret mahkemeleri de yetkili sayılacaktır. Ancak davanın işçinin yerleşim yeri mahkemesinin yanında farklı illerdeki çok sayıda asliye ticaret mahkemesinde açılabilmesine olanak sağlayan böylesine bir düzenlemeyi yetki kurallarının mantığıyla bağdaştırmak mümkün değildir. Zira davanın açıldığı tarihteki yerleşim yeri mahkemesini genel yetkili mahkeme olarak düzenleyen kuralın gerisinde, kötü niyetli bir davacının davalının yerleşim yerine uzak mesafede bulunan bir mahkemede dava açmak yoluyla davacıya zarar verebileceği kaygısı yatmaktadır. Özel yetki kurallarında ise, davanın açıldığı mahkeme dava konusuyla bir biçimde ilişkilendirilmiştir. Oysa rekabet yasağının coğrafi açıdan kapsamı içinde yer almakla beraber, işçinin eski işvereniyle fiilen rekabet etmediği bir yerdeki asliye ticaret mahkemesinde dava açılması, külfetin işçiye yüklenmesine yol açacaktır. Biraz önce verdiğimiz örnekte, işverenin Bursa'da ikamet eden ve rekabet etmeme borcunu da Bursa'da ihlal eden işçiye karşı açacağı davada Adana Asliye Ticaret Mahkemesi de yetkilidir. Böyle bir davaya bakan Adana Asliye Ticaret Mahkemesi keşif, bilirkişi atanması ve tanık dinlenmesi gibi usuli işlemler için Bursa Asliye Ticaret Mahkemesi'nden veya işçinin eski işverenin yanında iş görme borcunu ifa ettiği yerdeki İstanbul Asliye Ticaret Mahkemesi'nden hukuki yardım (istinabe) talep etmek zorunda kalacaktır. Değinilen davanın Adana Asliyet Ticaret Mahkemesi'nde açılmasının yaratacağı olumsuz tablonun usul ekonomisi ilkesini zedeleyeceğinden kuşku duyulmamalıdır. Kanımızca TTK m. 4/1c'de yer alan “...rekabet yasağına ilişkin 444 ve 447...” ibaresinin kanun metninden çıkarılması ve böylece rekabet yasağına ilişkin davaların iş mahkemelerinin görev alanına dâhil edilmesi, bu davalara asliye ticaret mahkemesinde bakılmasının yetki açısından doğurduğu çok ciddi bir sakıncayı ortadan kaldıracaktır.

II. İş İlişkisinin Sona Ermesinden Sonra Akdedilen Rekabet Yasağı Sözleşmelerinde Görevli ve Yetkili Mahkeme

1. Görevli Mahkeme

İş sözleşmesinin sona ermesinin ardından bağitlanan rekabet yasağı sözleşmelerinden kaynaklanan hukuki uyuşmazlıklarda hangi mahkemenin görevli

olduğu sorusunun yanıtı, anılan sözleşmelerin tabi olduğu maddi hukuk normlarıyla doğrudan bağlantılıdır. Gerçekten Borçlar Kanunu'nun rekabet yasağına ilişkin hükümleri, iş sözleşmesindeki rekabet yasağı kayıtlarını ve iş ilişkisi sırasında akdedilen rekabet yasağı sözleşmelerini düzenlemektedir. Çünkü iş sözleşmesinin kuruluş aşamasında genellikle pazarlık imkânından yoksun olan işçinin iş ilişkisi boyunca işverenin otoritesi altında bulunması, işçinin sözleşme ve girişim özgürlüğünün özüne dokunabilecek aşırı bir rekabet yasağının işçiye dayatılmasına yol açabilecektir. Bundan dolayı, kanun koyucu, iş sözleşmesinin kuruluşunda veya iş ilişkisi sırasında kararlaştırılan rekabet yasaklarının geçerliliğini ve bağlayıcılığını bir takım koşullara bağlamış, rekabet yasağının kapsamını yer-zaman ve konu bakımından sınırlamış, hâkime aşırı rekabet yasağını sınırlama yetkisi vermiş, rekabet yasağına aykırı davranan işçinin maruz kalacağı hukuki yaptırımlarla ilgili olarak borçların ifa edilmemesinin sonuçlarını düzenleyen genel hükümlerden işçi lehine ayrılmış ve nihayet rekabet yasağının sürdürülmesinde işverenin gerçek bir yararının kalmadığı hallerle bazı fesih türlerinde rekabet yasağının sona ereceğini kurala bağlamıştır. Oysa iş ilişkisinin sona ermesiyle birlikte işçinin eski işvereniye bağımlılığı da ortadan kalkmakta, böylece taraflar iş sözleşmesinin akdedildiği tarihten önceki hukuki statülerine kavuşarak yeniden iki eşit hukuk öznesine dönüşmektedir. Bu noktadan itibaren artık hukuken bağımlı bir kişiden söz edilemez; bundan böyle eski işvereniye herhangi bir hukuki ilişkiye girip girmeyeceği hususunda belirleyici olan işçinin özgür iradesidir. Bu bağlamda işçi eski işvereniye herhangi bir özel hukuk sözleşmesi (örneğin satım, kira, vekâlet vb.) akdedebileceği gibi, tek taraflı bir hukuki işlem de yapabilir (örneğin ölüme bağlı tasarruflardan vasiyetname). Öte yandan taraflarca akdedilecek bir sözleşmeyle eski işçiye rekabet etmeme borcu da yüklenebilir. Böyle bir rekabet yasağı sözleşmesine yönelik öneri eski işverenden gelebileceği gibi, işçi de eski işvereniye rekabet yasağı sözleşmesi yapmayı teklif edebilir. Ne var ki rekabet yasağı sözleşmesiyle ilgili önerinin çoğu zaman işverenden kaynaklanacağı unutulmamalıdır. İşvereni iş ilişkisinin bitiminden sonra eski işçisiyle rekabet yasağı sözleşmesi yapmaya sevk eden saik; genellikle, iş sözleşmesinde rekabet yasağı kaydı bulunmayan işçinin iş ilişkisi sırasında işverenin müşteri çevresine veya iş sırlarına nüfuz etmesi ve işverenin bu durumun farkına ancak iş sözleşmesinin sona ermesinin ardından varması olacaktır. Bu aşamada taraflar arasındaki hukuki/kişisel bağımlılık ortadan kalktığından işveren eski işçisine rekabet yasağı sözleşmesini dikte ettiremez. İşveren eski işçisine rekabet yasağı

sözleşmesi yapma teklifinde bulunarak bu önerisinin kabul edilmesini bekleyecektir. Eski işçi bu öneriyi kabul ettiği takdirde rekabet yasağı sözleşmesi kurulacaktır. Ekleyelim ki, taraflar sözleşmeyi yapıp yapmama hususunda olduğu kadar sözleşmenin içeriği konusunda da geniş bir serbestîye sahiptir. Öncelikle iş ilişkisinin bitiminin ardından bağitlanan rekabet yasağı sözleşmelerinin Borçlar Kanunu'nda düzenlenmediği belirtilmelidir. Ayrıca tarafların iş sözleşmesinin bitiminden sonra akdettikleri rekabet yasağı sözleşmelerinin iş sözleşmesinin kuruluşunda ve devamında kararlaştırılan rekabet yasaklarıyla ilgili Borçlar Kanunu hükümlerine tabi olmadığı vurgulanmalıdır. Buradan tarafların iş ilişkisinden sonra akdettiği rekabet yasağı sözleşmesinin kendine özgü (*sui generis*) bir sözleşme olduğu sonucu çıkmaktadır. Dolayısıyla taraflar, kural olarak, böyle bir rekabet yasağı sözleşmesinin içeriğini diledikleri gibi düzenleyebilir. Ancak tarafların sözleşmenin içeriği konusunda sınırsız bir serbestîye sahip oldukları da söylenemez. Buna göre sözleşmenin konusu ve içeriği; çalışma ve sözleşme özgürlüğünü düzenleyen Anayasa kuralına (Any m. 48/I) , kimsenin özgürlüklerinden vazgeçemeyeceğini veya onları hukuka ya da ahlaka aykırı olarak sınırlayamayacağını öngören hukuk kuralına (MK m. 23/II) ve sözleşmelerin kesin hükümsüzlüğüyle ilgili maddeye (BK m. 27/I) aykırı olamaz. Hâkim sözleşmenin içeriğini sıralanan hukuk kuralları doğrultusunda denetlemekle yükümlüdür. İş ilişkisinin sona ermesinin ardından bağitlanan rekabet yasağı sözleşmelerini iş ilişkisinin kuruluşunda veya devamında kararlaştırılan rekabet yasaklarından ayıran temel bir fark, rekabet yasağı kayıtlarının tersine iş ilişkisinin ardından akdedilen rekabet yasağı sözleşmesinin asli sözleşme niteliği taşımasıdır. Gerçekten gerek iş sözleşmesine konulan rekabet yasağı kaydı gerek de iş ilişkisi sırasında yapılan rekabet yasağı sözleşmeleri temel hukuki ilişki niteliğindeki iş sözleşmesine bağlı birer fer'i sözleşmedir; dolayısıyla iş ilişkisi kesin hükümsüz olduğu takdirde rekabet yasağı sözleşmesi de geçersiz hale gelmekte ve taraflar rekabet yasağı sözleşmesine dayanarak herhangi bir hak talep edememektedir. Buna karşılık, iş ilişkisinin bitiminin ardından kurulan rekabet yasağı sözleşmeleri ortadan kalkın iş sözleşmesinden tamamen bağımsızdır. Başka bir anlatımla, daha önce yapılan iş sözleşmesi herhangi bir nedenle kesin hükümsüz sayılsa dahi rekabet yasağı sözleşmesi geçerliliğini sürdürür. Tüm bu açıklamalardan iş ilişkisinden sonra akdedilen rekabet yasağı sözleşmelerinin kendine özgü ve yalın bir borçlar hukuku sözleşmesi olduğu, giderek bu sözleşmeyle önceki iş sözleşmesi arasında herhangi bir hukuki bağ bulunmadığı anlaşılmaktadır. Peki, anılan rekabet

yaşığı sözleşmelerinden doğan davalara hangi mahkemede bakılacaktır? TTK m. 4'e göre rekabet yaşığına ilişkin 444 ila 447. maddelerinde öngörülen hususlardan doğan hukuk davalarını ticari dava saymaktadır. Ancak, az önce de işaret edildiği üzere, TBK m. 444–447 iş sözleşmesinin kuruluşunda ve iş ilişkisi sırasında kararlaştırılan rekabet yasaklarını düzenlemektedir. Şu halde TTK m. 4'ün iş ilişkisinin ardından kurulan rekabet yaşığı sözleşmelerine uygulanamaz. Diğer yandan rekabet yaşığında iş mahkemelerini görevli kabul eden görüş benimsense dahi, iş ilişkisinden sonra akdedilen rekabet yaşığı sözleşmelerinden kaynaklanan davalara iş mahkemelerinde bakılamaz. Zira İş Mahkemeleri Kanunu'na göre, iş mahkemeleri işçilerle işveren arasında iş sözleşmesinden doğan hukuki uyuşmazlıkları çözmekle görevlidir (İMK m. 1). Oysa tarafların iş sözleşmesinin sona ermesinin ardından yaptıkları rekabet yaşığı sözleşmesiyle daha önceki iş sözleşmesi birbirinden bağımsızdır. Üstelik rekabet yaşığı sözleşmesinin bağitlandığı anda taraflar işçi ve işveren sıfatına sahip değildir. Nitekim iş davalarına bakmakla görevli ayrı bir uzmanlık mahkemesinin kurulu olduğu yabancı hukuk sistemlerinde de iş ilişkisinin sona ermesinin ardından yapılan rekabet yaşığı sözleşmelerinden doğan davaların iş mahkemelerinde görülemeyeceği kanaati egemendir. Örneğin Belçika hukukunda iş mahkemesinin iş sözleşmesinin sona ermesinin ardından akdedilen rekabet yaşığı sözleşmeleriyle ilgili uyuşmazlıklara bakamayacağı ifade edilmektedir¹⁸³⁷. Zira taraflar iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra istedikleri gibi hareket etmekte ve sözleşme özgürlüğüne yeniden kavuşmaktadır¹⁸³⁸. Böyle bir sözleşme İş Sözleşmeleri Kanunu'na (*Arbeidsovereenkomstenwet*) değil, borçlar hukukunun genel hükümlerine tabidir. Diğer bir anlatımla, böyle bir sözleşmeden kaynaklanan ihtilafın Belçika Hukuk Muhakemesi Kanunu'nun (*Gerechtig Wetboek*) 578. maddesi anlamında iş sözleşmesine ilişkin bir uyuşmazlık sayılamayacağı ve bu davalarda görevli mahkemenin iş mahkemesi değil, asliye hukuk mahkemesi olduğu ifade edilmektedir¹⁸³⁹. Bununla birlikte eski işçinin sonradan tacir unvanını aldığı durumlarda davanın asliye ticaret mahkemesinde de açılabileceği kabul edilmektedir¹⁸⁴⁰.

¹⁸³⁷ *Carlier*, s. 137.

¹⁸³⁸ *De Schutter/Marquand*, 70.

¹⁸³⁹ *Carlier*, s. 137; *De Schutter/Marquand*, 70.

¹⁸⁴⁰ *De Schutter/Marquand*, 70.

Buna karşılık, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin yakın tarihli bir kararında iş ilişkisinin bitiminden sonra akdedilen rekabet yasağı sözleşmelerinden kaynaklanan davalara da iş mahkemelerinde bakılacağı görüşü savunulmuştur. Somut olayda, iş mahkemesi, rekabet yasağına ilişkin sözleşmenin düzenlendiği 30.11.2007 tarihinde taraflar arasında iş ilişkisinin olmadığı gerekçesiyle görevsizlik kararı vermiştir¹⁸⁴¹. Rekabet yasağı kayıtlarında görevli mahkemeye ilişkin 22.9.2008 tarihli Hukuk Genel Kurulu kararının gerekçesinden alıntı yapan Özel Daire, dava konusu rekabet yasağının dayanağının işçinin hizmet akdinden kaynaklanan sadakat borcu olduğunu ve hizmet akdinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda görevli mahkemenin iş mahkemesi olmasına rağmen görevsizlik kararı verilmesinin hatalı olup bozmayı gerektirdiğinden bahisle yerel mahkemenin kararını bozmuştur¹⁸⁴². Burada Yargıtay, iş ilişkisinin kuruluşunda veya devamında kararlaştırılan rekabet yasaklarını konu alan bir içtihadı, iş ilişkisinin ardından akdedilen rekabet yasağı sözleşmelerine uygulayarak ciddi bir hata yapmıştır. Borçlar Kanunu'nun rekabet yasağını düzenleyen hükümleri iş sözleşmesindeki rekabet yasağı kayıtlarını ve işverenle işçinin iş ilişkisi sırasında bağladıkları rekabet yasağı sözleşmelerini kapsamaktır. Söz konusu hükümlerin sözleşmenin kuruluşu anında aralarında iş ilişkisi olmayan kişilerce akdedilen rekabet yasağı sözleşmelerine uygulanması kesinlikle olanak dışıdır. Böyle bir sözleşme fiilen eşit iki tarafın düzenlediği *sui generis* bir borçlar hukuku sözleşmesi olup, Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerine tabidir. Kural olarak, anılan sözleşmeden kaynaklanan davaların, asliye hukuk mahkemesinde görülmesi gerekir. Ancak eski işçinin kendi hesabına rakip bir işletme açarak tacir unvanını kazandığı durumlarda -eski işverenin de tacir olması şartıyla- asliye ticaret mahkemesi görevlidir. Yargıtay tarafından ortaya atılan, dava konusu rekabet yasağının dayanağının işçinin iş sözleşmesinden kaynaklanan sadakat borcu olduğu görüşü diğer bir vahim yanlıgıdır. Tekrar vurgulayalım ki, tarafların rekabet yasağı sözleşmesini akdettikleri anda taraflar arasında iş ilişkisi yoktur. Kaldı ki iş ilişkisinin sona ermesini akdedilen rekabet yasağı sözleşmeleri bir yana, rekabet yasağı kayıtlarının dahi hukuki dayanağı sadakat borcu değildir. İşçinin sadakat

¹⁸⁴¹ Yarg. 9. HD., 13.10.2011, 40014/37170. "...Somut olayda, mahkemece rekabet yasağına ilişkin sözleşmenin düzenlendiği 30.11.2007 tarihinde taraflar arasında iş ilişkisinin olmadığı gerekçesiyle görevsizlik kararı verilmiştir. Buna göre rekabet yasağına aykırılıktan dolayı iş mahkemesinde açılan bu davada mahkemenin görevli olup olmadığı konusunda uyuşmazlık vardır...".

¹⁸⁴² "...Bu bağlamda, dava konusu rekabet yasağının dayanağı işçinin hizmet akdinden kaynaklanan sadakat borcudur. Hizmet akdinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda görevli mahkeme İş Mahkemesi olmasına rağmen görevsizlik kararı verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir..."

borcu, işverenin haklı menfaatinin korunması için gerekli olduğu ölçüde sır saklama hariç, iş sözleşmesinin sona ermesiyle ortadan kalkmakta; işçinin eski işvereniyle rekabet etmeme konusunda sona eren iş sözleşmesinden doğan herhangi bir yükümlülüğü bulunmamaktadır. Gerçekten rekabet yasağı kayıtlarının temelinde sadakat borcunun işçiye yalnız iş ilişkisi sırasında rekabetten kaçınma yükümlülüğü getirmesi ve iş sözleşmesinin sona ermesiyle birlikte işçinin sadakat borcu çerçevesindeki rekabet yasağının da ortadan kalkması yatmaktadır. Rekabet yasağının hukuki dayanağının sadakat borcu olduğunu savunan isabetsiz düşüncenin benimsenmesi, işverenin ayrı bir rekabet yasağı kaydı olmasa dahi işten ayrılan işçiden rekabet etmemesini talep edebileceği gibi bir sonuca yol açar ki böyle tutarsız bir görüşün savunulabilir bir yanının olmadığı çok açıktır. İş sözleşmesinin işçinin sadakat borcunu içkin olduğu, dolayısıyla iş sözleşmesinde bağımsız bir kayıt olmasa dahi işçinin iş ilişkisi boyunca işverenle rekabet teşkil edebilecek davranışlardan kaçınması gerektiği, ancak iş sözleşmesi sona erdiği anda işçinin sadakat borcundan kaynaklanan rekabet etmeme yükümlülüğünün ortadan kalktığına altı bir daha çizilmelidir. Buna karşılık yasal düzenlemede de vurgulandığı üzere, işçinin sözleşme sonrası rekabet etmeme borcu kökeninde feri bir sözleşme (rekabet yasağı kaydı/sözleşmesi) yatmakta olup, böyle bir sözleşmenin bağitlanmadığı hallerde işçi hukuka uygun olmak şartıyla eski işvereniyle serbestçe rekabet edebilir. Sonuç olarak, iş ilişkisinin ardından akdedilen rekabet yasağı sözleşmeleri iş ilişkisinden tamamen bağımsız olduğundan ve TBK m. 444–447’de iş sözleşmesinin kuruluşunda veya devamında kararlaştırılan rekabet yasakları düzenlendiğinden, iş sözleşmesi sonrası bağitlanan rekabet yasağı sözleşmelerinden doğan davaların genel mahkemelerde -kural olarak asliye hukuk mahkemesinde- görülmesi gerekir.

2. Yetkili Mahkeme

İş ilişkisinin ardından akdedilen rekabet yasağı sözleşmelerine ilişkin davalarda yetkili mahkeme davanın açıldığı tarihte davalının yerleşim yeri mahkemesiyle (HMK m. 1) ve sözleşmenin ifa yeri mahkemesidir (HMK m. 10). Davacı davasını dilerse genel yetkili mahkemede dilerse rekabet yasağı sözleşmesinden kaynaklanan edimin ifa edileceği yer mahkemesinde açabilir. Dolayısıyla alacaklının rekabet etmeme borcuna aykırılık savıyla açtığı davalarda borçlunun rekabet etmemeyi üstlendiği coğrafi alanda kurulu tüm mahkemeler yetkili sayılır.

GENEL DEĞERLENDİRME, SONUÇ VE ÖNERİLER

İşletmenin, maddi malvarlığının yanında; iş sırları, üretim teknikleri, müşteri portföfü, ticari itibar ve yönetsel örgütlenme gibi unsurlardan oluşan maddi olmayan bir malvarlığına sahip olduğu kabul edilmektedir. Özellikle işletmeler arası rekabetin giderek şiddetlendiği günümüzde, işverenin sektörde tutunabilmesi, iş ve üretim sırlarıyla müşteri çevresinin rakip işletmelerin eline geçmemesine bağlıdır. Ekleyelim ki, *know-how*' ı sır olmaktan çıkan ve müşterilerini de rakip işletmelere kaptıran bir işverenin piyasadan silinmesi ciddi bir olasılıktır. Öte yandan işletmenin iş ve üretim sırlarıyla müşteri çevresi, rakip işletmelere, genellikle iş ilişkisi sırasında bu bilgileri edinen eski bir işçi tarafından aktarılmaktadır. Gerçekten iş görme borcunu ifa ederken işletmenin maddi olmayan malvarlığı değerlerine nüfuz eden işçinin iş sözleşmesinin sona ermesinin ardından rakip bir işletmeyle iş ilişkisi kurması veya kendi hesabına rakip bir işletme açması ve ele geçirdiği iş sırlarının veya müşteri çevresinin sağladığı avantajla daha sonra eski işvereniyle rekabet etmeye başlaması işletme açısından önemli bir risk oluşturmaktadır. Haksız rekabet, rekabet hukuku, sadakat borcu, sır saklama borcu, sır saklama ve müşteri çevresini koruma kayıtları gibi işletmeye ait gayri-maddi malvarlığı değerlerinin korunmasında kullanılan çeşitli hukuki araç ve kurumlar ise, söz konusu riskin bertaraf edilmesinde çoğu zaman yetersiz kalmaktadır. Bundan dolayı, işverenler iş ilişkisi esnasında iş/üretim sırlarıyla müşteri çevresi hakkında bilgi sahibi olabilecek işçilerin iş sözleşmesine bir kayıt koyarak veya böyle işçilerle iş ilişkisi sürerken ayrı bir iş sözleşmesi bağtlayarak, işçinin iş ilişkisi sonrası rakip işletmelerde çalışmasını veya kendi hesabına rakip bir işletme açmasını yasaklamayı yeğlemektedir. Bu sözleşme, rekabet yasağı kaydı olarak adlandırılmaktadır. Belirtelim ki, rekabet yasağı kayıtları kimi işverenler tarafından, görev tanımları iş/üretim sırlarına veya müşteri çevresine nüfuz etmelerine elverişli olmasa dahi, sırf nitelikli işçileri işyerine bağlamak ve başka işverenlerin iş tekliflerini kabul etmelerini önlemek amacıyla kullanılmaktadır.

Ancak işçiye böyle bir rekabet yasağı getirilmesi çalışma ve sözleşme özgürlüğüyle çelişmektedir. Çalışma özgürlüğü ulusal üstü hukuki metinler tarafından düzenlenen temel haklardandır. Ayrıca çalışma ve sözleşme özgürlüğünü ‘sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler’ başlığı altında düzenleyen Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’na göre; herkes dilediği alanda çalışma ve sözleşme özgürlüğüne sahip olup, özel teşebbüsler kurmak serbesttir (Any. m. 48/1). Dolayısıyla rekabet yasağı kaydı, dilediği alanda ve işte çalışmasını engellediği işçinin çalışma ve sözleşme özgürlüğünü kısıtlamaktadır. Kaldı ki mesleğin icrasını imkânsız kılan bir rekabet yasağı kaydının işçinin çalışma özgürlüğünü ortadan kaldıracığı, hatta böyle bir rekabet yasağını kabul eden işçinin kendisinin ve varsa ailesinin yaşamını idame ettirme olanağından dahi yoksun kalacağı ortadadır. Bir an için işçinin rekabet yasağına sözleşmeyle rıza gösterdiği ve çalışma özgürlüğünün sınırlanmasına özgür iradesiyle onay veren kişinin temel hakkına yönelik hukuka aykırı bir müdahaleden bahsedilemeyeceği iddia edilebilir. Ne var ki iş sözleşmesinin *sui generis* karakteri böyle bir savı çürütmektedir. Gerçekten iş sözleşmesinin kuruluş sürecinde sözleşmede yer alan kayıtlar üzerinde genellikle gerçek bir pazarlık cereyan etmemekte, aksine iş sözleşmesi işveren tarafından dayatılan bir sözleşmenin işçi tarafından itirazsız kabulüyle kurulmaktadır. Keza işçi iş ilişkisi boyunca işverenin otoritesi altında olduğundan, işverenle işçinin iş ilişkisi sırasında akdettiği ayrı bir rekabet yasağı sözleşmesi de bağımlılık unsuru gözetilerek değerlendirilmelidir. Üstelik iş sözleşmesinin içeriği konusunda işverenle pazarlık gücüne sahip üst düzey yönetici pozisyonundaki işçiler dahi, işverenle müzakere ederken daha çok ücret ve benzeri çalışma koşulları üzerinde durmakta, buna karşın hukuki etkisini iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra gösterecek rekabet yasağı kaydını o an için ihmal etmektedir.

Öyleyse rekabet yasağı kaydının çalışma özgürlüğüne yönelik olumsuz sonuçlarına karşı işçiyi korumak devletin, Anayasa’dan ve uluslararası sözleşmelerden kaynaklanan pozitif bir yükümlülüğüdür. Temel hakların özel hukuk ilişkileri üzerindeki dikey etkisi de devletin rekabet yasağı kayıtlarına müdahalesini gerekli kılmaktadır. İşte bu noktada iki soru yöneltilmelidir: Devlet rekabet yasağı kayıtlarına ne ölçüde müdahale etmelidir? Devlet rekabet yasağı kayıtlarına hangi yolla müdahale etmelidir? Alman ve Hollanda öğretisinde ilk soruya yanıt arayan bazı yazarlar, rekabet yasağı kaydının çalışma özgürlüğüne aykırı olduğunu ve

tamamen yasaklanması gerektiğini iddia etmiştir. Ne var ki söz konusu görüş anılan ülkelerde oldukça marjinal kalmış olup, Alman ve Hollandalı yazarların ezici çoğunluğu çalışma özgürlüğü ilkesinin hukuk düzeninin rekabet yasağı kayıtlarını tamamen yasaklamasını gerektirmediği kanısındadır. Gerçekten rekabet yasağı kaydı, işverenin haklı işletmesel menfaatleriyle işçinin çalışma özgürlüğünün çatışmasına yol açan bir sözleşmedir. Çağdaş iş hukukunda işçiyi koruma kaygısı her zaman ön planda tutulmakla beraber, işletmesel menfaatler de göz ardı edilmemektedir. Bu bağlamda, işverenin iş/üretim sırlarıyla müşteri çevresinin rakip işletmelerin eline geçmemesi için birtakım önlemler alması ve bu arada iş ilişkisi esnasında anılan bilgileri öğrenebilecek bir işçiye iş sözleşmesi sonrası rekabetten kaçınma borcu yüklemesi meşru görülmelidir. Ancak devlet haklı dahi olsa işletmesel menfaatler uğruna işçinin çalışma özgürlüğünün feda edilmesine izin vermemeli, rekabet yasağının çalışma özgürlüğünü aşırı bir şekilde kısıtlamaması için rekabet yasağı kaydının geçerliliğini bazı koşullara bağlamalı ve kapsamını sınırlandırmalıdır. Bunun yanı sıra, rekabet yasağı kayıtları mal ve emek piyasasında işletmeler arası rekabeti sınırlamaktadır. Bundan dolayı rekabet yasağı kayıtlarının işverenlerce sınırsız ve yaygın bir şekilde kullanımının önlenmesi, serbest rekabete dayalı bir ekonomiyi benimseyen anayasalar bakımından bir zorunluluktur. Ayrıca işverenin haklı işletmesel menfaatlerine hizmet etmeyen rekabet yasağı kayıtları, işçiyi bağlamamalıdır. İşverenin rekabet yasağının uygulanmasındaki haklı menfaatleri, iş ve üretim sırlarıyla (*know-how*) müşteri çevresinin korunmasında ve rakip işletmelerin eline geçmemesinden ibarettir. O halde hukuk düzeni, salt işçiyi işyerine bağlamak amacıyla kararlaştırılan bir rekabet yasağı kaydına cevaz vermemelidir.

Peki, devlet rekabet yasağı kayıtlarına mutlaka yasama erki kanalıyla mı müdahale etmek zorundadır? Karşılaştırmalı hukuka göz atıldığında devletin rekabet yasağı kayıtlarını kanunla düzenlediği veya rekabet yasağı kaydına ilişkin hukuki kuralların içtihat hukukunun bir eseri olduğu gözlemlenmektedir. Seyrek de olsa bazı ülkelerde, rekabet yasağı kaydının koşulları ve kapsamı toplu iş sözleşmeleriyle saptanmaktadır. Almanya, Hollanda ve Belçika'nın aralarında bulunduğu pek çok Avrupa Birliği üyesi ülke, rekabet yasağı kaydını kanunla düzenlemeyi yeğlemiştir. Buna karşılık, Fransız hukukunda rekabet yasağı kaydına ilişkin kuralların tümü Yargıtay içtihatlarıyla geliştirilmiştir. Nihayet İsveç'te rekabet yasağı kaydının koşulları ve sınırları, ülke çapında uygulanan bir toplu iş sözleşmesiyle

belirlenmiştir. Rekabet yasağı kaydına ilişkin normlar Türk hukukuna, İsviçre'den iktibas edilen 1926 tarihli 818 sayılı eski Borçlar Kanunu ile girmiştir. Aynı biçimde 1.7.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun rekabet yasağı kaydını düzenleyen 444 ila 447. maddeleri, İsviçre Borçlar Kanunu'nun 1971'den bu yana yürürlükte olan Fransızca metninden çevrilmiştir. Türk hukuk geleneği de dikkate alındığında, rekabet yasağı kaydının kanunla düzenlenmesi isabetli bir tercih sayılabilir. Ne var ki kanun koyucunun Türk iş hukukunun geldiği düzeyi adeta yok sayarak, rekabet yasağı kaydıyla ilgili normatif kuralları iş hukukunun gelişmediği ve iş güvencesi gibi çağdaş iş hukuku kurumlarından dahi yoksun bir ülkeden çeviri yoluyla alması son derece yanlış bir karardır. Kuşkusuz yasama organı kanunlaştırma çalışmaları sırasında karşılaştırmalı hukuktan yararlanabilir. Ancak İsviçre, Türkiye'nin iş hukuku ve özellikle rekabet yasağı kaydı konusunda yararlanabileceği bir ülke değildir. Kanun koyucu rekabet yasağı kaydını, pekâlâ, çağdaş bir mevzuatla içtihadın yanında zengin bir literatüre de sahip olan Almanya, Fransa, Hollanda ve Belçika gibi ülke hukuklarından topladığı verileri geçmiş birikimiyle harmanlamak suretiyle düzenleyebilirdi. Oysa böyle bir yöntemin tercih edilmemesi, başta Anayasa'ya aykırılık olmak üzere, çok sayıda karmaşık sorunu da beraberinde getirmiştir.

Rekabet yasağı kaydı, hukuki niteliği itibariyle sözleşme olmakla birlikte iş sözleşmesiyle rekabet yasağı kaydı arasında yakın bir bağlantı söz konusudur. Diğer bir anlatımla, iş sözleşmesinin varlığı rekabet yasağı kaydı açısından bir ön koşuldur. Bundan dolayı, ferî bir sözleşme niteliğindeki rekabet yasağı kaydını iş sözleşmesinden bütünüyle soyutlamak imkânsızdır. Rekabet yasağı kaydıyla iş sözleşmesi arasındaki bu sıkı ilişkinin yol açtığı temel sorun, kesin hükümsüz olan veya irade bozukluğu nedeniyle iptal edilen bir iş sözleşmesindeki rekabet yasağı kaydının akıbetidir. İşçinin kesin hükümsüz veya iptal edilmiş bir iş sözleşmesinden kaynaklanan fiili iş ilişkisi sayesinde işverenin iş sırları veya müşteri çevresi hakkında bilgi sahibi olması sorunu, daha da hassas kılmaktadır. Kural olarak, iş sözleşmesinin kurulduğu sırada kesin hükümsüzlüğün farkında olan veya en azından farkında olması gereken işverenin, fiili iş ilişkisi sayesinde iş veya üretim sırlarını ya da müşteri çevresini öğrenen işçinin kendisiyle rekabet etmesine katlanması gerekir. Yine de hâkim, somut olayın özelliklerini de gözeterik menfaatler dengesine uygun bir çözüm yolu bulma imkânından yoksun bırakılmamalıdır. Rekabet yasağı kaydı

işçiyle işveren arasında akdedilen bir sözleşmedir. Dolayısıyla hukuken işçi statüsüne sahip olmayan çırak ve stajyer gibi kişilerle işveren arasında rekabet yasağı kaydı kararlaştırılması mümkün değildir. Rekabet yasağı kaydının Borçlar Kanunu'nun ilgili hükümlerine tabi olup olmadığının saptanmasında sözleşmenin kurulma anı önemlidir. İş ilişkisinin kurulmasından önce bağitlanan ve iş sözleşmesinin akdedilmesi geciktirici koşuluna bağlanan rekabet yasağı sözleşmeleri, iş sözleşmelerinde yer alan rekabet yasağı kayıtları, iş ilişkisi sırasında akdedilen rekabet yasağı sözleşmeleri ve ikale sözleşmelerindeki rekabet yasağı kayıtları Borçlar Kanunu'nun 444 ila 447. maddelerine tabidir. Buna karşılık rekabet yasağı kaydını düzenleyen normlar, iş sözleşmesinin sona ermesinin ardından kurulan rekabet yasağı sözleşmelerine uygulanmaz. Zira iş ilişkisi sona erdikten sonra taraflar artık işçi ve işveren değil, denk pazarlık gücüne sahip eşit iki kişidir. Daha yalın bir anlatımla, işçinin işverene bağımlılığı iş sözleşmesinin sona ermesiyle ortadan kalkmaktadır. Dolayısıyla sıradan bir borçlar hukuku sözleşmesi niteliğindeki böyle sözleşmeler, genel hükümlere tabidir. Ancak böyle bir sözleşme dahi, kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine ve kişilik haklarına aykırı olmamalı; kişinin çalışma özgürlüğünü tamamen ortadan kaldırmamalıdır.

Rekabet yasağı kaydının konusu, işçinin iş ilişkisi sonrasında eski işvereniyle rekabet etmemesidir. Rekabet etmeme borcu, işçiye sürekli ve kişisel bir yapmama edimi yüklemektedir. Bu bağlamda, işçinin rekabet oluşturan her türlü davranışı rekabet yasağı kaydına konu olabilir. Rekabet yasağı kaydını işçinin iş sözleşmesinden sonra işverenle herhangi bir biçimde rekabet etmemeyi üstlenmesi olarak tanımlayan Borçlar Kanunu'nda rekabet yasağına aykırı faaliyetler örneksene yöntemiyle; işçinin kendi hesabına rakip bir işletme açması, başka bir rakip işletmede çalışması veya bunların dışında rakip işletmeyle başka türden bir menfaat ilişkisine girmesi olarak sıralanmıştır. Rekabet yasağı aykırı bir faaliyet, her şeyden önce, işçinin iş sözleşmesi sona erdikten sonra çalıştığı veya kendi hesabına açtığı işletmeyle eski işvereni arasında bir rekabet ilişkisinin varlığını gerekli kılmaktadır. Ancak Borçlar Kanunu, '*rakip işletme*' kavramını tanımlamamıştır. Bununla beraber, aynı pazarda faaliyet gösteren ve ortak müşteri çevresine hitap eden firmalar rakip işletme sayılmaktadır. Ayrıca duraksama halinde, aynı veya benzer ürünler üreten veya satan işletmeler ticari kademelerine bakılmaksızın rakip işletme olarak kabul edilmelidir. Yine de işçinin işe girdiği firma veya kendi hesabına açtığı işletmeyle

işveren arasında bir rekabet ilişkisinin varlığının tespiti her zaman çok kolay olmadığından, hâkim somut olayın özelliğini de dikkate alarak titiz bir değerlendirme yapmalı ve gerekirse teknik bilirkişi incelemesine başvurmalıdır.

Rekabet etmeme borcuna aykırı eylemler sınırlı sayı ilkesine tabi değildir. Bununla birlikte, rekabet yasağı kaydına aykırı davranış genellikle iki ayrı şekilde ortaya çıkmaktadır. İşçi rekabet yasağı kaydını ya mevcut bir rakip işletmede çalışarak ihlal etmekte veya kendi hesabına rakip bir işletme açmak yoluyla rekabet yasağı kaydına aykırı davranmaktadır. Şu kadar ki işçinin rekabet yasağı kaydını farklı bir tarzda ihmal etmesi de mümkündür. Nitekim Borçlar Kanunu'nda rekabet etmeme borcunun ihlali sayılabilecek faaliyetler sayılmadan önce 'özellikle' sözcüğünün kullanılması ve işçinin bunların dışında rakip işletmeyle başka türden bir menfaat ilişkisine girmesinin de yasak kapsamına dâhil edilebilmesi, bu tespiti desteklemektedir. Özellikle vurgulayalım ki, rekabet yasağı kayıtlarında rekabet yasağına aykırı faaliyetlerin soyut ve genel bir şekilde tanımlanması, işverenin menfaatlerine daha etkin bir koruma sağlayacaktır. Hâkimin açık ve anlaşılır olmayan, belirsiz ve kapalı ifadeler içeren bir rekabet yasağı kaydını yorumlarken hangi yöntemlerden yararlanacağı yanıt aranan bir sorudur. Borçlar Kanunu'nda bir sözleşmenin türünün ve içeriğinin belirlenmesinde ve yorumlanmasında, tarafların yanlışlıkla veya gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları sözcüklere bakılmaksızın gerçek ve ortak iradelerinin esas alınacağı öngörülmüştür (TBK m. 19/1). Ne var ki iş sözleşmesini diğer borçlar hukuku sözleşmelerinden ayıran bağımlılık unsuru, rekabet yasağı kaydıyla işçinin çalışma özgürlüğünün kısıtlanması ve Türk Borçlar Kanunu'nun tek tarafa (işçiye) borç yükleyen rekabet yasağı kayıtlarını caiz görmesi gibi nedenler, rekabet yasağı kayıtlarının olabildiğince dar yorumlanmasını gerektirmektedir. Kaldı ki rekabet yasağı, bazen çok sayıda işçi için önceden hazırlanmış matbu bir sözleşme metninde yer alan bir kayıt olarak düzenlendiğinden, genel işlem koşulların yorumunda kullanılan *düzenleyenin aleyhine ve karşı tarafın lehine yorum* kuralı (*in dubio contra stipulatorem*) rekabet yasağı kayıtlarına da uygulanmalıdır.

Rekabet yasağı kaydının geçerli olabilmesi ve işçiyi bağlaması için bir dizi koşulun gerçekleşmesi zorunludur. Bu noktada, geçerlilik ve bağlayıcılık koşulları ayırımı yapılmalıdır. Hâkim geçerlilik koşullarının tamamlanıp tamamlanmadığını

resen araştırmakla yükümlüdür. Geçerlilik koşullarından birinin veya tamamının yokluğunu dosya içeriğinden saptayan hâkim, taraflar geçerlilik koşulunun eksikliğini ne srmese dahi, rekabet yasağı kaydının geçersizliğine (kesin hükümsüzlük) karar vermelidir. Yoksa karşı edim içeren bir rekabet yasağı kaydına taraf işçinin geçersizliği ileri srmeyerek rekabet yasağını ayakta tutması kesinlikle imkânsızdır.

Borçlar Kanunu rekabet yasağı kayıtları için iki geçerlilik koşulu aramaktadır. İlk koşul, işçinin fiil ehliyetine sahip (tam ehliyetli) olmasıdır. 818 sayılı eski Borçlar Kanunu'nda işçinin reşit (ergin) olması yeterli görülüyordu. Nitekim Alman ve Hollanda hukuklarında, erginlik rekabet yasağı kaydının geçerlilik koşuludur. 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nda ise erginlik koşulunu yerini fiil ehliyeti koşuluna terk etmiştir. Buna göre, sınırlı ehliyetsiz statüsündeki küçük ve kısıtlı işçilerle kararlaştırılan rekabet yasağı kayıtlarına geçersizlik yaptırımı uygulanacaktır. Öyle ki küçük işçinin iş ilişkisi sırasında on sekiz yaşını doldurması, ergin olmadan önce kabul ettiği rekabet yasağı kaydını geçerli hale getirmemektedir. Rekabet yasağı kaydını geçerliliğini işçinin tam ehliyetli olmasına bağlayan kuralın amacı, bu kaydın genç işçilerin mesleki gelişimini aksatacak ve emek piyasasına girişlerini zorlaştıracak bir nitelik taşımasıdır. Üstelik on sekiz yaşından küçük işçinin rekabet yasağı kaydının kendisi için doğuracağı olumsuz sonuçları kavrayamayacağı varsayılmaktadır. Fiil ehliyeti koşulu uygulama açısından fazla bir önem arz etmemektedir. Nitekim 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde, fiil ehliyeti koşulunun karşılığı olan erginlik koşuluyla ilgili bir uyuşmazlığın yargı kararlarına yansımaması, söz konusu saptamayı teyit etmektedir.

Rekabet yasağı kaydının diğer geçerlilik koşulu, yazılı şekildir. Yazılı şekil Alman, Hollanda ve Belçika hukuklarında da rekabet yasağı kaydının geçerlilik koşulları arasında yer almaktadır. Yazılılık koşulunun farklı işlevler üstlendiği ifade edilmelidir. Öncelikle yazılı şekil, çalışma özgürlüğünü kısıtlayan bir kaydı kabul edip etmeme hususunda işçiyi düşünmeye sevk etmektedir. Diğer yandan şekil koşulu sayesinde işçi rekabet etmeme borcunun içeriği ve kapsamı hakkında bilgi sahibi olmaktadır. Nihayet yazılı şeklin rekabet yasağı kaydının belgelenmesini sağladığı dile getirilmelidir. Yazılı şekil koşuluyla ilgili olarak tartışmalar, toplu iş sözleşmelerinde ve işyeri yönetmelerinde rekabet yasağı kayıtlarına yer verilip

verilemeyeceği konusu üzerinde yoğunlaşmaktadır. Alman ve Hollanda hukuklarında toplu iş sözleşmelerine rekabet yasağı kaydı konulamayacağı görüşü egemendir. Buna karşılık, Fransız hukukunda toplu iş sözleşmesinde yer alan rekabet yasağı kayıtları geçerli sayılmaktadır. Rekabet yasağı kaydında yazılı şeklin amacı, işçinin bireysel onayının alınmasıdır. Oysa toplu iş sözleşmesinin tarafları, işveren veya işveren sendikasıyla işçi sendikasıdır. Kaldı ki gerek toplu iş sözleşmesinin tanımı ve içeriği gerekse yasal düzenlemenin lafzı, toplu iş sözleşmesine konulan rekabet yasağı kaydının yazılı şekil koşuluna aykırılıktan dolayı geçersiz sayılması gerektiği yönündeki görüşü desteklemektir. Elbette rekabet yasağı kayıtlarının yasaklanması, rekabet yasağının kapsamının sınırlandırılması veya işverene asgari bir karşı edim borcu yüklenmesi gibi işçi lehine toplu iş sözleşmesi hükümleri hukuka aykırı değildir. Öte yandan işyeri yönetmeliğinde veya diğer iş sözleşmesi eklerinde yer alan rekabet yasağı kayıtları da geçersiz kabul edilmelidir. Önemle belirtelim ki, iş sözleşmesiyle işyeri yönetmeliğine veya sözleşme eklerine yapılan yollama da yazılı şekil koşulunun tamamlanması için yeterli değildir.

Borçlar Kanunu'nda rekabet yasağı kaydının, ancak iş ilişkisi işçiye müşteri çevresi veya üretim sırları ya da işverenin yaptığı işler hakkında bilgi sahibi edinmek imkânı sağlıyorsa ve aynı zamanda bu bilgilerin kullanılması, işverenin önemli bir zararına sebep olacak nitelikteyse geçerli olacağını kurala bağlanmıştır. Metinde iki çeviri yanlışı göze çarpmaktadır. İlk yanlışı kaynak İsviçre Borçlar Kanunu'nundaki 'iş sırları' deyiminin 'işverenin yaptığı işler' olarak tercüme edilmesidir. Şu halde 'işverenin yaptığı işler' ibaresi 'iş sırları' olarak anlaşılmalıdır. Diğer yanlışı, kaynak Kanun'un Almanca metnindeki 'bağlayıcıdır' (*ist nur verbindlich*) ibaresinin 'geçerlidir' şeklinde çevrilmesidir. Bu sözcük, özgün metine uygun bir biçimde yorumlanmalıdır. Alman ve Fransız hukuklarında bu koşul, sırasıyla *haklı ticari menfaat* (*berechtigte geschäftliche interesse*) ve *işletmenin meşru menfaatleri* (*intérêts légitimes de l'entreprise*) olarak kavramlaştırılmıştır. Haklı ticari menfaatle veya işletmenin meşru menfaatlerinin korunmasıyla kastedilen, iş/üretim sırlarıyla müşteri çevresinin korunmasıdır. Ayrıca Belçika hukuku, daha kazuistik olmakla birlikte özdeş bir koşul içermektedir. Borçlar Kanunu'nun rekabet yasağı kaydının uygulanmasındaki haklı işletmesel menfaati tanımlaması yerinde bir çözümdür. Böylelikle rekabet yasağı kayıtlarının salt işçiyi işyerine bağlamak amacıyla kararlaştırılması engellenmiş olmaktadır. Rekabet yasağının uygulanmasında

işverenin haklı bir menfaatinin bulunup bulunmadığı belirlenirken iş sözleşmesinin sona erme anı esas alınır. Haklı bir işletmesel menfaatin varlığını, ispat yükü işverenin üzerindedir.

Rekabet yasağının işçinin ekonomik geleceğini hakkaniyete aykırı olarak tehlikeye düşürecek biçimde yer, zaman ve işlerin türü (konu) bakımından sınırlamalar içermeyeceğini düzenleyen hükümlerle işverenin haklı işletmesel menfaatleriyle işçinin çalışma özgürlüğü arasında uygun bir denge kurulmak istenmiştir. Gerçekten işverenin haklı işletmesel menfaatlerine hizmet etse bile, sınırsız veya sınırları çok geniş tutulmuş bir rekabet yasağıyla çalışma özgürlüğüne getirilen kısıtlamanın, mesleğini icra edebilme olanağı sınırlanan veya ortadan kalkan işçinin ekonomik geleceğini tehlikeye düşürebileceği, hatta işsizliğe mahkûm ettiği işçiyi varlık güvencesi niteliğindeki ücret gelirinden dahi yoksun kılabileceği ortadadır. Alman, Fransız ve Belçika hukuklarında da rekabet yasağının yer, süre ve konu açısından sınırlanması zorunludur. Rekabet yasağının azami süresi; Alman hukukunda bir yıl, Belçika hukukunda ise iki yıl olarak belirlenmiştir. Buna karşılık, Borçlar Kanunu'nda rekabet yasağının süresinin özel durum ve koşullar dışında iki yılı aşamayacağı düzenlenmiştir. Dolayısıyla yasal düzenleme rekabet yasağı süresinin özel durum ve koşullara bağlı olarak iki yılı aşmasına olanak tanımaktadır. Ne var ki '*özel durum ve koşullar dışında*' ifadesi belirsizlik yaratmakta ve hukuk güvenliğini zedelemektedir. Üstelik iki yılı aşan bir rekabet yasağı süresi, işçinin çalışma özgürlüğüne yönelik ağır bir müdahale oluşturmaktadır. Bundan dolayı TBK m. 445/1'deki '*özel durum ve koşullar dışında*' ifadesi başta çalışma ve sözleşme özgürlüğü olmak üzere Anayasa'ya aykırı olup, kanun koyucunun bu ibareyi fıkradan çıkarması isabetli olacaktır. İki yıllık azami sürenin ise makul olduğu ve Anayasa ile bağdaştığı kaydedilmelidir. Rekabet yasağı kaydının yer ve konu bakımından sınırlandırılması, oldukça karmaşık sorunlara yol açmaktadır. Yasağın yer bakımından sınırlarıyla coğrafi alan kastedilmektedir. Nitekim Yargıtay'ın yakın tarihli ilke kararlarında, rekabet yasağının coğrafi kapsamının, kural olarak, Türkiye sınırlarını aşamayacağı görüşü benimsenmiştir. Kanımızca coğrafi kapsam diğer sınırlamalar ve işverenin üstlenmiş olabileceği karşı edimle birlikte değerlendirilmelidir. Buna göre, rekabet yasağı somut olayın özelliklerine bağlı olarak Türkiye'nin tamamını kapsayabileceği gibi, ülke sınırlarını da aşabilir. Rekabet yasağı kaydının konu bakımından sınırı ise, işle veya işletmeyle

ilişkilendirilebilir. Dolayısıyla rekabet yasağının konu bakımından sınırı, rakip işletmelerin unvanları anılarak veya sektör ya da görev tanımı belirtilerek çizilebilir. Ayrıca haklı bir menfaatin varlığına bağlı olarak, işçinin işverenin mensup olduğu şirketler topluluğuna dâhil diğer şirketlerle rekabet etmesinin yasaklanması da mümkündür. Rekabet yasağı kaydının aşırı sınırlamalar içerdiği hallerde, hâkime rekabet yasağı kaydının kapsamını sınırlama yetkisi tanınmıştır. 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda böyle bir düzenleme yer almamasına rağmen öğreti, hâkimin rekabet yasağının kapsamına müdahale edebileceğini kabul ediyordu. Ancak Yargıtay bu dönemde verdiği kararlarda, aşırı sınırlama içeren rekabet yasağı kayıtlarını doğrudan geçersiz sayma yoluna gitmekteydi. Bu noktada aşırı bir rekabet yasağı kaydına uygulanacak yaptırımın geçersizlik olmadığı, aksine böyle bir durumda hâkimin sözleşme içeriğine müdahale ederek yasağın kapsamını makul bir sınıra çekmesi gerektiği vurgulanmalıdır. Kuşkusuz hâkim, ancak işçi talep ettiği takdirde aşırı bir rekabet yasağı kaydını sınırlayabilir. Hâkim aşırı bir rekabet yasağının kapsamını daraltırken başta işçinin ekonomik durumu olmak üzere tüm faktörleri göz önünde bulunduracak, ayrıca işverenin üstlenmiş olabileceği karşı edimi de dikkate alacaktır. Bununla beraber yer, zaman veya konu bakımından herhangi bir sınır içermeyen rekabet yasağı kayıtları geçersiz sayılmalıdır. Bu doğrultuda hâkimin herhangi bir süre içermeyen rekabet yasağı kaydına takdir yetkisini kullanarak bir süre sınırı getirmesi ve böylece rekabet yasağı kaydını ayakta tutması olanak dışıdır.

Rekabet yasağı kaydıyla ilgili en önemli konulardan biri, karşı edim sorunudur. Karşı edim, rekabet yasağı kaydıyla iş sözleşmesi sonrası çalışma özgürlüğü sınırlanan işçiye bu sınırlamanın karşılığında ödenen kendine özgü (*sui generis*) götürü bir tazminattır. Avrupa Birliği üyesi devletlerin ezici bir çoğunluğunda rekabet yasağı kaydının geçerliliği işverenin bir karşı edim üstlenmesi koşuluna bağlıdır. Örneğin Almanya ve Belçika hukuklarında, işveren rekabet yasağı süresi boyunca işçinin son ücretinin en az %50'si kadar bir karşı edim ödemek zorundadır. Keza Fransız Yargıtayı da karşı edim içermeyen rekabet yasağı kayıtlarının geçersiz olduğu yönünde bir içtihat geliştirmiştir. Türk iş hukuku öğretisinde karşı edimin rekabet yasağı kaydının geçerliliği için zorunlu bir unsur olup olmadığı tartışmalıdır. Öğretide bazı yazarlar, rekabet yasağının geçerliliğinin karşı edim koşuluna bağlı olmadığını savunurken, başka bir grup yazar bu konuda hukuk boşluğu olduğunu ve karşı edimin içtihat yoluyla rekabet yasağı kaydının

geçerlilik koşulu haline getirebileceğini ileri sürmüştür. Nihayet üçüncü bir görüş, karşı edimsiz bir rekabet yasağı kaydına olanak sağlayan pozitif bir düzenlemenin Anayasa'yla bağdaşmadığı yönündedir. Öncelikle 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nda hâkime, aşırı nitelikteki rekabet yasağını, bütün durum ve koşulları serbestçe değerlendirmek ve işverenin üstlenmiş olabileceği karşı edimi de hakkaniyete uygun biçimde göz önünde tutmak suretiyle, kapsamı veya süresi bakımından sınırlama yetkisi tanınmıştır (TBK m. 445/2). Ne var ki fıkra işverenin üstlendiği değil, üstlenmiş olabileceği bir karşı edimden söz edilmesi, geçerli bir rekabet yasağı kaydı için işverenin karşı edim yükümlülüğü altına girmesi gerektiği tarzında bir yorumu desteklemektedir. Kaldı ki rekabet yasağı kaydının koşullarını düzenleyen TBK m. 444'de karşı edim koşuluna yer verilmemesi, rekabet yasağına aykırı davranışları kurala bağlayan TBK m. 446'nin işçiyi tek taraflı bir rekabet yasağının yarattığı olumsuzluklardan koruma çabasının bir ürünü olması ve rekabet yasağının sona ermesiyle ilgili TBK m. 447'nin yalnızca tek tarafa borç yükleyen bir rekabet yasağı kaydına uygulanabilir niteliği gibi sistematik unsurlar, karşı edimin rekabet yasağı kaydının geçerlilik koşulları arasında yer almadığını ortaya koymaktadır. Ekleyelim ki, Fransız hukukunda karşı edim koşulunun içtihat yoluyla benimsenmesi Türk hukuku açısından emsal oluşturmamaktadır. Zira rekabet yasağı kaydı konusunda herhangi bir pozitif hukuk kuralının bulunmadığı Fransız hukukunun yapısı, böyle bir sonuca varmayı kolaylaştırmaktadır. Ancak rekabet yasağı kaydının görece ayrıntılı normlarla düzenlendiği Türk hukukunda karşı edimle ilgili olarak açık veya örtülü bir kanun boşluğundan söz etmek imkânsızdır. Bununla birlikte mevcut yasal düzenlemede karşı edimin bir geçerlilik koşulu olarak aranmaması, söz konusu düzenlemeye yöneltilebilecek *de lege ferenda* eleştirilere engel oluşturmamaktadır. Öncelikle İsviçre öğretisine karşı edim koşulunun yokluğuna sert eleştiriler getirildiği belirtilmelidir. Ayrıca Avrupa Birliği üyesi ülkelerin ezici bir bölümünde, karşı edim rekabet yasağı kaydının geçerlilik koşuludur. Hatta daha 1990'lı yıllara kadar sosyalist hukuk sisteminin uygulandığı eski Demir Perde ülkelerinde dahi işverenin karşı edim üstlenmediği rekabet yasağı kayıtları geçersiz sayılmaktadır. Gerçekten haklı da olsa birtakım işletmesel çıkarlar uğruna işçinin çalışma özgürlüğünün kısıtlanması ve karşılığında işverenin hiçbir maddi fedakârlığa katlanmaması, adalet ve hakkaniyet duygularını incitmektedir. Ayrıca kanunun rekabet yasağı kayıtlarını iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olarak düzenlemesinin, daha yalın bir anlatımla kaydın geçerliliği için işverenin bir maddi

karşılık (karşı edim) üstlenmesi koşulunun aranmasının çalışma ve sözleşme özgürlüğünün bir gereği olduğu ifade edilmelidir. Deyim yerindeyse, karşı edim iş sözleşmesinin bağitlanma sürecinde ve iş ilişkisi boyunca işverenle müzakere ve pazarlık imkânı bulunmayan işçinin rekabet yasağı nedeniyle yoksun kaldığı çalışma ve sözleşme özgürlüğünün bedelidir. Bundan dolayı karşı edimsiz bir rekabet yasağını caiz sayan Borçlar Kanunu'nun 444 ila 447 maddeleri, başta 48. madde olmak üzere Anayasa'nın pek çok maddesine aykırıdır. Ekleyelim ki, Ticaret Kanunu'nda, sözleşme sonrası rekabet etmemeyi borçlanan acenteye müvekkilin uygun bir tazminat (karşı edim) ödemesi, rekabet yasağı sözleşmesinin geçerlilik koşulu olarak kabul edilmektedir (TTK m. 123). Müvekkiliyle arasında gevşek bir bağımlılık ilişkisi mevcut olan acenteye karşı edim hakkı tanınırken, acenteye göre çok daha fazla korunması gereken işçinin karşı edim hakkından yoksun bırakılması çok ciddi bir çelişkidir. Tüm bu gerekçeler ışığında, mevcut yasal düzenlemede gereken değişiklikler yapılarak işverenin karşı edim üstlenmesi rekabet yasağı kaydının geçerlilik koşulları arasına alınmalı ve böylece Borçlar Kanunu'nun ilgili maddeleri Anayasa ile uyumlu kılınmalıdır. Bu doğrultuda, Almanya ve Belçika hukuklarındaki gibi karşı edimin asgari tutarı, işçinin iş sözleşmesinin sona erdiği tarihten önceki son bir ay içinde hak ettiği giydirilmiş ücretin yarısı (%50) olarak belirlenmeli ve işverenin daha az bir karşı edim üstlenmesinin rekabet yasağı kaydının geçersizliği sonucunu doğuracağı kurala bağlanmalıdır. Ayrıca işçinin rekabet yasağı sırasında başka bir iş tutarak sağladığı kazanç, işveren tarafından karşı edimden mahsup edilebilmelidir. Diğer taraftan, sinalagmatik bir rekabet yasağı kaydıyla bağdaşmayan TBK m. 447'de gerekli değişiklikler yapılmalı, işverenin yasağın sürdürülmesinde gerçek bir yararı kalmadığı takdirde rekabet yasağının da sona ereceğini öngören düzenleme yürürlükten kaldırılarak, işverene iş ilişkisinin son bulunduğu tarihe kadar işçiye yöneltebileceği tek taraflı bozucu yenilik doğuran bir irade beyanıyla rekabet yasağının uygulanmasından vazgeçme ve böylece karşı edim yükümlülüğünden de kurtulma hakkı tanınmalıdır. Karşılaştırmalı hukuktaki örnekler çerçevesinde, işverenin vazgeçme (feragat) bildirimini yazılı şekilde yapması geçerlilik koşulu olarak kabul edilmeli, rekabet yasağının uygulanmasından vazgeçilmesinin hukuki sonuçlarını, bildirimden altı ay sonra doğuracağı belirtilmelidir. Nihayet TBK m. 447/2 karşı edimli bir rekabet yasağı kaydının ruhuna uygun bir tarzda yeniden düzenlenmeli, iş sözleşmesinin diğer taraftan kaynaklanan bir nedenle feshi rekabet yasağının sona ermesine yol açmamalı ve

sözleşmeyi fesheden tarafa, iş ilişkisinin sona ermesini izleyen 15 gün içinde yazılı bir şekilde rekabet yasağı kaydından dönme hakkı tanınmalıdır. Böylelikle iş sözleşmesini haklı veya işçiden kaynaklanan geçerli bir nedenle fesheden işverenle, iş sözleşmesini haklı nedenle fesheden işçi, rekabet yasağının uygulanıp uygulanmaması hususunda bir seçim hakkına sahip olacak, ya iş ilişkisinin sona erdiği tarihten itibaren 15 gün içinde rekabet yasağı kaydından dönerek, sırasıyla karşı edim ve rekabet etmeme borçlarından kurtulacak ya da bu haklarını kullanmayarak rekabet yasağı kaydından doğan borçlarını ifa edecektir. Aynı biçimde iş sözleşmesi işletme gerekleri gibi işverenden kaynaklanan bir nedenle feshedilen işçi de anılan seçimlik haktan yararlanabilmelidir. Elbette karşı edim mevcut yasal düzenleme anlamında bir geçerlilik koşulu sayılmamakla birlikte, işverenin karşı edim üstlendiği durumlarda hukuki boşluğun nasıl doldurulacağı sorusuna da yanıt verilmelidir. Zira özellikle rekabet yasağının sona ermesini düzenleyen TBK m. 447 sinalagmatik bir rekabet yasağı kaydına uygulanmaya elverişli değildir. Söz konusu kanun boşluğu, acentenin rekabet yasağını düzenleyen TTK m. 123 kıyasen karşı edim içeren rekabet yasağı kayıtlarına da uygulanarak doldurulmalıdır.

Rekabet yasağı kaydı işçi tarafından ihlal edilirse, işveren farklı hukuki seçeneklerden yararlanabilir. İlk olarak işveren işçiye karşı bir tazminat davası açarak rekabet yasağına aykırı davranış nedeniyle uğradığı zararın giderilmesini talep edebilir. Ne var ki zararın varlığıyla tutarını ispat yükünün işverene ait olması, yaşanabilecek ispat sorunları ve ceza koşulunun caydırıcı işlevi gibi nedenlerden ötürü rekabet yasağı kayıtlarına bir ceza koşulu eklenmesi teamül haline gelmiştir. Borçlar Kanunu'nda rekabet yasağına aykırı eyleme bağlanan ceza koşulu, kural olarak, ifayı engelleyen ceza koşulu (dönme cezası) olarak düzenlenmiştir. Buna göre, rekabet yasağı kaydında aynen ifa koşuluna yer verilmediği takdirde işçi ceza koşulunu ödeyerek rekabet yasağından kurtulabilir. Ancak işçi ceza koşulunu aşan zararı gidermekle yükümlüdür. Uygulamada ceza koşulunun, genellikle işçinin son ücretinin belli bir katı olarak tespit edildiği görülmektedir. Bununla birlikte, hâkimin aşırı (fahiş) gördüğü bir ceza koşulunu indirme yetkisinin saklı olduğu belirtilmelidir. Ancak uygulamada mahkemeler neredeyse her ceza koşuluna otomatik bir indirim uygulamaktadır. Bu uygulamanın yanlış olduğu ve hâkimin sadece aşırı bir ceza koşulunu indirmesi gerektiği vurgulanmalıdır. Bu itibarla hâkim iki aşamalı bir

değerlendirme yapmalı, ilk olarak ceza koşulunun aşırı olup olmadığına karar vermelidir. Ceza koşulunun aşırı olduğu kanısına varan hâkim, daha sonra uygulayacağı indirim oranını tespit etmelidir. Hâkim ceza koşulunun aşırılığının ve indirim oranının tespitinde çok sayıda etmeni dikkate almak zorundadır. Prensip olarak, işçinin son bir yıllık ücretini aşan ceza koşulunun aşırı olduğu varsayılabilir. Bununla beraber somut olayın özelliğine göre işçinin son ücretinin bir yıllık tutarını aşan bir ceza koşulu makul olarak nitelendirilebileceği gibi, bu sınırın altında kalan bir ceza koşulunun aşırı olması da mümkündür. Ceza koşulu ve/veya tazminat alacaklarına işletilecek faizin türü, görevli mahkemenin hangisi olduğu sorusuna verilecek yanıtı göre değişmektedir. Şayet rekabet yasağı kaydıyla ilintili davalarda iş mahkemesi görevli kabul edilirse söz konusu alacaklara yasal temerrüt faizi yürütülecektir. Buna karşın bu davaların asliye ticaret mahkemelerinin görev alanına girdiği görüşü benimsenirse, ceza koşuluna veya tazminata avans faizi işletilecektir. İşverenin ceza koşulu ve tazminat alacakları on yıllık genel zamanaşımı süresine tabidir. İşverenin tazminat alacağına tespiti genellikle tahkikatı gerektirdiğinden, böyle bir davanın belirsiz alacak davası veya kısmi dava olarak açılması olanaklıdır. Keza hâkimin aşırı bir ceza koşulunu indirme ödevinin, ceza koşulunu her halükarda belirsiz alacağı dönüştürdüğü ve işverenin ceza koşulu alacağı için belirsiz alacak davası açabileceği vurgulanmalıdır.

İşverenin rekabetten kaçınma borcunu yerine getirmeyen işçiye karşı başvurabileceği en etkili hukuki yolun aynen ifa olduğu şüphesizdir. Alman, Hollanda, Belçika ve Fransız hukuklarında çok yaygın bir şekilde uygulanan bu yöntem, Türk uygulamasında rastlanmaması ve öğretinin de bu hukuki yaptırım türüne eğilmemesi oldukça dikkat çekicidir. Borçlar Kanunu işverenin işçiden rekabet etmeme borcunun aynen ifasını talep edebilmesini biri şekli, diğer ikisi ise maddi olmak üzere nitelikli üç koşulun birlikte gerçekleşmesine bağlamıştır. Şekli koşul yazılılık, maddi koşullar ise işverenin ihlal veya tehdit edilen menfaatlerinin önemi ile işçinin davranışının aynen ifa istemini haklı göstermesidir. Rekabet yasağının azami süresi ve davanın hemen sonuçlanmama olasılığı da göz önünde tutulduğunda, işverenin aynen ifa davasından beklenen yararı elde edebilmesi, mahkemenin vereceği ihtiyati tedbir kararına bağlıdır. İşveren işçinin aynen ifaya mahkûm edildiği ilamı icraya koyabilir. İlamın gereğini yerine getirmeyen işçi işverenin şikâyeti üzerine İİK m. 343 uyarınca tazyik hapsine çarptırılacaktır.

Kanımızca İcra İflas Kanunu'nda yapılacak bir değişiklikle, yapma ve yapmama ilamlarının gereğini yerine getirmeyen borçluların ilk aşamada tazyik para cezasıyla cezalandırılmasını, tazyik hapsinin ise *ultima ratio* olarak devreye girmesini öngören genel bir hükmün getirilmesi isabetli olacaktır. Hemen belirtelim ki, gerek rekabet yasağı kaydına aykırı davranışla ilişkili ceza koşulunu ifayı engelleyen ceza koşulu olarak düzenleyen fıkra gerek işverenin aynen ifa davası açabilmesini bir dizi nitelikli koşula bağlayan kural, karşı edimsiz bir rekabet yasağı kaydını caiz sayan yasal düzenlemeyle ortaya çıkan dengesiz durumun giderilmesine yönelik çabanın somut bir yansımasıdır. İşverenin asgari bir karşı edim üstlenmesinin rekabet yasağı kaydının geçerlilik koşuluna dönüştürülmesiyle birlikte, bu kurallara olan gereksinim de ortadan kalkacaktır. Şu halde karşı edim, mevcut yasal düzenlemede yapılacak bir değişiklikle rekabet yasağı kaydının geçerlilik koşulu haline getirildiği takdirde, TBK m. 446 tamamen yürürlükten kaldırılmalıdır. Böylece rekabet yasağı kaydına aykırılıkla ilişkilendirilen ceza koşulu ifaya eklenen ceza koşuluna dönüşecek ve işveren hem ceza koşulunu hem de aynen ifayı birlikte talep edebilecektir. Üstelik işverenin aynen ifa talebi için herhangi bir nitelikli koşul aranmayacaktır. Öte yandan rekabetten kaçınma borcuna aykırı davranan işçinin karşı edim hakkını yitireceği ve böyle bir durumda işverenin rekabet yasağı sözleşmesini feshedebileceği hatırlatılmalıdır. Şayet işveren karşı edim borcunu ifada temerrüde düşerse, işçi alacağını dava veya ilamsız icra yoluyla tahsil edebileceği gibi, rekabet yasağı sözleşmesini feshederek rekabet yasağından da kurtulabilir.

İşyeri ve iş sözleşmesi devrinin rekabet yasağı kaydına etkisi, önemli bir konudur. İşyeri veya işyerinin bir bölümü hukuki işleme dayalı olarak başka birine devredildiğinde, devir tarihinde işyerinde veya bir bölümünde mevcut olan iş sözleşmeleri bütün hak ve borçları ile birlikte devralana geçmektedir. Bu bağlamda, rekabet yasağı kaydından doğan hak ve borçları iş sözleşmesinden kaynaklanan diğer hak ve borçlardan ayırarak devralan işverene geçmeyeceği yönündeki görüşler sağlam bir hukuki dayanaktan yoksundur. Dolayısıyla devir sonucunda rekabet yasağı kaydı da iş sözleşmesinin diğer kayıtları gibi devralan işverene geçecektir. Önemli olan, devir anında ilişkisinin sürüyor olmasıdır. Buna karşın, işyerinin iş ilişkisinin sona erdiği ve rekabet yasağının uygulandığı bir tarihte devredilmesi devralan işvereni rekabet yasağı kaydının tarafı haline getirmemektedir. İş sözleşmesi devrinin rekabet yasağı kaydına etkisi, işyeri devrinden farklı değildir. İş

sözleşmesini devralan işveren, bütün hak ve borçlarıyla ve bu arada rekabet yasağı kaydıyla birlikte iş sözleşmesinin tarafı haline gelecektir. Benzer şekilde işverenin iş ilişkisi sırasında iflas etmesi rekabet yasağı kaydının ortadan kalkmasına yol açmaz; iflas masası rekabet yasağı kaydının tarafı olur. Ayrıca karşı edimin imtiyazlı bir alacak olmadığına işaret edilmelidir.

Türk hukukunda rekabet yasağı, bu yasağın sürdürülmesinde işverenin gerçek bir yararı kalmadığında sona ermektedir (TBK m. 447/1). Yalnızca tek taraflı bir rekabet yasağına uygulanmaya elverişli bu fıkra, sinalagmatik bir yapıya geçilmesiyle beraber yürürlükten kaldırılmalıdır. Aynı maddede iş sözleşmesi haklı bir sebep olmaksızın işveren tarafından veya işverene yüklenebilen bir nedenle işçi tarafından feshedildiğinde rekabet yasağının sona ereceği açıklanmıştır (TBK m. 447/2). Fıkroda geçen ‘haklı bir sebep olmaksızın’ ve ‘işverene yüklenebilen bir nedenle’ ifadeleri yoruma muhtaçtır. Kanaatimizce her iki ifade de ‘diğer taraftan kaynaklanan bir neden’ olarak anlaşılmalıdır. Böylelikle işverenin iş sözleşmesini haklı nedenle derhal ve işçinin yetersizliğinden veya davranışlarından kaynaklanan geçerli bir nedenle feshettiği tüm durumlarda rekabet yasağı yürürlüğe girecek; buna karşılık iş sözleşmesinin işletme gerekleri gibi işverenin risk alanına ait bir nedenle feshedilmesi halinde işçi rekabet yasağından kurtulacaktır. Aynı doğrultuda işçinin iş sözleşmesini haklı nedenle derhal feshi rekabet yasağı kaydının yürürlüğe girmesini engelleyecek; tersine iş sözleşmesinin işçi tarafından süreli feshi rekabet yasağının uygulanması sonucunu doğuracaktır. Şüphesiz söz konusu fıkra, ancak tek taraflı bir rekabet yasağı kaydına uygulanabilir niteliktedir. Yukarıda da belirtildiği üzere, karşı edim içeren bir rekabet yasağı kaydına TBK m. 447 yerine, kıyasen TTK m. 123 uygulanmalıdır. İşverenin asgari bir karşı edim üstlenmesi rekabet yasağı kaydının geçerlilik koşulları arasına dâhil edildiği takdirde bu fıkra da değiştirilmeli ve feshin türüne bağlı olarak rekabet yasağının hukuki sonuç doğurmadığı bir sistemin yerine, tarafların yine feshin türüne bağlı olarak rekabet yasağı kaydından dönerek rekabet yasağının yürürlüğe girmesini engelleyebilecekleri bir düzenleme benimsenmelidir.

Rekabet yasağı kayıtlarıyla ilgili davalarda görevli mahkemenin hangisi olduğu konusunda derin bir içtihat ayrılığı yaşanmaktadır. Uyuşmazlığın kökeninde Borçlar Kanunu’nun rekabet yasağına ilişkin 444 ila 447. maddelerinde öngörülen hususlardan doğan hukuk davalarını ticari dava sayan eski ve yeni Ticaret

Kanunu'ndaki düzenlemeler yatmaktadır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ve Yargıtay 9. Hukuk Dairesi rekabet yasağı kaydıyla ilgili davaların iş mahkemelerinin görev alanına girdiği kanısındadır. Buna karşılık, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin yerleşik uygulaması, bu gibi davalarda asliye ticaret mahkemelerini görevli addetmektedir. Kanımızca rekabet yasağıyla bağlantılı davaları ticari dava sayan TTK m.4/1c son derece açık olup, rekabet yasağı kaydından doğan her türlü davanın asliye ticaret mahkemelerinde görülmesi ve çelişik içtihatların da bu doğrultuda birleştirilmesi gerekir. Bununla birlikte bu davalarda *de lege lata* asliye ticaret mahkemelerinin görevli olması, *de lege ferenda* bir eleştiriye engel değildir. Gerçekten iş sözleşmesiyle rekabet yasağı kaydı arasındaki sıkı ilişki gözetildiğinde, rekabet yasağı kaydıyla ilintili davalar iş mahkemelerinde görülmelidir. Kaldı ki karşılaştırmalı hukuktaki örnekler de bu görüşü desteklemektedir. O halde basit bir kanun değişikliği ile TTK m.4/1c'de yer alan '*rekabet yasağına ilişkin 444 ve 447*' ifadesi maddeden çıkarılmalı ve böylelikle rekabet yasağına ilişkin davaların iş mahkemelerinin görev alanına girmesi sağlanmalıdır. Özellikle belirtelim ki, iş ilişkisinin sona ermesinden sonra bağitlanan rekabet yasağı sözleşmelerinden doğan davalarda, kural olarak, asliye hukuk mahkemesi görevlidir.

Sonuç olarak, karşılaştırmalı hukuktan ve uygulama sorunlarından elde edilen veriler ışığında; rekabet yasağı kaydını düzenleyen Borçlar Kanunu hükümlerinin çağdaş iş hukukuyla uyumlu olmadığı, bu hükümlerin ülkemizin iş hukuku alanında geldiği düzeye yakışmadığı ve ayrıca Anayasa'yla da çeliştiği ortadadır. O halde mevcut yasal düzenlemede gerekli değişiklikler yapılmalı ve rekabet yasağı kaydına ilişkin pozitif hukuk, işçinin çalışma özgürlüğünün korunması amacını ön plana çıkaran çağdaş bir yapıya kavuşturulmalıdır. Aşağıda sunulacak değişiklik önerisi kanunlaştığı takdirde, bu akademik çalışma da nihai amacına ulaşmış olacaktır:

“VII. Rekabet yasağı kaydı

1. Tanımı ve Koşulları

Madde 444- Rekabet yasağı kaydı fiil ehliyetine sahip olan işçinin, işverene karşı, iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra herhangi bir biçimde onunla rekabet etmekten, özellikle kendi hesabına rakip bir işletme açmaktan, başka rakip bir işletmede çalışmaktan veya bunların dışında rakip işletmeyle başka türden bir menfaat ilişkisine girişmekten kaçınmayı yazılı olarak üstlendiği sözleşmedir.

İşverenin iş sözleşmesinin sona erdiği tarihte işçiye sağladığı para ve para ile ölçülebilen menfaatlerin en az yarısı kadar bir karşı edim içermeyen rekabet yasağı kaydı geçersizdir. Karşı edim, ayda bir taksitler halinde ödenir. İşverenin, işçinin rekabet yasağı sırasında başka bir iş tutarak elde ettiği kazancı karşı edimden mahsup etme hakkı saklıdır.

İşveren, iş sözleşmesinin sona erdiği tarihe kadar rekabet yasağı kaydının uygulanmasından, yazılı olarak vazgeçebilir. İşveren, vazgeçme beyanından altı ay sonra karşı edim borcundan kurtulur.

Rekabet yasağı kaydı, ancak iş ilişkisi işçiye müşteri çevresi veya üretim ya da iş sırları hakkında bilgi edinme imkânı sağlıyorsa ve aynı zamanda bu bilgilerin kullanılması, işverenin önemli bir zararına sebep olacak nitelikteyse işçiyi bağlar.

2. Sınırlandırılması

Madde 445- Rekabet yasağı kaydı, işçinin ekonomik geleceğini hakkaniyete aykırı olarak tehlikeye düşürecek biçimde yer, zaman ve konu bakımından uygun olmayan sınırlamalar içeremez ve süresi iki yılı aşamaz.

Hâkim aşırı bir rekabet yasağı kaydını, bütün durum ve koşulları serbestçe değerlendirmek ve işverenin üstlendiği karşı edimi de hakkaniyete uygun biçimde göz önünde tutmak suretiyle, kapsamı veya süresi bakımından sınırlayabilir.

3. Aykırı Davranışın Sonuçları

Madde 446- Mülga

4. Sona Ermesi

Madde 447- Mülga

Taraflardan biri, diğer taraftan kaynaklanan bir nedenle iş sözleşmesini feshederse, rekabet yasağı kaydıyla bağlı olmadığını fesihden itibaren on beş gün içinde diğer tarafa yazılı olarak bildirebilir. İşveren, iş sözleşmesini işçiden kaynaklanmayan bir nedenle feshederse, işçi rekabet kaydıyla bağlı olmadığını fesihden itibaren on beş gün içinde işverene yazılı olarak bildirebilir.”

KAYNAKÇA

- Achterberg*, Norbert: Das nachvertragliche Wettbewerbsverbot in verfassungsrechtlicher Sicht, JZ 1975, s. 713–721.
- Akyiğit*, Ercan: İsviçre ve Türk İş Hukukunda İşçinin Hizmet Akdi Sonrasına Yönelik Rekabet Yasağı, Kamu-İş, Cilt 2, Ocak 1991, Sayı 6–7, s. 4–19.
- Al- Kandari*, Fayez: L'obligation de non-concurrence en contrat de travail: etude comparative en droit français et koweitien, Arab Law Quarterly 2001, Kluwer Law International, s. 158–177.
- Alp*, Mustafa: İş Sözleşmesinin Devri, İş Hukukunda Üçlü İş İlişkileri, Sempozyum, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul 2009.
- Alp*, Mustafa: Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre, Bölünme, Birleşme ve Tür Değiştirmenin İş İlişkilerine Etkisi (TTK 178; 158; 190), Çalışma ve Toplum 32, 2012/1, s. 51–73.
- Antonmattei*, Paul-Henri: Les clauses du contrat de travail, Editions Liaisons, Paris 2005.
- Aslan*, İ. Yılmaz: Rekabet Hukuku, 3. Baskı, Ekin Kitabevi, İstanbul 2005.
- Atamer*, M. Yeşil: Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Değerlendirilmesi, Beta, İstanbul 1999.
- Auzero*, Gilles: Montant et modalités de paiement de la contrepartie financière à l'obligation de non-concurrence, Revue de Droit du Travail, mensuel-n°5-mai 2007, s. 308–309.

Bakels, H.L.: Privaatrechtelijke belemmeringen van de vrije keuze van dienstbetrekking, NJB 1962, s. 725-737.

Başbuğ, Aydın: Tacir işveren ve iş hukukunda cezai şarttan indirim, Prof. Dr. Kamil Turan'a Armağan, Kamu-İş Cilt:7, 2003/2, s. 239-256.

Baştürk, Faruk: Rekabet Yasağı Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda Görevli Mahkeme, Legal Yargıtay Karar İncelemeleri Dergisi, 2008/7, s. 45-61.

Baştürk, Faruk: Rekabet Yasağı Sözleşmesinde Görevli Mahkemeye İlişkin Yargıtay Kararları Üzerine Bir İnceleme, Sarper Süzek'e Armağan, Beta, İstanbul 2011, s. 1539-1556

Bauer, Jobs-Hubertus/*Diller*, Martin: Wettbewerbsverbote, Rechtliche und taktische Hinweise für Arbeitgeber, Arbeitnehmer und vertretungsberechtigte Organmitglieder, 5. Auflage, Verlag C.H. Beck, München 2009.

Beltzer, R.M.: Overgang van onderneming in de private en publieke sector, Kluwer, Deventer 2007.

Bohny, Peter: Das arbeitsvertragliche Konkurrenzverbot, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich 1989.

Bolte, H.J.: Het relatiebeding op de korrel, ArbeidsRecht, maandblad voor de praktijk, Aflevering 2001-6/7, Arbeidsrecht 2001, s. 34-38.

Bouwens, W.H.A.C.M./*Duk*, R.A.A.: Arbeidsovereenkomstenrecht, 23e druk, Kluwer, Deventer 2011.

Bouwens, W.H.A.C.M./*Houwerzijl*, M.S./*Roozendaal*, W.L.: Schets van het Nederlandse arbeidsrecht 21e druk, Kluwer, Deventer 2011.

Brino, Vania: Droit d'ici/Droit d'ailleurs, Sous la responsabilité de Pascal Lokiec et Sophie Robin-Olivier, La clause de non-concurrence, Italie, Revue de Droit du Travail, n° 11- novembre 2007, s. 682–684.

Buchner, Herbert: Wettbewerbsverbote während und nach beendigung des Arbeitsverhältnisses, Schriften zur AR-Blattei Neue Folge Bd. 2, Forkel Verlag, 1995.

Carlier, Edward: Concurrentie tijdens en na de arbeidsrelatie, Sociale Praktijkstudies nr. 15, Kluwer uitgevers/Ced. Samsom, Mechelen 2003.

Chagny, Yves: Débauchage du salarié, nullité de la clause de non-concurrence: une prise de possession du droit du travail par le droit commercial, Revue de Droit de Travail, mensuel-n°7-8, juillet-aout 2008, s. 453-455.

Chénéde, Olivier/Jourdan, Dominique: Contrat de travail Du recrutement à la rupture, 6e édition, Delmas, Paris 2005.

Cuypers, Daniël: Schets van het Belgische Arbeidsrecht, Intersentia Educatief, Antwerpen-Oxford 2010.

Çelik, Nuri: İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 24. Bası, Beta, İstanbul 2010.

Çil, Şahin/Kar, Bektaş: 6100 sayılı HMK'ye göre İş Yargılamasında Belirsiz Alacak Davası ve Kısmi Dava, Yetkin, Ankara 2010.

Damy, Grégory: La clause de concurrence dans les relations de travail, La Semaine Juridique, 31 Janvier 2008, Hebdomadaire, N°1, s. 37–43.

Den Hertog, J.A./De Geest, G., Het concurrentiebeding in het licht van de nieuwe arbeidseconomie, Sociaal Recht, 2000-1, s. 11-21.

Diller, Martin: Anmerkung zu BAG: Wirksamkeit einenachvertraglichen Wettbewerbsverbots, *Recht der Arbeit*, Heft 1, Januar/Februar 2006, s. 46–48.

Dorndorf, Eberhard: Freie Arbeitsplatzwahl und Recht am Arbeitsergebnis, Metzner, Frankfurt am Main 1979.

Edenfeld, Stefan: Nachvertragliche Wettbewerbsverbote im Europäischen Vergleich, *Zeitschrift für Arbeitsrecht*, 35. Jahrgang 3/2004, s. 463-469.

Ekmekçi, Hizmet Akdinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtay'ın 1999 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin 1999 Kararlarının Değerlendirilmesi, İstanbul 2001, s. 61–143 (1999 yılı kararları)

Emmel, Frank: Wann gilt das Konkurrenzverbot?, *Neue Zürcher Zeitung* 2009 n. 199-69.

Engin, E. Murat: İş Sözleşmesinin İşletme Gereklere İle Feshi, Beta, İstanbul 2003.

Engin, Murat: Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2004, Bireysel İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay'ın 2004 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Ankara 2006, s. 1–17 (2004 yılı kararları)

Eren, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, Beta, İstanbul 2010.

Ergin, Hediye: Türk ve Alman Hukukunda İş Sözleşmesinin Sağlık Nedeniyle Sona Ermesi, Beta, İstanbul 2009.

Ertürk, Şükran: İş İlişkisinde Temel Haklar, Seçkin Yayınları, Ankara 2002.

Ertürk, Arzu Arslan: Türk Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu, XII Levha Yayınları, İstanbul 2010.

- Funck*, Jean-François: La clause de confidentialité dans le contrat de travail, Clauses spéciales du contrat de travail Utilité-Validité-Sanction, sous la direction scientifique Madame Viviane Vannes, Bruylant, Bruxelles 2003, s. 187-215.
- Gaul*, Dieter: Der erfolgreiche Schutz von Betriebs-und Geschäftsgeheimnissen, Verlag Luchterhand, 1994.
- Geerebaert*, Paul: *Vandebotermet*, Magda: De oneerlijke concurrentie van artikel 17 3° van de Arbeidsovereenkomstenwet als ‘opvangnet’ in geval van afwezigheid van concurrentie-nadeel vereist voor de concurrentiebedingen van de artikelen 65 en 86 van diezelfde wet?, *Oriëntatie* 2011/13, Kluwer, s. 84-88.
- Growe*, Sonja: Nachvertragliche Wettbewerbsbeschränkungen von Arbeitnehmern in multinationalen Konzernen, Eine rechtsvergleichende Untersuchung des deutschen und englischen rechts, Verlag Dr. Kovač, Hamburg 2010.
- Groupe Revue Fiduciare*: Les contrats de travail et leurs clauses, Collection Essentiels RF, Paris 2006, s. 174–199.
- Grunsky*, Wolfgang: Wettbewerbsverbote für Arbeitnehmer Arbeitnehmer, RWS-Skript 104, 2. Auflage, Köln 1987.
- Grüll*, Ferdinand/Wolf-Rüdiger, *Janert*: Die Konkurrenzklausel, 5. Auflage, Verlag Recht und Wirtschaft, Heidelberg 1993.
- Güzel*, Ali: İşverenin Değişmesi-İşyerinin Devri ve Hizmet Akitlerine Etkisi, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1987.
- Güzel*, Ali: Emre, *Ertan*: Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Sosyal Seçim Ölçütleri, *Legal İHSGHD* 2007/16, s. 1289–1290.

Güzel, Ali/Okur, Ali Rıza/Caniklioğlu, Nurşen: Sosyal Güvenlik Hukuku, 5510 sayılı Kanuna Göre Hazırlanmış 13. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2010.

Güzel, Ali/Ugan, Deniz/Ertan, Emre: Avrupa Birliği ve Türk İş Hukukunda İşverenin Çalışma Koşulları Hakkında İşçileri Bilgilendirme Yükümlülüğü, Ünal Narmanlıoğlu'na Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 9 Özel Sayı, İzmir 2007, s. 43–74.

Haefliger, Arthur: Das Konkurrenzverbot im Neuen schweizerischen Arbeitsvertragsrecht, Dissertation zur Erlangung der Würde eines Doctor iuris der Rechts- und wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern, Verlag Stämpfli & Cie AG, Bern 1974.

Heerma van Voss, G.J./Van der Heijden, P.F.: Kroniek van het Sociaal Recht, NJB 2000/31, s. 1552.

Helvacı, Serap: Gerçek Kişiler, 3. Bası, Legal, İstanbul 2010.

Herman, Jan: Het concurrentiebeding: tien jaar rechtspraak, Orientatie 12- december 2001, s. 227–239.

Hoorn, E.G./Louwers, J.L.M.W.: Hoofdlijnen actuele rechtspraak inzake het concurrentiebeding (oude stijl), Arbeid Integraal, Het Concurrentiebeding, 2005/2, s. 29-38.

Houweling, A.R.: Bevordering van de rechtszekerheid; een sterke vestingmuur? Wetsvoorstel wijziging concurrentiebedingf getoetst aan de rechtszekerheidsdoelstelling, Arbeid Integraal 2005/2, s. 5–27.

Houweling, A.R./Loonstra, C.J.: Het concurrentiebeding in de arbeidsovereenkomst, Boom Juridische uitgevers, Den Haag 2011.

Houweling, A.R./Loonstra, C.J.: Het concurrentiebeding in artikel 7:653 BW: welk regelingsmodel?, W. Plessen, H.van Drongelen & F. Hendrickx

(Eds.), *Sociaal recht: tussen behoud en vernieuwing*, Zutphen, Uitgeverij Paris, s. 379-398.

Hromadka, Wolfgang/Maschman, Frank: Arbeitsrecht Band 1 Individualarbeitsrecht, 5. Auflage, Springer, Heidelberg 2008.

Humblet, P./Rigaux, M.: Synopsis van het Belgische Arbeidsrecht, Vierde Editie, Intersentia, Antwerpen-Oxford 2010.

Kar, Bektaş: İş Güvencesi ve Uygulaması, Yetkin, Ankara 2009.

Karagöz, Veli: İş Sözleşmesinde Cezai Şart, Seçkin, Ankara 2006, s. 98.

Kılıçoğlu, Mustafa/Şenocak, Kemal: İş Kanunu Şerhi, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 2. Bası, 2 Cilt, Legal, İstanbul 2008.

Kingma, E.W.: Het relatiebeding, concurrentie voor het concurrentiebeding?, ArbeidIntegraal, Het Concurrentiebeding, 2005/2, , s. 83-86.

Kliemt, Michael: Formerfordernisse im Arbeitsverhältnis, Müller Jur. Verlag, Heidelberg 1995.

Koch, Jens: Das Nachvertragliche Wettbewerbsverbot im einseitig vorformulierten Arbeitsvertrag, Recht der Arbeit, Heft 1, Januar/Februar 2006, s. 28–33.

Kuru, İcra ve İflas Hukuku, 3. cilt, Alfa, İstanbul 1993.

Kuru, İcra ve İflas Hukuku, 4. cilt, Alfa, İstanbul 1997.

Lebe-Dessard, Viviane: La clause de non-concurrence et la concurrence déloyale, Clauses spéciales du contrat de travail Utilité-Validité-Sanction, sous la direction scientifique Madame Viviane Vannes, Bruylant, Bruxelles 2003, s. 217–273.

- Lietaert*, Bruno: Concurrende activiteiten van de werknemere verhinderen aan de hand van een dwangsom, *Oriëntatie* 1- Januari 1999, s. 10–15.
- Loonstra*, C.J.: Tweede Kamer stemt in met wetsvoorstel concurrentiebeding, *Nederlands Tijdschrift voor Sociaal Recht* 2004 (12), s. 401-402.
- Loonstra*, C.J.: Het nieuwe art. 7:653 BW gewogen in het licht van art. 19 lid 3 Grondwet, *Sociale Maandblad Arbeid (SMA)*, Februari 2005 (2), s. 61–74.
- Loonstra*, C.J.: Ontknoping Rampendossier, *Nederlands Tijdschrift voor Sociaal Recht*, 2006 (5), s. 143-144.
- Loonstra*, C.J.: De rechtsbescherming van werknemers en het concurrentiebeding, Prof. Dr. Ali Güzel'e Armağan, Beta, İstanbul 2010, s. 461-480.
- Loonstra*, C.J./*Zondag*, W.A.: *Arbeidsrechtelijke themata*, Vierde Druk, Boom Juridische Uitgevers, Den Haag 2010.
- Loonstra*, C.J./*Zondag*, W.A.: Het concurrentiebeding-op zoek naar een nieuwe wettelijke regeling, In A. Jacobs & F. Pennings (Eds.), *Een inspirerende Fase in het sociaal recht*, Uitgeverij Paris, s. 59-78.
- Maerten*, P./*Wouters*, O: Concurrentiebeding: Overzicht van Rechtspraak 2000-2004, s. 254-259.
- Manav*, Eda: İş Hukukunda Rekabet Yasağı Sözleşmesinin Geçerlilik Koşulları, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, sayı 87, Mart-Nisan 2010, s. 322–363.
- Martens*, Klaus-Peter: *Konzerndimensionaler Wettbewerbsschutz*, Festschrift für Wilhelm Herschel, München 1982, s. 237–256.
- Nunes*, E.: De geldigheid van het concurrentiebeding nader beschouwd, *Dossier* Nr. 42/juli 2000, s. 35-39.

- Oğuzman, M. Kemal/Barlas, Nami: Medeni Hukuk, 14 Bası, Arıkan 2007.*
- Oğuzman, M. Kemal /Öz, M. Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenip Genişletilmiş 9. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011.*
- Olbers, M.M.: Het concurrentiebeding is een onding, SMA 1991, s. 575-589.*
- Özbek, Mustafa Serdar: Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda İlamlı İcranın Etkinliği, Yetkin, Ankara, 2011.*
- Özdemir, Erdem: İş Sözleşmesinin İçeriği ve Ücret, III. Yılında İş Yasası (Seminer Notları), Bodrum 2005, s. 51-52.*
- Özdemir, Erdem: İstifa ve İkale (İş Sözleşmesini Sona Erdiren Hukuki İşlemlerin Geçerliliği, İstanbul Barosu Yayınları 2009, s. 24-48.*
- Özdemir, Erdem: 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun İş Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Hükümlerine Eleştirel Bir Bakış, Sicil İş Hukuku Dergisi, Aralık 2011, Sayı 24, s. 113; Çalışma Hayatı Açısından Yeni Borçlar Kanunu ve Ticaret Kanunu Semineri, Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu, 20-12 Eylül 2011 İstanbul, s. 191.*
- Özkaraca, Ercüment: İşyeri Devrinin İş Sözleşmelerine Etkisi ve İşverenlerin Hukuki Sorumluluğu, Beta, İstanbul 2008.*
- Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Muhammet, Özkes: Medeni Usul Hukuku, 12. Bası, Yetkin, Ankara 2011.*
- Pidoux, Philippe, La prohibition de concurrence dans le contrat de travail, Imprimerie Vaudoise, Lausanne 1969.*
- Pignarre, Louis Frédéric: Contrepartie financière de la clause de non-concurrence et droit des obligations: jeux d'influences, s. 151-158.*

Preis, Ulrich: Der Arbeitsvertrag, 2. Auflage, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln 2005.

Ray, Jean-Emmanuel/Rojot, Jacques: Loyalty and Non-Competition In France, Comparative Labor Law & Policy Journal, Volume 20:225, 1999, s. 225-236.

Rehbinder, Manfred: Schranken und Wegfall des Konkurrenzverbots im Arbeitsrecht, Prof. Dr. Haluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1990. s., 515-531.

Rehbinder, Manfred: Schweizerisches Arbeitsrecht, 15. neu bearbeitete Auflage, Stämpfli Verlag AG, Bern 2002.

Röhler/Borrmann, Wettbewerbsbeschränkungen für Arbeitnehmer und Handelsvertreter, 1981.

Rudolph, Roger: Die Realexekution von arbeitsrechtliche Konkurrenzverboten, Zeitschrift für Arbeitsrecht und Arbeitslosenversicherung, ARV 2003, s. 1–11.

Rudolph, Roger: Coup de projecteur sur le droit du travail: La problématique de la prohibition de faire concurrence, TREX-Der Treuhandexperte, s. 94 vd. (Makalenin Almanca metni için bkz. Fokus Arbeitsrecht: Sorgenkind Konkurrenzverbot, TREX 2010 s. 88–92)

Quist, J.P.: Het concurrentiebeding nader beschouwd, Een vergelijking tussen het (huidige en komende) Nederlandse recht en de Belgische regeling, Boom Juridische uitgevers, Den Haag 2004.

Savaş, Fatma Burcu: Rekabet Yasağı Sözleşmeleri (Türk ve Fransız Hukuklarına İlişkin Mukayeseli Hukuk Çalışması), Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi 2007/13, s. 103–133.

Schmid, Michael: Probleme beim Zusammentreffen von Freistellung und nachvertraglichen Wettbewerbsverbot bei Arbeitnehmern und Organmitgliedern, Verlag Dr. Kovač, Hamburg 2006.

Schwabe, Jürgen: Verfassungswidrigkeit von Wettbewerbsverboten, JZ 1976, s. 439–440.

Seliçi, Özer: Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1976.

Signoretto, Fabrice: Les contrats de travail, Éditions d'Organisation, Paris 2002.

Soyer, Polat: Rekabet Yasağı Sözleşmesi, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No:53, Ankara 1994.

Soyer, Polat: İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay'ın 2008 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtay'ın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi, Ankara 2010, s. 11–85 (2008 yılı kararları)

Staub, Herman: Handelsgesetzbuch, Band 2, 5. Auflage, Walter de Gruyter, 2008.

Süzek, Sarper: İş Hukuku, Yenilenmiş 4. Baskı, Beta, İstanbul 2008.

Şahlanan, Rekabet Yasağının Geçerlilik Koşulları (Karar İncelemesi), Tekstil İşveren Dergisi, Sayı: 330 Temmuz 2007, Hukuk 15, s.1-5.

Şahlanan, Fevzi: Rekabet Yasağı Sözleşmesi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 11. yıl toplantısı, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2008, s. 71–98.

Stamhuis, J.N.: Deformalisering van het schriftelijkheidvereiste ex art. 7:653 BW?, Sociaal Recht 2008-9, s. 255–258.

Taşkent, Savaş/Kabakçı, Mahmut: Rekabet Yasağı Sözleşmesi, Sicil İş Hukuku Dergisi, Aralık 2009, Sayı 16, s. 21–46.

Taté, David: Les clauses de non concurrence en droit du travail et les arrêts de principe du 10 juillet 2002, Le Droit Ouvrier, nouvelle série n°652, Note sous Soc. 10 juillet, s. 533.

Treep, Marion: Arbeidsrecht, 7e, herziene druk, Uitgeverij Nelissen, Soest 2006.

Truyts, Jan/Baart, Tim: Het niet-concurrentiebeding Een stand van zaken, Orientatie 1, Januari 1997, s. 1-8.

Uşan, M. Fatih: İş Hukukunda İş Sırrının Korunması (Sır Saklama ve Rekabet Yasağı), Seçkin, Ankara 2003.

Uşan, M. Fatih: Rekabet Yasağı Sözleşmesinin Taşınması Gereken Şartlar ve Bunun Geçerliliği Meselesi (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin Bir Kararı Üzerine Değerlendirme), Sicil İş Hukuk Dergisi, Mart 2011- Sayı 21, s. 116-128.

Van Bommel, A.J.C.: 'Als je van mijn klanten afblijft' De (on)rechtmatigheid van concurrentie door de ex-werknemer bij gebreke van een non-concurrentiebeding, Arbeid Integraal, Het Concurrentiebeding, 2005/2, s. 57-68.

Van den berg, M.B.M.C.: De concurrentiebedingboete, Arbeid Integraal, Het Concurrentiebeding, 2005/2, s. 39-46.

Van Der Paelt, Evy: Kan u concurrentie door uw eigen (ex-) werknemers vermijden?, Ondernemer&Zelfstandige, Oktober 2004, s. 18.

Van Eeckhoutte, Willy: Sociaal Compendium Arbeidsrecht 2006–2007, Kluwer, Mechelen 2006.

Van Genderen, D.M./Sluit P.S./ Stefels, M.E./Witte, W.G.M.J./ De Wolff, D.J.B.: Arbeidsrecht in de praktijk, zevende herziene druk, Sdu Uitgevers, Den Haag 2010.

Van Grinsven, P.M.H.J./Jeugjes, H.C.: Arbeidsrecht begrepen, Tweede druk, Boom Juridische uitgevers, Den Haag 2007.

Vandenberghe, A.S.: An economic analysis of employment law, Proefschrift ter verkrijging van de graad doctor aan de Universiteit Utrecht, CRC prepared by: G.J. Wiarda Institute, Utrecht University for Legal Studies, Utrecht 2004.

Vandenberghe, A.S.: De rechtseconomische benadering van het concurrentiebeding, *Arbeid Integraal*, Het Concurrentiebeding, 2005/2, s. 69-81.

Vannes, Viviane: Le contrat de travail: aspects théoriques et pratiques, Deuxième édition, Bruylant, Bruxelles 2003.

Vatinet, Raymonde: Les conditions de validité des clauses de non-concurrence: l'imbroglio Cass. soc. 10 juillet 2002, *Droit Social*, N°11-Novembre 2002, s. 949-954.

Von der Crone, Hans Caspar: Nachvertragliches Konkurrenzverbot im Arbeitsvertrag und in der Agentur: Knebel oder gerechtfertigter immaterieller Schutz?, Seminar Socialschutz im Privatrecht, Wintersemester 2001/02, fotokopi.

Wantiez, Claude: Les clauses de non-concurrence et le contrat de travail, 2^e édition, Editions de droit social-Larcier, Bruxelles 2001.

Westhoff, Stefan: Wirtschaftliche und verfassungsrechtliche Legitimität von Wettbewerbsverboten, *Recht der Arbeit*, Heft 5, 1976/6, s. 353-363.

Wyss, Gabriela: Aus dem Arbeitsrecht: Beschränkung des Konkurrenzverbotes, Neue Zürcher Zeitung, 3.9.2003, Nr. 203 s. 63.

Wyss, Gabriela: Aus dem Arbeitsrecht: Konkurrenzverbot mit Karenzentschädigung, Neue Zürcher Zeitung, 19.10.2005, Nr. 244, s. 64.

Yenisey, Kübra Doğan/Öztürk, Özgür: İşçinin Sözleşme Sonrası Ticari Sırları Saklama Yükümlülüğü, Devrim Ulucan'a Armağan, Legal, İstanbul 2008, s. 399-457.

Yenisey, Kübra Doğan: Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2006, Bireysel İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay'ın 2006 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Ankara 2009, s. 11-99.

Yenisey, Kübra Doğan: İş Hukukunda İşyeri ve İşletme –Alman ve Fransız Hukuklarıyla Karşılaştırmalı Bir İnceleme, Legal, İstanbul 2010.

ÖZGEÇMİŞ

1978 yılında İstanbul'da doğdu 1995 yılında Nişantaşı Anadolu Lisesi'nden mezun oldu. 2000 yılında Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni bitirdi. 2001 yılında İstanbul Barosu'nda avukatlık stajını tamamladıktan sonra, aynı baronun levhasına kaydoldu. 2003 yılında Marmara Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Bölümü İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalına araştırma görevlisi olarak atandı. 2005 yılında 'Türk Sosyal Güvenlik Hukukunda Borçlanma' başlıklı teziyle Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı yüksek lisans programından mezun oldu.

Yayımları

Makaleler

- 1- Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu Tasarısı Açısından İşverenin Yükümlülükleri ve Sorumluluğu, Mercek Dergisi, 2005, sayı 40.
- 2- Yaş Düzeltme Kararlarına İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararı (Prof. Dr. Ali Rıza Okur ile) Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2006, sayı 9.
- 3- İşyerinde Psikolojik Tacize (Mobbinge) Hukuksal Bakış: Avrupa Hukuku ve Karşılaştırmalı Hukuk (Prof. Dr. Ali Güzel ile) Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2007, sayı 14.
- 4- Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Sosyal Seçim Ölçütleri (Prof. Dr. Ali Güzel ile) Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2007, sayı 16.
- 5- Avrupa Birliği ve Türk İş Hukukunda İşverenin Çalışma Koşulları Hakkında İşçileri Bilgilendirme Yükümlülüğü (Prof. Dr. Ali Güzel ve Araş. Gör. Deniz Ugan ile), Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 9, özel sayı : Ünal Narmanlıoğlu'na Armağan, İzmir 2007.
- 6- Avrupa Birliği Hukukunda ve Özellikle Avrupa Toplulukları Adalet Divanı (ATAD) Kararlarında Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Yapılma ve Yenilenme Koşulları, (Prof. Dr. Ali Güzel ile) Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2008, sayı 18.

7- The personal scope of the European and the Turkish collective dismissal law in the light of an ECJ decision, Prof. Dr. Ali Güzel'e Armağan, Beta Yayınları, İstanbul 2010.

Karar İncelemeleri

1- İşyeri Sendika Temsilcisine Yönelik Psikolojik Taciz ve Kötüniyet Tazminatı (Prof. Dr. Ali Güzel ile) Çalışma ve Toplum Dergisi, 2008/1, sayı 16.

2- Yaşlılık Aylığı Bağlanması İstemi, Yazılı Başvuru Koşulu ve Sigortalı Lehine Yorum İlkesi, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2008/4, sayı 19.

3- Ana ve Babadan Birinin Elde Ettiği Gelirin veya Aldığı Aylığın Diğerinin Ölüm Aylığına Hak Kazanmasına Etkisi (Yrd. Doç. Dr. Hediye Ergin ile), Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, Beta Yayınları, İstanbul 2011.

Çeviriler

1- Belçika İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Yasası (Öğr. Gör. Dr. Hediye Ergin ile) Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2007, sayı 16.

2- İşte Şiddet, Psikolojik ve Cinsel Tacizin Neden Olduğu Psiko-Sosyal İş Baskısının Önlenmesine İlişkin Kraliyet Kararnamesi, (Öğr. Gör. Dr. Hediye Ergin ile) Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2007, sayı 16.

3-Dr. Jan Heinsius, Toplu İşçi Çıkarmaya İlişkin Avrupa Birliği Yönergesi ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar. ATAD'ın Beş Kararı ve Hollanda Yasa Koyucusunun Bunlardan Çıkaracağı Dersler, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2008, sayı 18.

4- Luc Cieters, Belçika iş hukukunda işletmelerin devri, Sicil İş Hukuku Dergisi, 2008, sayı 10.

Bildiriler

1- Psikolojik Taciz, İş ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 11. Yıl Toplantısı (Prof. Dr. Ali Güzel ile) 9.6.2007, Galatasaray Üniversitesi, İstanbul Barosu Yayınları, 2008.

2- Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Sosyal Seçim Ölçütleri, Ekonomik Kriz Koşullarında Feshe Karşı Koruma Sempozyumu (Prof. Dr. Ali Güzel ile) 9.5.2009, Kocaeli Üniversitesi.

3-Sexual harassment and mobbing at the workplace according to Turkish law (Prof. Dr. Ali Güzel ile) Dünya İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kongresi, Şili 2012.