

TÜRK BORÇLAR KANUNUN HÜKÜMLERİNE GÖRE İŞÇİ İLE İŞVEREN ARASINDA YAPILAN REKABET YASAĞI SÖZLEŞMESİ

Ar. Gör. Sabah ALTAY*

GİRİŞ

Rekabet yasağı sözleşmesi; bir yandan tacirin teknik ve ticarî sırlarının, müşteri çevresine ilişkin bilgilerinin ve buna bağlı olarak ticari hayattaki konumunun korunması, diğer yandan işveren işçi ilişkisi çerçevesinde, işveren tarafından işyerinde çalışan işçiye yapılan yatırımın, bu yönde yapılan masrafların boşa çıkmamasının sağlanması yönündeki önemli bir hukukî araçtır. Böylece, bir işletmenin bünyesinde çalışarak ve orada bir eğitim sürecinden geçerek, yaptığı işe ilişkin olarak önemli derecede bilgi ve tecrübe edinen işçiden, rakip bir işletmenin kolaylıkla, hiçbir masraf ve yatırım yapmak zorunda kalmaksızın yararlanması, bu yola haksız menfaat sağlanmasının önüne geçilebilmektedir. Bununla birlikte, bu sözleşme işçinin çalışma hak ve özgürlüğünün önemli derecede kısıtlanması anlamını taşımaktadır. Bu sebeple, rekabet yasağı sözleşmesinin kanunen düzenlenmesi ihtiyacı duyulmuştur.

Bu çalışmada, yukarıda bahsedilen bu iki menfaat arasında denge kurulabilmesi için sözkonusu olması gereken prensipler ve rekabet yasağına ilişkin kanuni düzenlemenin kapsamı, içeriği ve amacı ortaya konulmaya çalışılacaktır. Bu çerçevede; rekabet yasağı kavramı, rekabet yasağı sözleşmesinin anlamı, konusu, geçerlilik şartları, özellikle işçinin kişilik hakkının da bir uzantısı olan çalışma hürriyeti ile ilişkisi, bu sözleşmenin hükümleri, ifası, ifa edilmemesinin sonuçları ve sona erme sebepleri incelenecek, iş hukukunun, hizmet sözleşmesinin ekonomik ve sosyal olarak zayıf tarafını

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı.

teşkil eden işçiyi koruyucu yaklaşımının, bu hükümlere hangi oranda hakim olduğunun tespitine çalışılacaktır.

§ 1. İŞ HUKUKUNDA REKABET YASAĞI SÖZLEŞMESİ, HUKUKİ NİTELİĞİ VE GENEL ÖZELLİKLERİ

I. GENEL OLARAK REKABET VE REKABET YASAĞI KAVRAMLARI, REKABET YASAĞININ AMACI VE TÜRLERİ

Rekabet, hukukî olmaktan ziyade iktisadi nitelik taşıyan bir kavramdır. Rekabet düzeninin kurulması, korunması ve işleyişini düzenleyen rekabet hukuku kuralları, iktisadi rekabet hürriyetinin kötüye kullanımını engelleme amacı güden ve Türk Ticaret Kanunu'nun 56 vd. ile B.K.m. 48. maddelerinde düzenlenen haksız rekabet kuralları, ortaklıklar hukukunda ortakların şirketle rekabet etmelerini yasaklayan veya sınırlayan rekabet yasağı hükümleri ve nihayet konumuzu teşkil eden işçi ile işveren arasında akdedilen rekabet yasağı sözleşmesi açısından rekabet, merkezi bir kavramdır.

Rekabet kavramı¹, sıkça kullanılan genel anlamıyla, aynı amaç için gayret gösterenler arasındaki çekişme², bir başkasına veya başkalarına karşı üstünlük, kazanç veya başarı sağlama³, özellikle kişinin benzerlerinin önüne geçme mücadelesi⁴; aynı amacı güden kimseler arasındaki çekişme, yarışma; ya da bazı menfaatleri aralarında eşit olarak paylaşmak yerine, diğerlerine nazaran en büyük payı elde etmek isteyen kişilerin karşılıklı durumu⁵ olarak tanımlanmaktadır⁶.

¹ Rekabet kelimesinin Almanca karşılığı "Konkurrenz", Fransızca karşılığı "concurrance" olup, Uitincede "beraber koşmak; mücadeleye, savaşa girişmek anlamındaki "concurrere" kökünden gelmektedir. Bkz. Hefermehl, W./Baumbach, A., Wettbewerbsrecht, München, 1998, s. 54.

² Birden fazla kişinin aynı amaç için gayret göstermeleri zorunlu olarak rekabete yol açmaktadır. Bkz. Hefermehl/Baumbach, s. 54.

³ Topçuoğlu, Metin, Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları, Ankara, 2001, s.6.

⁴ Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Büyük Lügat, İstanbul, 1987, s. 824

⁵ Uşan, Fatih M., İş Hukuku'nda İş Sınırının Korunması, Ankara, 2003, s. 41

⁶ 64054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun (RG. 13.12.1994, s. 22140) "Tanımlar" başlığı altında rekabeti; "Mal ve hizmet piyasalarındaki teşebbüsler arasında özgürce

Rekabetin ekonomik ve ticari hayat açısından önemi ve yeri tartışılmazdır. Bu sebeple, hukuk hayatında rekabet kavramına en çok ticari ilişkiler ve ticaret hukuku alanında rastlanılmaktadır. Gerçekten de, çağın ekonomik düzeni olan kara dayalı liberal (kapitalist) ekonomik sistemin lokomotifleri rekabet olgusudur. Ticaret hayatında, yükselme aynı sahada çalışan kimseler arasında yarışmak, onlara üstünlük sağlamakla mümkün olmaktadır. Bu yarışma ya verimi arttırmak, ya daha fazla müşteri temin etmek ya da rakibin faaliyetini güçleştirmek, bertaraf etmek suretiyle ortaya çıkmaktadır⁷. Bu bağlamda, iktisadi rekabet, iktisadi faaliyette bulunan ve müşterilerin karşısında arz eden olarak yer alan işletmeler arasında, müşterilerle sözleşmeler yapmak için onların rızalarını elde etmeye yönelik olarak tacirlerin sarfettikleri çaba ve birbirlerine karşı yarış içinde olmaları olarak tanımlanmaktadır⁸. Bu işletmeler şüphesiz ki, ortak ve birbirlerinin menfaatleriyle çatışan bir gaye, yani kar amacı gütmektedirler. Bu bağlamda, devletin benimsemiş olduğu ekonomik düzenin ve teşebbüs hürriyetinin bir sonucu olarak, rekabet her ne kadar açıkça düzenlenmese de, Anayasal anlamda kabul edilmiş bir haktır. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 48. maddesine göre, "Herkes dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir. Devlet, özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır. Böylelikle, ekonomik faaliyetlerde buluruna serbestisini tanıyan piyasa ekonomisi, zorunlu olarak çalışma, sözleşme, örgütlenme, tüketme ve rekabet serbestisini de beraberinde getirir"⁹.

Rekabet piyasasında ayakta durabilmek, işletmenin talep oluşturma-

ekonomik kararlar verilmesini sağlayan yarış" şeklinde tanımlamış olup, bu tanımlama özelliikle "özgürce ekonomik karar verilmesinin" rekabet kavramının değil, onun varlığı için öncelikle bulunması gereken teşebbüs hürriyetinin bir unsuru olması sebebiyle doktrinde eleştirilmektedir. Açıklamalar için bkz. Topçuoğlu, s. 6.

⁷ Rıza, Ayhan, Ticaret Hukuku'nun Genel Esasları, Ticari İşletme Hukuku, Ankara, 1992, s. 193.

⁸ Örs, Halil Fahri, Türk Hususi Hukuku'nda Haksız Rekabet, Hukuki Mahiyeti ve Rekabet Hakkının Himayesi, Ankara, 1958, s. 3, Uşan, s.42, dn.104'ten naklen.

⁹ Yaygın görüşe göre, ancak aynı müşteri çevresine aynı edimin sunulması halinde ticari alanda bir rekabetten söz edilebilir. Soyer, Polat, Rekabet Yasağı Sözleşmesi, Ankara, 1994, s. 4, 27.

bilmesine ve bunu arttırabilmesine bağlıdır. Bu amaçla, işletmeler bir yandan devamlı olarak yenilik yapma ve bu yeniliklerin oluşturulma yöntemlerinin ya da ileride gerçekleştirilecek yeniliklerini saklı tutma, diğer yandan rakip firmalarca yapılmakta olan yenilikleri öğrenmeye itmektedir.

İşte bu yeniliklerin üretilmesi ve geliştirilmesi aşamasında aktif rol oynayan işçilerin, sadece üretimin yapılmasını alanında değil; üretim tekniklerine, müşterilere ait bilgilere ve bunun gibi işle ilgili tüm sırlara nüfuz edebilmeleri ve bunlara vâkıf olmaları sebebiyle ayrı bir konuma sahip olmaları da kaçınılmazdır. Mal veya hizmet üretmek amacıyla bir çok masrafa katlanarak yatırım yapan ve önemli riskler altına giren işletmelerin söz konusu ticari ve teknik sırlarının korunmasında işçilerin rolü büyüktür. Bu koruma, sırların açığa vurulmasının önüne geçilmesinin yanı sıra, işçinin iş ilişkisi esnasında veya ilişki sona erdikten sonra işverenle rekabet edici davranışta bulunmasını önlemekle de mümkün olabilir. Bu imkan, işçinin sır saklama borcunun varlığını kabul etme ve rekabet etmesini engelleyici düzenlemelere hukuk düzenince müsaade edilmesiyle sağlanabilir¹⁰.

Aynı durum, sadece işverenle hizmet ilişkisinde bulunan işçiler yönünden değil, söz konusu üretimi yapan ortaklık bünyesinde bir araya gelen ortaklar ile tüzel kişi tacir niteliğindeki ortaklık arasında da söz konusu olmaktadır. Gerçekten de, bir ticari işletmede çalışanlar veya işletme ile iş ilişkisi kuranlar, işverenin çaba ve masraflarıyla elde ettiği teknik veya ticari bilgileri ve sırları, patent ve markaları bunlardan yararlanarak ilişki kurduğu alıcı ve satıcıdan oluşan müşteri çevresini kendileri veya işbirliği yapabilecekleri üçüncü şahıslar lehine kötüye kullanabileceğinden kanun; işletmeye, işletmenin ortakları ve onunla ilişkide bulunan veya bulunabilecek üçüncü şahıslara ve hatta alacaklılara söz konusu suiistimaller ve kötü niyetli hareketler sonucu gelebilecek zararların önlenmesi için çeşitli tedbirler getirmiştir¹¹. Bu tedbirlerin başlıcaları birçok kanunda düzenlenmiş bulunan haksız rekabet yaptırımları ile normal şartlarda ortaklıkta pay sahibi olarak ilişki içinde bulunmayan kimselerin yapmasının mümkün olduğu, fakat ortak

¹⁰ Soyer, s. 4 ; Uşan, s. 43

¹¹ Bkz. Arslanlı/Domaniç, TTK Şerhi ,s.678 vd.

sıfatına sahip kişilere ortaklığın faaliyet alanında onunla rekabet etmenin yasak edilmesini düzenleyen rekabet yasağı hükümleridir.

Bu bağlamda, Türk Ortaklıklar Hukukunda gerek adi şirket gerekse ticaret şirketleri bakımından düzenlenmiş olan rekabet yasağı; şirketin bütün muamelelerini, iş sırlarını denetleme ve öğrenme imtiyazına sahip ortakların veya çalışanların şirket menfaatlerine zarar verebilecek ticari ve mesleki faaliyetlerden kaçınmaları zaruretidir¹². Zira, şirket konusuna giren işlerinidareci ortaklardan biri tarafından şirket dışında yapılması müşterek gayeye aykırı düşer ve şirketin zararına sonuçlar doğacağı kesindir¹³.

Bu bağlamda, Türk Özel hukukunda rekabet yasağına ilişkin başlıca düzenlemeler; Adi şirketler bakımından BK. m.526, Kollektif ve Adi Komandid Şirketler bakımından TTK. m. 172, 173, 250 ; Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyeleri bakımından TTK m.335; Hisseli Komandid Şirket Yöneticileri bakımından TTK. m. 256; Limited Şirket Müdürleri ve gerektiğinde ortakları yönünden TTK. m.547; Yönetim kurulu üyesi olmayan müdürler (TK.m.319) ile TTK. m. 342 -345 'te düzenlenen müdürler dahil, BK. 449-454' e dayalı ticari mümessil, ticari vekil ve gezici tüccar yardımcılar bakımından BK. m. 455, Acenteler bakımından TTK. m.118 ve 128 ve nihayet bir ticari işletmede hizmet sözleşmesi kapsamında çalışan işçiler bakımından BK. m. 348-452 hükümlerinde yer almaktadır.

¹²Domaniç; Adi,Kollektif ve Komandid Şirketler, 4. bası, İstanbul 1988, s. 316. Ticaret ortaklıklarında rekabet yasağının sadakat borcuna aykırılık teşkil ettiğinin kabulü özellikle şahıs şirketleri için söz konusudur. Çünkü şahıs şirketlerinde ortakların şirketin gayesini gerçekleştirmek yönünden taahhütleri mevcuttur ve bu nedenle şirketin amacına aykırı işlem ve davranışlarda bulunmama yükümlülüğü altındadırlar. Aynı durum sermaye şirketlerinde idareci ortaklar için söz konusudur. Sermaye şirketlerinde idarecilerin tabi olduğu sadakat yükümlülüğünün iki dayanağı vardır. Öncelikle idareciler tıpkı kişi şirketlerinde olduğu gibi, şirket muamelelerine, sırlarına ve müşteri çevresine nüfuz edebilecek durumdadırlar ve onların rekabetlerinin şirket menfaatlerini ağır şekilde ihlal etme tehlikesi vardır. Bunun yanında yönetici ortaklarla şirket arasında ortak olmaktan öte bir güven ilişkisi bulunmaktadır. Anonim ortaklıkta yönetim kurulu üyeleri, limited ortaklıkta ise nüçlürler ile ortaklık arasındaki bu ilişki vekalet olarak değerlendirilir. Vekalet akdi ,vekilin müvekkili aleyhine hareket etmesini men' eder ve bu da sadakat borcunun bir sonucudur. Geniş açıklama için bkz. Franko,Ticaret Şirketlerinde Rekabet Memnuiyeti, Batider XIII,s.25; Çamoğlu (Poroy/Tekinalp),Ortaklıklar, s. 323, vd.

¹³Kalpsüz, Anonim Şirketlerde idare Meclisi Üyelerinin Rekabet Teşkil Eden Davranışları, Oğuzoğlu'na Armağan, Ankara 1972,s.342-385; Eriş,TTK şerhi, s.960. ; Nomer, s.133.

Rekabet yasağı genel kabul gören görüş uyarınca, ortağın, yöneticinin veya çalışanın şirkete veya işverene karşı sadakat yükümünün bir görünümü ve sonucudur¹⁴. Zira, hizmet sözleşmesi açısından sır saklama ve hizmet ilişkisi devam ettiği sürece iş sahibine karşı rekabette bulurupama borçları, işçinin sadakat borcuyla doğrudan ilgilidirler. Çeşitli özel hukuk ilişkilerinde sadakat yükümlülüğü hukukî bir yükümlülük olarak kabul edilmişse çte, terim olarak tarif ve izah edildiği bir kanun hükmü bulunmamaktadır. Genelolarak sadakat terimi, bir ilişkinin taraflarının birbirlerinin menfaatlerini gözetmesi, desteklemesi, bir araya gelme amacının gerçekleşmesi için gerektiğinde çaba sarf etmesi, amacı köstekleyici hareketlerden kaçınması olarak tanımlanabilir¹⁵. İşçinin sadakat borcunun konusu da, işverenin menfaatlerini korumak ve bu menfaatlere zarar verebilecek her türlü hareketten kaçınmaktır¹⁶. Sadakat borcu dürüstlük kuralından (MK.m. 2) kaynaklanan bir mükellefiyet olup, bir davremiş kuralıdır¹⁷. Bu nedenle geniş bir yükümlülüğü ifade eder. Bir şirketin ortakları, ortaklık menfaatini kendi menfaatlerine üstün tutmakla mükelleflirler. Aynı şekilde işçi, hizmeti işverenin menfaatine uygun bir biçimde yapmak zorundadır. Bu bağlamda, ticari ve teknik sırları dışarıya açıklamama ve özellikle iş ilişkisinin devamı sırasında rekabet etmemekle yükümlüdür¹⁸.

Sonuç olarak gerek ortaklıklar hukukunda düzenlenmiş bulunan, gerekse işçi ile işveren arasındaki iş ilişkisinde söz konusu olan rekabet yasağının öngörülmesinin genel amacı genel anlamda rekabetin ortaya çıkarılabileceği riskleri ortadan kaldırmaktır¹⁹. Ortaklıklar hukukunda ortaklık ve ticari işletme içindeki konumu nedeniyle şirketin ticari muameleleri ve sırları hakkında yakından bilgi sahibi olan kişilerin bu bilgilerini şirket harici iş

¹⁴ Nomer, Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Sadakat Yükümlülüğü, İstanbul 1999, s.14; Poroy, (Tekinalp/Çamoğlu),Ortaklıklar ve KooperatifHukuku, 9. Bası, İstanbul, 2003, s.73, N.95 ; Helvacı, Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul, 1995, s. 67.

¹⁵ Bkz. Nomer, s.5 ve dipnot 4'de anılan yazarlar.

¹⁶ Çelik, Nuri, İş Hukuku Dersleri, 16. Baskı, İstanbul, 2003, s. 119; Yavuz, Cevdet, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul, 2002, s. 419.

¹⁷ Soyer, s. 12.

¹⁸ Yavuz, s. 420.

¹⁹ Soyer, s. 8.

faaliyetlerinde kullanmalarını ve netice itibarıyla sahip oldukları bilgiler, vakıf oldukları sırlar ve yetkiler nedeniyle şirketi zarara uğratmalarını engellemektir. İş hukuku açısından ise, işçinin üretim ve pazarlama sürecinde vakıf olduğu iş sırlarını işverenin haklı menfaatine zarar verecek şekilde aleyhine kullanmasının ve açığa çıkarmasının engellenmesi, iş ilişkisinin devamı sırasında veya sona ermesinden itibaren işvereniyle aynı faaliyet alanında çalışarak, onunla rekabet teşkil eden davranılarda bulunmasının engellenmesidir.

Söz konusu rekabet yasakları kanundan doğabileceği gibi, taraflarca da kararlaştırılabilir. Yasağın kanundan doğduğu hallerde kanunî rekabet yasağından, taraflarca kararlaştırıldığı hallerde ise sözleşmesel rekabet yasağından sözedilir. Kanunda düzenlenmiş bulunan rekabet yasağı hükümleri, kural olarak emredici olmadıklarından, tarafların anlaşmasıyla bertaraf edilmeleri mümkündür. Kanunî rekabet yasağında, yasak genellikle hukukî ilişkinin devam ettiği süreyle sınırlıdır. Özellikle hizmet ilişkisi devam ettiği sürece, işçi sadakat borcunun gereği olarak, işverenin faaliyet alanında ona karşı rekabet teşkil eden davranışlarda bulunmamakla yükümlüdür²⁰. Yani hizmet sözleşmesinin devamı süresince işçini rekabet etmeme borcu kanundan doğar ve işçinin sadakat yükümlülüğü çerçevesinde değerlendirilir²¹. İşçi sözleşemde aksi öngörülmediği hallerde, çalışma süresi olarak belirlenen sürenin tamamını işverene hasretmek zorundadır. Çalışma süresi içinde işverenle rekabet teşkil eden başka bir işte çalışmak, bir yandan sadakat borcuna, diğer yandan işçinin hizmet sözleşmesinden doğan aslî edimi olan işgörmeye borcuna aykırıdır²².

II. İŞ HUKUKUNDA REKABET YASAĞI SÖZLEŞMESİNİN TANIMI, HUKUKİ NİTELİĞİ ve TÜRK HUKUKUNDA REKABET YASAĞINI DÜZENLEYEN HÜKÜMLERİN ÖZELLİKLERİ

Rekabet yasağı sözleşmesi, bir tarafın diğerine belirli bir piyasada

²⁰ Guhl Theo/Merz, Hans/Koller, Alfred/Druey Jean N. : Das Schweizerische Obligationenrecht, 8. Aufl., Zürich 1991, s. 468; Çelik, s.120; Uşan, s. 45; Yavuz, s. 420.

²¹ Uşan, s. 119.

²² Uşan, s. 121.

bir veya birden fazla kişiyle rekabet etmemeyi taahhüt ettiği sözleşmedir. Tanımdan anlaşıldığı üzere, bu sözleşme rekabeti sınırlandırıcı nitelikte bir tedbirdir. Bu sözleşmeyle yasağa tabi olan taraf, kendi ekonomik karar alma özgürlüğünü ve gelişim imkanlarını sınırlandırmaktadır. Böylece taraflar, rekabet etmeme yönünde şahsi bir taahhüt altına girmekte ve aralarındaki rekabet ilişkisini belirlibir düzene bağlanmaktadır. Rekabet yasağı, taraflar arasında bağımsız bir sözleşme olara kararlaştırılabileceği gibi, bir sözleşmeye onunla sıkı bağımlılık içinde olmak üzere kayıt olarak da konulabilmektedir. Birinci halde rekabet yasağı sözleşmesinden, ikinci halde ise rekabet yasağı kaydından söz edilir²³.

İş Hukuku'nda işverenin işçi ile rekabet yasağı sözleşmesi yapmasını gerektiren bir çok etken söz konusu olabilmektedir. Bu sözleşmenin yapılması, işveren için özellikle işçinin işten ayrılması halinde önem arz etmektedir. Zira, rekabet yasağı işverenin özellikle üretim ve pazarlarına faaliyetine ilişkin bir çok çıkarımı koruduğu gibi, işverenin dolaylı dahi olsa insana ve onun gelişimine yaptığı yatırımı da koruyucu mahiyettedir. Özellikle yüksek teknolojinin uygulandığı alanlarda, işverenler işe yatırım yaparlarken, aynı zamanda kişilere de yatırım yapmakta, işçileri eğitmekte, onları işte muhafaza etmek için tedbirler almakta ve bu arnaçla pek çok masrafa katlanmaktadır. Diğer yandan, işçinin işini yapabilmesi için kendilerine ticari ve teknik sırlar, diğer bir ifadeyle iş sırları²⁴ açıklanmakta, işçinin söz

²³ Bohny, Peter, Das Arbeitsvertragliche Konkurrenzverbot, Zürich, 1989, s. 3; Soyer, s. 9, 10.

²⁴ İş sim kavramı, genellikle, iş ve işyeri ile ilgili bulunan, üçüncü kişiler tarafından bilinmeyen, kamuya mal olmamış ve aleniyet kazanmamış ancak işyerinde çalışanlarca bilinen işverenin saklanması haklı menfaatinin bulunduğu, herkesçe kolaylıkla öğrenilemeyecek her türlü bilgidir. Bkz. Uşan, s. 29; Soyer, s. 53. Bir başka tanıma göre iş sim, "yalnız bir teşebbüse münhasır olan ve o teşebbüsün gerek ticari, gerek teknik bakımdan başarılı olmasını temin eden ve rekabet korkusuyla herkesten gizlenen bir takım bilgiler ve hususiyetlerdir". Bkz. Ayıter, Nuşin, Feri Rekabet Memnuiyeti Mukavelesi, s. 469. Doktrinde, iş sımından söz edebilmek için; bilginin sır niteliğini taşıması, iş ile ilgili olması, işverenin bu nitelikteki bilgileri gizli tutma iradesinin varlığı ve iş verenin bunların açıklanmamasında haklı bir menfaatinin varlığı unsurları aranmaktadır. iş sim kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Uşan, s. 29, vd. ; Tuncay, Can, işçinin Sadakat Yükümlülüğü, s. 1067, Akyiğit, Ercan, Hizmet Akdi Sonrasına Yönelik Rekabet Yasağı, s. 12, vd.

konusu işi yapabilmesi için işyeri dışında ulaşamayacakları imkanlar kendilerine sağlanmakta, çalışanlar bu konularda eskisine oranla daha yetenekli ve ehliyetli hale getirilmektedirler. Hatta teknoloji üretimi alanında faaliyet gösteren firmalar, sırf yeni teknik ve ticari yöntemler, know-howlar, patent konusu olabilecek yenilikler üretilmesi amacıyla departmanlar kurmakta ve bu alanlarda pek çok işçi çalıştırmaktadırlar. İşte, rekabet yasağı sözleşmeleri, bu anlamda işverenlerin haklı menfaatini ve yatırımlarını koruyucu araçların başında gelmektedir. Zira, işverenin yaptığı yatırımların, işçinin başka bir firmaya bu sırların açıklanması veya açık bir ifadeyle satılması yoluyla boşa çıkarılması, hem yeni yatırımların yapılması yönündeki motivasyonu engelleyecek, hem de teknolojik gelişmeyi sağlayan araştırma ve geliştirme çalışmalarına zarar verebilecektir.

Firmaların bu alanlarda işçilerin zarar görmelerinin sonuçta bir ülkenin ekonomik ve ticari gelişimini olumsuz yönde etkileyeceği kesindir.

İş Hukuku açısından rekabet yasağı sözleşmesi, işçinin iş ilişkisi içinde işverenin müşterilerine nüfuz etmesi yahut iş sırlarına vakıf olması sebebiyle hizmet sözleşmesi sona erdikten sonra, belirli bir faaliyet alanında, belirli bir coğrafi bölgede ve belirli bir zaman dilimi içerisinde işçinin işverenle rekabet teşkil eden bir davranış içerisine girmesini yasaklayan sözleşme olarak tanımlanmaktadır²⁵. Bu sözleşmenin genel amacı, işçinin işyerinde elde ettiği özel bilgileri hizmet ilişkisi sona erdikten sonra, işverenle rekabet edecek şekilde kullanmasına, belirli sınırlamalarla engel olmaktadır²⁶. İşçi ile işveren arasında kararlaştırılan rekabet yasağı sözleşmesi veya hizmet sözleşmesine eklenen rekabet yasağı kaydı Türk Hukuku'nda Borçlar Kanunu'nun 348-352. maddeleri arasında düzenlenmektedir²⁷.

Burada kasdettiğimiz rekabet yasağı sözleşmesi, hizmet sözleşmesi-

²⁵ VISCHER, Frank: Schweizerisches Privatrecht, Siebenter Band, Erster Halbband (Hrsg. Frank Vischer), Basel und Stuttgart, 1977, Arbeitsvertrag s. 279-495, s. 423; Uşan, s. 49 dn. 138'de anılan. yazarlar.

²⁶ Tuncay, s. 1065.

²⁷ Bu hükümler, mehz İsviçre Borçlar Kanunu'nda işçinin hizmet akdi somasına yönelik olarak akdettiği rekabet yasağı sözleşmesine ilişkin 340, 340/a, 340/b ve 340/c hükümlerinin karşılığını teşkil etmektedirler.

nin akdedilmesinden kaynaklanan ve sözleşmenin devamı süresince işçinin sadakat borcu gereği uyması gereken rekabet etmeme yükümlülüğü olmayıp, hizmet sözleşmesinin sona ermesinden sonrasına yönelik olarak taraflar arasında kararlaştırılacak olan rekabet yasağıdır. Zira, yukarıda da açıkladığımız üzere, sözleşmenin devamı süresince işçinin işverenle rekabet etmemesi, hatta çalışma süreleri içinde rekabet teşkil etmese dahi başka bir işte çalışmaması, hizmet sözleşmesinin bünyesinden kaynaklanan kanuni bir yükümlülük olarak zaten mevcut bulunan ve bu dönem için ayrıca kararlaştırılması gerekli olmayan bir yükümlülüktür²⁸. İşçinin bu yükümlülüğe uymaması, işveren için haklı fesih sebebi oluşturur²⁹. Hizmet sözleşmesinin sona ermesinden sonraya yönelik olarak ise, kural olarak rekabet serbestisi bulunmadır. İşçi, bu anlamda işverenle rekabet teşkil eden bir davranışta bulunma veya böyle bir işte çalışma serbestisine sahiptir³⁰. Nitekim, işçinin çalışma yerini serbestçe seçme hakkı Anayasal bir hak olarak karşımıza çıkmaktadır (Anayasa m48/1)³¹.

İstisnalar hariç olmak üzere, işçinin hizmet sözleşmesinin sona ermesinden sonra, işverenle rekabete yol açacak şekilde aynı faaliyet alanında yeni bir işte çalışmasını engelleyen genel bir hüküm ne İş Kanunu'nda, ne de hizmet akdini belirli yönleriyle düzenleyen Borçlar Kanunu'nda yer almamaktadır. İşçi ile işverenin aralarında serbest iradeleriyle kararlaştırdıkları ve çoğu zaman tek bir cümle ile dahi düzenlenebilecek rekabet yasağı sözleşmesinin kanunda yer almasının sebebi, işçinin işveren karşısında zayıf konumda bulunması sebebiyle, kanun koyucunun iş sahibinin haksız menfaatler sağlayarak işçiyi ezmesini engellemek amacıyla hizmet sözleşmesine ek-

²⁸ Guhl/Merz/Koller, s. 468 ; Hatemi/Serozan/Arpacı, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, s. 340 ; Yavuz, s. 421. Bununla birlikte, iş akdinin devamı müddetince de rekabet yasağı sözleşmesi yapılması mümkündür. Zira taraflar, hizmet akdinin devamı sırasında uyulması gereken rekabet etmeme yükümlülüğünün şartlarını, sınırlarını ve süresini tayin etmek ihtiyacını duyabilirler. İşçinin işveren için arzettiği önem sebebiyle, kanunda tayin edilenden daha sınırlı bir rekabet yasağı tayin edilebilir.

²⁹ Çelik, s. 121.

³⁰ Uşan, s. 47.

³¹ Rekabet yasağı sözleşmesinin Anayasada yer alan çalışma yerini serbestçe seçme hakkı ile ilişkisi için bkz. Soyer, s. 23 vd.

lenecek olan rekabet yasağı hakkındaki hükümleri özelolarak düzenlemek ihtiyacı hissetmesidir³². Bu sebeple, rekabet yasağı sözleşmesinin veya hizmet sözleşmesinde yer alacak böyle bir kaydın geçerlilik şartları, şekli, sınırı, rekabet etmeme taahhüdüne aykırı hareketin hukuki sonuçları ve yasağın sona ermesi Borçlar kanununun Özel Bölümünde hizmet akdinin düzenlendiği 10. Bapta (BK.m.313-354), BKm. 348-352 hükümlerinde ayrıca düzenlenmiştir.

İş Hukuku'nda rekabet yasağı sözleşmesi, işçinin işverene karşı, iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra, onunla ekonomik rekabete girişmeyi taahhüt ettiği, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanıyla kurulan bir özel hukuk sözleşmesidir. Rekabet yasağı sözleşmesi, işçi ile işveren arasındaki hizmet ilişkisini kuran iş sözleşmesine bağımlı bir sözleşme olup, genellikle rekabet yasağı kaydı şeklinde kararlaştırılmaktadır³³. Bu sebeple de geçerliliği, esas iş sözleşmesinin geçerli olarak kurulmuş olmasına bağlıdır³⁴. Bununla birlikte, söz konusu sözleşme, iş sözleşmesinden ayrı bir hukuki sebebi ve konusu bulunan bir sözleşme olarak, ondan ayrı (ve bu yönüyle bağımsız) bir sözleşmedir. işçinin tabi olacağı rekabet yasağına ilişkin kanuni düzenleme, tek tarafa borç yükleyen bir sözleşmeyi esas alarak, işçiyi rekabet yapmama edimi yükümlüsü, işvereni ise sözleşme gereği bu konuda talep hakkıyla donatılmış hak sahibi taraf olarak görmektedir. Buna göre, işçi bu sözleşmeyle işverene ekonomik anlamda serbest bir alanı tanıma yönünde bir kaçınma borcu yüklenmiş olmaktadır. Bununla birlikte, rekabet yasağı için işçi lehine bir karşı edim taahhüt edilen hallerde, rekabet yasağı sözleşmesi, tam iki tarafa borç yükleyen (sinallamatik) bir sözleşme niteliğine sahip bulunmaktadır³⁵. Diğer yandan, bu sözleşmeyle işçi; yapmamayı taahhüt ettiği faaliyet hangi türde olursa olsun, işçi açısından ortada kişisel bir edim, yani şahsen ifa edilecek bir yükümlülük bulunmaktadır. miras yolu ile intikali, ne de devri söz konusu olamayacaktır³⁶.

³² Ayiter, s. 463; Yavuz, s. 421.

³³ Bohny, s. 65.

³⁴ Bohny, s. 4.

³⁵ Bohny, s. 65

³⁶ BECKER, Hermann: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, OR., II.Abt., Die

Belirtmek gerekir ki, rekabet yasağına ilişkin kanuni düzenleme, ancak hizmet akdi devam ederken, hizmet akdi zımında kararlaştırılan rekabet yasaklarına uygulanır. Bunun sonucu olarak, BK. m. 348 vd. hükümlerinin uygulama alanı bulacağı bir rekabet yasağı sözleşmesi, henüz hizmet sözleşmesi kurulmasından önceki bir dönemde yapılamaz. Aynı şekilde, hizmet sözleşmesinin sona ermesinden sonra kararlaştırılan rekabet yasağı sözleşmesine de bu hükümler uygulanamayacaktır³⁷. Hizmet sözleşmesinin yapılmasından önce ya da sonra taraflar arasında genelolarak rekabet yapmama taahhüdü içeren bir sözleşme elbette ki yapılabilir. Fakat bu sözleşmeye bahsettiğimiz hükümler uygulanamayacak, yapılan bu sözleşme Borçlar Hukukunun genel hükümlerine ve sınırlamalarına (BK.m.19, 20 ve 23) tabidir³⁸. Bunun sebebi, hizmet sözleşmesinin yapılmasından önce veya sonra, kişi işçi sıfatına sahip bulunmaması ve işçinin korunması amacının gerçekleştirilmesini gerektiren bir bağımlılık ilişkisinin bulunmayışıdır³⁹. Bununla birlikte, kanaatimizce ileride kurulacak bir hizmet akdine bağlı olmak üzere kararlaştırılacak rekabet yasağına, Borçlar Kanunu hükümlerinin uygulanamayacağı doğrudan doğruya söylenememelidir. Zira, her ne kadar hizmet akdi henüz kurulmamış olsa da, özellikle işçi lehine yorum böyle bir sözleşmeye genel hükümlerin değil, BK. m.348 vd. hükümlerinin uygulanmasını gerektirebilir. Aynı durum, kanaatimizce hizmet akdinin sona ermesinden sonra kararlaştırılacak rekabet yasağında söz konusu olmayacak, zira kişi işçi sıfatını kaybedecek ve üzerinde bir baskının varlığından bahsedilemeyecek, sözleşmenin zayıf tarafı olduğu da ileri sürülemeyecektir.

Rekabet etmeme taahhüdünü içeren bu sözleşmeyle; işçi işverene karşı hizmet sözleşmesinin bhiminden sonrasına yönelik olarak menfi bir yükümlülük, bir yapmama borcu altına girmektedir. Buna ek olarak, işçinin bu sözleşmeyle üstlendiği edim sürekli bir borç ilişkisi oluşturmaktadır. Di-

Einzelnen Vertragsverhältnisse, Art. 184-55 I., 2. Aufl., Bem 1934, Art. 359, N.2.

³⁷ Yavuz, s. 421.

³⁸ Ayiter, s. 464 ; Tunçomağ/Centel, s. 99; Soyer, s. 18. Çelik de, iş sözleşmesi taraflarının açıkça rekabet yasağını kararlaştırmaları gerektiğini ifade ederek, kanaatimizce dolaylı olarak bu gerçeği ifade etmektedir. Bkz. Çelik, s. 121.

³⁹ OSERH. /SCRONENBERGER, W. : Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, IV.Bd. Das Obligationenrecht, II. Ralbband, Art. 184-418, Zürich, 1936, Art. 356 N.5.

ğer yandan, benzer rekabet yasağı sözleşmeleriyle, işçinin taraf olduğu sözleşme arasındaki en önemli fark, sözleşmenin tarafları arasında ekonomik eşitlikten söz edilememesidir. Bu gerçek, kanundaki düzenlemeden de açıkça anlaşılmaktadır. Bu sebeple, bir yandan, sözleşmenin yorumlanması ve uygulanmasında işçi lehine yorum ilkesi hakim olacak; diğer yandan, bu hükümlerin işçiyi koruyucu özel nitelikli hükümler olmaları sebebiyle diğer rekabet yasağı sözleşmelerine kıyasen uygulanamaması söz konusu olacaktır. Yine işçi lehine yorum ilkesinin bir sonucu olarak, tarafların bir rekabet yasağı sözleşmesi yapmalarına karşın, bunun hizmet sözleşmesi sonrasına yönelik olup, olmadığına sözleşmede açık olarak belirtilmediği durumlarda, rekabetin hizmet sözleşmesinin devamınca yasaklandığının kabulü gerekmektedir. Zira, bu yükümlülüğün hizmet akdinin sona ermediği dönem için zaten kanun gereği var olduğunun iddia edilmesinin, sözleşmenin işçi lehine yorumlanması ilkesine ters düşeceği doktrinde savunulmaktadır⁴⁰. Bununla birlikte, sözleşmenin taraf iradelerine ve dürüstlük ilkesine uygun yorumlanmaları gereği göz önünde tutularak, özellikle rekabet yasağının karşılığında işçi lehine bir ivazın kararlaştırıldığı hallerde; hizmet akdinin devamı süresince işçinin rekabet etmeme yükümlülüğünün, hatta rekabet teşkil etmese dahi, çalışma saati içinde başka bir işte çalışmasının yasağının kanun gereği var olması, bunun hizmet akdinin bünyesinden kaynaklandığı ve bunun için ücret, dışında bir ivazın verilmesinin gerekmemesi, eğer işveren bunun için bir ivaz veriyorsa, bunu hizmet akdi sonrası için konulacak rekabet yasağı için taahhüt etmesinin hayatın olağan akışına uygun olduğu düşünülme suretiyle, yasağın hizmet sözleşmesinin sona ermesinden itibaren dönem için kararlaştırıldığı kabulü kanaatimizce şarttır. Fakat böyle bir yorum için dahi, söz konusu yasağa işçinin kayıt veya sözleşmenin kanunda aranan geçerlilik şartlarını taşıması zorunludur. Zira, ileride göreceğimiz üzere eğer taraflar yasak için bir zaman sınırı tayin etmemişlerse, söz konusu sözleşme veya kayıt geçersiz olacaktır. Bu sebeple, özellikle sürenin belirtilmediği hallerde, bu yasağın hizmet sözleşmesinin devam ettiği dönem için kararlaştırıldığı kabulü zorunludur. Bu durumda da, bu kayıt ayrıntılı hükümler konulmadığı sürece, sadakat borcundan doğan ka-

⁴⁰ Bkz. Uşan, s. 56 ; Akyiğit, s. 8.

nuni bir yükümlülüğün teyidinden ibaret kalacaktır.

Rekabet yasağı sözleşmesini düzenleyen Borçlar Kanunundaki hükümlerin, önemli diğer bir özelliği, bu hükümlerin nisbî emredici hüküm niteliğine sahip bulunmalarıdır. Yani, bu hükümlerin aksinin kararlaştırılması ancak işçi lehine olmak üzere mümkündür⁴¹. Rekabet yasağı sözleşmesinin ivazlı veya ivazsız; tek taraflı veya iki taraflı olarak yapılması mümkündür. Gerçekten de, Türk ve İsviçre Hukuklarında rekabet yasağının geçerliliği işverenin bir karşı edim taahhüt etmesine bağlı tutulmamıştır. Bu durum doktrinde eleştirilmektedir⁴². Aynı şekilde kanunda rekabet yasağı sözleşmesi için azami bir sürenin öngörülmemiş olması da isabetli değildir. Nitekim, hizmet akdine ilişkin hükümleri 1971 yılında değiştirilen İsviçre Borçlar Kanunu'nun 340/a hükmünde rekabet yasağının ancak istisnai hallerde üç yılı aşabileceği açıkça öngörülmektedir⁴³.

III. REKABET YASAĞI SÖZLEŞMESİNİN KİŞİLİK HAKKIYLA İLİŞKİSİ VE MEDENİ KANUNUN 23. MADDESİ HÜKMÜ KARŞISINDAKİ DURUMU

Kişilik hakkı doktrinde değişik şekillerde tanımlanmaktadır. Bununla birlikte, kişilik hakkını "kişinin toplum içindeki saygınlığını ve kişiliğini serbestçe geliştirmesini temin eden varlıkların tümü üzerindeki hakkı" olarak tanımlamak mümkündür⁴⁴. Bu anlamda, bir kişinin özellikleri, hak ve fiil ehliyeti, özgürlüğü, bedeni ve manevi varlıkları onun kişi.liğini meydana getirmekte ve kişinin bu değerler üzerindeki hakkı kişilik hakkı olarak ta-

⁴¹ Soyer, s. 19; Bohny, s. 66.

⁴² Her ne kadar Alman Hukukunda da, karşı edim yükümlülüğü bir geçerlilik şartı olarak öngörülmemiş olsa da, Federal İş Mahkemesi, rekabet yasağını tacir yardımcıları bakımından düzenleyen Alman Ticaret Kanunu'nun 74 ve 75/d maddeleri hükümlerinin tüm işçiler hakkında kıyasen uygulanacağını kabul etmekte ve karşı edimin taahhüt edilmediği rekabet yasağı sözleşmelerini geçersiz saymaktadır. Bkz. Soyer, s. 19 dn. 75

⁴³ Aynı şekilde rekabet yasağı Almanya' da iki, Avusturya' da iki, İtalya' da işçiler için üç yıllı sınırlıdır. Bkz. Soyer, s.21.

⁴⁴ Dural, M./ Ögüz, T. ,Türk Özel Hukuku, Cilt 2, Kişiler Hukuku, İŞİ. 2002, s. 92. ; Tuor,P./ Schnyder, B./ Selmid, Jörg,l Jungo, Rumo, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 12. Auflage, Freiburg und Luzern, 2002, s. 76. Kişilik hakkının farklı tanımları için bkz. Dural, s.91 dn.285'te anılan yazarlar

nımlanmaktadır⁴⁵. Kişilik haklarının fonksiyonu, kişiye biyolojik ve ruhi olmak üzere aslî ve önemli nitelikleri yönünden koruma sağlamaktır. Bu korumanın temelinde, insanın özünün (cevherinin) ve kişiliğinin bir değer ifade ettiği, bu sebeple de korunmayı hak ettiği düşüncesi yatmaktadır⁴⁶.

İsviçre ve Türk Medeni Kanunlarında kişilik hakkının nelerden ibaret oldukları, Alman Medeni Kanunu'nun aksine tek tek sayılmamış, çerçeve bir hüküm getirilerek, içeriğinin doldurulması öğreti ve uygulamaya bırakılmıştır. Bunun sonucu olarak, İsviçre ve Türk doktrininde ağırlıklı olarak, birden fazla kişilik hakkının bulunmadığı, aksine bir çok kişisel değeri barındıran ve değişik biçimlerde tezahür eden tek ve genel bir kişilik hakkının varlığı kabul edilmektedir. Kanunda özelolarak düzenlenmiş veya kimi hallerde değinilen kişisel varlıklar, bu genel kişilik hakkının çeşitli görünümlelerinden ibarettir⁴⁷. İşte hukuk düzeni, başta insana tanıdığı kişilik hakkını sadece tanımakla kalmamış, bu kişiliği oluşturan esas değerlere hukuki işlem veya hukuki işlem dışı (haksız fiil) yollarla yapılacak saldırılara karşı koruyucu hükümlere de yer vermiştir⁴⁸. Kişinin hukuki işlem sonucu olan tecavüzlere karşı korunmasına ilişkin ana kural Türk Medeni Kanunu'nun 23. maddesinde düzenlenmiştir. Bu hüküm, kişiliği hak ve fiil ehliyeti ve özgürlükler yönünden korumaktadır. Söz konusu hükme göre; *"Kimse hak ve fiil ehliyetinden kısmen de olsa vazgeçemez. Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlaka aykırı sınırlayamaz."* Bu hüküm sayesinde, bir kişinin kendi eliyle özgürlüklerinden hukuka ve ahlaka aykırı olarak vazgeçmesinin ve özgürlüğünü bu şekilde sınırlandırmasının yolu kapanmaktadır. Zira, irade hukuk düzeninin en çok önem verdiği kavramların başında gelmektedir. Bir kimsenin kendisini karar alma özgürlüğünden mharum bırakacak şartlarla sözleşmeler yapmasına hukuk düzeni cevaz vermemektedir⁴⁹. Bu bağlamda, Borçlar Kanunu'nun 19. maddesi de, ikinci

⁴⁵ Oğuzman, K./Seliçi, G./Oktay, S., *Kişiler Hukuku*, 7. Baskı, İSİ. 2002, s. 115.

⁴⁶ Grossen, Jacques-Michel in : *Schweizerisches Privatrecht, Zweiter Band*, (Hrsg: Max Gutzwiller), Basel Und Stuttgart, 1967, s.355.

⁴⁷ Dural, s. 93.

⁴⁸ Oğuzman/Seliçi/Oktay, s. 115.

⁴⁹ Bucher, Andreas : *Natürliche Personen und Persönlichkeitsschutz*, Basel und Frankfurt am Main, 1986, s. 124, N.426.

fıkrasında kişilik hakkına ilişkin hükümlere aykırı olmamayı sözleşmenin geçerlilik şartı olarak sayarak, Medem Kanun'un 23. maddesini bu yönden tamamlamaktadır⁵⁰.

Bu bağlamda, konumuzu ilgilendiren kişinin ekonomik faaliyet ve iktisadi geleceğini geliştirme özgürlüğü, yani bir kişinin ekonomik değerleri de kişilik hakkının ve özgürlük alanının kapsamına giren değerlere dahildir; zira her insanın kişiliğini iktisadi alanda ispat etmek hakkı bulunmakta ve buna, iktisadi kişiliği geliştirme hakkı denilmektedir⁵¹. Bunun sonucu olarak, hukuk düzeni, bu değerlerin de hukuka ve ahlaka aykırı olarak sınırlandırılmasına, bunlardan kısmen veya tamamen vazgeçmesine cevaz vermemektedir. Burada, sözleşme özgürlüğü ile MK. m. 23 'te belirtilen kişinin ekonomik özgürlüğünün kısıtlanması arasındaki ilişki üzerinde durulmalıdır. Gerçekten de, her sözleşme belirli ölçüde kişilerin özgürlüğünü kısıtlar. Bu bakımdan, sözleşme özgürlüğü ile MK.m.23/2'de düzenlenen kuralın bağdaştırılması gerekmektedir.

Bir borcun sırf kişinin ekonomik gücünü aşması, onu ekonomik olarak tehlike altına sokması, o borcun ve borcu doğuran hukuki işlemin ahlaka aykırı olması sonucunu doğurmaz⁵². İsviçre Federal Mahkemesi kararlarında da açıkça belirtildiği üzere, sözleşme kişinin ödeme gücünü aşsa ya da çok uzun süreli olsa bile, kural olarak özgürlüğün hukuka veya ahlâka aykırı olarak sınırlandırılması sayılamaz⁵³. Ancak, kişinin ekonomik varlığını ahlaka aykırı sayılacak ölçüde tehlikeye sokan⁵⁴, kişiyi başka bir kişiye ekonomik

⁵⁰ Arpacı, Abdülkadir, *Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler)*, İkinci Bası, İstanbul, 2000, s. 143.

⁵¹ İsviçre Federal mahkemesi öteden beri yerleşik içtihadıyla bu hakkın kişilik hakkına dahil olduğunu ve bu hakkın Anaysa Hukuku'ndaki ticaret ve teşebbüs özgürlüğünün medeni Hukuk'taki karşılığı olduğunu kabul etmektedir. İktisadi kişiliği geliştirme hakkı kendisini, teşebbüs, çalışma ve boykot haklarında göstermektedir. Bununla birlikte, kişiye ekonomik alanda gücünü artırma özgürlüğünün tanınması, tek başına sorunları çözmemektedir. Zira, bu hakkın kapsamı kolayca tespit edilememektedir. Bununla birlikte, bu durum sadece ekonomik haklar yönünden değil, kanunda tek tek sayılmaması sebebiyle tüm kişilik hakları yönünden söz konusu olmaktadır. Bu sebeple, Özellikle Prof. Jaggi, konunun daha çok kamu hukukunu ilgilendirdiği görüşünü savunmaktadır. Bkz. Grossen. s. 375'te yer alan açıklamalar.

⁵² Bucher, s. 126, N. 436.

⁵³ BGE 40 II 253, 51 J 158, 56 II 189 ve benzer kararlar için bkz. Dural, s. 137 dn. 43 ı.

⁵⁴ Yarg. HGK. 11.2.1976,1088/209, Bkz. YKD. 1976/12,s. 1269.

anlamda bağımlı kılan, iktisadi varlığını ölçülmez derecede riziko altına sokan⁵⁵ ve bu varlığını sürdürmesi için tüm araçların elinden alınmasını konu edinen sözleşmeler MK.m.23/II anlamında, özgürlüklerin hukuka ve ahlaka aykırı olarak aşırı sınırlandırılması sayılacağından, böyle hukuka aykırı edimleri içeren sözleşmeler, BK.m.19 ve 20 gereğince butlan müeyyidesine tabi olacaktırlar. Sözleşmenin bütünü değil de bir kısmı, örneğin bir tek kaydı hukuka aykırı ise, BK.m. 20/2 uyarınca, kısmi butlan müeyyidesine tabi olacak ve sadece o hüküm geçersiz olacaktır.

Bu bağlamda, sözleşmenin özgürlükleri aşırı derecede sınırlaması ve bu sebeple sözleşmenin kişilik hakkına ve ahlaka aykırılığı, sözleşmede yer alan edimlerin niteliğinden, edim karşı edim arasındaki dengesizlikten sözleşmenin süresinden ve nihayet doğrudan doğruya konusundan kaynaklanır⁵⁶. Doktrinde, bir kişinin ömür boyu gayrimenkul sa_ın almama, bir kimsenin gelecekteki tüm alacaklarını rehnettiğini veya devrettiğini belirten sözleşmeler⁵⁷, BK.m. 343 uyarınca üzere işçi ile 10 yılı aşan veya işçinin hayat boyu bir işyerinde çalışmasını konu edinen iş sözleşmeleri bağlayıcı değildir. Sonuç olarak, eğer sözleşme ilişkisi, taraflardan birinin ekonomik kaderini bir başka kişinin keyfine tabi bırakıyorsa⁵⁸, taraflardan biri için ekonomik özgürlüğün devri anlamına gelmekte ise, iktisadi alanda hür irade- siyle karar verme özgürlüğünü ortadan kaldırıyorsa, ya da taraflardan biri için ekonomik özgürlüğün özünü tehlikeye sokacak derecede uzun ise, MK.m.23/2 ve kişilik hakkına aykırı sözleşmeleri geçersiz sayan

⁵⁵ BGE. 114 II 162, 123 III 345 f. Bkz. Tuor/Schnyder/Schmid, s. 99.

⁵⁷ Tuor/Schnyder/Schmid, s. 99 ; Bucher, s. 125 N. 430. Gerçekten de, Kişilik hakkına ve özellikle ahlaka aykırılık bazı hallerde keyfiyetten (nitelikten), bazı hallerde ise, kemiyetten (nicelikten) kaynaklanır. Örneğin bir kimsenin evlenmerneyi taahhüt etmesi niteliksel; işçinin ömür boyu sürecek bir hizmet akdi yapması ise, nicelikselolarak ahlaka ve kişilik hakkına aykırı düşmektedir. Arpacı, s. 146, Bucher, s. 126, vd.

⁵⁶ Tuor/Schnyder/Schmid, s. 99 ; Bucher, s. 125 N. 430. Gerçekten de, Kişilik hakkına ve özellikle ahlaka aykırılık bazı hallerde keyfiyetten (nitelikten), bazı hallerde ise, kemiyetten (nicelikten) kaynaklanır. Örneğin bir kimsenin evlenmerneyi taahhüt etmesi niteliksel; işçinin ömür boyu sürecek bir hizmet akdi yapması ise, nicelikselolarak ahlaka ve kişilik hakkına aykırı düşmektedir. Arpacı, s. 146, Bucher, s. 126, vd.

⁵⁷ BGE 69 II 286

⁵⁸ BGE. 120 II 138. Karar için bkz. Tuor/Schnyder/Schmid, s. 98.

BK.m.19/2ve 20 hükümleri ile bağdaşmayacaktır⁵⁹. Bu bağlamda, bu hükümlerin, iktisadi bakımdan zayıf olanları güçlülere karşı korumak, güçsüzlerin istismarını önlemek gibi son derece önemli fonksiyonları bulunmaktadır⁶⁰.

Rekabet yasağı sözleşmesiyle de, işçinin ekonomik faaliyet özgürlüğüne ve ekonomik geleceğine kısmen dahi olsa sınırlama getirilmektedir. İşte böyle bir sınırlamanın MK. m. 23/II ve BK.m. i 9/2 ve 20 hükümleri karşısında ne kadar geçerli olduğunun saptanması gerekmektedir.

İşçi ile işveren arasında hizmet akdinin devam ettiği dönemde kararlaştırılan rekabet yasağını işçinin korunması düşüncesiyle özel hükümlerle düzenleme ihtiyacı duyan kanun koyucu, bu konuda da, rekabet yasağının sınırının düzenlendiği BK.m.349' da özel bir hüküm getirmiştir. Bu hüküm şu şekilde kaleme alınmıştır: "*Rekabet memnuiyeti ancak işçinin iktisadi istikbalinin hakkaniyete muhalif olarak tehlikeye girmesini menedecek surette zaman, mahal ve işin nevi noktasından hal icabına göre münasip bir sınır dahilinde şart edilmiş ise muteberdir.*"

Biraz önce, bir sözleşmenin kişinin ekonomik geleceğini tehdit eder nitelikte olmamasıgereğine yapmış olduğumuz açıklamalar, bu hükümde açıkça teyid edilmekte ve kanun sözleşmenin sadece yer, zaman ve işin türü noktasında sınırlanmasını yeterli görmemiş; açıkça bu sınırlamanın işçinin iktisadi istikbalinin hakkaniyete aykırı olarak tehlikeye girmesini önleyecek nitelikte olmasını aramıştır. Burada ifade etmemiz gerekir ki, kanun sınırlamanın bu nitelikte olması gereğini açıkça öngörmeseydi dahi, MK.m.23/II, BK.m.19 ve 20 hükümleri, Yargı kararları ve doktrindeki görüşler çerçevesinde aynı sonuca varılması mümkün olacaktı⁶¹. Fakat, kanun koyucu; işçiyi koruma düşüncesiyle, sınırlamanın bu nitelikte olması lüzumunu açıkça ve isabetle aramaktadır.

⁵⁹ Arpacı, s. 146 ; Oğuzman/Seliçi/Oktay, s. 131.

⁶⁰ Arpacı, s. 149 dn. 1 70'te zikredilen Ataay, Aytekin, Şahıslar Hukuku, s. 149.

⁶¹ MKm.23 hükmü dahi kanunda yer almasa dahi, BKm.19 ve 20 hükümlerinin, bu nitelikteki sözleşmeleri geçersiz saymak için yeterli olacağı rahatlıkla söylenebilir. Bkz. aynı yönde Arpacı, s. 145.

Doktrinde, sınırlamanın işçinin ekonomik geleceğini tehlikeye düşürmeyecek nitelikte olup olmadığının tayininde, karşılaştırılan yasağın özellikle işçinin ileride iş bulma imkanını olumsuz yönde etkileyip, etkilemediği hususu belirleyici kabul edilmektedir. Bunun için de, işçinin eğitim durumu ve o güne kadar sahip olduğu iş deneyimi, yaşı, ailevi durumu, sona ermiş bulunan iş ilişkisinin süresi, iş kolu ilişkiler ve iş piyasasının o günkü durumu ve işverenin hakkaniyete aykırılığı önlemek amacıyla işçiye taahhüt edeceği finansal edimler gözönünde tutulmalıdır. Sonuç olarak, işçinin ekonomik geleceğinin tehlikeye düşürülmekte olup olmadığının tayininde rekabet yasağının yol açacağı tüm finansal etkiler gözönünde tutulmalıdır. Bununla birlikte, rekabet yasağının karşılaştırılmasıyla illiyet (nedensellik) bağı içinde bulunmayan sonuçlar gözönüne alınmayacaktır⁶².

Gerek Borçlar Kanunu'nda bu yasağın muteber olması için işçinin iktisadi geleceğini hakkaniyete aykırı olarak sınırlandırmaması gereğini düzenleyen BK.m.349 hükmü, gerekse tüm sözleşmelerde şahsiyet hakkına aykırılığın müeyyidesini genel hükümler bağlamında düzenleyen MK.m.23/II ve BK.m.19 ve 20 hükümlerinin sonucu olarak, söz konusu hükümlere uymamanın müeyyidesi, Borçlar Hukuku'nun genel hüküm ve ilkeleri uyarınca butlan yaptırımıdır. Diğer bir ifadeyle, ister iş sözleşmesine bağlı bir rekabet yasağı sözleşmesi karşılaştırılmış olsun, ister hizmet sözleşmesinde rekabet yasağı kaydı olarak yer alsın, söz konusu kanuna ve ahlaka aykırı anlaşmanın akibeti rekabet yasağı kaydı veya sözleşmesinin geçersizliği olacaktır.

Mehaz İsviçre Borçlar Kanunu'nun rekabet yasağının sınırını düzenleyen 340/a hükmünün ikinci fıkrasında (OR. 340-a/2) Türk Hukuku'nda bulunmayan bir düzenleme yer almaktadır. Bu hükme göre, hakim takdir yetkisine dayanarak tüm şartları değerlendirmek suretiyle fahiş bir rekabet yasağını sınırlandırabilir; hakim bunu yaparken işverenin taahhüt ettiği karşı edimini de dikkate almak durumundadır. Bu düzenlemeye dayalı olarak, İsviçre Hukuku'nda rekabet yasağının işveren lehine fahiş şartlarla karşılaştı-

⁶² Açıklamalar için bkz. Bohny, s. 119, vd.

rılmış olmasının sonucunda, doğrudan doğruya butlan yaptırımını devreye girmeyecek ve hakim fahiş yasağı ahlaka ve hukuka uygun bir hadde indirebilecektir. Diğer bir ifadeyle, kanun hakime rekabet yasağının meşru sınırlarını saptamak amacıyla sözleşmeye müdahale etme yetkisini açıkça tanımaktadır. Böyle bir sınırlamanın yapılamayacağı hallerde ise, hakim butlan müeyyidesini uygulayacaktır. Bu durum, rekabet yasağının işçinin ekonomik varlığını tehlikeye düşürecek nitelikte olması halinde, İsviçre Hukuku'nda özel bir kanuni yaptırımın yer aldığını ve OR. 340-a/2 hükmünün, kişilik hakkına, hukuka ve ahlaka aykırılığın genel yaptırımını düzenleyen OR.19 ve 20 (BK. m. 19 ve 20)'ye nazaran özel hüküm niteliğinde olduğu rahatlıkla söylenebilecektir.

Belirtmek gerekir ki, Türk Hukuku'nda; OR. Art. 340-a/2'ye karşılık gelen bir düzenleme bulunmamaktadır. Yasağın sınırını düzenleyen BK.m.349 hükmü, işçinin iktisadi istikbalinin hakkaniyete aykırı şekilde tehlikeye düşürülmemesini bir geçerlilik şartı olarak öngörmüş, İsviçre Hukuku'nda olduğunun aksine buna ek olarak kanuna ve kişilik hakkına aykırılığın genel yaptırımını olan butlan müeyyidesinden farklı bir yaptırım öngörmemiştir. Bu sebeple, BK.m.34 hükmünün BK.m. 20 karşısında özel hüküm niteliğinde olduğu kanaatimizce söylenemez. Zira, BK.m.20 hükmü, BK.m.349'a uymamanın yaptırımını öngörmektedir⁶³. Bu bağlamda, BK.m.349 hükmüne uymamanın doğrudan sonucu butlan (kesin hükümsüzlük) yaptırımının uygulanmasıdır. Bununla birlikte, her ne kadar Türk Borçlar Kanunu'nda İsviçre Hukuku'nda olduğunun aksine özel bir hüküm yok ise

⁶³ Bu bağlamda, Türk Hukuku'nda da Bk.m.349'un BK.m. 20 karşısında özel bir norm sayılabacağını belirten ve yargıcın yasağın meşru sınırlarını saptamakla görevli olduğunu belirten Soyer'e katılamamaktayız. Aynı şekilde, Yazarın BK.m.349 hükmün MK.m.23/2'ye göre de özel hüküm niteliğinde olduğunu ve bu hüküm karşısında MK.m.23/2'nin uygulama alanının daralacağını belirten ifadelerine katılamamaktayız. Zira, MK.m.23/2 hükmü, kimsenin özgürlüklerini hukuka ve ahlaka aykırı olarak sınırlandıramayacağını düzenlemektedir. BK.m.349 hükmünün ifadesi de bunu teyid etmekten ileri gitmemekte, buna aykırı bir düzenleme getirmemektedir. Nitekim, özel yaptırım getiren OR. 340-a hükmünün dahi, MK.23/2'nin (OR. Art. 27) uygulama alanını daralttığı kanaatimizce söylenemez. Söz konusu hükmün, MK. 23'ün özel bir uygulama alanına değinmekle özel hüküm niteliğinde olmakla birlikte, ancak doğrudan doğruya butlan yaptırımını öngören BK.m.20 (OR. Art. 20)'nin uygulama alanını daralttığı ileri sürülebilir.

de, özellikle işçi lehine bir ivazın kararlaştırıldığı ve sözleşmenin ayakta tutulmasının işçinin menfaatine olduğu hallerde, iş hukukunun işçiyi koruyucu özelliği ve İsviçre Federal mahkemesinin uygulamada geliştirdiği tutumu⁶⁴ gözönünde tutulmak suretiyle, butlan yaptırımı yerine, fahiş yükümlülüklerin işçi için taşınabilir bir hadde indirilmesi yetkisi hakime tanınmalıdır. İsviçre Hukukunda hakime bu yetki, 1971 yılında Borçlar Kanunu'nun iş sözleşmesinin ilişkin hükümleri değişmeden önce kanunda açıkça yer almadığı dönemde, Federal mahkeme içtihatlarında kanunun gerekçesine dayanarak tanınmaktaydı⁶⁵. Aynı imkan Türk hakimine de, gerek kanundaki hizmet akdine ilişkin hükümlerin amacına ve işçi lehine yorum ilkesine başvurulmak; gerekse OR. 340-a/2 hükmünün ve özellikle böyle bir hükmün kanunda yer almadığı dönemde verilmiş bulunan İsviçre Federal mahkemesi kararlarının kıyasen uygulanması yoluyla tanınmalıdır. Nitekim, bugün Federal Mahkemenin yerleşik içtihatlarında, hakimin sözleşmenin sadece belirli bir bölümünü geçersiz (batıl) saymak ve makul haddi aşan bölümü indirmek suretiyle sözleşmeyi ayakta tutabileceği ve kısmi butlanın bu hallerde de söz konusu olabileceği açıkça kabul edilmektedir⁶⁶.

Rekabet yasağı sözleşmesine ilişkin olarak da, günümüz iş hukuku'nda, aşağıda inceleyeceğimiz geçerlilik koşullarından birinin bulunmaması sebebiyle bu sözleşmenin baştan itibaren batıl sayılmasının, özellikle işçi tarafından geçerli bir sözleşmenin varlığı düşünülerek yasağa uygun davranılmış olunması halinde, hakkaniyete uygun olmayan sonuçların ortaya çıkacağı ve hakkaniyete aykırılığın işçi lehine bir karşı edimin öngörüldüğü hallerde söz konusu olacağı kabul edilerek butlan yerine, işçi lehine tek taraflı bağlamazlık yaptırımının uygulanması gerektiği kabul edilmektedir. Bu halde, işçi rekabet yasağının sürekli borç ilişkisi doğurucu niteliği sebebiyle, sözleşmenin geçersizliğini öğrenmesinden itibaren dürüstlük kuralına göre makul bir süre içinde ileriye etkili olarak yasağa tabi olmaktan kurtulabilecektir. Böylece, yasağa uygun davrandığı dönemin karşılığını oluşturduğu

⁶⁴ BGE. 43 (1917) II 662, Bohny, s. 40 dn. 39.

⁶⁵ Bkz. Bohny, s. 40.

⁶⁶ BGE. 106 II 379, 107 II 218 f. , 114 11163; 120 II 40 f. Kararlar için bkz. Tuor/Schnyder/Schmid, s. 100.

ölçüde karşı edimi iadeden kaçınabilecektir⁶⁷. Ayrıca, işçi butlana işverenin yol açtığı hallerde, sözleşmenin geçerliliğine güvenmesinden dolayı uğramış olduğu menfi zararı talep edebilecektir. Aynı zarar talebi, karşı edim öngörülme-yen hallerde dahi mümkün kabul edilmelidir. Zira, her ne kadar işçi için karşı edim kararlaştırılmamış olduğu için bir zararın söz konusu olmayacağı iddia edilebilirse de, işçi söz konusu yasağı içeren sözleşmenin geçersiz olduğunu bilseydi, kaçırmamış olacağı fırsatları kaçırmış olması sebebiyle kanaatimizce işverenden genel hükümler uyarınca zarar talebinde bulunabilmelidir. Bununla birlikte, işçi de kaçırmış olduğu fırsatları ve uğradığı zararı, yani rekabet teşkil edecek davranışta bulunma imkanının varlığını somut bir şekilde ispat etmelidir⁶⁸.

Ş2. REKABET YASAĞI SÖZLEŞMESİNİN KONUSU ve GEÇERLİLİK ŞARTLARI

1. REKABET YASAĞI SÖZLEŞMESİNİN KONUSU

1. Genel Olarak

Rekabet yasağı sözleşmesinin konusu, genel olarak işçinin işverene karşı hizmet sözleşmesi sona erdikten sonra onunla rekabet teşkil edecek bir işte çalışmasının, rekabet doğuran bir alanda faaliyet göstermesinin yasaklanması, bir diğer ifadeyle, işçinin işverenle rekabet etmekten kaçınmasıdır⁶⁹. Rekabetten kaçınma kavramı soyut bir ifade olup, hangi davranışların işverenle rekabete yol açacağı somut olarak ortaya konması gerekmektedir. Bununla birlikte, doktrinde işçinin işvereni ile rekabet yapmasının ancak aynı tür ürünün üretilmesi veya aynı tür hizmetin sağlanması durumunda ortaya çıkacağı, hatta hitap edilen müşteri çevresinin dahi aynı olması aranmaktadır⁷⁰. Rekabet teşkil eden davranışın aynı teknik ve ticari esaslara göre yapılmış olması ise zorunlu değildir⁷¹.

⁶⁷ Soyer, s. 41 ; Bohny, s. 84.

⁶⁸ Soyer, s. 41 dn. 13

⁶⁹ Bohn y, s. 72.

⁷⁰ Ayıter, s. 471 ; Uşan, s. 254.

⁷¹ Soyer, s. 27; Uşan, s. 254; Aksı görüşte Ayıter, s. 470.

Borçlar Kanunu'nun 348. maddesinde rekabet yasağının konusu; işçinin hizmet akdi sona erdikten sonra kendi namına işverenle rekabet edecek bir iş yapmasının, rakip bir müessesede çalışmasının ve böyle bir müessesede ortak veya diğer bir sıfatla ilgili olmasının yasaklanması olarak belirlenmiştir. Bu sebeple, kanunda rekabet teşkil eden davranışlar olarak öngörülen bu faaliyetlerin üzerinde durulmak gerekmektedir. Bununla birlikte, öncelikle rekabet yasağı sözleşmesinin konusu belirlenmesinde söz konusu olan genel ilkelerden bahsetmek lüzumu bulunmaktadır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, BK.m.348/1' de sayılan faaliyetlerin her biri, diğerinden bağımsızdır ve bunlardan birinin yasaklanmış olması, zorunlu olarak diğerinin de yasaklanmış olduğu anlamına gelmemektedir. Bu hükümle, yasa yasağın nereye kadar uzanabileceğini belirlemektedir⁷². Bununla birlikte, hangi tür faaliyetlerin yasaklandığı sözleşmede açık olarak belirtilmemişse, bunun yorum yoluyla belirlenmesi söz konusu olacak ve başta dürüstlük ilkesi olmak üzere, özellikle güven teorisi ışığı altında tarafların iradeleri, yasağı koymaktaki amaçları gözönünde tutulacaktır⁷³. Sözleşme yorumlanırken, doğrudan doğruya işçi lehine yorum yapılmayacağı doktrinde ifade edilmektedir⁷⁴. Bununla birlikte, Borçlar Kanunu'nda yer alan yasağın işçiyi koruma amaçlı hükümleri, BK.m.348'in işçi aleyhine değiştirilemeyeceği, ayrıca BKm.348/2 uyarınca yasağın ancak rekabetin işveren için hissolunabilecek derecede bir zarar verebilecek olması halinde muteber olacağı gözönünde tutulabilir.

Diğer yandan, işçi lehine yorum bir tarafa bırakılsa dahi, rekabet yasağını düzenleyen sözleşme çoğunlukla işveren tarafından kaleme alınacağı için, sözleşmenin yorumunda genel bir ilke olan şüphe halinde sözleşmenin, onu kaleme alan tarafın aleyhine yorumlanması ilkesinden yola çıkılarak, yine işçi lehine yorum mümkün olabilecektir. Bu yorum ilkelerine ek olarak, işçinin edindiği bilgilerin sınırlı bir alana dahil olduğu hallerde, söz konusu iş dalına ait tüm faaliyetlerin yasaklanması mümkün görülmemekte-

⁷² Oser/Schönelberger. Art. 356 N. 16; Soyer, s. 29.

⁷³ Becker, Art. Art. 356 N.II ; Oser/Schönenberger, Art. 356 N.16; Soyer, s. 29

⁷⁴ Soyer, s. 29.

dir⁷⁵. Kanaatimizce, böyle bir hüküm, Anayasada düzenlenen çalışma özgürlüğüne de ters düşecektir. Son olarak, rekabet sözleşmesinin yorumlanmasında, iş verenin söz konusu faaliyetin yasaklanmasında haklı menfaatinin mevcut olmasının, sözleşmenin devam için kanunen öngörülen zorunlu bir şart olduğunun da (BK.m.352/1) gözden uzak tutulmaması gerekmektedir.

2. Rekabet Sayılan Faaliyetler

a.İşçinin Kendi Adına İşverenle Rekabet Teşkil Eden Bir İş Yapmaması

Burada söz konusu olan, çalışmanın bağımsız olarak yürütülmesi halidir. Bununla birlikte maddenin amacı, işçinin sadece kendi adına değil, kendi hesabına da iş yapmasını önlemektir⁷⁶. Zira, burada önemli olan ve kanaatimizce kastedilen, işçinin ekonomik menfaati kendisine ait olmak üzere işverenle rekabet oluşturan bir iş yapmamasıdır. Bununla birlikte, işçinin ekonomik sonuçları kendi malvarlığında gerçekleşmese dahi, rakip bir firma adına ve onun hesabına eski işvereniyle rekabet oluşturacak bir iş yapmasına cevaz verilmesi, işverenin rekabet yasağı özleşmesi yapmasını anlamsız bırakacağından ve yasağın dolanılmasına yol açacağından, işçinin kendi adına ve başkası hesabına böyle bir işte çalışması da yasağın kapsamındadır. Yine aynı şekilde, "başkası adına" da rekabete yol açan bir iş yapması da sözleşmenin dolanılması anlamına geleceğinden, bu durum da yasak kapsamında kabul edilmelidir⁷⁷. Kanaatimizce, burada işin başkası adına yapılması halinin hükmün kapsamı dışında bırakıldığını ileri sürme salt lâfzi bir yorum tarzını esas almak anlamına gelmektedir. Yasanın, işçinin işverenle rekabet yasağı sözleşmesi yaptıktan sonra, işçiye yine işverenle rekabet etmek suretiyle başka bir tacire bu şekilde menfaat sağlamasını uygun gördüğü kanaatimizce savunulamaz. Bununla birlikte, aşağıda değineceğimiz gibi, rakip müessesede çalışma kavramının geniş yorumlanması sure-

⁷⁵ Oser/Schönenberger, Art. 356 N.II ; Becker, Art. 356 N.2 ; Bohny, s. 77 ; Soyer, s. 30.

⁷⁶ Oser/Schönenberger, Art. 356 N. 18 ; Soyer, s. 31. Nitekim, bu hükmün İsviçre Borçlar Kanunundaki karşılığını teşkil eden OR. Art.340/1 'de "işçinin rekabet teşkil eden herhangi bir işten kaçınması ve kendi hesabına (Auf eigene Rechnung) bir ticari işletme işletmemesi" ibaresi yer almaktadır.

⁷⁷ Becker, Art. 356 N.II ; Oser/Schönenberger, Art. 356 N. 18; Uşan, s. 255.

tiyle de, eğer sözleşmede böyle bir hüküm varsa, aynı sonuca varılabilir.

Doktrinde, yasağın dolanıldığına ilişkin ispat yükünün bunu iddia eden işveren tarafından yerine getirileceği ifade edilmekle birlikte⁷⁸, kanaatimizce hakim bu hallerde, hükmün amacını dikkate alarak aynı işi başkası adına yapmanın da yasak kapsamında olduğunu kabul edebilmeli veya en azından bu hallerde somut durumun özelliğini de dikkate alarak, yasanın dolanıldığı yönünde bir karinenin varlığını kabul ederek aksinin ispatını işçiye yükleyebilmelidir. Çünkü, başkası adına hareket halinde dolanınanın ispatı ve tarafların iç ilişkide başkası adına hareketten doğan ekonomik menfaatin rekabet yasağına tabi işçiye geçirilmekte olup olmadığının ispatı son derece zor ve neredeyse imkansızdır.

b. İşçinin Rakip Bir Müessesede Çalışması

Rekabet teşkil eden bir diğer hal, işverenle rekabet halinde olan başka bir işyerinde çalışmaktır. Buradaki "çalışma" kavramının dar yorumlanmaması gerektiği, sadece iş akdiyle değil; acentalık, müşavirlik gibi işlerle işverene menfaat sağlanan tüm faaliyetlerin çalışma kavramına dahil olduğu doktrinde kabul edilmektedir⁷⁹. Somut olayda rakip müessede çalışmanın mevcut olup olmadığında, dürüstlük ilkesi yol gösterici olacaktır⁸⁰. Hatır için zaman zaman yapılan yardım ve verilen tavsiyelerin ise, yasağın kapsamı dışında olduğu ve bunun belirlenmesinde karşılık, zaman ve etki ölçütlerinin kullanılması gerektiği ifade edilmektedir⁸¹. İsviçre federal Mahkemesine göre de, karşılık alınmadan dahi olsa, bir işletmenin belirli süreden beri desteklenmesi halinde rekabetten bahsedilebilir⁸². Son olarak, işçinin çalışmasının yasak kapsamına dahil olması için, işçinin işletme ve fabrikasyon sırlarını aktif olarak değerlendirme imkanı söz konusu olmalıdır. Yoksa, kanunun amacı işçinin her türlü çalışma faaliyetini yasaklamak değildir⁸³.

⁷⁸ Bkz. Bohny, s. 79 ; Soyer, s. 30.

⁷⁹ Bkz. bu görüşte Oser/Schönenberger, Art. 356 N. 18 ; Bohny, s. 79 ; Soyer, s. 32 ; Uşan, s. 255. 82 Aylter, s. 471 ; Uşan, s. 255.

⁸⁰ Bohny, s. 82; Becker, Art. 356 N. 12 ; Soyer, s. 32.

⁸¹ BGE. 89 11 126, Karar için bkz. Soyer, s. 31 dn. 158.

⁸² BGE. 8911 1963, Karar İçin bkz. Vischer, s. 425 dn. 14.

⁸³ Soyer, s. 32.

c. İşçinin Bir Rakip Müessesede Ortak veya Diğer bir Sı/atla İlgili Bulunmaması

İşçinin rakip bir müessesede ortak veya başka bir sıfatla ilgili olması, çok geniş bir ifade tarzı olup, somutlaştırılmaya muhtaçtır. Federal Mahkeme, ödünç vermek dahil düzenli olarak sağlanan her türlü desteği bu yasağa dahil saymaktadır. Genellikle, bu ifade tarzının işletmeyle sermaye ilişkisi içinde bulunulmasının yasaklanmasını amaçladığı kabul edilmekle birlikte, önemli olan husus rakip müessesenin işletilmesine doğrudan doğruya veya dolaylı olarak etkili olmak olduğu ifade edilmektedir. Bu bağlamda, ilgili olma kavramı yorumlanırken, işçinin sahip olduğu müşteri çevresi bilgileri ve iş sırlarının o işyerinde değerlendirme imkânının bulunup bulunmadığı da değerlendirilmelidir. Bu bağlamda, kara ve zarara katılmak, teşebbüsü teminatlarla desteklemek ve şirkette bu sırların kullanılabileceği bir konuma gelmek veya teknik konularda müşavirlik yapmak, bir şirkete emeğini sermaye olarak koymak gibi bir çok durumda, ilgili olma şartı gerçekleşmektedir. Şirketle yakın kişisel ilişki kurulmasına yol açacak şekilde ortak olmak yasağın kapsamına dahil olmakla birlikte, sadece rakip anonim şirketin hisse senedini satın almak, yasağa dahil değildir. Zira, tek başına hisse senedi almak, yönetime katılma imkanı vermemektedir. Burada da, alına senedin şirket yönetimine etki edebilip edemeyeceğine de bakılmak gerekmektedir⁸⁴. Belirtmek gerekir ki, kanun açıkça rakip şirkette ortak olmayı ve ilgili bulunmayı yasaklamaktadır. Bu sebeple, işçinin salt işletme yönetiminde etkili olmadığını ispat ederek, sorumluluktan kurtulması kanaatimizce mümkün olmamalıdır. Zira, ilgili olma kavramı salt sermaye ilişkisi olara düşünülmemeli, şirketle know-how sözleşmesi, ya da teknik bilgiler aktarma amacıyla danışmanlık yapmak ve bu sayede rekabete yol açarak işvereni zarara uğratabilecek bilgiler, sırlar aktarmak suretiyle rakip şirkete menfaat sağlamak

⁸⁴ Oser/Schönenberger, Art. 356 N. 18 ; Bohny, s. 80 ; Becker, Art. 356 N. 12 ; Soyer, s. 35 dn 176.

da yasağın kapsamına dahil kabul edilmelidir⁸⁵.

2. REKABET YASAĞI SÖZLEŞMESİNİN GEÇERLİLİK ŞARTLARI

1. İşçinin Reşit Olması

Borçlar Kanunu, rekabet yasağının geçerliliği için, işçinin reşit olmasını aramaktadır. BK.m. 348/f.son'a göre, işçi akdin yapılması sırasında reşit değilse, rekabet yasağına dair şart batıldır. Kanun burada, açıkça reşit olmayı aradığından, sadece 18 yaşın doldurulmasıyla değil, evlenme ile ve mahkeme kararıyla kişinin reşit (ergin) olduğu hallerde de, işçi ile rekabet yasağı sözleşmesi akdedilebilecektir⁸⁶. Ancak yasanın açık hükmü karşısında, sözleşmenin ayırt etme gücüne (temyiz kudretine) sahip küçüğün adına kanuni temsilci tarafından yapılması ya da bizzat küçük tarafından yapılan sözleşmeye izin veya icazet verilmesi suretiyle de bu sözleşme kurulamayacaktır. Bununla birlikte, doktrinde ayırt etme gücüne sahip kısıtlının reşit olmak şartıyla yapacağı sözleşme vasinin onayıyla geçerli olabileceği kabul edilmektedir⁸⁷. Bununla beraber, 1971 değişikliğinden sonra İsviçre Borçlar Kanunu'nun 340. maddesinin birinci fıkrasında işçinin tam ehliyetli olması gerektiği açıkça düzenlemektedir. İşçinin, reşit olduktan sonra, zımni olarak bu sözleşmeye muvafakat etmesi, sözleşmeyi geçerli kılmayacaktır⁸⁸. Bu düzenlemenin amacı, öncelikle küçüğün kendi fiillerinin sonucunu idrak edemeyeceği genel düşüncesi ve reşit olmayan kişinin mesleki eğitimini tamamlamadan böyle bir sözleşme ile köreltilmesinin, geri bırakılmasının engellenmesidir⁸⁹.

Borçlar Hukuku'nun genel hükümleri uyarınca, sözleşme taraflarından biri, batıl olan şart bulunmasaydı, sözleşmeyi hiç yapmayacağını ispat ederek sözleşmenin tamamını BK.m.20/2 uyarınca batıl kılabilir. Rekabet yasağının batıl olması halinde ise, işverene bu şekilde hizmet akdi-

⁸⁵ Aksi görüşte Bohny, s. 82 ve Soyer, s. 35.

⁸⁶ Soyer, s. 44 ; Uşan, s. 57

⁸⁷ Becker, Art. 356 N.6 ;Ayiter, s. 467; Bohny, s. 86 ; Yavuz, s. 421 ; Bilge, s. 239; Oser/Schönenberger, Art. 356 N. 15 ; Uşan, s. 57 ; Soyer, s. 46.

⁸⁸ Vischer, s. 424 ; Bohny, s. 86; Uşan, s. 57.

⁸⁹ Vischer, s. 424 cin. 7; Bohny, s. 86

nin butlanını ileri sürme hakkı, işçiyi koruma düşüncesiyle verilmemelidir. Zira, iş hukukunun prensipleri böyle bir iddiayı haklı kılmamaktadır⁹⁰.

2. Yazılı Şekil Zorunluluğu

Yasa, 350. maddede açıkça yazılı şekli muteberlik şartı olarak ara-maktadır⁹¹. Bu düzenlemenin amacı, işçinin yasağın varlığını ve kapsamı hakkında bilgi sahibi olmasıdır. Bu sebeple, yazılı şekil sözleşmenin tüm esaslı unsurlarını, yasağın yer, zaman ve konu açısından tüm kapsamını ve rekabet yasağını ilgilendiren tüm kuralları barındırmalıdır. Aksi takdirde sözleşme geçersizdir. Asıl hizmet sözleşmesi yazılı yapılmamış olsa dahi, rekabet yasağının mutlaka yazılı olması gerekir⁹². Belirli süreli hizmet sözleşmesinin susma ile yenilediği hallerde, rekabet yasağı sözleşmesi de yenilenmiş olur⁹³. Borçlar Kanunu m. 13 uyarınca, sözleşmede sadece taahhüt altına girenin imzası yeterli olacağından karşı edim kararlaştırılmadığı hal-lerde, sadece işçinin imzası yeterli olacaktır. İşçi lehine karşı edirin kararlaştırıldığı hallerde, işverenin imzasının var olmamasını geçersizlik sebebi sayarken⁹⁴, işçinin korunması amacı bir kenara bırakılmamalı⁹⁵ ve özellikle geçersizliğin işveren tarafından ileri sürülmesi halinde, bunun dürüstlük kuralına aykırı düşüp düşmediğinin tespitinin ayrı bir önemi bulunmaktadır. Diğer yandan, işçiyi koruma düşüncesiyle, hakimın butlan yerine tek taraflı bağlamazlığı esas alabileceği de kanaatimizce, kabul edilmelidir.

3. İşverenin Korunmaya Değer Haklı Bir Menfaatinin Varlığı

a. Genel Olarak

Rekabet yasağı sözleşmesinin amacı, işçinin işyerinde öğrendiği özel bilgileri, hizmet sözleşmesinin bitiminden sonra, işverenle rekabet edecek

⁹⁰ Uşan, s. 58. Soyer ise, bunun mümkün olduğunu ifade etmekle birlikte nadiren gerçekleşebileceğini, geçersizliğin hizmet akdi devam ederken ileri sürülmeyeceğini, akit sona erdikten sonra ise, butlanı ileri sürmenin pratik bir değer ifade etmeyeceğini belirtmektedir. Bkz. Soyer, s. 40.

⁹¹ GuhI/Merz/Koller, s. 469 ; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s. 96, 97 ; Süzek, İş Hukuku, s. 292.

⁹² Yavuz, s. 422.

⁹³ Uşan, s. 59; Yavuz, s. 422.

⁹⁴ Oser/Schönenberger, Art. 358, N.2. ; Von TuhrIPeter, s. 238; Bohny, s. 89, Soyer, s. 42; Uşan, s. 59.

⁹⁵ Soyer, s. 42 dn 18 . Aksi görüşte Oser/Schönenberger, Art. 358, N.2.

tarzda kullanılması engellenmesidir. Bu durum, rekabet yasağının ancak özel koşulların varlığı halinde akdedilebileceğini gösterir. Bu özel koşullar, genel bir ifadeyle "korunabilir haklı menfaatler" olarak formüle edilebilir⁹⁶. Gerçekten, BK. m. 352/1 hükmü, işverenin rekabet yasağının devamında gerçek bir menfaatinin bulunmadığının sabit olmasını, sözleşmenin sona erme sebebi olarak düzenlemektedir. Bununla birlikte, sözleşmenin kurulması aşamasında da bu menfaatin bulunmaması bir geçersizlik sebebidir. Nitekim, Borçlar Kanunu, bir geçerlilik şartı olarak, haklı menfaat kavramına hangi hallerin girdiğini belirlemiştir. BK.m.348/2 uyarınca, rekabet yasağına ilişkin şart, ancak işçi; işverenin müşterilerini tanımasından ve esrara nüfuzundan istifade ederek, iş sahibine hissölunacak derecede bire zarar husulüne sebebiyet verebilecek ise caizdir. Hükümdeki "ve" kelimesi bir tercüme hatasından kaynaklanmakta olup, mehaz OR.Art.12'de olduğu gibi "veya" olarak algılanmalıdır. Doktrinde de bu konuda görüş birliği bulunmaktadır⁹⁷. Rekabet yasağı sözleşmesi, hizmet akdinin bitiminden sonra hüküm ifade edeceği için, bu şartların varlığı sözleşmenin kurulması anında değil, yasağın hüküm ifade edeceği anda aranacaktır. Bu unsurların varlığını ispat yükü işverene aittir⁹⁸. Her ne kadar, bir sözleşmenin geçersizliğini ileri süren MK.m.6 gereği bunu ispatla yükümlü dahi olsa, işverenin etki alanına dahil unsurların işçi tarafından ispatı kanaatimizce beklenmemelidir. Yasa, rekabet yasağının geçerliliğini işçinin müşteri çevresine ve iş sırlarına nüfuz etme imkanının varlığına bağladığından, vasıfsız ve alt kademedeki işçilerin rekabet yasağına tabi olmalarını büyük ölçüde engellermektedir. Fakat bu işçilerle rekabet yasağı sözleşmesi yapılamayacağı yönünde bir genelleme de yapılamaz⁹⁹. Aynı şekilde, rekabet yasağı işçinin işi gereği sırlara ve müşteri çevresine nüfuz ettiği ölçüde kararlaştırılabilecektir¹⁰⁰. Zira, bir kişinin hareket özgürlüğünü sınırlayan sözleşmeler, ancak alacaklının haklı menfaatinin

⁹⁶ Soyer, s. 47.

⁹⁷ Ayiter, s. 468 ; Bilge, s. 240 ; Soyer, s. 49 ; Uşan, s. 230 ; Süzek, İş Hukuku, s. 292 ; Yavuz, s. 422.

⁹⁸ Soyer, s. 49.

⁹⁹ Federal Mahkeme de aynı görüştedir. Bkz. BGE 91 II 372, Soyer, s. 48 00.62

¹⁰⁰ Oser/Schönenberger, Art. 356 N.11 ; Becker, Art. 356 N.2; Soyer, s. 49.

varlığı halinde geçerli kabul edilmektedir¹⁰¹.

b. Müşteri Çevresi veya İş Sırlarına Nüfuz Etme

Müşteri çevresi veya iş sırlarına nüfuz etmeden anlaşılması gereken, işçinin işverenin belli sırlarını öğrenebilme imkânına sahip olmasıdır¹⁰². Rekabet yasağı anlamında müşteriden anlaşılması gereken, bir işletme ile az veya çok bir süre boyunca ilişki kurarak, ondan mal veya hizmet kabul eden kimsedir¹⁰³. Müşteri çevresine nüfuz etme kavramında anlaşılması gereken, sadece müşterilerin ismen bilinmesi değil, bu kişilerin işyeri ile ilişkilerine yönelik bilgi sahibi olunması anlaşılmalıdır. Bir başka ifadeyle, kanun koyucu; işçinin işverenle müşteriler arasındaki her türlü ticari ve şahsi ilişkileri bilmesini ve bu bilgisini kendi adına ekonomik bir kıymet olarak kullanabilecek durumda olmasını aramaktadır¹⁰⁴. Buna karşın, işçinin kendisine özgü nitelik ehliyet ve sosyal statüsü sayesinde oluşturduğu durumlarda işten ayrılması, önemli bir zarar doğursa da, rekabet yasağı sözleşmesi için haklılık unsurunu oluşturmaz¹⁰⁵.

Müşterilere ait bilgilere ulaşma imkanı tespit edilirken, işçinin işyerindeki konumu doğrudan doğruya belirleyici bir faktördür. Kanun, müşteri çevresinden istifade ederek, işverene zarar verilebilme şartını getirdiğinden, bu bilgilerin kanaatimizce sır niteliği taşıması şart değildir¹⁰⁶.

Yasa, işçinin iş sırlarına vakıf olması halinde de, rekabet yasağının kararlaştırılabileceğini düzenlemektedir. İş sım, işletme ile ilgili, sınırlı bir çevre tarafından bilinen, başkaları tarafından kolaylıkla öğrenilemeyecek, saklı kalmasında işverenin haklı menfaatinin bulunduğu ve işverence saklı kalması arzu edilen olgular olarak tanımlanabilir¹⁰⁷. İşverenin işçisini eğittiği

¹⁰¹ Von Tuhr/Peter, s. 266.

¹⁰² Akyiğit, Rekabet Yasağı, s. 11 ; Uşan, s. 23.

¹⁰³ Akyiğit, s. 11 ; Soyer, s. 50; Tunçomağ/Centel, s. 99.

¹⁰⁴ Ayiter, s. 468 ; Uşan, s. 231.

¹⁰⁵ Ayiter, s. 468 ; Soyer, s. 52 ; Uşan, s. 231.

¹⁰⁶ Bkz. Aksi görüşte Soyer, s. 51. Uşan'ın, Soyer'in bu konudaki görüşünü aktarırken, sanki Soyer'in de sır vasfını aramadığı yönünde ifade kullanması, yanlış anlaşılmaya yol açmaktadır. Bkz. Uşan, s. 233.

¹⁰⁷ Soyer, s. 53; Bohny, s. 103, Oser/Schönenberger, Art. 356 N. 12 ; Becker, art. 356 N. 3.

her durumda, iş sının varlığında söz edilemez¹⁰⁸. Aksi takdirde mesleki gelişim engellenmiş olur. Ancak işyerindeki üretim veya pazarlama tarzının piyasada bilinmediği ve sır niteliğini taşıdığı özel hallerde, iş sırrından söz edilebilir¹⁰⁹.

c. işverenin Önemli Bir Zarara Uğrama İhtimalinin Varlığı

BK.m. 348, işçinin sadece müşteri çevresini tammasını ve iş sırlarına nüfuz etmesini rekabet yasağı sözleşmesinin yapılabilmesi için yeterli görmemiş, bu bilgilerin işçi tarafından kullanılması halinde işverenin zarara uğrama ihtimalinin varlığını şart koşmuştur¹¹⁰. Rekabet yasağı sözleşmesinin amacı, işverenin rekabet piyasasındaki konumunu tehlikeye düşmekten korumaktır. Fakat, işverenin rekabet gücünü tehlikeye düşürecek her olgu da, bu geçerlilik unsurunu oluşturmaya yeterli değildir. Bu sebeple, doktrinde ancak "önemli" bir zararı önlemek amacıyla bu yasağın kararlaştırılabileceği kabul edilmektedir¹¹¹. Burada da amaç, işçinin çalışma özgürlüğünü yersiz ve gereksiz olarak kısıtlanmamasıdır. Bu hüküm, "işverenin önemli bir menfaatinin kalmamasını" sona erme sebebi olarak düzenleyen BK.m. 352/1 kuralı ile de uyumludur.

Yasa, bu şartı aramakla birlikte, somut bir zararı ispatlama zorunluluğu getirmemektedir. Faaliyetin önemli zarar doğurabilme potansiyeli, yani önemli zarar ihtimali yeterli görülmektedir. Bunu yargıç, her olayın somut şartlarına göre belirleyecektir. Önemli zarardan anlaşılması gereken, işvereni için telafi edilemeyecek zararların meydana gelme ihtimalidir¹¹². Diğer yandan, işçinin müşterileri tanıma ve sırlara nüfuz etme imkanı ile meydana gelecek veya gelebileceği iddia edilen zarar arasında uygun illiyet bağı bulunmalıdır¹¹³. İşverenin zarara uğraması ihtimali, işçinin kişisel yetenekle-

¹⁰⁸ Yavuz ve bazı yazarlar, iş sırrı kavramının geniş yorumlanması gerektiği kanaatinde dirler. Bkz. Yavuz, s. 422 dn. 69'da adı geçen yazarlar.

¹⁰⁹ Uşan, s. 233.

¹¹⁰ BGE 472 II 419; 81 II 152; 91 II 372 Kararlar için bkz. Guhl/MerziKoller, s. 468 ; Süzek, s. 292, Tuncay, s. 1066; Uşan, s. 234; Yavuz, s. 422.

¹¹¹ Soyer, s. 57; Bohny, s. 108

¹¹² Soyer, s. 58

¹¹³ Oser/Schönenberger, Art. 356N. 14 ; Vischer, s. 425 ; Bilge, s. 240; Bohny, s. 110 ; Yavuz, s. 422; Soyer, s. 58; Uşan, s. 234. Uygun illiyet bağı kavramı hakkında ayrıntılı açıklama için

rinden kaynaklanıyorsa, böyle bir neden-sonuç ilişkisinden bahsedilemez. Zira, işçi kişisel yeteneklerini her zaman kullanabilir¹¹⁴. Bunun aksine yapılacak bir sözleşme, şahsiyet hakkını hukuki işlem yoluyla yapılacak saldırılara karşı koruyan MK.m.23 ve BK.m.19 hükümlerine de aykırıdır.

§4. REKABET YASAĞI SÖZLEŞMESİNİN İHLALİ ve SÖZLEŞMENİN SONA ERMESİ

1. SÖZLEŞMENİN İHLALİ ve HUKUKİ SONUÇLARI

1. Yasağın İhlali

BK.m.351 hükmü, işçinin rekabet yasağı sözleşmesine aykırı hareketlerini üç basamaklı olarak yaptırım sistemine bağlamıştır¹¹⁵. BK.m. 351/1 'de, sözleşmeye aykırılığın genel sonucu olan tazminat yükümlülüğü; ikinci fıkrada cezai şart kararlaştırılan hallerde işçinin sorumluluğu ve üçüncü fıkrada işverenin istisnai hallerde işçinin yasağa uygun davranma talebinde bulunabileceği düzenlenmektedir. Madde, her ne kadar işverenin haklarını düzenliyor ise de, esasen işçi lehine kısıtlamaları içermektedir¹¹⁶. Gerçekten de, her fıkrada yer alan düzenleme, sözleşmeye aykırı davranış halinde, borçlar hukukunun genel prensiplerine kısıtlama getirmektedir¹¹⁷. Özellikle, işverenin istisnaen yasağa riayet edilmesini isteyebilmesi; ancak istisnai hallerde sözleşmenin aynen ifasının talep edilebileceğini göstermektedir ki, bu da genel prensibe getirilmiş önemli bir istisnadır. Hüküm, işçiyi koruma amaçlı olduğundan, işveren borçlar hukukunun genel prensipleri gereğince böyle bir hakkının bulunduğu veya hakların yarışmasının söz konusu olacağını ileri süremeyecektir.

2. Hukuki Sonuçları

a. İşverenin Zararlarının Tazmini

Yasağı ihlal eden işçi, BKm. 351/1 uyarınca, işverenin bu sebeple

bkz. Tandoğan, HalUk, Türk Mes'uliyet Hukuku, Ankara, 1961, s. 71, vd.

¹¹⁴ Soyer, s. 59.

¹¹⁵ Soyer, s. 77.

¹¹⁶ Bohny, s. 150.

¹¹⁷ Oser/Schönenberger, Art. 359 N.2.

uğradığı zararları tazmin edecektir¹¹⁸. Bu anlamda zarar, işçi yasağa aykırı davranmamış olsaydı, işverenin malvarlığının arz edeceği durum ile yasağa aykırı davranılmış olması sonucunda işverenin malvarlığının içinde bulunduğu durumdur. BKm. 97/2 gereğince, borçlu, yapmama borcu niteliğindeki rekabet yasağına aykırı hareket etmekle, tazminat sorumlusu olacaktır. Burada, tazminat hukukunun genel prensipleri uygulanacağından, işveren yasağa aykırı davranışı, uğradığı zararı, miktarını ve zararın yasağa aykırı davranıştan doğduğunu ispat edecek, işçi ise, BK.m.96 gereği kusurlu sayıldığından, ancak yasağa aykırı davranışta kusurlu bulunmadığını ispat ederek tazminat yükümlülüğünden kurtulacaktır. Ancak pratik olarak bunun ispatı çok zordur. Bununla birlikte, doktrinde işçinin teşebbüsü miras yoluyla iktisap etmesi veya büyük bir iktisadi krizde rakip şirkette çalışmış olması gibi durumlar kusursuzluğa örnek olarak gösterilmektedir¹¹⁹.

İşverenin tazmin edilecek zararı, yasağa aykırı davranış olmasaydı, uğramayacak olduğu fiil zarar ve kar kaybı, yani müspet zarardır. Bununla birlikte, işçinin kişisel yetenekleri sebebiyle uğranılmış olan zararın tazmini ise istenememelidir¹²⁰. Sözleşmenin ivazlı olması durumunda, işverenin ödeyeceği bedel, fark teorisi uyarınca müspet zarar talebinden düşülecektir. İşçinin, bu sırları başka işletmelere kullandırması durumunda, bunların da işçi ile birlikte müteselsilen sorumlu tutulabilecekleri doktrinde kabul edilmektedir¹²¹. Doktrinde tartışmalı olan bir konu, işçinin işverenin zararını ödeyerek, rekabet yasağından kurtulup kurtulamayacağıdır. Bir görüşe göre işçi bu tazminatı ödeyerek, yasaktan kurtulur¹²², diğer görüşe göre, BK.m.35 hükmü genel prensibe getirilen bir istisnadır ve işçiye böyle bir imkan tanımaz¹²³.

b. İşçinin Cezai Şart Ödemekle Yükümlü Olması

İşveren, işçiyle yapacağı rekabet yasağı sözleşmesinde, yasağa aykırı-

¹¹⁸ Guhl/MerzlKoller, s. 470 ; Vischer, s. 427.

¹¹⁹ Becker, Art. 359 N.5 ; Ayiter, s. 475 ; Soyer, s. 78 dn. 9.

¹²⁰ Soyer, s. 79. Aksi görüşte, Vischer, s. 427.

¹²¹ Bkz. Bohny, s. 153 ; Soyer, s. 79 dn. 20'de adı geçen yazarlar.

¹²² Saymen, s. 486 ; Uşan, s. 266.

¹²³ Soyer, s. 77.

rılık halinde, uğradığı zararı ispat etmek yükünden kurtulmak için, cezai şart kararlaştırılabilir. BK.m. 59/1 hükmü uyarınca, zarar söz konusu olmasa dahi, işveren cezai şart miktarını talep edebilecektir. BK.m. 359/2 hükmünde ise, cezai şartta ilişkin genel hükümlere istisna getirilmektedir. Buna göre, işçi cezai şartı ödeyerek sözleşmeyle bağlılıktan kurtulabilecektir. Oysa ki, BK.m.158 uyarınca, alacaklı dilerse ifayı, dilerse cezai şartı talep edebilir. BK.m. 359/2 hükmü, işçinin işverenin talep edeceği cezai şartı peşinen ödeyerek, borçtan kurtulma imkanı vermektedir. Bununla birlikte, işveren fazladan bir zararı varsa, bunun da tazminini yani cezai şartı aşan zararının tazminini talep edebilecektir¹²⁴. Cezai şart talebinin muacceliyeti için borca aykır hareket edilmiş olması yeterlidir¹²⁵.

c. İşverenin İşçinin Sözleşmeyi İhlâl Fiilini Sona Erdirmesi Talebi

Borçlar Kanunu'nun 97. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca, alacaklı borçlunun akde aykırı davranışına son verilmesini talep edebilir. Bu hüküm, yapmama borcuna ilişkin aynen ifa talebine ilişkindir. BK.m. 351/3 hükmü ise, bu talebin ileri sürülebilmesini işçi lehine olmak üzere bazı şartlara bağlamıştır. Buna göre, "işçinin hareket tarzı ve ihlal veya tehdit edilen menfaatlerin ehemmiyeti haklı gösteriyorsa ve tahriri bir mukavele ile sarahaten bu hak muhafaza edilmişse, iş sahibi, müstesna olarak, meşrut olan cezanın tediyesinden başka muhalefetim men' ini de edebilir." İşçiyi koruyucu ve aynen ifa talebini sınırlayıcı bu hüküm karşısında, işverenin BKm.97/3 hükmünün uygulanması talebini ileri sürmesi hakim görüş uyarınca mümkün bulunmamaktadır¹²⁶.

BK. m. 351/3 hükmü iki şart öngörmektedir. Buna göre, bu konu rekabet yasağı kaydında yeya sözleşmesinde açık olarak belirtilmelidir. İkinci olarak, işçinin hareket tarzı ve işverenin tehdit ve ihlal edilen menfaatlerinin bu talebi haklı göstermesidir. İkinci şartın mevcut olup olmadığı, taraf

¹²⁴ Bkz. Soyer, s. 80, 81 ; Uşan, s. 267,268; Guhl1/Merz/Koller, s. 470 ; Vischer, s. 427.

¹²⁵ Tunçomağ, Cezai Şart, s. 99 ; Günay, Cezai Şart, s. 105, vd.

¹²⁶ Oser/Schönenberger, Art. 359 N.2 ; Bohny, s. 160; Becker, Art. 359 N.2. ; Vischer, s. 427 ; Guhl1/Merz/Koller ,S. 470; Soyer, s. 85 ; Uşan, s. 269.

menfaatlerinin karşılaştırılması suretiyle tespit edilebilecektir¹²⁷.

II. REKABET YASAĞI SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ

1. Genel Sebeplerle Sona Erme

Rekabet yasağı sözleşmesi yasa gereği belirli süreli olarak akdedilmek zorundadır. Bu sebeple sürenin bitimiyle kendiliğinden sona erer. Diğer yandan, rekabet yasağı, kişisel borç doğurduğundan ve miras yoluyla intikal edemeyeceğinden, işçinin ölümüyle sona erecektir. Bu borç, işverenin ölümü halinde ise, devam edecektir. Zira, işverenin para borcu kişisel bir edim değildir. Bununla birlikte, işverenin ölümüyle da be yasağın kalkacağı kararlaştırılabilir. Son olarak, tarafların anlaşmasıyla da, bu sözleşme sona erecektir. Bununla birlikte, hizmet sözleşmesinin tarafların anlaşmasıyla veya belirli sürenin dolmasıyla sona ermesi halinde, rekabet yasağı sona ermez, varlığını sürdürür. Zaten, rekabet yasağı, hizmet sözleşmesinin sona ermesinden itibaren devreye girmek üzere kararlaştırılır¹²⁸.

2. Özel Sebeplerle Sona Erme

a. İşverenin Önemli Bir Menfaatinin Kalmaması

BK.m. 352'ye göre, işverenin yasağın devamında önemli bir menfaatinin kalmadığı hallerde, rekabet yasağı sözleşmesi sona erer. Bu sona erme sebebi, işçi lehine karşı edimin kararlaştırılmadığı hall er için söz konusu olur. Zira, işveren yasağın karşılığında bir bedel ödüyor ise, menfaatinin kalmaması mümkün değildir. Sözleşmenin kurulması aşamasında menfaat yoksa, sözleşme baştan itibaren geçersiz; menfaat sonradan ortadan kalkarsa, sözleşme kendiliğinden sona ermiş olacaktır. Yasağın kapsamındaki unsurların sır olmaktan çıkması, ticari işletmenin kapatılması, müşteri çevresindeki değişiklik, zarar ihtimalinin kalkmış olması gibi haller, önemli menfaatin kalmamasına örnek olarak gösterilmektedir¹²⁹.

¹²⁷Bohny, s. 160; Soyer, s. 85,86 ; Uşan, s. 270 ; Vischer, s. 427.

¹²⁸ Açıklamalar için bkz. Uşan, s. 270, 271 ; Soyer, s. 93 ; Akyiğit, Rekabet Yasağı, s. 18, vd. ; Ayiter, s. 479 ;

Yavuz, s. 423.

¹²⁹ Uşan, s. 272 ; Soyer, s. 94, vd. ; Akyiğit, s. 16; Ayiter, s. 477 ;Bohny, s. 160, vd. ; Vischer,

b. Yasağın Hizmet Akdinin Feshi Sebebiyle Sona Ermesi

BK. m. 352/2 uyarınca, hizmet sözleşmesinin işveren tarafından haksız olarak feshedildiği hallerde, işçinin rekabet etmeme borcu sona erer. Doktrinde, hizmet akdinin, işçinin sorumlu olduğu fakat kusurlu olmadığı bir nedenle feshi halinde, yasağın devam edip etmeyeceği meselesi tartışmalıdır. Bir görüş; yasağın bu hallerde devamedeğini savunurken¹³⁰ ; diğer görüşe göre uzun süreli hastalık, sakatlık gibi hallerde hakkaniyet gereği sona ermeli, işçinin kazanç sağlama imkân elinden alınmamalıdır¹³¹. Karşı edim içeren rekabet yasağı sözleşmelerinde, işveren haklı neden olmadan sözleşmeyi sona erdirirse, işçinin yasağa uygun davranmasına bağlı olarak karşı edimi talep hakkı devam eder. Buna göre, işçi isterse, sözleşmeyle bağlı kalarak, karşılığı alır; isterse karşılıktan vazgeçerek, sözleşmeyle bağlı olmaktan kurtulur¹³².

Sözleşme, işverenin kusuru sebebiyle, işçi tarafından sona erdirildiğinde de sona erer. İşçinin, rekabet yasağından kurtulabilmesi için, haklı nedenle sona erdirdiğini ispat etmesi gerekmektedir. Bununla beraber, haklı nedenler, işverenin kusurundan kaynaklanmıyorsa, sözleşme sona ermez. Karşı edim içeren rekabet yasağı sözleşmelerinde işçi, dilerse yasağa uygun davranma ve karşı edimi talep hakkına sahip bulunmaktadır¹³³.

SONUÇ

Rekabet yasağı sözleşmesi, işverenin ticari bilgi ve sırlarının korunması, ekonomiye faydalı yatırımlarda bulunmasına ilişkin hakkı ile işçinin Anayasal hak olarak korunan çalışma, çalışacağı yeri seçme, iş kolunu ve faaliyet alanını serbestçe belirleme hak ve özgürlüğünün, iş hukukuna hakim olan prensipler ışığında bağdaştırılmasını gerektiren bir sözleşme olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu bağlamda, bu sözleşmenin sınırları kanunen belir-

s. 427 ; Yavuz, s. 423.

¹³⁰ Akyiğit, s. 16,17; Ayiter, s. 476.

¹³¹ Soyer, s. 103 ve Uşan, s. 278 00.343 'te adı geçen yazarlar.

¹³² Uşan, s.279.

¹³³ Uşan, s. 280 ; Soyer, s. 108 ; Akyiğit, s. 18.

lenmiş, ayrıca sözleşme hukukunun temel ilkesi olan sözleşme serbestisine önemli sınırlamalar getirilmiştir.

Rekabet yasağı sözleşmesi, işçinin korunması, yasağın şartlarını ve kapsamı hakkında tam bilgi sahibi olmasının sağlanması amacıyla, bir çok geçerlilik şartına tabi kılınmıştır. Bu şartlar, sözleşmenin yazılı olması, yer, konu ve zaman açısından sınırlandırılmış olması ve bu sınırlamanın işçinin ekonomik geleceğini tehlikeye atmayacak uygunlukta olması, işçinin reşit olması, işverenin korunmaya değer önemli menfaatinin varlığı olarak sıralanmaktadır. Bu bağlamda, sözleşmenin azami sınırının kanunda yer alması ve bunun hakimintakdirine bırakılmış olması, kanunun işçinin tam ehliyetli değil, reşit olmasını araması gibi mehzadan ayrılan düzenlemeleri haklı eleştirilerin konusu olmaktadır. Gerek sözleşmenin kuruluşu, gerekse devamı için işverenin menfaatinin varlığı ise, gerçekten işçiyi koruyucu önemli bir şarttır. Bu şartların var olmayışı, normal şartlarda sözleşme hukukunun genel kuralları uyarınca butlana yol açarken, iş hukukunun işçiyi koruyucu yönü ve doktrindeki görüşler, İsviçre federal mahkeme kararları gözönünde tutularak, işçi lehine tek taraflı bağlamazlığın kabulü, daha adil bir çözüm olarak gözükmektedir. Diğer yandan, işçinin kusuru bulunmaksızın iş sözleşmesinin feshinin, kanlınen rekabet yasağını sona erdirmesi işçi lehine bir düzenleme olmakla beraber, işçi lehine karşı edim kararlaştırılan hallerde, işçiyeye rekabet yasağını devam ettirme veya ettirmeme seçme hakkının tanınması da, kanaatimizce doğru bir yorum tarzıdır.

Rekabet yasağı sözleşmesinin yorumu, taraf menfaatlerinin dengelemesi esasına dayanmalı, aynı zamanda bu yasağın fazla sınırlı tutulması sonucunda üretim hayatının zarar görmesini engelleyici amaç güdülmelidir. Rekabet yasağı düzenlemelerinin isabetli olarak işçi yanlısı tutumu, işçinin sözleşmeyi ihlalinde dahi, kanun koyucunun başta aynen ifa talebi olmak üzere işverenin birçok talep hakkını sınırlandırmasına açıkça müşahade edilmektedir.

