

T.C.
GAZİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
MEDENİ HUKUK ANABİLİM DALI

REKABET YASAĞI SÖZLEŞMELERİ

144975

MASTER TEZİ

144975

Hazırlayan
Atike Eda MANAV

Tez Danışmanı
Prof.Dr.Kudret GÜVEN

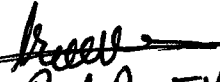
Ankara 2004

TC.

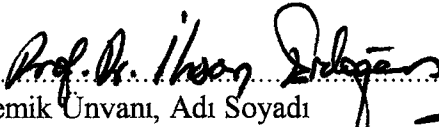
GAZİ ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜ'NE

Ahke Eda MANAV'ın ait REKABET YASAĞI
SÖZLEŞMELERİ adlı çalışma, jürimiz tarafından
MEDENİ HUKUK Anabilim/~~sanat~~ Dalında
~~DOKTORA/SANATTA YETERLİK~~/YÜKSEK LİSANS TEZİ olarak kabul
edilmiştir.

(İmza) 
Başkan.. Prof. Dr. Fikret İyigün
Akademik Ünvanı, Adı Soyadı

(İmza) 
Üye.. Prof. Dr. Kudret Güven
Akademik Ünvanı, Adı Soyadı (Danışman)

İmza 
Üye.. Prof. Dr. İhsan İbrahim
Akademik Ünvanı, Adı Soyadı

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER.....	I
KISALTMALAR.....	IX
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

Ş1. REKABET VE REKABET YASAĞI SÖZLEŞMESİ KAVRAMLARI İLE REKABET YASAĞI SÖZLEŞMESİNİN HUKUKÎ NİTELİĞİ

I. REKABET KAVRAMI	3
1. GENİŞ ANLAMDA REKABET KAVRAMI.....	3
2. EKONOMİK ANLAMDA REKABET KAVRAMI.....	4
3. HUKUKÎ ANLAMDA REKABET.....	5
A. Genel Olarak.....	5
a. Hukuka Uygun Rekabet	6
b. Hukuka Uygun Olmayan Rekabet (Hukuka Aykırı Rekabet).....	7
B. Rekabetin Maddî Hukuktaki Yeri.....	8
a. Haksız Rekabet.....	8
b. Rekabet Yasağı.....	9
c. Rekabetin Korunması.....	11
II. REKABET YASAĞI SÖZLEŞMESİ KAVRAMI.....	12
1. YASAL DÜZENLEMELERE HAKİM OLAN ESASLAR.....	14
a. İşçinin Korunması.....	16
b. Çalışma Yerini Seçme Hakkının Korunması.....	18
c. Sözleşme Serbestisi Sınırlamalarının Uygulanması.....	20
2. REKABET YASAĞI SÖZLEŞMESİ TÜRLERİ.....	22
A. Aslî-Talî Rekabet Yasağı Sözleşmeleri.....	22

B.	İvazlı-İvazsız Rekabet Yasağı Sözleşmeleri.....	24
3.	REKABET YASAĞI SÖZLEŞMESİNİN HUKUKÎ NİTELİĞİ VE BU SÖZLEŞME İLE KORUNMAK İSTENEN DEĞER.....	25
A.	Rekabet Yasağı Sözleşmesinin Hukukî Niteliği.....	25
B.	Rekabet Yasağı Sözleşmesi İle Korunmak İstenen Değer.....	26
4.	REKABET YASAĞI SÖZLEŞMESİNİN HAKSIZ REKABET VE SIR SAKLAMA BORCU İLE İLİŞKİSİ.....	27
A.	Haksız Rekabet İle İlişkisi.....	27
B.	Sır Saklama Borcu İle İlişkisi.....	31

İKİNCİ BÖLÜM

§2. REKABET ETMEME BORCU

I.	GENEL OLARAK.....	37
II.	REKABET ETMEME BORCUNUN DEVAMI SÜRESİ.....	38
1.	HİZMET SÖZLEŞMESİ DEVAM EDERKEN REKABET REKABET ETMEME BORCU.....	38
2.	HİZMET SÖZLEŞMESİ SONA ERDİKTEN SONRA REKABET ETMEME BORCU.....	39
III.	HİZMET SÖZLEŞMESİ DEVAM EDERKEN REKABET ETMEME BORCU.....	39
1.	GENEL OLARAK.....	39
2.	BOŞ ZAMAN FAALİYETLERİ.....	40
A.	Genel Olarak.....	40
B.	Kısmî Süreli Çalışma ve Başka (Yan) İşte Çalışma.....	43
a.	Kısmî Süreli Çalışma.....	43
b.	Başka (Yan) İşte Çalışma	44

3.	REKABET ETMEME BORCUNUN KAPSAMI.....	46
A.	Rekabet Sayılan Durumlar.....	46
a.	Genel Olarak.....	46
b.	Özel Durumlar.....	47
aa.	İşçinin Kendi Adına İşvereni İle Rekabet Edebileceği Bir İş Yapmaması.....	47
aaa.	İşçinin Kendi Adına Bir İş Yapmaması.....	47
bbb.	İşçinin Yapacağı İşin İşvereni İle Rekabet Edeceği Bir İş Olmaması.....	48
i.	Aynı İhtiyacı Karşılaman Ürün ve Hizmetler.....	49
ii.	Aynı Müşterilere Sağlanan Ürün ve Hizmetler.....	50
iii.	Aynı Teknik ve Ticarî Esaslara Göre İşleyen Teşebbüs.....	51
bb.	İşçinin Rakip Bir İşletmede Çalışmaması ve Rakip Bir İşletmeye Ortak Olmaması.....	52
aaa.	Rakip Bir İşletmede Çalışmama.....	52
bbb.	Rakip Bir İşletmeye Ortak Olmama.....	53
cc.	Her Ne Sıfatla Olursa Olsun Rakip İşletme İle İlgisi Olmama.....	54
B.	Rekabet Sayılmayan Durumlar.....	56
a.	Hazırlık Faaliyetleri.....	56
b.	Gazetecilerin Rekabet Özgürlüğü.....	58
4.	DİĞER KANUNLARDAN DOĞAN REKABET ETMEME BORCU.....	59
A.	Türk Ticaret Kanununa Göre.....	59
a.	Ticaret Şirketleri İle İlgili Hükümler.....	59
aa.	Kollektif Şirketlerde Rekabet Yasağı.....	59
aaa.	Rekabet Yasağının Sınırları.....	60
bbb.	Rekabet Yasağına Aykırılığın Sonuçları.....	61
ccc.	Zamanaşımı.....	62

bb.	Komandit Şirketlerde Rekabet Yasağı.....	62
cc.	Anonim Şirketlerde Rekabet Yasağı.....	63
aaa.	Anonim Şirketlerde Rekabet Yasağının Şartları.....	64
i.	İşlemin ortaklık konusuna girmesi.....	64
ii.	Yönetim kurulu üyesinin aynı konu ile uğraşan başka bir ortaklığa sınırsız sorumlu ortak olarak girmesi.....	65
iii.	Yönetim kurulu üyesine ortaklıkla aynı konuda iş yapabilmek hususunda izin verilmemiş olması.....	66
iv.	Kusur aranmaması.....	66
bbb.	Anonim Şirketlerde Rekabet Yasağına Aykırı Davranışın Sonuçları.....	66
dd.	Limited Şirketlerde Rekabet Yasağı.....	67
ee.	Sermayesi Paylara Bölünmüş Komandit Şirketlerde Rekabet Yasağı.....	69
ff.	Kooperatiflerde Rekabet Yasağı.....	70
b.	Ticaret Şirketlerine İlişkin Olmayan Hükümler.....	71
B.	Borçlar Kanununa Göre.....	71
a.	Ticarî Mümessillerin veya Ticarî Vekillerin Rekabet Yasağı.....	71
aa.	Rekabet Yasağının Kapsamı.....	73
aaa.	Yasak Kapsamındaki İşler.....	73
bbb.	İspat.....	74
bb.	Rekabet Yasağının İhlâlinin Hüküm Ve Sonuçları	74
aaa.	Tazminat Talebi.....	75
bbb.	İştirak Hakkı.....	75
ccc.	Hizmet Sözleşmesinin Feshini Talep Hakkı.....	75
ddd.	Rekabet Haline Son Verilmesini Talep Hakkı.....	76
eee.	Cezaî Şart.....	76
cc.	Zamanaşımı.....	76
b.	Adi Şirketlerde Rekabet Yasağı.....	77

C.	Rekabet Etmeme Borcuna İlişkin Özel Kanunî Düzenleme Örnekleri.....	79
IV.	HİZMET SÖZLEŞMESİ SONA ERDİKTEN SONRA REKABET ETMEME BORCU.....	82
1.	GENEL OLARAK.....	82
2.	REKABET YASAĞI SÖZLEŞMESİ.....	82
A.	Rekabet Yasağı Sözleşmesinin Konusu.....	82
B.	Rekabet Yasağı Sözleşmesinin Geçerlilik Koşulları.....	84
a.	Maddî Şartlar.....	86
aa.	Bir Hizmet Sözleşmesinin Bulunması.....	86
bb.	Tarafların Ehliyeti.....	87
cc.	İşçinin İşverenin Belirli Sırlarını Öğrenme İmkânına Sahip Olması.....	91
aaa.	Müşterileri Tanıma Unsuru.....	92
bbb.	İş Sırlarını Öğrenme Unsuru.....	94
ccc.	Bu Bilgilerin Kullanılması Halinde İşverene Önemli Bir Zarar Verme İhtimali Olmalıdır.....	98
dd.	Rekabet Yasağının Zaman, Yer ve Konu Bakımından Sınırlandırılması.....	100
aaa.	Rekabet Yasağının Zaman Bakımından Sınırlandırılması.....	102
bbb.	Rekabet Yasağının Yer Bakımından Sınırlandırılması.....	104
ccc.	Rekabet Yasağının Konu Bakımından Sınırlandırılması.....	107
ddd.	Rekabet Yasağına Hâkimin Müdahalesi.....	110
b.	Şeklî Şartlar.....	114

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

§3. REKABET YASAĞI SÖZLEŞMESİNİN HÜKÜMLERİ VE SONA ERMESİ

I.	İŞÇİNİN SORUMLULUĞU.....	117
1.	GENEL OLARAK.....	117
2.	ZARARIN TAZMİNİ.....	118
A.	Kusur.....	118
B.	Zarar.....	119
C.	İllyet Bağı.....	120
3.	CEZAÎ ŞART.....	121
A.	Genel Olarak.....	121
B.	Cezaî Şartsız Rekabet Yasağı Sözleşmeleri.....	123
C.	Cezaî Şartlı Rekabet Yasağı Sözleşmeleri.....	124
4.	AYNEN İFANIN SAĞLANMASI.....	127
5.	KARŞI EDİMİN İSTENEMEMESİ.....	129
II.	İŞVERENİN SORUMLULUĞU.....	131
III.	YENİ İŞVERENİN SORUMLULUĞU.....	132
1.	GENEL OLARAK.....	132
2.	SORUMLULUK ŞARTLARI.....	134
a.	İşçinin İş Kanununa Tabi Sürekli Bir İşte Hizmet Sözleşmesi İle Çalışması.....	134
b.	Yürürlükte Olan Hizmet Sözleşmesinin İşçi Tarafından Süresinden Önce Ya Da Bildirim Sürelerine Uymaksızın Feshedilmesi.....	134
c.	İşini Terk Eden İşçinin Başka Bir İşverenin İşine Girmesi.....	135
d.	İşçinin Bu Fiilinden Bir Zararın Doğmasının Gerekip Gerekmediği.....	136

e.	İşçinin Bu Davranışına Yeni İşverenin Sebep Olması veya Yeni İşverenin İşçinin Bu Davranışını Bilerek Onu İşe Alması veya İşçinin Bu Davranışını Sonradan Öğrenmesine Rağmen Onu Çalıştırmaya Devam Etmesi.....	139
aa.	İşçinin Bu Davranışına Yeni İşverenin Sebep Olması.....	139
bb.	Yeni İşverenin İşçinin Bu Davranışını Bilerek Onu İşe Alması.....	141
cc.	Yeni İşverenin İşçinin Bu Davranışını Sonradan Öğrenmesine Rağmen Onu Çalıştırmaya Devam Etmesi.....	141
3.	SORUMLULUĞUN NİTELİĞİ.....	144
a.	İş K.m.23/a'dan Kaynaklanan Sorumluluğun Niteliği.....	144
aa.	Genel Olarak.....	144
bb.	Rekabet Yasağını İhlâlden Doğan Sorumluluk.....	146
b.	İş K.m.23/b-c'den Kaynaklanan Sorumluluğun Niteliği....	149
5.	YENİ İŞVERENİN SORUMLULUĞU İLE İLGİLİ UYGULAMADAN DOĞAN BAZI SORUNLAR.....	150
A.	Görevli Mahkeme.....	150
B.	Zamanaşımı.....	151
IV.	REKABET YASAĞININ SONA ERMESİ.....	152
1.	GENEL OLARAK.....	152
2.	REKABET YASAĞINI SONA ERDİREN GENEL SEBEPLER.....	153
A.	İşçinin Ölümü.....	153
B.	Tarafların Anlaşması.....	154
C.	Sürenin Dolması.....	154
3.	REKABET YASAĞINI SONA ERDİREN ÖZEL SEBEPLER.....	155
A.	Rekabet Yasağının Devamında Artık İşverenin	

Önemli Bir Menfaatinin Bulunmaması Sebebiyle	
Yasağın Sona Ermesi.....	155
B. Hizmet Sözleşmesinin Feshine Bağlı Olarak Rekabet	
Yasağının Sona Ermesi.....	159
a. Genel Olarak.....	159
b. Rekabet Yasağının Sona Ermesine Neden Olan	
Fesih Halleri.....	161
aa. İşçiden Kaynaklanmayan Bir Nedenle Hizmet	
Sözleşmesinin İşveren Tarafından Feshi.....	161
bb. İşverene Ait Bir Kusur Dolayısıyla Hizmet	
Sözleşmesinin İşçi Tarafından Feshi.....	165
V. REKABET YASAĞINA İLİŞKİN UYUŞMAZLIKLARDA	
GÖREVLİ MAHKEME.....	167
SONUÇ.....	169
KAYNAKÇA.....	175
ÖZET.....	182
ABSTRACT.....	184

KISALTMALAR

a.g.e.	: adı geçen eser
a.g.m.	: adı geçen makale
a.g.t.	:adı geçen tebliğ
AÜHFD.	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AY.	: Anayasa
b.	: baskı
Bank.K.	: Bankalar Kanunu
Batider	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BİK.	: Basın İş Kanunu
BK.	:Borçlar Kanunu
Bkz.	: Bakınız
c.	: cilt
çev.	: çeviren
dn.	: dipnot
E.	: Esas
EAÜİBFD.	: Eskişehir Anadolu Üniversitesi İktisadi İdari Bilimler Fakültesi Dergisi
EİTİAD.	: Eskişehir İktisadî ve Ticarî İlimler Akademisi Dergisi
GewO	: Gewerbeordnung
HD.	: Hukuk Dairesi
HGK.	: Hukuk Genel Kurulu
İsv. BK.	: İsviçre Borçlar Kanunu
İş K.	: İş Kanunu
K.	: Karar
KHK.	: Kanun Hükmünde Kararname
Koop. K.	: Kooperatifler Kanunu
m.	: madde
MEK.	: Meslekî Eğitim Kanunu

MK. : Medeni Kanun
RKHK. : Rekabetin Korunması Hakkında Kanun
S. : Sayı
s. : sayılı
sf. : sayfa
TTK. : Türk Ticaret Kanunu
vd. : ve devamı
Yarg. : Yargıtay
YKD. : Yargıtay Kararları Dergisi



GİRİŞ

Rekabet yasağı sözleşmeleri piyasa ekonomisinin ve teknolojik gelişmelerin bir ürünü olarak 20. yüzyılın başlarından itibaren önem kazanmaya başlamıştır¹. Hukukumuzda gerek Borçlar Kanunu ve Ticaret Kanunu gerekse bazı özel kanunlarda rekabet yasağına ilişkin düzenlemeler yapılmıştır. Çalışmamızda esas olarak BK.m.348-352 anlamında rekabet yasağı sözleşmeleri incelenecek, diğer rekabet yasaklarına kısaca değinilecektir.

Hizmet sözleşmesi devam ettiği müddetçe taraflar arasında bir güven ilişkisi vardır. Bu ilişki MK.m.2'den doğan birtakım yan edim yükümlülüklerini getirir. Sadakat borcu ve bu anlamda rekabet etmeme borcu da işçi ile işveren arasındaki güven ilişkisinin bir sonucu olarak ortaya çıkmıştır. Taraflar dilerlerse rekabet yasağı sözleşmesi yaparak bu güven ilişkisini hizmet sözleşmesi sona erdikten sonra da devam ettirirler.

Rekabet yasağı sözleşmeleri ile iş sırlarının korunması ve işçinin sözleşme sonrasında işverenle rekabet teşkil eden davranışlarda bulunarak işverenin menfaatlerine zarar vermesini önlemek amaçlanır. Rekabet yasağı, serbest rekabet hakkını ve Anayasada öngörülen çalışma ve sözleşme yapma özgürlüğünü sınırlandırır. Bu nedenle işçinin ekonomik geleceğini tehlikeye sokmaması kaydıyla bu sözleşmelere geçerlilik tanınır.

Bu genel açıklamalardan sonra çalışmamızın sistematığına değinmek yerinde olacaktır. Çalışmamız üç bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde rekabet ve rekabet yasağı kavramları ile rekabet yasağı sözleşmesinin niteliği incelenmiştir. Bununla birlikte bu sözleşme ile korunmak istenen değere ve sözleşmenin haksız rekabet ve sır saklama borcu ile ilişkisine değinilmiştir.

¹ M. Polat SOYER: Rekabet Yasağı Sözleşmesi (Ankara 1994), 3.

İkinci bölümde, genel olarak rekabet etmeme borcu incelendikten sonra hizmet sözleşmesi devam ederken rekabet etmeme borcu ve hizmet sözleşmesi sona erdikten sonra rekabet etmeme borcu diğer bir deyişle rekabet yasağı sözleşmesine değinilmiştir. Bu bölümde esas olarak BK.m.348-352'den doğan rekabet yasakları incelenmekle birlikte diğer kanunlardan doğan rekabet yasaklarından da kısaca bahsedilmiştir.

Üçüncü ve son bölümde ise, rekabet yasağı sözleşmesinin hükümleri ve bu anlamda işçinin, işverenin ve yeni işverenin sorumluluğuna değinildikten sonra rekabet yasağı sözleşmesinin sona ermesi üzerinde durulmuştur.



BİRİNCİ BÖLÜM

§1. REKABET VE REKABET YASAĞI SÖZLEŞMESİ KAVRAMLARI İLE REKABET YASAĞI SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

I. REKABET KAVRAMI

1. GENİŞ ANLAMDA REKABET KAVRAMI

Rekabet, insanların toplum halinde yaşamaya başlamasından itibaren benimsedikleri bir davranış biçimidir. İnsanların yaşamlarını sürdürmek ve daha iyi yaşam koşulları sağlamak amacıyla birbirleriyle ve tabiatla yapmakta oldukları mücadele bir tür rekabettir¹. Rekabet kavramı, günlük dilde kullanılan yarışma kavramından pek farklı değildir. Dilimize Arapçadan geçmiş bir kelime olan rekabetin sözlük anlamı² “yarışma, yarış”tır.

Örs³ rekabeti, cinsî, siyasî, ilmî, bedîî, iktisadî alanda rakiplerin en önüne geçmek için sarfedilen çaba ve gayretin ifadesi şeklinde tanımlamıştır. Bilgişin'e göre ise⁴, bazı menfaatleri aralarında paylaşamayarak, birbirleriyle yarışmak isteyen şahısların karşılıklı durumuna geniş anlamda rekabet denilir.

Rekabet, herhangi bir kimsenin ya da bir teşebbüsün faaliyetlerinin diğer kimseler veya teşebbüsler tarafından sınırlandırılmadığı, herhangi bir

¹ Saîd Kemal MİMAROĞLU: Ticaret Hukuku, İşletme Hukuku, c.1 (Ankara 1978), 375.

² Osmanlıca Türkçe Sözlük, Bilgi Yayınevi, (Ankara 1990), 395.

³ Fahri Halil ÖRS: Türk Hususi Hukukunda Haksız Rekabet (Hukukî Mahiyeti ve Rekabet Hakkının Himayesi) (Ankara 1982), 2.

⁴ Şevket Memmedali BİLGİŞİN: Ticaret Hukuku Prensipleri, c.1, 3.b. (İstanbul 1950), 241.

müdahalenin söz konusu olmadığı ideal bir ortam olarak düşünülebilir⁵. Ancak serbest rekabet ortamında birbirleriyle yarışan teşebbüslerin arasındaki çıkar çatışmalarının bir süre sonra düelloya dönüşmesini önlemek amacıyla rekabet düzenine birtakım sınırlamalar getirilmiştir⁶. Bu bağlamda rekabetin sınırının hukuken çizilmesi gerekli görülmüştür. Rekabet hakkı dürüstlük kurallarına uygun olarak kullanıldığı sürece toplum için yararlı sayılmış, rekabet serbestisi ancak toplum için faydalı ve zorunlu olarak kabul edildiğinde korunmuştur⁷.

2. EKONOMİK ANLAMDA REKABET KAVRAMI

Ekonomik açıdan rekabet, piyasa ekonomilerinde teşebbüslerin kâr, satış miktarı ve pazar payı gibi birtakım ekonomik hedeflere ulaşmak amacıyla mal ve hizmet piyasalarındaki yarışı şeklinde tanımlanabilir⁸.

Ekonomik anlamda rekabet, ancak ekonomik faaliyet serbestisi içinde mevcut olabilir ve şahsî hürriyet, çalışma hürriyeti ve sözleşme hürriyeti gibi birtakım hakları içerir⁹. Bu haklar olmadıkça ekonomik anlamda rekabetten söz edilemez. Piyasa ekonomisi, kişilere ekonomik faaliyetlerde bulunabilecekleri alanı seçme ve belirledikleri çerçevede ekonomik faaliyetlere katılma serbestisi verir¹⁰. Bu serbesti dolayısıyla ekonomik amaçlarla faaliyetlerde bulunan kişiler birbirleriyle rekabet ilişkisi içine girer¹¹. Bu şekilde ekonomik faaliyetlerde bulunma serbestisini tanıyan piyasa ekonomisi, zorunlu olarak çalışma,

⁵ Metin TOPÇUOĞLU: Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları Ve Hukukî Sonuçları (Ankara 2001), 13.

⁶ Müslüm AKINCI: "Ekonomik Kamu Düzeni ve Rekabet Kurumu", Rekabet Dergisi, S.5, (Ocak-Şubat-Mart 2001, Ankara 2001), 3.

⁷ Ernest HİRŞ: Ticaret Hukuku Dersleri (İstanbul 1946), 162; Fahri Halil ÖRS: a.g.e., 4; benzer bir anlatım için bkz. Rıza AYHAN: Haksız Rekabet Münasebetiyle Elde Edilen Menfaatlerin İadesi (Konya 1990), 4.

⁸ Emel BADUR: Türk Rekabet Hukukunda Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşmalar (Uyumlu Eylem ve Kararlar) (Ankara 2001), 5; Metin TOPÇUOĞLU: a.g.e., 6.

⁹ Fahri Halil ÖRS: a.g.e., 3.

¹⁰ Fatih UŞAN: İş Hukukunda İş Sırrının Korunması (Ankara 2003), 43.

¹¹ M. Polat SOYER: a.g.e., 4; Fatih UŞAN: İş Sırrı, a.g.e., 43.

sözleşme yapma, örgütlenme, tüketim ve rekabet serbestisini de beraberinde getirir¹².

Modern ekonomi teorisinde rekabet ile, malın fiyatının arz ve talebe göre belirlendiği ve faaliyet gösteren teşebbüslerin kişiliklerinden bağımsız bir piyasa şekli kastedilir¹³. Hirş'e göre¹⁴ rekabet ile, iktisadî hayatta müşteri çekmek için tacirler arasında yapılan yarış kastedilmektedir. Ekonomik anlamda rekabet, rakiplerin, bir tarafını müşterilerin oluşturduğu farzedilen sözleşmenin diğer tarafında yer almak amacıyla yaptıkları mücadeledir.

Türk hukukunda ekonomik anlamda rekabet korunmuştur. 1980'li yıllardan itibaren tüm kuralları ile benimsenmeye başlanan liberal ekonomi anlayışı gereği ülkemizde serbest rekabet düzeni kurulmuş ve mal ve hizmet piyasalarında her türlü tekel ve kartelleşmenin önüne geçilmesi devletin görevleri arasında sayılmıştır. AY.m.48 çalışma ve sözleşme özgürlüğünü temel haklardan saymıştır. BK.m.48 ve TTK.m.56 vd. ile haksız rekabet düzenlenmiş ve bu hükümlerle ekonomik anlamda rekabet güvence altına alınmıştır. 4054 s. Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ile de rekabetin korunması amaçlanmıştır.

3. HUKUKİ ANLAMDA REKABET

A. Genel Olarak

Rekabet aynı amacı hedefleyenler arasında daha iyi olma düşüncesine dayanan bir mücadeledir. Bu kavramın hukuksal boyutu yalnızca

¹² M.Polat SOYER: a.g.e., 4; Fatih UŞAN: İş Sırrı, a.g.e., 43.

¹³ Ateş AKINCI: Rekabetin Yatay Kısıtlanması (Ankara 2001), 4; Emel BADUR: a.g.e., 4.

¹⁴ Ernest HİRŞ: a.g.e., 161.

rakiplerin değil, tüm toplumun çıkarları açısından özgür ve dürüst bir yarışma ortamının sağlanması ve koşullarının yaratılmasıdır¹⁵.

Rekabet hakkı hukuk tarafından korunmaktadır. Lobe' ye göre¹⁶ rekabet, "Diğerlerini bertaraf etmek, gayeye onlardan evvel erişmek ve onların bu gayeye vâsıl olmalarına mani olmak"tır. Rekabet etme hakkı, şahsın iktisadî menfaat ve kişiliğine ilişkindir¹⁷. MK.m.23'te kişiliğin korunması düzenlenmiş ve iktisadî faaliyette bulunmak da kişilik haklarından sayılmıştır¹⁸. Hukuk, rekabeti hukuka uygun ve hukuka uygun olmayan rekabet şeklinde iki kısma ayırmıştır.

a. Hukuka Uygun Rekabet

Hukuka uygun rekabet, hukuk düzeninin belirlediği alanda, şahısların gerek toplum menfaatleri gerekse kişisel menfaatleri nedeniyle rekabet hakkına dayanarak, kendilerinin maddî ve manevî olarak gelişmelerini sağlamak yönündeki çabaları olarak ifade edilebilir¹⁹. Rekabet hukuk tarafından bir hak olarak kabul edilmektedir. Bu hakkın hangi sınırlar içinde kullanılması gerektiği hukukun çizdiği sınırlar içinde belirlenir. Bu sınırın başında MK.m.2 gereği rekabet hakkının iyi niyet kuralları çerçevesinde kullanılması esası gelir. Ekonomik hayatta rekabet ilkesi Anayasada ayrıca düzenlenmemiştir. Ancak Anayasa hukuku bakımından rekabet, hem ekonomik düzenle hem de kişiliğe bağlı dokunulmaz, devredilmez ve vazgeçilmez temel haklarla ilgili bir kavram olarak kabul edilir. Anayasa'nın 17'inci maddesinin birinci fıkrasına göre, "Herkes yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir." Anayasa'nın 48'inci maddesinde çalışma ve sözleşme yapma

¹⁵ Zafer SAKA: Ticaret Hukuku Ticari İşletme (İstanbul 1998), 241.

¹⁶ Fahri Halil ÖRS: a.g.e., 6. dn.27'den naklen.

¹⁷ Fahri Halil ÖRS: a.g.e., 7.

¹⁸ Bilge ÖZTAN: Medeni Hukuk'un Temel Kavramları, 14.b. (Ankara 2004), 261.

¹⁹ Berkant ŞENGEL: "Türk Hukukunda Haksız Rekabet Halleri Ve Rekabetin Korunması", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi (Ankara 1998), 8.

özgürlüğü düzenlenmiştir. Bu hüriyetlerinin doğal sonucu, ekonomik hayatta rekabetin hukuka uygun olarak sağlanmasıdır.

b. Hukuka Uygun Olmayan Rekabet (Hukuka Aykırı Rekabet)

Hukuka uygun olmayan rekabet, hukuk düzenince kabul edilmeyen rekabettir. Anayasada temel hak olarak kabul edilen kişinin maddî ve manevî varlığını geliştirme hakkı içine söz konusu varlıkların korunmasını talep hakkı da dahildir. Kişilerin maddî ve manevî varlıklarını geliştirebilmek için diledikleri işte ve meslekte çalışma ve serbest rekabet düzeni içinde rekabet etme hakları vardır. Ancak rekabet hakkı, hukukun onaylamadığı şekilde kullanılırsa hukuka aykırı rekabetten söz edilir. Bir kimsenin rekabet amacıyla bir başkasının iktisadî faaliyette bulunmasına veya iktisadî varlığını korumasına engel olması hukuka uygun olmayan rekabettir²⁰.

İktisadî hayatta hem objektif iyi niyet kurallarına aykırı fiillerde bulunulması hem de rekabet hakkının başkaları zararına suistimal edilmesi, diğer bir deyişle rekabet hakkının kötüye kullanılması hukuka aykırı rekabet olarak kabul edilir²¹. Rekabetin hangi hallerde haklı hangi hallerde haksız sayılacağı MK.m.2 uyarınca tayin ve takdir edilir.

BK.m.41 ihlâl edilerek haksız fiil şeklinde yapılan rekabet de hukuka aykırıdır. BK.m.41/2 haksız rekabette mücadelede önemli bir kıstas olarak kabul edilmektedir²².

²⁰ Yaşar KARAYALÇIN: Ticaret Hukuku, I. Giriş-Ticarî İşletme, 3.b. (Ankara 1968), 443; Rıza AYHAN: a.g.e., 7.

²¹ Yaşar KARAYALÇIN: Ticaret, a.g.e., 443; Rıza AYHAN: a.g.e., 7.

²² Yaşar KARAYALÇIN: Ticaret, a.g.e., 443; Rıza AYHAN: a.g.e., 8; Berkant ŞENGEL: Yayımlanmamış yüksek lisans tezi, 9.

Hukuka aykırı rekabet, rekabet hakkının sözleşmeye aykırı olarak kullanılması halinde de söz konusu olur. Taraflar arasındaki iş görme, acentelik, işletmenin devri veya kiralanması sözleşmelerine konulacak özel hükümlerin ihlâl edilmesi de bir hukuka aykırı rekabettir²³.

B. Rekabetin Maddî Hukuktaki Yeri

Türk Hukuk Sisteminde rekabet, "Haksız Rekabet", "Rekabet Yasağı" ve "Rekabetin Korunması" şeklinde düzenlenmiştir. Haksız rekabet ve rekabet yasağı özel hukuku ilgilendirip, kişilerin bireysel rekabet hakkına bağlı hukukî menfaatlerini korumaktadır. Rekabetin korunması ise kamusal rekabet hakkını korumayı amaçlamaktadır. Bu amaçla çıkarılan Rekabetin Korunması Hakkında Kanun da, bu amaca hizmet etmektedir(RKHK m.1).

a. Haksız Rekabet

Haksız rekabet, ekonomik rekabetin kötüye kullanılması, kanuna ve dürüstlük kurallarına aykırı davranılması demektir. Rakipleri ezmek ve onları ekonomik faaliyet sahasından uzaklaştırmak gayesiyle ve iyi niyet kurallarına aykırı şekilde başvurulana, kanuna, nizâma, adâba ve teamüle göre kabul edilmesi mümkün olmayan hareketlerin tümü haksız rekabet olarak kabul edilir²⁴.

Türk Hukukunda haksız rekabete ilişkin özel bir kanun bulunmamakla birlikte, konu hem Borçlar Kanunu hem de Ticaret Kanununda düzenlenmiştir. Genel anlamda haksız rekabet BK. m.48 ile düzenlenmiştir. BK. m.48' e göre, "Yanlış ilânlar yahut hüsnüniyet kaidelerine mugayir sair hareketler ile müşterileri

²³ Yaşar KARAYALÇIN: Ticaret, a.g.e., 443-444; Rıza AYHAN: a.g.e., 8.

²⁴ Saîd Kemal MİMAROĞLU: c.1, a.g.e., 379; Fahri Halil ÖRS: a.g.e., 13.

tenakus eden yahut bunları kaybetmek korkusuna mâruz olan kimse bu fiillere hitam verilmesi için fail aleyhine ikamei dava ve failin hatası vukuunda sebebiyet verdiği zararın tazminini talep edebilir.”

Ticarî işlerle ilgili rekabet ise Türk Ticaret Kanununun 56-65'inci maddelerinde düzenlenmiştir. TTK. m.56/1' e göre, "Haksız rekabet, aldatıcı hareket veya hüsnüniyet kaidelerine aykırı sair suretlerle iktisadî rekabetin her türlü suistimalidir. "

Borçlar ve Ticaret Kanunları dışında da özel bazı hukukî düzenlemelere gidilmiştir. 3577 sayılı "İthalatta Haksız Rekabetin Önlenmesi Hakkında Kanun" un birinci maddesine göre Kanunun amacı, ithalatta haksız rekabet hallerinden damping veya sübvansiyona konu olan ithalatın sebep olduğu zarara karşı bir üretim dalının korunması amacıyla yapılacak işlemlere, alınacak önlemlere karar verecek bir Kurul oluşturulması ve bu Kurul'un görevlerinin belirlenmesidir.

b. Rekabet Yasağı

Rekabet yasağı kelime anlamı olarak yarışma yasağının karşılığıdır²⁵. Bu yasak, işçi, ticarî mümessil, şirket yöneticisi, şirket ortağı gibi belirli iş ve hizmet ilişkisi içinde bulunan kimselerin rekabet hakkını kötüye kullanacak faaliyetlerinin yasaklanmasını ifade eder²⁶.

Rekabet yasağı kanundan ya da sözleşmeden doğabilir. Kanundan doğan rekabet yasağı Borçlar Kanunu ve Ticaret Kanunu ile düzenlenmiştir. İşçi bakımından rekabet yasağı BK.m.348-352'de, adi şirketler bakımından rekabet

²⁵ Ejder YILMAZ: Hukuk Sözlüğü (Ankara 2002), 1029.

²⁶ İsmet SAYHAN: "Anonim Şirketlerde Rekabet Yasağı", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi (Konya 1993), 15.

yasağı BK.m.526'da, ticarî mümessiller için rekabet yasağı BK.m.455'de yer almıştır. Ticaret şirketleri bakımından rekabet yasağı ise Türk Ticaret Kanununda ele alınmıştır. Rekabeti yasaklayan hükümlere TTK.m.172'de kollektif şirketlerde, TTK.m.250'de komandit şirketlerde, TTK.m.335'de anonim şirketlerde, TTK.m.483'de sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlerde TTK.m.547'de limited şirketlerde rastlamaktayız. Kooperatifler bakımından rekabet yasağı ise TTK.m.335 hükmüne tabidir(Koop. K.m.98).

Bu yasaklar kural olarak hukukî ilişkinin devam ettiği sürece mevcuttur. Ancak kanun koyucu, rekabeti, istisna olarak hukukî ilişkinin son bulmasından sonraki dönem için de yasaklama yoluna gitmiştir. Şöyleki; TTK.m.363'e göre, "...Her ortak, her ne suretle olursa olsun öğrenmiş olduğu, şirkete ait iş sırlarını sonradan ortaklık hakkını zayi etmiş olsa dahi, daima gizli tutmaya mecburdur." 4389 s. Bank. K.m.22/7'e göre, "Bu kanunun uygulanmasında ve uygulanmasının denetiminde görev alanlar, görevleri sırasında öğrendikleri bankalar ile bunların iştirakleri, kuruluşları ve müşterilerine ait sırları bu kanuna ve özel kanunlarına göre yetkili olanlardan başkasına açıklayamazlar ve kendi yararlarına kullanamazlar. Bu yükümlülük görevden ayrılmalarından sonra da devam eder." MEK.m.17/2'e göre, "507 s. Esnaf ve Küçük Sanatkârlar Kanunu kapsamındaki işyerlerinde çalışarak kalfa olanlar en az bir yıl o işyerinde çalışırlar."

Kanundan doğan rekabet yasaklarının temelinde sadakat borcu, dürüstlük kuralı ve emeği tahsis ilkesi "affectio sociatis" bulunmaktadır²⁷. Kanunî rekabet yasağı taraflar arasındaki hukukî ilişkinin devam ettiği süre boyunca geçerlidir. Örneğin, hizmet sözleşmesi devam ederken işçi sadakat borcu gereği işverene karşı rekabet teşkil eden faaliyetlerde bulunamaz.

²⁷

M. Polat SOYER: a.g.e., 8.

Sözleşmeden doğan rekabet yasağı kural olarak sözleşmenin sona ermesinden sonra hüküm ifade eder. Bununla birlikte sözleşme ilişkisinin devam ettiği süre içinde rekabet yapılmasını engelleyen rekabet yasağı sözleşmeleri yapılması da mümkündür. Ancak bu sözleşmelere, sözleşmenin sona ermesinden sonra hüküm ifade etmek üzere yapılan rekabet yasağı sözleşmelerine ilişkin hükümler uygulanmaz. Sözleşmeden doğan rekabet yasağı, müstakil bir sözleşme ile kararlaştırılabileceği gibi satım, kira, şirket, hizmet sözleşmeleriyle birlikte de kararlaştırılabilir. Çalışmamızda ilerleyen bölümlerde esas olarak hizmet sözleşmesinde rekabet yasağı incelenecektir.

c. Rekabetin Korunması

Rekabetin korunması, rekabeti korumak amacıyla hazırlanmış bir kanun olan 4054 s. Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ile sağlanmıştır. Bu kanun doğrudan doğruya rekabet düzenini korumaya yönelik hükümler içerirken; kural olarak kamusal bir kaygı ve amaç taşır. Kişileri ise dolaylı olarak korur. RKHK.m.3' e göre rekabet; "Mal ve hizmet piyasalarındaki teşebbüsler arasında özgürce ekonomik kararlar verilebilmesini sağlayan yarış" ifade eder.

Kanunun birinci maddesine göre, "Bu Kanunun amacı, mal ve hizmet piyasalarındaki rekabeti engelleyici, bozucu ve kısıtlayıcı anlaşma, karar ve uygulamaları ve piyasaya hâkim olan teşebbüslerin bu hâkimiyetlerini kötüye kullanmalarını önlemek, bunun için gerekli düzenleme ve denetlemeleri yaparak rekabetin korunmasını sağlamaktır." Kanunun dördüncü maddesi, belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleyici, bozucu ya da kısıtlayıcı bir amaç taşıyan veya bu etkiyi doğuran ya da doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemlerinin hukuka aykırı ve yasak olduğunu düzenlemiştir. Kanun işletmeler arasında yapılan her türlü anlaşmayı

yasaklamamıştır. Örneğin, rakipler arasında yapılan fakat rekabet üzerinde etki doğurmayan anlaşmalar kanun kapsamı dışındadır. Rekabeti sınırlandırma amacı taşıyan veya rekabetin sınırlandırılması etkisini doğuran anlaşmalar bu Kanun anlamında yasak sayılmıştır.

Rekabeti koruyucu hükümler rekabet düzenini korumak için getirilmiş olmakla birlikte, bu düzenlemelerin kişileri koruyucu hükümler getiren birtakım hukukî düzenlemelerle çatıştığı söylenebilir. Mesela, TTK.m.56'da haksız rekabet düzenlenmiş ve bu kapsamda yapılan rekabet kanunca yasaklanmıştır. Benzer bir düzenlemeye, Borçlar Kanunu'nun kişileri korumak amacıyla getirdiği haksız rekabeti yasaklayan hükümlerde rastlanmaktadır. Aynı şekilde RKHK.m.4'te düzenlenen rekabeti sınırlayıcı anlaşma ve eylemleri yasaklayıcı hüküm de, borçlar hukukundaki sözleşme özgürlüğünü kısıtlayan bir durumdur.

II. REKABET YASAĞI SÖZLEŞMESİ KAVRAMI

Kanunî rekabet yasağı, taraflar arasındaki hukukî ilişkinin devam ettiği müddetçe mevcuttur. Hizmet sözleşmesinin devam ettiği süre zarfında işçinin kanundan doğan rekabet etmeme borcu vardır. İşçinin bu yükümlülüğü kural olarak hizmet sözleşmesinin sona ermesiyle ortadan kalkar. Ancak tarafların iradeleri ile sözleşmenin bitiminden sonra rekabette bulunmayacaklarına dair sözleşme yapmaları mümkündür. Sözlük anlamı ile rekabet yasağı sözleşmesi²⁸, "hizmet ilişkisi bakımından, işverenlerle işçiler arasında yapılan ve işçilerin aynı tür işi yapmasını, işverenin iş sırlarına veya müşteri çevresine girmesini önleyen anlaşma; ortakların karşılıklı olarak birbirleriyle rekabet yapmasını engelleyen yazılı anlaşma" demektir.

²⁸ Ejder YILMAZ: a.g.e., 1029.

Taraflar, işçinin hizmet ilişkisi çerçevesinde öğrendiği bilgileri işveren aleyhine kullanmasını önlemek ve böylece işverenin zarara uğraması ihtimalini ortadan kaldırmak amacıyla sözleşme sona erdikten sonra hüküm ifade etmek üzere rekabet yasağı sözleşmesi yapabilirler. Bu nitelikte yapılacak bir rekabet yasağı sözleşmesine uygulanacak hükümler, BK.m.348-352'de ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

Şirket ortakları ve ticarî mümessiller hakkında kanundan doğan rekabet yasağı, bu ilişki sona erdikten sonra geçerli olmak üzere uzatılabilir. Bunun dışında kartel sözleşmesi, satım, kira ve hasılat kirası sözleşmelerinde de rekabet yasağı kararlaştırılabilir²⁹. Ancak hizmet ilişkilerinde kararlaştırılan rekabet yasağında amaç sır alanının korunması iken, bu sözleşmelerde amaç sır alanının korunması değil; malvarlığı değerinin artırılması ve elde edilecek kârın en yüksek düzeye çıkarılmasıdır³⁰. Mesela kira sözleşmesinde kiralayanın, maliki bulunduğu bir başka işyerini kiracının rakiplerinden birine kiralayamayacağına ilişkin bir hüküm konulabilir³¹. Burada amaç, herhangi bir bilginin saklanması değil, kiracının elde etmesi muhtemel olan kârın azalmasına engel olmaktır.

Bütün bu rekabet yasağı sözleşmelerinin ortak özelliği, yasağa tabi olan tarafı devamlı ve menfi bir edim yükümlülüğü altına sokmalarıdır³². Ancak hizmet ilişkisinde taraflar arasında ekonomik bir eşitsizlik varken, diğer rekabet yasağı sözleşmelerinde genellikle taraflar ekonomik bakımdan eşit güçte olan kişilerdir³³. Bu nedenle hizmet sözleşmesinde rekabet yasağına uygulanan BK.m.348-352 hükümlerinin hizmet sözleşmesinden başka bir sözleşme ile

²⁹ M. Polat SOYER: a.g.e., 10.

³⁰ M. Polat SOYER: a.g.e., 10.

³¹ M. Polat SOYER: a.g.e., 10.

³² Nuşin AYİTER: "Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Fer'i Rekabet Memnuiyeti Mukavelesi", Arsebük'e Armağan (Ankara 1958), 464; M. Polat SOYER: a.g.e., 11.

³³ M. Polat SOYER: a.g.e., 11.

kararlaştırılan diğerk rekabet yasaklarına uygulanması mümkün değıldir³⁴. Bu gibi durumlarda kararlaştırılan rekabet yasağının sınırı, MK.m.23 ve BK.m.20 hükümleri çerçevesinde belirlenir³⁵.

1. YASAL DÜZENLEMELERE HAKİM OLAN ESASLAR

Serbest piyasa ekonomisinde rekabet, ekonomik hayatta verimliliğın sağlanması için en etkili yoldur³⁶. Rekabet serbestisi, her türlü mal ve hizmetin herhangi bir sınırlandırma olmaksızın isteyen herkes tarafından üretilip pazarlanabilmesi ilkesine dayanır. Serbest rekabet düzeninin işleyebilmesi için, mal ve hizmet piyasasında çok sayıda satıcı(üretici) ve alıcının bulunması ve işletmeler arasında rekabeti sınırlayıcı her türlü engelin ortadan kaldırılması gerekir³⁷.

Ekonomik hayatın düzenlenmesinde de rekabetin önemi büyüktür. Bu bakımdan rekabet hukuku işletmelere rekabet hak ve özgürlüğü vermektedir. Rekabet toplumdaki kişilere faaliyet serbestisi getirirken, toplumun da bu serbestiden azami ölçüde yararlanmasını amaçlar³⁸. Ancak rekabet hukuku kişilere mutlak bir rekabet serbestisi vermez. Nitekim her hak gibi rekabet hakkının da kötüye kullanılması mümkündür ve bu durum hem kişilere hem de rekabet kurumuna zarar verebilir. Rekabetin kötüye kullanılması bazen TTK.m.56'da düzenlendiğı gibi iktisadî rekabetin iyi niyet kurallarına aykırı ve

³⁴ Kenan TUNÇOMAĞ: Borçlar Hukuku Dersleri, c.2 (İstanbul 1967), 384; Kenan TUNÇOMAĞ: İş Hukuku, c.1, İstanbul 1971, 495; M. Polat SOYER: a.g.e., 11; Ş.Binnaz Aydın YUNUS: "Hukukumuzda Rekabet Yasağının Düzenlenmesi", Adalet Dergisi, Yıl:93, S.10 (Ocak 2002, Ankara 2002), 158.

³⁵ Kenan TUNÇOMAĞ: Borçlar, a.g.e., 384; M. Polat SOYER: a.g.e., 11.

³⁶ Kerem Cem SANLI: Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun'da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler Ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme Ve Teşebbüs Birliğı Kararlarının Geçersizliğı (Ankara 2000), 3.

³⁷ Mustafa ÇEKER: "Türk Hukukunda Rekabetin Korunması ve Yeni Rekabet Düzeni", Batider, c.XVIII, S.3, (Haziran 1996, Ankara 1996), 87.

³⁸ Ateş AKINCI: a.g.e., 11.

aldatıcı davranış veya başka araçlarla kötüye kullanılması, diğer bir ifadeyle "haksız rekabet" şeklinde olabileceği gibi belirli mal ve hizmetlerin üretimi, dağıtımı ve fiyatlarını etkilemek amacıyla serbest rekabeti ortadan kaldırııcı davranışlar biçiminde de olabilir³⁹.

Piyasalara rekabet konusunda tam bir serbesti verilmesi halinde serbest rekabet düzeninin ekonomik birimler tarafından tahrip edilme riski karşısında rekabet düzeninin hukuken korunması gerekmiştir⁴⁰. Serbest rekabet işletmeler için hukuken korunan bir menfaat; dolayısıyla bir hak olmakla birlikte bu hak, kişilik haklarının kötüye kullanılmaması, dürüstlük ve iyi niyet kurallarına aykırı davranılmaması ve işletmelerin ticarî faaliyetlerde bulunurken birbirlerine zarar vermelerinin engellemesi amacıyla sınırlandırılabilir. Bu bakımdan BK.m.348-352 ile işçi ve işveren arasındaki rekabeti tamamen veya kısmen sınırlandırmayı öngören yasa koyucu, her iki tarafın hukukî ve ekonomik yararlarını korumak suretiyle taraflar arasında denge kurarak ve çalışma hayatının vazgeçilmez iki unsuru olan işçi ile işveren arasındaki menfaat çatışmasını asgari düzeye indirerek iş barışını sağlamayı amaçlamaktadır. İşçi temel haklarını kullanırken işyerindeki barışı zedelememelidir⁴¹.

Bu genel amaca yönelik esasları özel olarak incelemek gerekirse; bunlar işçinin korunması, çalışma yerini seçme hakkının korunması ve sözleşme serbestisi sınırlarının uygulanması olarak ifade edilir.

³⁹ Emel BADUR: a.g.e., 10-11.

⁴⁰ Kerem Cem SANLI: a.g.e., 7.

⁴¹ Şükran ERTÜRK: İş İlişkisinde Temel Haklar (Ankara 2002), 116-117.

a. İşçinin Korunması

Rekabet yasağı sözleşmesi İsviçre' de Borçlar Kanununun 1971 yılındaki revizyonu ile ilk kez yasal bir düzenlemeye kavuşturulmuştur⁴². Yasa koyucunun bu revizyon ile amacı işverenin haklı menfaatlerinin korunması ve bununla birlikte işçinin de ekonomik bakımdan korunması olmuştur⁴³.

İşçinin hizmet sözleşmesi sona erdikten sonra işverenle rekabet etmemesine ilişkin olarak gerek İsviçre Hukukunda gerek Türk Hukukunda kanunî bir düzenleme yoktur. Hizmet sözleşmesi sonrası için rekabet etmeme borcu ancak taraflar arasında yapılacak bir rekabet yasağı sözleşmesi ile mümkündür. Kanun koyucu işçinin rekabet etmeme borcunun doğabilmesi için sadece bu anlaşmanın yapılmasını yeterli görmemiş, bazı şartlar getirmiştir.

BK.m.348 vd. uyarınca, bu sözleşme mutlaka yazılı bir şekilde yapılmalı ve işçi reşit olmalıdır. İşçi, işverenin birtakım sırlarını öğrenmiş olmalı ve bu sırların korunmasında işverenin menfaati olmalıdır. Diğer bir deyişle, bu sırların üçüncü kişilere açıklanması halinde işverenin önemli bir zarar tehlikesi içinde olması gerekir. Bu sözleşme işçinin ekonomik geleceğini tehlikeye atmamalıdır. Bunu sağlamak için de sözleşme yer, zaman ve işin türü bakımından sınırlandırılmalıdır. İşçinin bu yasağa tabi olmak düşüncesiyle sözleşmeyi feshetmekten kaçınmasını ve işverenin sözleşmeyi feshederek rekabet yasağına ilişkin hükümlerden kolayca yararlanabilmesini önlemek için de belirli fesih hallerinde yasağın hükümden düşeceği kabul edilmiştir⁴⁴.

Alman hukukunda bu kuralların nisbî emredici nitelikte oldukları; yani ancak işçi lehine değiştirilebilecekleri kabul edilmişken; İsviçre Borçlar

⁴² M. Polat SOYER: a.g.e., 17.

⁴³ M. Polat SOYER: a.g.e., 17.

⁴⁴ M. Polat SOYER: a.g.e., 18.

Kanununun 1971 yılındaki revizyonu ile kanuna, BK.m.351'i karşılayan İsviçre Borçlar Kanunundaki hükmün mutlak emredici nitelikte olduğunu öngören bir madde eklenmiştir⁴⁵.

Borçlar Kanununda işçinin rekabet etmeme taahhüdüne karşılık işverenin karşı edimde bulunması zorunluluğuna ilişkin bir hüküm yoktur⁴⁶. Yasa koyucu bu şekilde bir düzenleme yapılması halinde işverene aşırı bir külfet getirilmiş olacağı, böyle bir hükmün istendiği taktirde toplu iş sözleşmesi ile getirilebileceği düşüncesiyle, hizmet sözleşmesine ilişkin hükümlerin, İsviçre Borçlar Kanununun 1971 yılındaki revizyonu sırasında da buna ilişkin bir düzenleme yapmamıştır⁴⁷.

BK.m.349'da bu sözleşmeye zaman bakımından bir sınırlama konulmasına ilişkin bir düzenleme getirilmiştir. Ancak bu sürenin en fazla ne kadar bir süreç olacağına ilişkin bir açıklık yoktur⁴⁸. İsviçre Borçlar Kanununun hizmet sözleşmesine ilişkin hükümlerinin 1971 yılındaki revizyonu ile, bu yasağın istisnai durumlarda üç yılı aşabileceği hususunda bir düzenleme getirilmiş; ancak Türk hukukunda buna ilişkin bir hüküm getirilmemiştir⁴⁹. Pek çok ülkenin⁵⁰ yasal düzenlemelerinde olduğu gibi, Türk hukuk mevzuatında da

⁴⁵ M. Polat SOYER: a.g.e., 18.

⁴⁶ Bu duruma ilişkin olarak yabancı hukukî düzenlemelerde birtakım hükümler mevcuttur. Örneğin Alman Ticaret Kanununda, yasak devam ettiği müddetçe işverenin her yıl için işçinin son ücretinin en az yarısı kadar bir karşı edimde bulunması şartıyla bu yasağın geçerli olacağı kabul edilmektedir. Buna karşın GewO' da bir karşı edim yükümlülüğü öngörülmemiştir. Fakat Federal İş Mahkemesi GewO kapsamındaki rekabet yasağı sözleşmelerinin geçerliliğini karşı edim kararlaştırılması şartına bağlamıştır. Aksi halde bu sözleşmelerin geçersiz olacağı düşüncesindedir; bkz. M. Polat SOYER: a.g.e., 19, dn.75.

⁴⁷ M. Polat SOYER: a.g.e., 20.

⁴⁸ Birçok ülkede süre bakımından rekabet yasağı sözleşmesi sınırlandırılmış ve bu yasağın azami süresi belirlenmiştir. Örneğin Almanya'da iki, Avusturya'da bir, İtalya'da yönetici konumunda olanlar için beş, diğer işçiler için üç, rekabet yasağı hakkında yasal bir düzenlemenin bulunmadığı Fransa'da mahkeme kararları uyarınca en çok iki yıllık bir süre kabul edilmiştir. Bkz. M. Polat SOYER: a.g.e., 21.

⁴⁹ M. Polat SOYER: a.g.e., 21.

⁵⁰ Bkz. yukarıda dn.48.

rekabet yasağının geçerli olacağı azami bir sürenin belirlenmesi, işçinin lehine bir durum yaratacaktır.

b. Çalışma Yerini Seçme Hakkının Korunması

Çalışma hürriyeti Anayasamızın 48'inci maddesiyle güvence altına alınmıştır. İşçi çalışmak istediği yeri ya da işvereni seçme özgürlüğüne sahiptir. Aynı şekilde işveren de, kanundan ya da sözleşmeden doğan bir çalıştırma yükümlülüğünün olmaması koşuluyla, çalıştırmak istediği kişiyi özgürce seçebilir. Hizmet sözleşmesinin yapılmasıyla işçi ve işveren arasında çalışma ilişkisi kurulur ve bu anlamda karşılıklı borçlar da doğar.

Hizmet sözleşmesinin devam ettiği sürede işçinin işverene karşı rekabet etmeme borcu vardır. Eğer bu rekabet, bir başka işte çalışmak ya da bağımsız bir işveren olarak faaliyet göstermek şeklinde ise, işçinin yan iş yapması yasaktır⁵¹. Yan iş kavramı, "tam süreli bir iş ilişkisi yanında hukukî düzenlemelerin imkân verdiği ölçüde ücret karşılığı girilen ikinci bir iş ilişkisidir"⁵². Anayasamız herkesin çalışma ve sözleşme özgürlüğüne sahip olduğunu belirtmiştir. Özgürce meslek seçmek ve sözleşme yapabilmek hakkı, yalnızca bir tek işte çalışmaya değil, birden fazla işte de çalışmaya imkân verir. Bu anlamda anayasal bakımdan yan iş yasağı yoktur. BK.m.455/1' e göre, ticarî mümessiller veya ticarî vekiller işverenin izni olmaksızın gerek kendi namlarına gerek üçüncü şahıs namına çalıştıkları kuruluşun yaptığı türde bir iş yapamazlar. Bu şekilde açık ve genel bir düzenlemeye, hizmet sözleşmesine ilişkin hükümlerde rastlanmamaktadır. Buna karşın BİK.m.13/1'e göre, gazeteci işverenle yaptığı sözleşmede aksi kararlaştırılmamışsa, basınla ilgisi olsun veya

⁵¹ Ercan AKYIĞIT: "Türk/Alman Ve İsviçre Hukukunda Sadakat Borcu Açısından Yan İş Problemi", Kamu-İş c.3, S.2 (Nisan 1992), 35.

⁵² Ercan AKYIĞIT: Yan İş, a.g.m., 34.

olmasın, başka bir işte çalışabilir. Bu hükümle gazeteciye yan iş tutma serbestisi getirilmiştir.

İsviçre hukukunda, işçi hizmet ilişkisinin devamı müddetince işverenle rekabet edemez, üçüncü bir kişiye ücret karşılığı iş ifa edemez. Aksi halde sadakat borcunun ihlâli söz konusu olur⁵³. Böyle bir açık düzenleme Türk hukukunda bulunmamakla birlikte yan iş imkânı sözleşme ile sınırlandırılabilir. Bir işçinin işverene karşı yan iş tutmamayı taahhüt etmesi, bu taahhüdün Anayasa ile güvence altına alınan serbestçe meslek seçimi hakkına zarar vermediği ölçüde hukuken mümkündür⁵⁴.

AY.m.48/1, çalışma ve sözleşme yapma özgürlüğünü düzenlemiştir. Bu bağlamda hizmet sözleşmesi sonrasına yönelik rekabet etmeme borcu hususunda kanunî bir düzenleme olmaması yerindedir. Çünkü hizmet sözleşmesinin sona ermesinden sonraki dönem için kanunî bir rekabet yasağı öngörülmüş olsaydı, işçinin çalışma özgürlüğü ve bu anlamda ekonomik geleceği haksız yere sınırlandırılmış olurdu⁵⁵. Nitekim işçi sözleşmenin sona erdiği dönemde rekabet etmemeye rıza gösterdiği taktirde, sözleşme sonrası rekabet yasağından söz edilmelidir.

Özetle, hizmet sözleşmesi sona erdikten sonra rekabet yasağından söz edebilmek için taraflar bu hususta yazılı bir anlaşma yapmalıdır. Bu sözleşmenin kanunca belirlenen birtakım sınırları olduğu için bu şekilde kararlaştırılan rekabet yasağı Anayasaya aykırılık teşkil etmez. İşçinin rekabet yasağı, onun Anayasa ile güvence altına alınan çalışma ve sözleşme özgürlüğünü ihlâl ediyor gibi gözükse de, işverenin işletmeye ilişkin menfaati

⁵³ Ercan AKYİĞİT: "İsviçre ve Türk İş Hukukunda İşçinin Hizmet Akdi Sonrasına Yönelik Rekabet Yasağı, Kamu-İş, c.2, S.6-7 (Ocak 1991), 5.

⁵⁴ Ercan AKYİĞİT: Yan İş, a.g.m., 37.

⁵⁵ Ercan AKYİĞİT: Rekabet Yasağı, a.g.m., 7.

işçinin çıkarından kural olarak önde geldiği için, kanunî sınırlar içinde yapılan rekabet yasağı sözleşmeleri hukuka aykırı değildir⁵⁶. Bu şekilde bir yasağın toplu iş sözleşmeleri ile getirilebileceği tartışmaya açıktır⁵⁷. Rekabet yasağı sözleşmesinin yapılmasıyla işçi hizmet sözleşmesi sona erdikten sonra belirli bir süre işverene karşı rekabet etmeme borcu altına girer. Rekabet yasağı, işverenin menfaatlerini korumak için bu sözleşmenin yapılmasının zaruri olduğu hallerde ve ayrıca işçiden bu yasağa uymasının beklenebileceği ölçüde geçerli olur⁵⁸. Yasağın sınırları belirlenirken AY.m.48'e uygun bir biçimde hareket edilmeli ve rekabeti sınırlayan ya da tamamen yasaklayan sözleşmeler, Anayasa ile getirilen esas gereğince asgari bir düzeyde kalmalıdır⁵⁹.

c. Sözleşme Serbestisi Sınırlamalarının Uygulanması

Rekabet yasağı sözleşmesi, genel hükümlerin koyduğu sınırları aşmamak kaydıyla, özellikle BK.m.20, MK.m.23-24'e aykırı olmadıkça geçerlidir. MK.m.23/2'ye göre, "kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlâka aykırı olarak sınırlayamaz." Bu hükmün koruma alanına ekonomik menfaatler de girer⁶⁰.

Hukuka aykırılığın sınırı öncelikle BK.m.20 uyarınca çizilir. Bu maddeye göre, ekonomik menfaatlerin ahlâka aykırı olarak sınırlanmasını öngören sözleşmeler geçersizdir. Kişinin, bu menfaatlerin bazılarında kendi iradesiyle vazgeçmesi ve bu suretle çalışma ve sözleşme özgürlüğünü

⁵⁶ A.Can TUNCAY: "İşçinin Sadakat Yükümlülüğü" Domaniç'e 80.Yaş Günü Armağanı, c.2 (İstanbul 2001), 1061-1062.

⁵⁷ Rekabet yasağının toplu iş sözleşmesiyle kararlaştırılıp kararlaştırılmayacağı hususunda bkz. aşağıda, İkinci Bölüm, 87.

⁵⁸ M. Polat SOYER: a.g.e., 24.

⁵⁹ M. Polat SOYER: a.g.e., 24.

⁶⁰ Aydın ZEVLİLER/M. Beşir ACARBEY/K. Emre GÖKYAYLA: Medeni Hukuk, 6.b. (Ankara 1999), 472-473.

sınırlandırması hukuka ya da ahlâka aykırılık teşkil etmediği taktirde geçerlidir⁶¹. İşçinin ekonomik menfaatlerini ciddi bir şekilde tehlikeye sokan ve meslekî geleceğini ortadan kaldıran bir rekabet yasağı sözleşmesi ahlâka aykırı olarak kabul edilir. Ekonomik geleceği sınırlandıran bir sözleşmenin ne zaman ahlâka aykırı olarak kabul edileceği somut olaya göre değişir⁶².

Kişinin ekonomik geleceğini tehlikeye sokan ve meslekî geleceğini ortadan kaldıran bir rekabet yasağı ahlâka aykırı olmakla birlikte⁶³, doktrinde BK.m.349'daki düzenlemenin BK.m.20 ve MK.m.23/2 karşısında özel bir hüküm olduğu kabul edilmektedir⁶⁴. Bu bakımdan BK.m.349, MK.m.23/2'nin uygulama alanını daraltmaktadır⁶⁵. Kural olarak işçi işverene göre sözleşmenin zayıf tarafını oluşturmaktadır. İşçi, işverene ekonomik bakımdan bağımlı bulunmaktadır. Özellikle sözleşmesinin feshedilmesi korkusu, işçiyi temel haklarını kullanmada sınırlandırabilir ve özgürlüğünü tehdit edebilir⁶⁶. Temel hakların önemi dolayısıyla işçinin kişiliğini ilgilendiren alanlarda, işçi açısından aşırı olarak değerlendirilebilecek sözleşme hükümleri geçersiz sayılmalıdır⁶⁷. Bu sebeple, işçinin ekonomik bakımdan zarar görmemesi amacıyla hâkimin rekabet yasağı şartlarının aşırı olup olmadığını iyi tespit etmesi gerekir. Rekabet yasağının sınırlarını, işçinin haklı kişisel yararları oluşturur.

Kişinin ekonomik özgürlüğü, yapacağı sözleşmelerle tümüyle yok edilemez. Bu sebeple, bir kişinin hiç ticarî faaliyette bulunmaması ya da ancak bir başkasının rızasına bağlı olarak faaliyette bulunabilmesine ilişkin olarak yapılan sözleşmeler geçersizdir⁶⁸.

⁶¹ Necip BİLGE: Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri (Ankara 1971), 237.

⁶² M. Polat SOYER: a.g.e., 22.

⁶³ M. Polat SOYER: a.g.e., 22.

⁶⁴ M. Polat SOYER: a.g.e., 22, dn.92'den naklen.

⁶⁵ M. Polat SOYER: a.g.e., 23.

⁶⁶ Şükran ERTÜRK: a.g.e., 50.

⁶⁷ Şükran ERTÜRK: a.g.e., 116.

⁶⁸ Aydın ZEVLİLİLER/M. Beşir ACARBEY/K. Emre GÖKYAYLA : a.g.e., 509.

Rekabet yasağı, sözleşme serbestisinin bir sınırlamasıdır. Bir kişiyle, o şahsın yaptığı işi hayatı boyunca yapmamasına ilişkin olarak yapılan rekabet yasağı sözleşmesi geçersizdir; ancak o işin belirli bir süre yapılmaması amacıyla yapılan sözleşme, kişinin iktisadî özgürlüğü aşırı bir şekilde sınırlandırılmadığı ölçüde geçerlidir⁶⁹.

2. REKABET YASAĞI SÖZLEŞMESİ TÜRLERİ

Kapsamı çok geniş olan ve gerek ekonomik gerek hukukî bakımdan önemi olan rekabet, hukuk düzeni tarafından sürekli olarak sınırlandırılmaya çalışılmıştır⁷⁰. Rekabetin sınırlandırılmasında temel amaç, rekabetin ortaya çıkarabileceği risklere engel olmaktır⁷¹. Rekabetin sınırlandırılması ya da tamamen ortadan kaldırılması amacıyla yapılacak rekabet yasağı sözleşmeleri şu şekillerde yapılabilir.

A. Aslî-Talî Rekabet Yasağı Sözleşmeleri

Doktrinde yaygın olan bir ayırıma göre, rekabet yasağı sözleşmeleri, aslî rekabet yasakları ve talî rekabet yasakları olarak ayrılmaktadır⁷². Bu uygulama uyarınca, rekabet yasağı sözleşmeleri tek başına yapılabileceği gibi, bir akdin tamamlayıcısı olarak da yapılabilir. Eğer bir sözleşmenin asli edim yükümü olarak rekabet yasağı kararlaştırılmışsa, aslî rekabet yasağından bahsedilir. Aslî edim yükümü olarak başka bir edimin kararlaştırıldığı sözleşmede rekabet yasağı şart olarak öngörülmüşse, talî rekabet yasağı sözleşmesinden söz edilir.

⁶⁹ Aydın ZEVLİLER/M. Beşir ACARBEY/K. Emre GÖKYAYLA: a.g.e., 510.

⁷⁰ Nuşin AYİTER: a.g.m., 463.

⁷¹ M. Polat SOYER: a.g.e., 8.

⁷² Nuşin AYİTER: a.g.m., 463; Kenan TUNÇOMAĞ: Borçlar, a.g.e., 384; Kenan TUNÇOMAĞ: İş, a.g.e., 495-496; M. Polat SOYER: a.g.e., 8-9.

Aslî rekabet yasağı sözleşmeleri müstakil bir sözleşme olarak yapılmaktadır. Aslî rekabet yasağı terimi ilk kez 1902 yılında Karl Ritter tarafından kullanılmıştır⁷³. Piyasalarda rekabetin sınırlandırılmasına yönelik anlaşmalardan kartel, tröst anlaşmaları ve sendika anlaşmaları aslî rekabet yasağı sözleşmelerine örnek olarak verilebilir⁷⁴. Pazardaki tekdüze bir davranışın sağlanması amacıyla, rekabetin sınırlandırılmasına yönelik olarak aynı iktisadî düzeyde bulunan işletmeler arasında yapılan anlaşmalar kartel olarak adlandırılır⁷⁵. Piyasadaki az sayıdaki firmalar arasında söz konusu olan rekabeti kaldırıp, monopol kurulması ve yüksek fiyatlarla tüketicinin sömürülmesi amacıyla kartel anlaşmaları yapılmaktadır⁷⁶. İşveren sendikaları ile işçi sendikaları arasında bağımsız olarak yapılan rekabet yasağı sözleşmeleri de aslî rekabet yasağı koyan sözleşmelerdendir⁷⁷.

Rekabet yasaklarına ilişkin talî sözleşmeler, asıl sözleşmeye bağlı olarak ve genellikle sözleşmenin bir şartı şeklinde yapılırlar. Yani bu sözleşmenin kurulmasına neden olan bir asıl sözleşme vardır ve rekabet yasağı sözleşmesi ancak asıl sözleşme ile birlikte hüküm ifade eder⁷⁸. Bu nedenle bunlara rekabet yasağı kaydı da denilmektedir⁷⁹. Alım satım, kira, hasılat kirası, şirket ve hizmet sözleşmelerindeki rekabet yasakları talî rekabet yasaklarına örnek olarak verilebilir⁸⁰. Hizmet sözleşmesi sona erdikten sonra hüküm ifade etmek üzere yapılan rekabet yasağı sözleşmelerinin talî rekabet yasağı sözleşmesi olup olmadığı doktrinde tartışmalıdır. Ayiter'e göre⁸¹, hizmet sözleşmesinde rekabet yasaklarından kasıt, sözleşmenin kurulması ya da

⁷³ Nuşin AYİTER: a.g.m., 463; M. Polat SOYER: a.g.e., 9.

⁷⁴ Nuşin AYİTER, a.g.m., 463; M. Polat SOYER, a.g.e., 9.

⁷⁵ Ergun ÖZSUNAY: Kartel Hukuku (İstanbul 1986), 84.

⁷⁶ Mustafa ÇEKER: a.g.m., 91.

⁷⁷ Kenan TUNÇOMAĞ: Borçlar, a.g.e., 384; Kenan TUNÇOMAĞ: İş, a.g.e., 495.

⁷⁸ Nuşin AYİTER: a.g.m., 463; M. Polat SOYER: a.g.e., 9.

⁷⁹ Ercan AKYİĞİT: Rekabet Yasağı, a.g.m., 8; M. Polat SOYER: a.g.e., 9.

⁸⁰ Nuşin AYİTER: a.g.m., 463; M. Polat SOYER: a.g.e., 9.

⁸¹ Nuşin AYİTER: a.g.m., 464.

devamı sırasındaki rekabet yasaklarıdır. Sözleşme sona erdikten sonra yapılan rekabet yasağı sözleşmesi, bir talî rekabet yasağı niteliğinde görülemez. Çünkü, hizmet sözleşmesinin sona ermesiyle artık bağımlılık son bulmuştur. Aksi görüşte olan Tunçomağ'a göre ise⁸², BK. m.348-352' de söz konusu olan, hizmet sözleşmesinin bir parçasını teşkil eden rekabet yasağı sözleşmesidir ve bu rekabet yasağı, hizmet sözleşmesinin kurulması veya devamı esnasında kararlaştırılan bir rekabet yasağı şartı ile meydana gelir. Bu nedenle söz konusu sözleşmeler, rekabet yasağı koyan yan sözleşmeler yani talî sözleşmelerdendir. Fakat bu tip sözleşmelere BK. m.348-352' nin uygulanabilmesi için, bu sözleşmelerin hizmet sözleşmesinin sona ermesinden sonra hüküm doğuracak nitelikte olmaları gerekmektedir. Kanaatimizce, her ne kadar hizmet sözleşmesinin sona ermesiyle sözleşmeler arasındaki bağımlılık sona erse de, rekabet yasağı sözleşmesi, hizmet sözleşmesi devam ederken, hükümlerini sözleşme sona erdikten sonra doğurmak üzere, yapıldığı için hizmet sözleşmesine talî olarak bağlı olan bir sözleşmedir.

B. İvazlı-İvazsız Rekabet Yasağı Sözleşmeleri

Rekabet yasağı sözleşmeleri ivazlı ya da ivazsız olabilir⁸³. İvaz genellikle sözleşmenin diğer tarafının açıkça verdiği bir meblağ şeklinde olabileceği gibi, bazen de ücretin kararlaştırılan miktardan yüksek bir bedel olarak ödenmesi gibi örtülü şekilde de olabilir⁸⁴. Hizmet sözleşmesiyle rekabet etmeme borcunun karşılığında bir edim kararlaştırılmış olması halinde, aksi açıkça belirtilmemişse karşılığın, sözleşmenin bitiminden sonraki döneme ait olduğu kabul olunur⁸⁵. Nitekim, kanundan doğan rekabet yasağının karşılıklı özendirilmesine gerek yoktur ve bu borcun kayıtsız şartsız yerine getirilmesi

⁸² Kenan TUNÇOMAĞ: Borçlar, a.g.e., 384; Kenan TUNÇOMAĞ: İş, a.g.e., 495-496; aynı görüşte Polat SOYER: a.g.e., 18.

⁸³ Nuşin AYİTER: a.g.m., 464.

⁸⁴ Nuşin AYİTER: a.g.m., 464.

⁸⁵ Kudret ERTAŞ: Türk Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu (Ankara 1982), 64.

zorunludur⁸⁶. Rekabet yasağı sözleşmesi bu şekilde ivazlı olarak yapılabileceği gibi hiçbir karşılık beklenmeden ivazsız olarak da yapılabilir. Bu sözleşme ivazlı da yapılsa ivazsız da yapılsa, önemli olan rakip kuruluşların işveren karşısındaki rekabet gücünün, işverenin zararına artmasını önlemektir.

3. REKABET YASAĞI SÖZLEŞMESİNİN HUKUKÎ NİTELİĞİ VE BU SÖZLEŞME İLE KORUNMAK İSTENEN DEĞER

A. Rekabet Yasağı Sözleşmesinin Hukukî Niteliği

Herkes BK.m.19-20'ye aykırı olmamak kaydıyla istediği kişiyle, istediği konuda sözleşme yapma özgürlüğüne sahiptir. İşçi ile işveren diledikleri zaman rekabet yasağı sözleşmesi yapabilirler. Ancak hizmet sözleşmesi imzalamadan önce yahut sözleşme sona erdikten sonra tarafların böyle bir sözleşme yapmaları işçinin ekonomik geleceğini ve çalışma özgürlüğünü zedeleyici bir durumdur. Dolayısıyla hizmet sözleşmesi olmadan rekabet yasağı sözleşmesinin yapılmasının bir anlamı olmaz. İşçi kararlaştırılan rekabet yasağının sonucunda, hizmet sözleşmesi devam ederken söz konusu olan rekabet etmeme borcunu sözleşme sona erdikten sonra da belirli bir süre üstlenmektedir. BK.m.348-352'de talî rekabet yasağı düzenlendiği için taraflar arasında hizmet sözleşmesinin bulunması şarttır⁸⁷. Rekabet yasağı gerek hizmet sözleşmesinde bir şart olarak gerekse ayrı bir sözleşme yapılarak kararlaştırılsın, hizmet sözleşmesinin hüküm ve sonuçlarının sözleşmenin sona ermesinden sonra da devamına ilişkin hizmet sözleşmesine bağlı bir borçtur. Bağımsız bir sözleşme değildir.

⁸⁶ Kudret ERTAŞ: a.g.e., 65.

⁸⁷ M. Polat SOYER: a.g.e., 18; aksi görüşte olan Akyiğit'e göre, ileride o işverenin işçisi olması kaydıyla henüz hizmet sözleşmesi yapılmadan, gelecekte yapılacak hizmet sözleşmesi sonrası için işçiyle rekabet yasağı sözleşmesi yapılması ve bu sözleşmede BK.m.348-352'nin uygulanması mümkündür. Bkz. Ercan AKYIĞIT: Rekabet Yasağı, a.g.m., 8-9.

Rekabet yasağı sözleşmesi, sözleşmede kararlaştırılan süre, yer ve konuyla sınırlı olarak rekabet teşkil eden davranışlarda bulunulmamasını gerektirir. Bu nedenle olumsuz içerikli, diğer bir deyişle işçiye yapmama edimi yükleyen bir sözleşmedir.

Rekabet etmeme borcu, bağımsız olarak dava konusu edilebilen yan edim yükümlülüklerindendir⁸⁸. Nitekim bu borç, temel yan yükümlülüklerdendir ve bu yükümlülükler asıl edimle birlikte talep edilebilmekle birlikte, ondan ayrı olarak da talep edilebilirler⁸⁹. Dolayısıyla rekabet yasakları da asıl edimle birlikte dava edilebileceği gibi, ondan ayrı olarak da dava konusu edilebilir⁹⁰.

BK.m.348-352'de, işçinin rekabet yasağına uygun davranması karşılığında işverenin karşı edim ödeme yükümlülüğü düzenlenmemiştir. Asıl olan, ivazsız yani tek tarafa borç yükleyen rekabet yasağı sözleşmeleridir. Ancak karşı edimin kararlaştırıldığı hallerde, ivazlı yani iki tarafa borç yükleyen rekabet yasağı sözleşmelerinden bahsedilir.

B. Rekabet Yasağı Sözleşmesi İle Korunmak İstenen Değer

Hizmet sözleşmesinin tarafları olan işçi ve işveren arasında öncelikle güvene dayalı bir ilişki vardır. Bu ilişkinin sonucunda işçiler için sadakat yükümlülüğü doğar. İşçi iyi niyet ve dürüstlük kurallarına uygun olarak bu yükümlülüğünü yerine getirmelidir. Rekabet yasağı sözleşmesi ile hizmet

⁸⁸ Seyfullah EDİS: Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri (Ankara 1987), 318; Kudret ERTAŞ: a.g.e., 13.

⁸⁹ Seyfullah EDİS: a.g.e., 317.

⁹⁰ Seyfullah EDİS: a.g.e., 318. Buna karşın Tunçomağ'a ve Von Tuhr'a göre, rekabet etmemek borcu eksik borçlardandır. Bkz. Kenan TUNÇOMAĞ: Borçlar Hukuku, c.1 (İstanbul 1972), 30; Andreas VON TUHR: Borçlar Hukukunun Umumî Kısmı, c.1-2 (Ankara 1983), 36. Çünkü bu borcun zorla ifası istenemez ve işçinin söz konusu borcunu

ilişkinin devamı müddetince söz konusu olan sadakat yükümlülüğünün hizmet ilişkisinin sona ermesinden sonra da devam etmesi amaçlanmaktadır. Bu sözleşme ile, işyeri olanaklarının kötüye kullanılması suretiyle işyerinin zarar görmesine engel olmak ve işverenin menfaatlerini korumak istenir.

4. REKABET YASAĞI SÖZLEŞMESİNİN HAKSIZ REKABET VE SIR SAKLAMA BORCU İLE İLİŞKİSİ

A. Haksız Rekabet İle İlişkisi

Rekabet serbestisi, kanun gereği ve rekabet yasağı sözleşmeleri ile sınırlandırılabilir. Rekabet serbestisinin kanun gereği sınırlandırılması, haksız rekabeti düzenleyen ve yasaklayan BK. m.48 ve TTK.nun 56-65'inci maddeleri ile kaleme alınmıştır.

Rekabet yasağı sözleşmesi ile haksız rekabete ilişkin kurallar arasında amaçları yönünden farklılık vardır. Rekabet yasağı sözleşmesi ve haksız rekabet genel olarak ticaret ve sanayii teşvik etmesine ve rekabet hakkının kötüye kullanılmasını önlemesine karşılık⁹¹; yönedikleri amaç bakımından farklı kavramlardır⁹². Rekabet yasağı sözleşmelerinde yasaklanan, rekabet teşkil etmekle birlikte hukuk kurallarına aykırılık teşkil etmeyen bir faaliyettir. Ancak haksız rekabete ilişkin düzenlemelerde, rekabetin kötüye kullanılmasını engellemek ve bu suretle rekabetin düzgün bir şekilde işlemesini sağlamak amaçlanmaktadır⁹³. Buna karşın Ertaş⁹⁴, BK. m.348-352'deki rekabet yasağına ilişkin düzenlemeleri, haksız rekabetle ilgili düzenlemeler olarak kabul

ifa etmemesi halinde, işverenin tazminat hakkı doğar. Bkz. Kenan TUNÇOMAĞ: Borçlar,c.1, a.g.e., 30.

⁹¹ İsmet SAYHAN: Yayınlanmamış yüksek lisans tezi, 16.

⁹² M. Polat SOYER: a.g.e., 11.

⁹³ M. Polat SOYER: a.g.e., 12.

⁹⁴ Kudret ERTAŞ: a.g.e., 64.

etmiştir. Aynı şekilde Örs' e göre de⁹⁵, rekabet yasağına aykırı hareket, haksız bir fiildir. Bu hareket genel olarak Borçlar Kanunu ve Ticaret Kanunu ile yaptırıma bağlanmıştır. Rekabet yasağını ihlâl, genel hükümlere aykırı olduğu gibi, haksız rekabet de teşkil eder. Ticaret Kanunu, rekabet yasağını ihlâl edici harekete, iyi niyete aykırı hareketlere vermiş olduğu örneklerde değinmemiştir. Ancak rekabet etmeme taahhüdüne rağmen bu taahhüdü ihlâl, haksız rekabet teşkil eder⁹⁶. Örneğin bir ticarî işletmeyi bir başkasına devrederken rekabet etmeme taahhüdünde bulunan kimsenin, bu taahhüdünü ihlâl etmesi halinde bu hareket, haksız bir rekabettir⁹⁷. Federal Mahkemeye göre de, rekabet etmemeyi taahhüt eden kimse bizzat rakip bir anonim şirket kurmuş ve bu şirkette tek başına yönetimi ele geçirmişse, bu durum haksız rekabet teşkil eder⁹⁸.

Bunun aksini savunan bir görüşe göre ise⁹⁹, haksız rekabetin rekabet yasağı ile bir ilgisi bulunmamaktadır. Haksız rekabet, ekonomik anlamda rekabetin iyi niyet kurallarına aykırı davranışlarla suistimal edilmesidir. Rekabet yasağı ise, daha çok hizmet, vekalet sözleşmesi gibi sadakat borcunun bulunduğu hukukî ilişkilerde söz konusu olur. Bu yasak, kendisine karşı rekabet etmeme taahhüdü altına girilen kimse ile aynı veya benzer konularda faaliyette bulunma yasağını ifade eder. Rekabet yasağında işçi ile işveren arasında bir hukukî ilişki vardır ve aksi sözleşme ile kararlaştırılmadıkça bu hukukî ilişki sona erince, rekabet yasağı da ortadan kalkmaktadır. Bununla birlikte rekabet yasağı, sözleşme müddetince veya hizmet ilişkisinin sona ermesinden sonra belirli bir süre için geçerli olur. Oysa haksız rekabetin söz konusu olabilmesi için bir hukukî ilişkinin varlığı aranmadığı gibi herhangi bir süreye bağlılık da söz konusu değildir. Haksız rekabet sayılan fiiller, haksız fiilin bir türü olarak kabul edilen ve

⁹⁵ Fahri Halil ÖRS: a.g.e., 74.

⁹⁶ Fahri Halil ÖRS: a.g.e., 74.

⁹⁷ Fahri Halil ÖRS: a.g.e., 74.

⁹⁸ Karar için bkz. Fahri Halil ÖRS: a.g.e., 74, dn.361.

⁹⁹ Berkant ŞENGEL: Yayımlanmamış yüksek lisans tezi, 16-17.

herkese yasaklanmış fiillerdir¹⁰⁰. Ancak rekabet yasağının kapsamındaki fiiller herkese yasaklanmış fiiller değildir. Rekabet yasağı, iş ve hizmet ilişkisi içinde bulunanlara bu ilişki sebebiyle uygulanır¹⁰¹.

Uşan'a göre¹⁰², işçinin hizmet sözleşmesi devam ederken, işverenin zararına sır saklama ya da rekabet etmeme borcuna ve bu anlamda sadakat borcuna aykırı davranması bazen haksız rekabet teşkil edebilir. TTK.m.56'a göre, "Haksız rekabet, aldatıcı hareket veya hüsnüniyet kaidelerine aykırı sair suretlerle iktisadî rekabetin her türlü suistimalidir." TTK.m.57/7'e göre, "Müstahdemleri, vekilleri veya diğer yardımcı kimseleri iğfal suretiyle, istihdam edenin veya müvekkillerinin imâlat veya ticaret sırlarını ifşa ettirmek veya ele geçirmek", TTK.m.57/8'e göre, "Hüsnüniyet kaidelerine aykırı bir şekilde elde ettiği veya öğrendiği imâlat veya ticaret sırlarından haksız yere faydalanmak veya onları başkalarına yaymak" Ticaret Kanunu anlamında haksız rekabet teşkil eder. İşçi hizmet sözleşmesi devam ederken iyi niyet kurallarına aykırı olarak öğrendiği iş sırlarından haksız yere faydalanır ve bunları üçüncü kişilere açıklarsa, bu davranış haksız rekabet sayılır¹⁰³. Bu davranış aynı zamanda işçinin hizmet sözleşmesinden doğan sadakat borcunun da ihlâli sayılır¹⁰⁴ ve böylece haksız rekabet ile sadakat borcuna aykırılığın aynı olayda birleşmesi söz konusu olur¹⁰⁵. Bahsedilen bu davranışın işçinin hizmet sözleşmesinin son bulmasından sonra yapılmış olması haksız rekabet hükümlerinin uygulanmasına

¹⁰⁰ İsmet SAYHAN: Yayınlanmamış yüksek lisans tezi, 17; Sabih ARKAN: Ticari İşletme Hukuku, 7.b. (Ankara 2004), 60.

¹⁰¹ İsmet SAYHAN: Yayınlanmamış yüksek lisans tezi, 17.

¹⁰² Fatih UŞAN: İş Sırrı, a.g.e., 160 vd.

¹⁰³ Kenan TUNÇOMAĞ: İş, a.g.e., 213-214; Kemal ŞENOCAK: "İşletme Personelinin Ayartılması Meselesinin Haksız Rekabet Hükümleri Çerçevesinde (TTK.m.56 vd.) Değerlendirilmesi", AÜHFD., c.50, S.2 (Ankara 2001), 233; Fatih UŞAN: İş Sırrı, a.g.e., 162.

¹⁰⁴ Fatih UŞAN: İş Sırrı, a.g.e., 162.

¹⁰⁵ Fatih UŞAN: İş Sırrı, a.g.e., 162.

engel olmaz¹⁰⁶. Rekabet yasağı sözleşmesine aykırı davranış TTK.m.56 anlamında haksız rekabet teşkil eder¹⁰⁷.

İşçinin hizmet sözleşmesi devam ederken iyi niyet kurallarına uygun olarak öğrendiği işletme ve ticarî sırları üçüncü kişilere açıklaması veya bu sırlardan faydalanması veya işvereniyle rekabet yapması sadakat borcuna aykırılık teşkil eder fakat; haksız rekabet sayılmaz¹⁰⁸. İşçinin fiilinin haksız rekabet teşkil edip etmediğinin tespitinde dürüstlük kuralına aykırılığın var olup olmadığına bakılmalıdır(TTK.m.56).

Her ne kadar haksız rekabet ile rekabet yasağı sözleşmeleri rekabet serbestisini sınırlandıran düzenlemeler olarak birbirlerini tamamlasalar da, gerek kanunî gerekse akdî rekabet yasağının her durumda haksız rekabet teşkil etmediği inancındayım. Nitekim gerek Borçlar Kanunu gerekse Ticaret Kanunu, haksız rekabete ilişkin düzenlemeler getirmiş ve bu düzenlemelerle rekabetin kötüye kullanılmasının engellenmesi sağlanmak istenmiştir. İşçi hizmet sözleşmesi müddetince dürüstlük kuralına aykırı olarak¹⁰⁹ edindiği bilgileri hizmet sözleşmesi devam ederken veya taraflar arasında rekabet yasağı sözleşmesi varsa, hizmet sözleşmesi sona erdikten sonra işverenle rekabet edecek ve ona zarar verecek şekilde üçüncü kişilere açıklar ve bu bilgilerden kendi menfaati için faydalanırsa; onun bu davranışı hem Ticaret Kanunu anlamında haksız rekabet hem de İş Kanunu ve Borçlar Kanunu anlamında rekabet yasağının ihlâli olarak kabul edilmelidir. Nitekim, işçinin hizmet sözleşmesi devam ederken dürüstlük kuralına aykırı olarak edindiği bilgileri kullanması, İş Kanunu anlamında sadakat borcunun ihlâli sayılır. Ayrıca, hizmet

¹⁰⁶ Fatih UŞAN: İş Sırrı, a.g.e., 162.

¹⁰⁷ Kemal ŞENOCAK: a.g.m., 236-237.

¹⁰⁸ Kenan TUNÇOMAĞ: İş, a.g.e., 214; Fatih UŞAN: İş Sırrı, a.g.e., 163.

¹⁰⁹ İşçinin işverenin özel telefonlarını dinleyerek ya da hırsızlık yaparak; bkz. Kemal ŞENOCAK: a.g.m., 233, veya işverenin rızası dışında mektuplarını okuyarak işyerine

sözleşmesi sona erdikten sonra bu bilgilerin kullanılması da Borçlar Kanununun 348-352'nci maddeleri anlamında rekabet yasağı sözleşmesine aykırılık teşkil eder. Ancak işçinin dürüstlük kuralına uygun olarak edindiği bilgileri kendi yararına kullanması ve bunları üçüncü kişilere açıklaması haksız rekabet teşkil etmez. Bu durumda sadece rekabet yasağının ihlâli söz konusu olur.

B. Sır Saklama Borcu İle İlişkisi

Rekabet yasağının kapsamı içinde sır saklama borcu da vardır. Sır saklama borcu, sadakat borcunun olumsuz kapsamında bulunmaktadır. Bu borç, iş ilişkisi devam ederken öğrenilen işletmeye ve işyerine ilişkin ticarî ve meslekî sırların üçüncü kişilere açıklanmamasını gerektirir¹¹⁰.

Sır, genel olarak herkes tarafından bilinmeyen, üçüncü kişilere açıklanması halinde sır sahibinin zarar görme tehlikesi içinde bulunduğu hususlardır¹¹¹. Herkesçe bilinen şeyler sır olarak kabul edilemez. Değişik hukuk sistemlerinde sır farklı şekillerde açıklanmıştır. Fransız hukukunda işletmedeki fabrikasyon (üretim) ve iş sırları korunması gereken sırlar içinde kabul edilmiştir¹¹². Alman hukukundaki baskın görüşe göre, işletme ile bağlantılı olan, çok sınırlı sayıda kişi tarafından bilinen, halka ilân edilmemiş olan, işverenin açık ya da örtülü iradesiyle korunması gereken ekonomik değere sahip bilgi ve gerçekler sır olarak kabul edilir¹¹³. Alman Haksız Rekabet Kanununa göre işçi, hizmet sözleşmesi nedeniyle öğrendiği ticarî ve işletme sırlarını, bu sözleşmenin devamı müddetince işvereniyle rekabet etmek ve bu suretle işletmeye zarar

ilişkin gizli bilgileri öğrenmesi halinde; bkz. Fatih UŞAN: İş Sırrı, a.g.e., 161, dürüstlük kuralına aykırı bir şekilde bilgi edinmeden söz edilir.

¹¹⁰ Kenan TUNÇOMAĞ: İş, a.g.e., 213-214; Kudret ERTAŞ, a.g.e., 50; Tankut CENTEL: İş Hukuku, c.1 (İstanbul 1992), 137; Ünal NARMANLIOĞLU: İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri 1, 3.b. (İzmir 1998), 206.

¹¹¹ Süheyl DONAY: Meslek Sırrının Açıklanması Suçu (İstanbul 1978), 4.

¹¹² Kudret ERTAŞ: a.g.e., 51.

¹¹³ A. Can TUNCAY: Sadakat, a.g.m., 1068.

vermek amacıyla üçüncü kişilere açıklarsa, sır saklama borcunu ihlâl etmiş sayılır¹¹⁴. İsviçre Haksız Rekabete Dair Federal Kanununda "imalât ve ticarî sırların kötüye kullanılması veya başkalarına yayılması" haksız rekabet sayılmıştır¹¹⁵. İsviçre Borçlar Kanununun 1971 yılındaki revizyonu ile kanuna, iş sırları yanında üretim sırları kavramı da eklenmiştir¹¹⁶.

Türk hukukunda da sır kavramı hususunda bir kavram birliği yoktur. İş K.m.25/II-e uyarınca sır saklama borcunun ihlâli, bildirimsiz fesih nedeni sayılmıştır. Buradaki sırdan kasıt, işverenin meslek sırrıdır. Ticaret Kanununun haksız rekabeti düzenleyen 57'nci maddesinde ise imalât ve ticaret sırlarından bahsedilmiştir. Meslekî sır, imâlât sırlarını kapsadığı için, sır kavramından kasıt meslekî sır olmalıdır¹¹⁷. Nitekim meslekî faaliyet sadece ticarî işletmede sürdürülmez. Ticarî işletme dışındaki sair işyerlerinde hizmet sözleşmesi ile çalışan işçilerin de sır saklama borcu vardır¹¹⁸.

İş Kanunu ve Ticaret Kanununda özel sırdan söz edilmemiştir. Bir şahsın özel hayatına ilişkin sırları, şahsiyetinin gizli tarafıyla ilgili olduğu için şahsiyet haklarıyla birlikte korunur¹¹⁹. Kişinin diğer kimselerin görmesini, duymasını ve bilmesini istemediği ve gizli tuttuğu yaşam alanına başkalarının müdahale etmesi ve kişinin özel sırlarını öğrenmeleri ve başkalarına aktarmaları, kişilik haklarına saldırı niteliğini taşır¹²⁰. MK.m.24/1'e göre, "Hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimse, hâkimden saldırıda bulunanlara karşı korunmasını isteyebilir." Buna göre, sır sahibi şahsiyetine ilişkin özel bir sırrının rızası dışında açıklanması halinde bunun men'ini isteyebilir. Ancak işverenin

¹¹⁴ Kudret ERTAŞ: a.g.e., 51.

¹¹⁵ Kudret ERTAŞ: a.g.e., 51.

¹¹⁶ Bkz.M. Polat SOYER: a.g.e., 53, dn.87.

¹¹⁷ Kudret ERTAŞ: a.g.e., 52; M. Polat SOYER: a.g.e., 12.

¹¹⁸ Kudret ERTAŞ: a.g.e., 52.

¹¹⁹ Adil ADİL İZVEREN: : "Bankalarda Meslekî Sır Ve Bunun İfşasının Hukukî Neticeleri", Ankara Barosu Dergisi, S.2 (Yıl:1995), 695.

¹²⁰ Aydın ZEVLİLER/M. Beşir ACARBEY/K. Emre GÖKYAYLA: a.g.e., 465.

özel sırrının işçi tarafından açıklanması, rekabet yasağının ihlâlini teşkil etmez. Bu durumda işverenin İş K.m.25/II'de örnekleyici olarak sayılan ahlâk ve iyi niyet kurallarına uymayan haller ve benzerlerine dayanarak işçinin sözleşmesini haklı sebeple fesih hakkı vardır. İş K.m.25/II-b'de işçinin işveren yahut bunların aile üyelerinden birinin şeref ve namusuna dokunacak sözler söylemesinin, İş K.m.25/II-e'de ise işçinin işverenin güvenini kötüye kullanarak doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışlarda bulunmasının işverene haklı sebeple fesih hakkı vereceği düzenlenmiştir. İşverenin şahsiyetine ilişkin özel sırlarının rızası dışında açıklanması da bu kapsamda değerlendirilmelidir.

Meslek sırrı, bir şeyin üretiminde kullanılan metotlara ilişkin imalât sırlarını içerir. Bir hususun sır olarak kabul edilebilmesi için iki unsur gereklidir. Bunlar sübjektif ve objektif unsurlardır¹²¹.

İşletmeye ait meslek sırrı kavramından söz edebilmek için, işyerindeki ticarî veya meslekî bilgilerin üçüncü kişilere açıklanmaması hususunda sır sahibinin sübjektif bir iradesi olmalıdır. Bu irade açık ya da örtülü olabilir. Bununla birlikte işletmenin niteliği bir şeyin sır olarak saklanmasını gerektiriyorsa, yine sübjektif unsur gerçekleşmiş olur¹²².

Meslekî sırrın bir de objektif unsuru vardır. Bu unsur, açıklanması istenilmeyen hususun başkaları tarafından bilinmemesini gerektirir. Eğer bir husus daha önce başkaları tarafından biliniyor ya da bilinmesi gerekiyorsa, artık sır sahibi bu hususun açıklanmamasını istese dahi objektif unsur gerçekleşmemiş sayılır¹²³. Meslek sırrı ile doğrudan doğruya sır sahibiyle ilgili olan hususlar kastedilir. Mesleğin icrası sırasında kişiye ait olmayan sırların

¹²¹ Süheyl DONAY: a.g.e., 5; Kudret ERTAŞ: a.g.e., 52-53; A. Can TUNCAY: Sadakat, a.g.m., 1068.

¹²² Kudret ERTAŞ: a.g.e., 53; A. Can TUNCAY: Sadakat, a.g.m., 1069.

¹²³ Süheyl DONAY: a.g.e., 6.

açıklanması ya da öğrenilmesi halinde sır saklama borcunun ihlâlinden söz edilemez. Yani objektif unsurun gerçekleşebilmesi için, açıklanması istenmeyen hususların başkalarınca bilinmemesi, başka işyerlerinde kullanılmaması gerekir. Ancak Reich Yüksek Mahkemesinin 1935 tarihli bir kararını destekleyen Merander'e göre¹²⁴ meslek sırrından amaç, sadece bir işletmede kullanılan metotların korunması değil, aksine yalnız bir işletmede ortaya çıkmayan veya kullanılmayan şeylerin korunmasıdır. Burada asıl önemli olan, saklanması istenen sırrın kullanıldığı, belli bir işletmeyle olan ilişkisinin korunmasıdır. Bu görüş benimsendiği zaman, meslek sırrının kapsamı oldukça genişletilmiş olacak ve sır saklama borcunun ihlâli kolaylaşacak ve işçinin aleyhine bir durum ortaya çıkacaktır. Bu nedenle sırf bir işletmede kullanılan ya da ortaya çıkan hususların açıklanmamasının sır saklama borcu içinde değerlendirilmesi daha doğru olur.

Sır saklama borcu, konusu hizmet olan borçlar hukuku sözleşmelerinin tamamı için söz konusudur. Vekâlet sözleşmesinde vekil işi, sadakatle yapmakla yükümlüdür(BK.m.390). Vekil aynı zamanda yaptığı iş dolayısıyla öğrenmiş olduğu vekâlet verene ait sırları da saklamakla yükümlüdür¹²⁵. Vekilin sadakat borcu, dolayısıyla sır saklama borcu sadece sözleşme devam ederken değil, sözleşmenin sona ermesinden sonra da devam eder¹²⁶. İstisna sözleşmesinde müteahhidin sadakat borcu kanunda açıkça düzenlenmemiştir. Bu sözleşmelerde sadakat borcu, MK.m.2'de düzenlenen dürüstlük kuralından çıkarılmaktadır¹²⁷. Bu düzenlemeden yola çıkılarak, müteahhit, iş sahibinin kendisine söylediği veya işin görülmesi sırasında öğrendiği iş sırlarını başkasına açıklamamak zorundadır¹²⁸.

¹²⁴ Kudret ERTAŞ: a.g.e., 52, dn.87'den naklen.

¹²⁵ Aydın ZEVLİLİLER/Murat AYDOĞDU/Hasan PETEK: Özel Borç İlişkileri, 6.b. (Ankara 1998), 370; Fahrettin ARAL: Borçlar Hukuku, 5.b. (Ankara 2003), 417-418.

¹²⁶ Fahrettin ARAL: a.g.e., 417.

¹²⁷ Fahrettin ARAL: a.g.e., 349.

¹²⁸ Fahrettin ARAL: a.g.e., 349.

Sır saklama borcunun en çok önem taşıdığı sözleşme, hizmet sözleşmesidir. Hizmet sözleşmesinde sır saklama borcu, sözleşmenin kurulmasıyla hükümlerini doğurmaya başlar. Fakat hizmet sözleşmesinin kurulmasından önce yapılan görüşmeler sırasında işçi, işletmedeki birtakım ticarî sırları öğrenmişse, sonradan sözleşme imzalanmasa dahi, bu bilgilerin üçüncü kişilere açıklanması da sözleşmenin görüşülmesinde kusur (culpa in contrahendo) teorisi nedeniyle tazminat yükümlülüğüne yol açar¹²⁹. Hukukî ilişkinin söz konusu olduğu zaman sürecinde sözleşme askıda kalmış veya çalışma fiilen sona ermiş olsa dahi bu yükümlülük devam eder¹³⁰. İşveren veya işçinin haklı sebeple veya bildirimli fesihle sözleşmeyi sona erdirmeleri yahut sözleşme süresinin sona ermesi halinde bu borç da ortadan kalkar. Ancak dürüstlük kuralı çerçevesinde işverenin haklı çıkarları varsa, saklanmak istenen sırrın özel bir rekabet yasağı sözleşmesi ile korunması mümkündür. Hizmet sözleşmesi sona erdikten sonra bu borcun devam etmesi için sözleşme yapılması halinde, kararlaştırılan sır saklama yasağı, sözleşme sona erdikten sonra işçinin kendine özgü başka bir işte çalışmasına engel olmamalıdır¹³¹.

Sözleşme sona erdikten sonra da sadakat borcunun devam ettiği görüşünden hareket eden işçinin işletmeye özgü olan sırları yeni işyerinde kullanmasının mümkün olmadığı görüşü¹³² artık doktrinde kabul edilmemektedir¹³³. Eğer meslekî sırların sözleşme sona erdikten sonra açıklanabilmesine engel bir düzenleme yoksa, işçi bu sırlardan yeni işinde yararlanabilmelidir. Ancak bir yasak hükmü varsa, bu sırları saklama borcu

¹²⁹ Tankut CENTEL: İş, a.g.e., 137.

¹³⁰ Kudret ERTAŞ: a.g.e., 56; Ercan AKYİĞİT: Yan İş, a.g.m., 32; A. Can TUNCAY: Sadakat, a.g.m., 1070.

¹³¹ Kudret ERTAŞ: a.g.e., 57.

¹³² İşçi sözleşme ile hizmet sözleşmesi sona erdikten sonra da sır saklama borcu altına girmemiş olsa dahi, işverenin yanında öğrenmiş olduğu usulleri ve işverene ait sırları ahlâk ve iyi niyet kuralları gereği açıklamamalıdır; Reşat ATABEK: İş Aktinin Feshi (İstanbul 1938), 192.

¹³³ Tankut CENTEL: İş, a.g.e., 138; M. Polat SOYER: a.g.e., 14, dn.48'den naklen; Nuri ÇELİK: İş Hukuku Dersleri, 16.b. (İstanbul 2003), 121.

devam eder. Örneğin, Bankalar Kanununun 22'nci maddesinin 7'inci fıkrasına göre, banka çalışanları, sıfat ve görevleri dolayısıyla öğrendikleri müşteri ve bankaya ait sırları, hizmet sözleşmesi süresince olduğu gibi hizmet sözleşmesi sona erdikten sonra da saklamak zorundadır. Aynı şekilde Ticaret Kanununun 363'üncü maddesinin ikinci fıkrasında sözleşme sonrasında da bu borcun devam edeceğine ilişkin hükümler bulunmaktadır. Böyle bir hüküm bulunmamakla birlikte, bu hususta bir sözleşme yapılmış olabilir. Ancak bu sözleşme, akdin sona ermesinden sonra sadece işçinin, açıklanması istenmeyen sırları saklamasına ilişkin olmalıdır. İşçinin rekabet etmemesine ilişkin bir sözleşme yapılmışsa, bu sözleşmeye BK.m.348-352 arasındaki hükümler uygulanır. Bu ayırmadan dolayı, sır saklama borcunun sözleşme sona erdikten sonra da devam etmesine ilişkin olarak yapılan sözleşmenin sınırları iyi çizilmelidir¹³⁴.

Sır saklama borcunun hizmet sözleşmesi sona erdikten sonra da devam etmesi için yapılan sözleşmenin hukukî niteliği de bir rekabet yasağı sözleşmesidir¹³⁵. Ancak bu tür borçlarda benimsenen borcun nakli müessesesinin sır saklama yasağı için de uygulanmasına imkân yoktur. Çünkü saklanmak istenen husus, üçüncü bir şahsa nakil amacıyla açıklanırsa, sır saklama borcu ihlâl edilmiş olur¹³⁶.

¹³⁴ M. Polat SOYER: a.g.e., 14-16.

¹³⁵ Kudret ERTAŞ: a.g.e., 60.

¹³⁶ Kudret ERTAŞ: a.g.e., 60.

İKİNCİ BÖLÜM

§2. REKABET ETMEME BORCU

I. GENEL OLARAK

Hizmet sözleşmesinde, işçinin aslî borcu iş görme borcudur. Her hukukî ilişkide olduğu gibi hizmet sözleşmesinde de bu aslî edim yükümlülüğünün yanı sıra birtakım yan edim yükümlülükleri vardır¹. Sadakat borcu da bu yan edim yükümlülüklerinden birisidir. Hizmet sözleşmesi devam ettiği müddetçe işçinin sadakat borcu vardır. Bu yükümlülük dolayısıyla işçi işverenin menfaatlerini korumak, işyerine ve işverene zarar verecek hareketlerden kaçınmak zorundadır. İşçinin sadakat borcuna dayanan davranışları, yapma veya yapmama yükümü şeklinde iki grupta toplanır. Yapma yükümü, olumlu içerikli davranışları; yani aktif davranışları kapsar. Buna karşın yapmama yükümü ise, olumsuz içerikli davranışları; yani pasif davranışları içerir. Sadakat borcu işçinin işini ifa ederken öğrendiği ya da gördüğü tehlikeyi bildirme ve açıklama, yaptığı iş gereği kendisine bırakılan eşya, araç, gereç vb. şeyleri işverene iade etme gibi birtakım olumlu davranışlarda bulunmasını gerektirir. Sadakat borcu işçinin işvereni veya işletmeyi zarara uğratacak her türlü davranışını yasaklar. Bu anlamda yapmama borcu niteliğindeki sadakat borcu işçinin bu tür davranışlardan kaçınmasını gerektirir². Rekabet etmeme borcu da yapmama türündeki yükümlülüklerden birisidir. Bu nedenle, işçinin hizmet sözleşmesinin devam ettiği süreçte kendisini çalıştıran işverene veya

¹ Yan edim yükümlülükleri konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Seyfullah EDİS: a.g.e., 315 vd.

² Kudret ERTAŞ: a.g.e., 21; Ünal NARMANLIOĞLU: Ferdi İş, a.g.e., 205; Şükran ERTÜRK: a.g.e., 113-115.

çalıştığı işyerine karşı rekabet teşkil edecek her davranışı sadakat borcunun ihlali sayılır.

Rekabet etmeme borcundan söz edebilmek için, hizmet sözleşmesinde rekabeti yasaklayan bir şartın mevcudiyeti gerekmez. Sözleşmeye konulan rekabet yasağı şartı, hizmet sözleşmesi sona erdikten sonra ortaya çıkabilecek rekabeti önlemeye yöneliktir. Hizmet sözleşmesi devam ettiği müddetçe işçinin rekabet etmeme borcu, doğrudan doğruya sözleşmeden kaynaklanmakta ve sadakat borcu bağlamında ortaya çıkmaktadır³. Hizmet sözleşmesi sona erdikten sonra rekabet yasağı, ancak tarafların hizmet sözleşmesine bu yönde bir hüküm koymaları ya da bu hususta ayrı bir sözleşme yapmaları halinde söz konusu olur.

II. REKABET ETMEME BORCUNUN DEVAMI SÜRESİ

İşçinin rekabet etmeme borcu, hizmet sözleşmesi devam ederken ve hizmet sözleşmesi sona erdikten sonra olmak üzere iki ayrı dönemde söz konusu olur.

1. HİZMET SÖZLEŞMESİ DEVAM EDERKEN REKABET ETMEME BORCU

Hizmet sözleşmesi devam ederken rekabet etmeme borcu BİK.m.13/1'deki düzenleme ayırık tutulursa iş mevzuatında açık bir şekilde düzenlenmemiştir⁴. Hizmet sözleşmesinde işçinin sadakat borcu ve bu anlamda rekabet etmeme borcu MK.m.2'den kaynaklanan bir borç olarak kabul

³ Hamdi MOLLAMAHMUTOĞLU: İş Hukuku (Ankara 2004), 359.

⁴ BİK.m.13/1'e göre, basın mesleğinde çalışanların sözleşmede aksi kararlaştırılmadıkça, sözleşme süresince rekabet etmeme borcu yoktur.

edilmektedir⁵. Ancak işverenin bildirimsiz fesih hakkını düzenleyen İş K.m.25/II-e uyarınca, işçinin işverenin güvenini kötüye kullanmak, işverenin meslek sırlarını ortaya çıkarmak gibi doğruluk ve bağlılıkla bağdaşmayan davranışlarda bulunması fesih sebebi sayılmıştır. Bu hüküm rekabet yasağını da kapsamaktadır. Nitekim sır saklama borcu, rekabet etmeme borcunun özel bir türüdür⁶. İşçinin sadakat borcuna bağlı olarak hizmet sözleşmesinin devamı müddetince ortaya çıkan rekabet etmeme borcu, MK.m.2'deki dürüstlük kuralının bir gereğidir.

2. HİZMET SÖZLEŞMESİ SONA ERDİKTEN SONRA REKABET ETMEME BORCU

Hizmet sözleşmesi sona erdikten sonra işçinin rekabet etmeme borcunun devam etmesi hususunda BK.nun 348-352'inci maddeleri arasında düzenlenmiş özel hükümler vardır. Bu hükümler uyarınca, tarafların rekabet yasağını ayrıca ve açıkça kararlaştırmaları gerekir.

III. HİZMET SÖZLEŞMESİ DEVAM EDERKEN REKABET ETMEME BORCU

1. GENEL OLARAK

Hizmet sözleşmesi diğer borç ilişkilerinden farklı olarak işçi ve işveren arasında kişisel bir bağımlılık kurar. Bu kişisel bağımlılık dolayısıyla işçi, işverenin emir ve talimatları doğrultusunda iş görme borcunu yerine getirir. İşçinin hizmet sözleşmesinden doğan borçlarından birisi sadakat borcudur.

⁵ Ünal NARMANLIOĞLU: Ferdi İş, a.g.e., 205; Şükran ERTÜRK, a.g.e., 113.

⁶ Kudret ERTAŞ: a.g.e., 64; Ercan GÜVEN: İş Hukuku (Eskişehir 1998), 53; Kazım Yücel DÖNMEZ: İşçinin Borçları (Ankara 2000), 209.

İşçinin işverenle hizmet ilişkisinin devam ettiği müddetçe rekabet etmeme yükümlülüğü, işçinin sadakat borcunun bir gereğidir.

Çeşitli kanun hükümlerinde işçinin hizmet ilişkisi devam ederken rekabet etmeme borcu olduğu düzenlenmiştir. Örneğin, BK.m.455'te ticarî mümessiller ile ticarî vekillerin işletme sahibinin rızası olmadıkça gerek kendi adlarına gerekse üçüncü kişi adına işletmenin faaliyet alanı da dahil olmak üzere bir başka işle uğraşmayacakları düzenlenmiştir. BK.m.455, işçinin rekabet etmeme borcunun ticaret yaşamındaki somutlaşmış halidir⁷. TTK.m.172'de kollektif ortağın, TTK.m.250'de komandit ortağın, TTK.m.335'te anonim şirket yönetim kurulu üyesinin rekabet yasağına ilişkin düzenlemeler getirilmiştir. İş K.m.25/II-e'de de, işçinin işverenin meslek sırlarını ortaya atmak gibi doğruluk ve bağlılıkla bağdaşmayan davranışlarının işverene sözleşmeyi haklı sebeple fesih hakkı vereceği düzenlenmiştir.

2. BOŞ ZAMAN FAALİYETLERİ

A. Genel Olarak

İş mevzuatında, işçinin boş zamanlarında kendisi ya da başkası adına faaliyette bulunmasını yasaklayıcı bir kural bulunmamaktadır. İşçinin çalışma saatleri dışında, boş zamanlarında yapabileceği faaliyetlerin sınırları, gördüğü işin niteliğine ve özelliğine göre belirlenir⁸. Ancak işçi ikinci bir iş yaparken, işverene zarar verici davranışlardan kaçınmakla yükümlüdür.

MK.m.23/1-2'ye göre, "Kimse, hak ve fiil ehliyetlerinden kısmen de olsa vazgeçemez." AY.m.48'e göre de herkesin çalışma ve sözleşme yapma

⁷ A. Can TUNCAY: Sadakat, a.g.m., 1061.

⁸ Ünal NARMANLIOĞLU: Ferdi İş, a.g.e., 207.

özgürlüğü vardır. Bu hükümler uyarınca her işçi çalışma saatleri dışındaki serbest zamanlarında başka bir işte çalışabilmelidir. Ancak, işçinin başka işte çalışmasına veya ek bir iş yapmasına, işçi sağlığı ve iş güvenliği hükümlerine aykırı olmamak koşuluyla izin verilmelidir⁹. İşçinin ikinci bir iş yapabilmesi için iş mevzuatında kabul edilen çalışma sürelerinin aşılmaması¹⁰, işçinin yaptığı asıl iş ile ikinci işin çalışma saatlerinin çatışmaması¹¹ gerekir. Ayrıca işçinin ikinci işi yaparken sır saklama ve rekabet etmeme borcuna uygun davranması, diğer bir deyişle yapılan ikinci işin, işverenle rekabet teşkil eden bir iş olmaması gerekir¹².

Bazı durumlarda işçinin yaptığı ikinci iş, rekabet teşkil etmeyebilir; ancak, iş performansını önemli ölçüde etkileyebilir¹³. Mesela, sportif faaliyette bulunan bir işçinin ikinci bir işte çalışması performansında bir azalmaya sebep olabilir¹⁴. Bu durumda rekabet etmeme borcuna aykırılık söz konusu olmaz. Ancak işçinin iş görme yükümlülüğünü özenle ifa etmesi borcuna aykırılık söz konusu olur¹⁵.

İşçi, yaptığı ilk işle rekabet teşkil etmeyen ve iş performansının azalmasına sebep olmayan ikinci bir iş yapabilir. İşçinin yaptığı ikinci işin ilk işle bağlantısı yoksa, yaptığı işlerin nitelikleri farklı ise; sadakat borcuna aykırılık söz konusu olmaz¹⁶. Mesela, gündüzleri özel okulda öğretmenlik yapan bir kişinin akşamları taksi şoförlüğü yapması halinde yapılan iki işin birbiriyle bağlantısı yoktur. Bu nedenle ikinci iş performans eksikliğine sebep olmuyorsa, işçinin

⁹ Fatih UŞAN: İş Sırrı, a.g.e., 82.

¹⁰ Fatih UŞAN: İş Sırrı, a.g.e., 123.

¹¹ Şükran ERTÜRK: a.g.e., 51; Fatih UŞAN: İş Sırrı, a.g.e., 82.

¹² Ferit H. SAYMEN: Türk İş Hukuku (İstanbul 1954), 484; Ünal NARMANLIOĞLU: Ferdi İş, a.g.e., 207.

¹³ Fatih UŞAN: İş Sırrı, a.g.e., 124.

¹⁴ Öner EYRENCİ: Uygulama Ve İş Hukuku Açısından Kısmi Süreli Çalışmalar (İstanbul 1989), 39.

¹⁵ Fatih UŞAN: İş Sırrı, a.g.e., 124.

¹⁶ Fatih UŞAN: İş Sırrı, a.g.e., 127.

sadakat ya da özen borçlarına aykırılık söz konusu olmaz¹⁷. Yapılan ikinci işin rekabet etmeme borcuna aykırılık teşkil etmesi için; işçinin söz konusu işi rakip bir firmada yapması ve bu işyerinde rekabet teşkil eden faaliyetlerde bulunması; ayrıca bu davranışın işverene önemli ölçüde zarar verecek nitelikte olması gerekir.

İşçinin boş zamanlarında ikinci bir iş yapabilmesi için sözleşmeyle aksinin kararlaştırılmamış olması gerekir¹⁸. İşçinin çalışma saatleri dışında başka bir iş yapması hizmet sözleşmesi ya da toplu iş sözleşmesi ile sınırlandırılabilir ya da yasaklanabilir¹⁹. Ancak her somut olayda ikinci çalışmanın yapılmasını yasaklayan sözleşme hükmünün işçinin kişilik haklarını ihlâl edip etmediği araştırılmalıdır²⁰.

Çalışma ilişkisinin özelliğine göre, işçinin yaptığı ikinci işi işverene bildirmesi²¹ veya bu hususta ondan izin alması gerekebilir²²⁻²³. İkinci çalışma işverenle rekabet teşkil eden ya da doğruluk bağlılık kurallarına uygun olmayan veya işçinin verimini düşürecek nitelikte ise işçinin işverene haber verme yükümlülüğünün yanı sıra, bu çalışma için işverenden izin almak yükümlülüğü

¹⁷ Fatih UŞAN : İş Sırrı, a.g.e., 127.

¹⁸ A. Can TUNCAY: Sadakat, a.g.m., 1063; Fatih UŞAN: İş Sırrı, a.g.e., 123.

¹⁹ Ercan AKYİĞİT: Yan İş, a.g.m., 37, dn.38'den naklen; Fatih UŞAN: İş Sırrı, a.g.e., 123, dn.155'den naklen. Bu yasaklamanın toplu iş sözleşmesi ile yapılabilip yapılamayacağı tartışmalıdır. Doktrindeki yazarların bir kısmına göre, yan iş yapmayı yasaklayan toplu iş sözleşmesi hükmü muhteva normu olarak kabul edilmelidir; bkz. Ercan AKYİĞİT: Yan İş, a.g.m., 37, dn.39'dan naklen. Aksi görüşe göre ise toplu iş sözleşmesi ile böyle bir yasak hükmü getirilemez; bkz. Ercan AKYİĞİT: Yan İş, a.g.m., 37, dn.40'dan naklen. Akyiğit'e göre de, toplu iş sözleşmesi ile getirilen bir yasak hükmünün hukukî bir geçerliliği yoktur ve bu tür bir yasak hükmü toplu iş sözleşmesinin kuruluş normu niteliğindedir. Bu nedenle, Türk hukukunda toplu iş sözleşmesi taraflarının böyle bir yetkisi yoktur; bkz. Ercan AKYİĞİT: Yan İş, a.g.m., 38.

²⁰ Öner EYRENCİ: a.g.e., 40; Ercan AKYİĞİT: Yan İş, a.g.m., 37.

²¹ A. Can TUNCAY: Sadakat, a.g.m., 1063; Fatih UŞAN: İş Sırrı, a.g.e., 128.

²² Fatih UŞAN: İş Sırrı, a.g.e., 128; Nuri ÇELİK: a.g.e., 224.

²³ BK.m.455, ticarî mümessiller ve ticarî vekillerin başka bir iş yapabilmeleri için işverenden izin almaları gerektiğini düzenlemiştir.

de vardır²⁴. İşçinin ikinci iş yapabilmesi için işverenden izin alma yükümlülüğünün olup olmadığı her somut olayda ayrı ayrı değerlendirilmelidir.

İşçinin ikinci çalışma yapması, kısmi süreli çalışmada ve başka (yan) işte çalışmada görülür.

B. Kısmî Süreli Çalışma ve Başka (Yan) İşte Çalışma

a. Kısmî Süreli Çalışma

Kısmî süreli çalışma, işyerinde tam gün çalışan işçilerin normal çalışma sürelerinden daha kısa süre çalışılmasını içeren bir kavramdır²⁵. 4857 sayılı İş Kanununda kısmî süreli iş sözleşmesi düzenlenmiştir. Kanunun 13'üncü maddesinin birinci fıkrasına göre, "İşçinin normal haftalık çalışma süresinin, tam süreli iş sözleşmesiyle çalışan emsal işçiye göre önemli ölçüde daha az belirlenmesi durumunda sözleşme kısmî süreli iş sözleşmesidir." İş sözleşmesi tarafları kısmî süreli iş sözleşmesi yapmakta serbesttirler; ancak işçinin aynı anda birden fazla kısmî süreli iş ilişkisi içine girmesi halinde, işçinin değişik işyerlerinde yaptığı çalışmaların süresi azami iş süresini geçemez²⁶. İş K.m.63/1'e göre, haftalık toplam çalışma süresi 45 saati aşamaz. İş hukukunda kural iş sözleşmesinin ileriye yönelik geçersizliği olduğu için, yasağa rağmen azami çalışma süresinin üzerinde çalışma yapan işçi ücrete hak kazanır²⁷.

Kural olarak kısmî süreli çalışma aynı anda birden fazla çalışma ilişkisi içine girmeye olanak verdiği için, işveren kısmî süreli iş sözleşmesi

²⁴ A. Can TUNCAY: Sadakat, a.g.m., 1063.

²⁵ Tankut CENTEL: Kısmî Çalışma (İstanbul 1982), 26-27; Öner EYRENCİ: a.g.e., 22.

²⁶ Tankut CENTEL: Kısmî Çalışma, a.g.e., 62; Öner EYRENCİ: a.g.e., 38-39; Sarper SÜZEK: İş Hukuku (İstanbul 2002), 236.

²⁷ Öner EYRENCİ: a.g.e., 39; Sarper SÜZEK: a.g.e., 236.

yaparken işçinin başka bir işte de çalışacağını bilmektedir²⁸. Bu nedenle, işçinin yaptığı ikinci çalışma, işvereniyle rekabet edecek nitelikte bir iş değilse, rekabet etmeme borcuna aykırılık söz konusu olmaz. İşveren sözleşmeyle işçinin ikinci bir kısmî süreli iş ilişkisine girmesini sınırlandırabilir ya da yasaklayabilir²⁹. Ancak bu sınırlama ya da yasaklamanın geçerli olabilmesi için, işçinin sözleşme yapma ve çalışma özgürlüğüne zarar gelmemeli ve bu sözleşmenin yapılmasında işverenin haklı bir çıkarının olup olmadığı incelenmelidir³⁰.

b. Başka (Yan) İşte Çalışma

Yan iş, işçinin tam süreli bir iş ilişkisi yanında hukukî düzenlemelerin imkân verdiği ölçüde ücret karşılığı girdiği ikinci bir iş ilişkisidir³¹. Tam süreli olarak yapılan hizmet sözleşmesi ilişkisine asıl iş ilişkisi, hukuk kurallarının imkân verdiği ölçüde girilen ikinci iş ilişkisine de yan iş ilişkisi denir³².

Bir yan işten söz edebilmek için öncelikle halen devam eden bir asıl iş ilişkisi olmalıdır³³. Bir işi yan iş olarak nitelendirebilmek için, asıl işle yan iş arasında mutlaka aslilik-fer'îlik ilişkisi bulunmalıdır³⁴. Aksi taktirde yan iş ilişkisi değil, birden fazla kısmî süreli iş ilişkisi ortaya çıkar³⁵.

Rekabet etmeme borcu hizmet sözleşmesinin devamı müddetince sürdüğü için, işçi bazı durumlarda fiilen işyerinde çalışmasa dahi bir başka iş yapamaz. İş K.m.58'e göre, "Yıllık ücretli iznini kullanmakta olan işçinin izin

²⁸ Öner EYRENCİ: a.g.e., 39.

²⁹ Öner EYRENCİ: a.g.e., 40; Fatih UŞAN: İş Sırrı, a.g.e., 131.

³⁰ Öner EYRENCİ: a.g.e., 40; Fatih UŞAN: İş Sırrı, a.g.e., 131.

³¹ Ercan AKYİĞİT: Yan İş, a.g.m., 34.

³² Ercan AKYİĞİT: Yan İş, a.g.m., 34.

³³ Ercan AKYİĞİT: Yan İş, a.g.m., 38; Ercan AKYİĞİT: İşçinin Başka İşte Çalışması (Ankara 1995), 34; Sarper SÜZEK: a.g.e., 238.

³⁴ Ercan AKYİĞİT: Yan İş, a.g.m., 34-35.

³⁵ Ercan AKYİĞİT: Başka İş, a.g.e., 9.

süresi içinde ücret karşılığı bir işte çalıştığı anlaşılırsa, bu izin süresi içinde kendisine ödenen ücret işveren tarafından geri alınabilir.” Bu maddeyle yıllık izin süresi içinde işçinin bir başka yerde ücretli çalışması yasaklanmaktadır. Bununla birlikte, işçi bu izin süresi içinde ücretsiz ancak rekabet teşkil eden bir iş yaparsa, bu çalışma rekabet etmeme borcuna aykırılık oluşturur ve işveren İş K.m.25/II-e bendine dayanarak işçinin sözleşmesini haklı sebeple feshedebilir³⁶. İş K.m.74'e göre, “Kadın işçilerin doğumdan önce sekiz ve doğumdan sonra sekiz hafta olmak üzere toplam onaltı haftalık süre içinde çalıştırılmamaları esastır.” Hamilelik, analık ya da hastalık halinde işçi başka bir işle uğraşamaz³⁷. TİSGLK. m.43/son'a göre, “Kanunî bir grev veya lokavt dolayısıyla hizmet akdinden doğan hak ve borçları askıda kalan işçiler, başka bir iş tutamazlar.” Grev ve lokavt sırasında, hizmet sözleşmesi askıda olduğu için, işçilerin rekabet etmeme borcu devam eder³⁸. BK.m.325'e göre, “İş sahibi işi kabulde temerrüt ederse, işçi taahhüt ettiği işi yapmaya mecbur olmaksızın mukaveledeki ücreti isteyebilir.” Rekabet etmeme borcu hizmet sözleşmesinin devamı süresince var olduğu ve işverenin temerrüdü halinde iş sözleşmesi devam ettiği için, işçi bu süre içinde rekabet yasağına aykırılık teşkil edecek başka bir iş yapamaz³⁹.

Yan iş her zaman kısmî süreli bir çalışma niteliğini taşır⁴⁰. Dolayısıyla kısmî süreli çalışmada olduğu gibi işçi ancak İş Kanununda düzenlenen haftalık azami çalışma süresini aşmıyorsa⁴¹ ve rekabet etmeme borcuna aykırılık taşımıyorsa yan iş yapabilir⁴². İşçinin yan iş yapması suretiyle rekabet etmeme

³⁶ Fatih UŞAN: İş Sırrı, a.g.e., 132.

³⁷ Ercan AKYİĞİT: Başka İş, a.g.e., 55 vd.

³⁸ Ünal NARMANLIOĞLU: İş Hukuku II (İzmir 2001), 695-697.

³⁹ Fatih UŞAN: İş Sırrı, a.g.e., 134 vd. İşverenin temerrüdü halinde, temerrüt süresince işçinin ikinci bir iş ilişkisine girip giremeyeceği hususunda bkz. Ercan AKYİĞİT: Başka İş, a.g.e., 181 vd.

⁴⁰ Sarper SÜZEK: a.g.e., 238.

⁴¹ Ercan AKYİĞİT: Yan İş, a.g.m., 39 vd.; Ercan AKYİĞİT: Başka İş, a.g.e., 40 vd.

⁴² Öner EYRENCİ: a.g.e., 38-39; Ercan AKYİĞİT: Yan İş, a.g.m., 35-37 vd.

borcuna aykırı davranması halinde, başka iş yapmaya ilişkin sözleşme geçersiz kabul edilmelidir⁴³.

3. REKABET ETMEME BORCUNUN KAPSAMI

A. Rekabet Sayılan Durumlar

a. Genel Olarak

Ahlâka ve iyi niyet kurallarına, dolayısıyla sadakate aykırı her türlü davranıştan kaçınma yükümlülüğü, rekabet etmeme borcunun genel kapsamı içine girer⁴⁴. Hizmet sözleşmesinin devamı müddetince işçinin rekabet etmeme borcu, doğrudan doğruya hizmet sözleşmesinden kaynaklanan bir borçtur. Bu nedenle, borcun ortaya çıkması için sözleşmeye rekabet yasağı şartı konulması gerekmez.

İşçinin işvereni ile rekabet teşkil edecek bir işi kendi adına yapmamak, işverene rakip bir kuruluştaki ortak olmamak veya her ne sıfatla olursa olsun rakip bir kuruluşla ilgisi bulunmamak yükümlülüğü, bu borcun özel kapsamı içinde değerlendirilir⁴⁵. İşçinin bu yükümlülükler aykırı davranışı yanında, işverene ve işyerine ilişkin saklanması gereken bilgileri kendi yararına kullanması da, rekabet etmeme borcunu ihlâl eder⁴⁶.

⁴³ Sarper SÜZEK: a.g.e., 238.

⁴⁴ Kudret ERTAŞ: a.g.e., 65.

⁴⁵ Kudret ERTAŞ: a.g.e., 66-73; Hamdi MOLLAMAHMUTOĞLU: a.g.e., 360; Ünal NARMANLIOĞLU: Ferdi İş, a.g.e., 207; Kazım Yücel DÖNMEZ: a.g.e., 210-216.

⁴⁶ Hamdi MOLLAMAHMUTOĞLU: a.g.e., 360.

b. Özel Durumlar

aa. İşçinin Kendi Adına İşvereni İle Rekabet Edebileceği Bir İş Yapmaması

Rekabet etmeme borcu, işçinin kendi adına işvereni ile rekabet teşkil edecek bir faaliyette bulunmamasını gerektirir.

aaa. İşçinin Kendi Adına Bir İş Yapmaması

İşçi rekabet etmeme borcu dolayısıyla, hizmet sözleşmesinin devam ettiği müddetçe işverenine karşı rekabet sayılabilecek bir işi kendi adına yapamaz. Alman Ticaret Kanunu'nda, işçi ve müstahdemlerin, hizmet sözleşmesi süresince işverenin rızası olmaksızın ticarî işletme işletemeyecekleri ve işverenin ticaret alanında kendisi ve başkası hesabına ticaret yapamayacakları açıkça düzenlenmiştir⁴⁷.

İşçinin kendi adına bir iş yapmaması kavramı, işçinin kendi adına veya hesabına bir iş yapmaması şeklinde anlaşılmalıdır⁴⁸. Yani; işçi hizmet sözleşmesi devam ederken, işverenin izni olmadan, kendi nam ve hesabına işverene karşı rekabet teşkil edecek bir faaliyette bulunursa, bu faaliyet rekabet etmeme borcuna aykırılık oluşturur ve işverene hizmet sözleşmesini haklı sebeple fesih hakkı verir. Mesela, mesai saatleri dışında işçinin işverenin bilgisi dışında kendi nam ve hesabına iş yapması, İş K.m.25/II-e anlamında sözleşmenin feshi için haklı sebep teşkil eder⁴⁹. Ancak, işçi kendi adına işverenle rekabet edici bir davranışta bulunur ve işveren buna ses çıkarmazsa,

⁴⁷ Kudret ERTAŞ: a.g.e., 67.

⁴⁸ Kudret ERTAŞ: a.g.e., 68; M. Polat SOYER: a.g.e., 30.

⁴⁹ Yarg. HGK., 18.10.1995, 1995/9-670 E., 1995/813 K. bkz. İşveren Dergisi, c.XXXIV, S.4 (Ocak 1996), 15; Yarg. 9.HD., 23.02.1995, 1994/17362 E., 1995/5886 K. bkz. İstanbul Barosu Bilgi Bankası Arşivi.

burada işverenin zımnî rızası olduğu kabul edilir ve işçinin rekabet etmeme borcuna aykırı davrandığı söylenemez⁵⁰. İşçinin işverenle rekabet edici bir davranışta bulunup bulunmadığının tespitinde, bu faaliyetin yeni bir işyeri kurularak yapılması ya da işçinin bu işi evinde yapması önem taşımaz⁵¹. Mesela, bilgisayar programlama şirketinde çalışan bir işçinin, evindeki bilgisayarda, işyerinde öğrendiği programlardan yararlanarak yeni ürünler elde etmesi rekabet yasağının ihlâlini teşkil eder⁵².

bbb. İşçinin Yapacağı İşin İşvereni İle Rekabet Edeceği Bir İş Olmaması

Hizmet sözleşmesinin devam ettiği sürede işçinin işvereni ile rekabet edecek bir iş yapması rekabet yasağının ihlâli anlamına gelir. Rakip iş, aynı müşteri topluluğuna, aynı ihtiyacı karşılayan ürünleri veya hizmetleri sunan ve aynı teknik ve ticarî esaslara göre işleyen bir teşebbüs olarak ifade edilir⁵³. Aynı müşteri topluluğuna, aynı amaca hizmet eden benzer⁵⁴ veya birbirlerinin yerine kullanılabilecek başka mallar ya da tüketicinin gözünde eş tutulan mal veya hizmetin sunulması halinde de rakip işten söz edilir⁵⁵. Örneğin, pirinç yerine makarna veya şarap yerine bira ikame edilebilir ürünler olarak kabul edilir⁵⁶.

⁵⁰ Fatih UŞAN: İş Sırrı, a.g.e., 143.

⁵¹ Fatih UŞAN: İş Sırrı, a.g.e., 143.

⁵² Fatih UŞAN: İş Sırrı, a.g.e., 143.

⁵³ Nuşin AYİTER: a.g.m., 470.

⁵⁴ 556 s. Markaların Korunması Hakkında KHK.nin 7/b maddesinde aynı veya aynı türdeki mal veya hizmetlerle ilgili markaların tescil edilemeyeceği, 8/b maddesinde de bir markanın kapsadığı mal veya hizmetlerle aynı veya benzer bir markanın tescil edilemeyeceği düzenlenmiştir. Söz konusu düzenleme de, aynı müşteri topluluğuna benzer mal veya hizmetlerin sunulması halinde rekabet yasağının ihlâlinin söz konusu olabileceğini teyit etmektedir.

⁵⁵ Metin TOPÇUOĞLU: a.g.e., 155.

⁵⁶ Metin TOPÇUOĞLU: a.g.e., 155.

i. Aynı İhtiyacı Karşılayan Ürün ve Hizmetler

Hizmet sözleşmesinin devam ettiği süreçte, işçi kendi nam ve hesabına işverenin rızası olmaksızın aynı ihtiyacı karşılayan ürün veya hizmet üretemez. Aynı ihtiyacı karşılamaktan kasıt, ihtiyacın giderilmesi ile üretilen ürün ya da hizmetin yer ve zaman bakımından benzer bir gereksinmeye cevap vermesidir⁵⁷. Aynı piyasa ekonomisinde rakip işletmelerin belirlenmesinde üretilen ürünün ikame özelliği, kullanma amacı ve bunun yanı sıra iki rakip işletmenin aynı malı üretebilme imkânlarına sahip olup olmadığı dikkate alınır⁵⁸. Aynı ilkel(iptidai) maddeden yararlanarak iki ayrı ürün üreten iki teşebbüs, kullanılan ham maddenin alım satımı bakımından iktisadî açıdan rakip olsalar da hukukî bakımdan rakip sayılmazlar⁵⁹. Buna karşın, hem ham maddesi hem de terkibi (birkaç şeyi birleştirerek karışık bir madde meydana getirme) farklı olmakla birlikte aynı ihtiyacı karşılayan iki mamûl rakip sayılabilir⁶⁰. Örneğin, işçinin işyerine düzenli olarak gelmeyerek, kendi ürettiği cihazları, işyerinde üretilmiş cihazlar gibi pazarlaması halinde işveren işçinin rekabet etmeme borcuna aykırı davranışı yüzünden sözleşmeyi haklı sebeple feshedebilir⁶¹. Bir başka örnek vermek gerekirse, tekstil iş kolunda faaliyet gösteren işverene ait işyerinde klima ve kazan işinde çalışan ve klima tesisleri üzerinde uzmanlaşmış olan işçinin, işverenin bilgisi dışında aynı işkolunda faaliyette bulunan başka bir firmanın klima tesislerinin montaj işlerini yapması, İş K.m.25/II-e (eski İş K.m.17/II-d) anlamında haklı sebep teşkil eder⁶². Aynı şekilde, cam ev eşyası için kalıp üreten ve cam ev eşyaları imâl eden Paşabahçenin kalıp ihtiyacını karşılayan bir şirkette “Üretim Planlama ve Kontrol teknisyeni” olarak çalışmakta

⁵⁷ Kudret ERTAŞ: a.g.e., 68-69.

⁵⁸ Metin TOPÇUOĞLU: a.g.e., 157.

⁵⁹ Nuşin AYİTER: a.g.m., 470-471.

⁶⁰ Nuşin AYİTER: a.g.m., 470.

⁶¹ Yarg. 9.HD., 18.04.1989, 1989/419 E., 1989/3569 K. Bkz. YKD., c.15, S.10 (Ekim 1989), 1420-1421.

⁶² Yarg.9.HD., 27.12.1990, 1990/10229 E., 1990/10393 K. Bkz. İstanbul Barosu Bilgi Bankası Arşivi.

olan bir işçinin, izinli olduğu bir dönemde çalıştığı şirketle aynı konuda faaliyet gösteren bir başka şirketle iş ilişkisine girerek rakip firma sahibi ile Paşabahçenin Mersin’de kurulu fabrikalarında birlikte inceleme yapması, bu işçinin sadakat ve bağlılığa uymayan davranışlarda bulunduğunu gösterir⁶³.

ii. Aynı Müşterilere Sağlanan Ürün ve Hizmetler

İşçi hizmet sözleşmesinin devamı müddetince aynı müşteri kesimine yönelik aynı ihtiyacı gideren ürün ve hizmet üretemez. Ancak işçinin aynı ürün ve hizmetleri farklı müşteri gruplarına sunması, rekabet etmeme borcunun ihlâli anlamına gelmez.

Ekonomik hayatta faaliyet gösteren işletmeler arasındaki ilişkiler, işletmenin piyasa ekonomisinde yer aldığı aşamaya göre yatay veya dikey olarak gerçekleşir⁶⁴. Piyasa ekonomisinde işletmeler arasındaki rekabet de yatay ya da dikey olarak sınırlandırılır⁶⁵. Rekabetin yatay sınırlandırılması, aynı üretim seviyesinde olan işletmeler arasında var olan rekabeti sınırlayıcı davranışlardır⁶⁶. Mesela, beyaz eşya üreticisi olan iki işletme arasındaki bir anlaşma yatay ilişki kapsamında değerlendirilir⁶⁷. Dikey sınırlama ise, piyasadaki ekonomik sürecin farklı aşamalarında bulunan işletmeler arasında mal veya hizmet teminine ilişkin kayıtlar içeren sınırlamalardır⁶⁸. Örneğin, üretici firma ile dağıtıcı firma ya da toptancı ile perakendeci arasındaki rekabeti sınırlayıcı anlaşmalar dikey sınırlama olarak kabul edilir⁶⁹. Dolayısıyla rekabet

⁶³ Yarg. 9.HD., 12.05.1998, 1998/3751 E., 1998/8758 K. Bkz.İstanbul Barosu Bilgi Bankası Arşivi.

⁶⁴ Kerem Cem SANLI: a.g.e., 92.

⁶⁵ Metin TOPÇUOĞLU: a.g.e., 146.

⁶⁶ Kerem Cem SANLI: a.g.e., 92; Metin TOPÇUOĞLU: a.g.e., 146; Emel BADUR: a.g.e., 61.

⁶⁷ Kerem Cem SANLI: a.g.e., 92; Emel BADUR: a.g.e., 61.

⁶⁸ Kerem Cem SANLI: a.g.e., 92; Metin TOPÇUOĞLU: a.g.e., 147; Emel BADUR: a.g.e., 61.

⁶⁹ Metin TOPÇUOĞLU: a.g.e., 147-148.

yasağı sözleşmesinin tarafı olan işçi toptancıya, işveren perakendeciye aynı ürün veya hizmeti sunarsa, dikey sınırlama dolayısıyla rekabet yasağının ihlali söz konusu olur.

İsviçre Federal Mahkemesi, daha önce aerosol şeklinde haşarat öldürücü ve koku giderici üreten bir fabrikada çalışan işçinin daha sonra aerosollara gaz ve sıvı koymayı hedefleyen bir mal üreten bir başka işyerinde çalışmaya başlaması halinde, her iki firmanın da işçi tarafından bilinen aynı müşteri kesimine hizmet vermesi gerekçesiyle, rekabet yasağının ihlâl edildiğine ilişkin bir karar vermiştir⁷⁰.

iii. Aynı Teknik ve Ticarî Esaslara Göre İşleyen Teşebbüs

İşçi hizmet sözleşmesi süresi içinde kendi nam ve hesabına aynı müşteri grubuna yönelik mal ve hizmet üretirken, aynı teknik ve ticarî esaslara göre çalışamaz. Aynı teknik ve ticarî esaslara göre çalışmak, üretimde izlenen teknik ve ticarî yöntemlerin benzeşmesi anlamına gelir⁷¹. Örneğin, büyük bir araba fabrikasının arabaların bakım ve tamirine ilişkin bölümünde çalışan bir işçinin, bu fabrikanın ürettiği arabalara bakan küçük bir tamir ve bakım evi açması halinde, rekabet etmeme borcu ihlâl edilmiş olur⁷².

⁷⁰ Karar için bkz. Kudret ERTAŞ: a.g.e., 69 dn.150.

⁷¹ Kudret ERTAŞ: a.g.e., 70.

⁷² Kudret ERTAŞ: a.g.e., 70.

bb. İşçinin Rakip Bir İşletmede Çalışmaması ve Rakip Bir İşletmeye Ortak Olmaması

aaa. Rakip Bir İşletmede Çalışmama

İşçi, hizmet sözleşmesi devam ettiği müddetçe işverene rakip bir işletmede çalışamaz. Rakip işletmede çalışma yasağının içine hizmet sözleşmesine dayanarak çalışmak kadar, rakip işletmeye fayda sağlayıp, eski işverene zarar getirecek acentalık, müşavirlik gibi herhangi bir faaliyet de girer⁷³. Burada yasaklanan, rakip işletmenin işveren karşısındaki rekabet gücünü artıracak her türlü faaliyettir. Bu nedenle rakip firmadaki her faaliyet rekabet etmeme borcunu ihlâl etmez⁷⁴.

Çalışmanın rekabet yasağına konu olabilmesi için, rakip işletmede yapılan faaliyet, işverenin yanında yapılan faaliyetlerle ilgili olmalı⁷⁵ ve işçinin rakip firmadaki çalışması doğrudan bir rekabet teşkil etmelidir⁷⁶. Örneğin, hava yollarına ait işyerinde istasyon müdürü olarak çalışmakta olan bir işçinin aynı zamanda aynı faaliyet kapsamı içinde çalışan bir başka şirketin işletme çalışmalarına katılması, kurucu olarak o şirkette yer alması ve o şirkette çalışması, İş K.m.25/II-e anlamında doğruluk ve bağlılıkla bağdaşmayan bir davranış olarak kabul edilir⁷⁷. Bu koşul, akdî rekabet yasağında aranılan, işçinin müşteri çevresini ve iş sırlarını bilebilecek durumda olması şartının kanunî rekabet yasağında da aranmasını gerektirir⁷⁸. Nitekim, işyerindeki iş sırlarını veya işçinin müşteri çevresini bilmeyen bir işçinin rakip bir kuruluştaki rekabet

⁷³ Kenan TUNÇOMAĞ: İş, a.g.e., 498.

⁷⁴ Kudret ERTAŞ: a.g.e., 70-71; M. Polat SOYER: a.g.e., 32; aksi görüş için bkz. M. Polat SOYER: a.g.e., 32 dn.159'dan naklen.

⁷⁵ M. Polat SOYER: a.g.e., 32.

⁷⁶ Kudret ERTAŞ: a.g.e., 71.

⁷⁷ Yarg. 9.HD., 23.03.1999, 1998/19652 E., 1999/5827 K. Bkz. İstanbul Barosu Bilgi Bankası Arşivi.

⁷⁸ Kudret ERTAŞ: a.g.e., 71.

teşkil etmeyen faaliyetlerde bulunması rekabet yasağını ihlâl etmez⁷⁹. Mesela, aşçılık yapan bir işçinin geceleyin rakip bir işyerinde güvenlik görevlisi olarak çalışması rekabet yasağına aykırı bir faaliyet sayılmaz⁸⁰.

Rakip firmada yapılan faaliyetin, rekabet yasağını ihlâl edebilmesi için diğer bir koşul da, yapılan işin maddî bir yarar sağlamak amacıyla yapılmasıdır. Mesela, işçinin raporlu olduğu süre içinde rakip olabilecek başka bir işyerinde çalışması doğruluk ve bağlılığa aykırı bir davranıştır ve haklı nedenle fesih sebebidir⁸¹. Sır saklama borcunu ihlâl etmemek koşuluyla yapılan fikir işleri rekabet yasağına aykırılık teşkil etmez⁸².

bbb. Rakip Bir İşletmeye Ortak Olmama

Rekabet etmeme borcu gereği işçi, hizmet sözleşmesi süresince, rakip bir işletmenin kuruluşuna katkıda bulunamaz. Bununla birlikte, bu işletmeye ortak da olamaz. Gerek emeğini gerekse malvarlığını sermaye olarak koymak suretiyle rakip bir işletmeye ortak olarak, bu işletmenin idare ve yürütümünde faaliyet gösteren işçi, rekabet yasağını ihlâl etmiş olur⁸³. Bu işletme bir şirketse şirketin türü, şahıs veya sermaye şirketi yahut adi şirket olması rekabet etmeme borcu bakımından bir önem taşımaz⁸⁴. Rakip işletmenin esnaf işletmesi yahut ticarî işletme olması da herhangi bir fark yaratmaz.

⁷⁹ Kudret ERTAŞ: a.g.e., 71.

⁸⁰ Fatih UŞAN: İş Sırrı, a.g.e., 144.

⁸¹ Yarg. 9.HD., 09.07.1996, 1996/7565 E., 1996/15521 K. bkz.YKD., c.22, S.12 (Aralık 1996), 1898-1899; Yarg. 9.HD., 13.05.1991, 1991/457 E., 1991/8358 K. bkz. İstanbul Barosu Bilgi Bankası Arşivi; Yarg. HGK., 29.05.1991, 1991/9-223 E., 1991/315 K. bkz. İşveren Dergisi, c.IV (Temmuz 1992), 17.

⁸² Kudret ERTAŞ: a.g.e., 72.

⁸³ Kudret ERTAŞ: a.g.e., 72.

⁸⁴ Kudret ERTAŞ: a.g.e., 72; M. Polat SOYER: a.g.e., 33-34; Kazım Yücel DÖNMEZ: a.g.e., 215.

Rakip bir işletmeye ortak olmak rekabet yasağına aykırılık teşkil ederken, rakip bir anonim şirketin hisse senetlerinden satın almak, anonim şirket ortaklarının kimler olduğu, şirketin kurulması bakımından önem taşımadığından, bu yasak kapsamında sayılmaz⁸⁵. Ancak işçinin genel kurulda tesiri olacak kadar çok sayıda hisse senedine sahip olması halinde rekabet yasağı ihlâl edilmiş olur⁸⁶. Mesela, işçilerin işverene ait işyerinde çalıştıkları sırada, işverenin bilgisi dışında, aynı konuda faaliyet göstermek üzere kurulan (...) Ltd. Şirketinin ihtiyaç duyduğu kimi malzemelerin yapılmasına katkıda bulundukları ve bu rakip şirkete ortak oldukları anlaşılması halinde, bu davranışları İş K.m.25/II-e (eski İş K.m.17/II-d) anlamında doğruluk ve bağlılığa uymayan bir davranış olarak kabul edilir⁸⁷.

cc. Her Ne Sıfatla Olursa Olsun Rakip İşletme İle İlgisi Olmama

İşçinin ortaktan başka bir sıfatla olsa dahi rakip bir işletme ile ilgisinin olması halinde rekabet etmeme borcu ihlâl edilmiş olur. Yani, işçinin hizmet sözleşmesinin devam ettiği müddette dolaylı olarak bile olsa rakip bir işletmeyle menfaat ilişkisi içine girmesi, rekabet yasağını ihlâl eder. Kişinin doğrudan doğruya rakip bir işletmeyle ilgisi olmayabilir; ancak yakınlarının bu kişinin yaptığı işle aynı faaliyet alanında bir iş yapması kimi zaman rekabet teşkil edebilir⁸⁸. Mesela işçinin boş zamanlarında kendi işverene rakip işyerinde çalışan karısına yardım etmesi, iş sırlarına ilişkin delillerin bulunması koşuluyla, rekabet yasağının ihlâli anlamına gelir⁸⁹. İşçi rakip bir işyerinde çalışmasa yahut

⁸⁵ Nuşin AYİTER: a.g.m., 471; Kenan TUNÇOMAĞ, İş, a.g.e., 498-499.

⁸⁶ Nuşin AYİTER: a.g.m., 471; Kenan TUNÇOMAĞ: İş, a.g.e., 499.

⁸⁷ Yarg. 9.HD., 15.10.1996, 1996/11408 E., 1996/19530 K. bkz. İşveren Dergisi, c.XXXV, S.5 (Şubat 1997), 18.

⁸⁸ Fatih UŞAN: İş Sırrı, a.g.e., 145.

⁸⁹ Fatih UŞAN: İş Sırrı, a.g.e., 146.

rakip bir işletmeye ortak olmasa dahi, rakip bir işyerinin reklamını yapmak yahut rakip bir işi başkalarına tavsiye etmek de rekabet yasağına aykırı sayılmalıdır.

İşçinin her ne sıfatla olursa olsun rakip işletme ile ilgisinin olmaması, onun kişilik haklarına dahil değerleri de ortadan kaldırması anlamında anlaşılmamalıdır. Örneğin, işçinin yaşam alanına giren geleceğini tayin etme hakkını kullanarak, rakip firma patronunun kızıyla evlenmesi rekabet yasağının ihlâlini oluşturmamalıdır. Çünkü, burada iş ilişkisi değil, Medeni Kanunda düzenlenen evlenme ve dolayısıyla temel kişilik hakkının kullanılması söz konusudur. Rakip işletmenin sahibi veya yöneticileri ile iş ilişkisi olmaksızın salt kişisel bir yakınlık ya da akrabalık ilişkisinin bulunması, rakip işletme ile ilgili olmak şeklinde anlaşılmamalıdır⁹⁰. Ancak uygulamada kişinin doğrudan doğruya kendisinin olmasa da yakınlarının yapılan işle aynı sektörde faaliyet göstermesi kimi zaman rekabet teşkil edebilir⁹¹. Yapılan davranışın rekabet yasağını ihlâl edip etmediğini tespit edebilmek için, tarafların ortak amaçlarına bakılmalı ve irade beyanları dürüstlük kuralına göre yorumlanmalıdır⁹². Bu konuda şüphe olması halinde, işçinin rakip kuruluşla olan dolaylı ilgisinin de rekabet yasağını ihlâl ettiği kabul edilmelidir⁹³. Mesela işçi çocuğu ya da aralarında mal ayrımı rejimi bulunsa dahi karısı hesabına rakip bir şirket kurarsa, rekabet yasağına aykırı davranmış olur⁹⁴⁻⁹⁵.

⁹⁰ Kudret ERTAŞ: a.g.e., 73.

⁹¹ Fatih UŞAN: İş Sırrı, a.g.e., 145.

⁹² Kenan TUNÇOMAĞ: Borçlar, a.g.e., 386.

⁹³ Kenan TUNÇOMAĞ: Borçlar, a.g.e., 386.

⁹⁴ Kenan TUNÇOMAĞ: Borçlar, a.g.e., 386.

⁹⁵ "İngiliz Hukukunda işçinin akrabalık bağları nedeniyle bir yakınına boş zamanlarında yardım etmesi rekabet teşkil eden bir fiil olarak kabul edilmektedir." Fatih UŞAN: İş Sırrı, a.g.e., 145, dn.239'dan naklen. "Bir olayda seyahat acentesinde rezervasyon bölümünde çalışan işçinin aynı işi yapan rakip bir seyahat acentesinde çalışan birisiyle evlenmesi durumunda, işverenin yaptığı fesih haklı bulunmuştur." Karar için bkz. Fatih UŞAN: İş Sırrı, a.g.e., 145, dn.239.

Rakip bir işe ortak olmak yahut bu işle doğrudan ilgisi bulunmamakla beraber, bu işten elde edilecek kâr ve zararlar ilgisi olmak⁹⁶, hatta rakip işletmenin üçüncü şahsa olan bir borcuna kefil olmak rekabet yasağına aykırılık oluşturur⁹⁷. Ancak rakip işletmeyle olan sermaye ilişkisi, fiili karine olarak rekabet yasağına aykırı sayılır⁹⁸. Bu sebeple işçinin bu ilişkinin, işletmenin yönetimi üzerinde bir etkisinin olmadığını ispatlamak suretiyle yasağı ihlâl etmiş sayılmaktan kurtulması mümkündür⁹⁹. Rakip bir işletmeyi ödünç vermek veya aynî teminat sağlamak suretiyle desteklemek, bu işletmenin işletilmesini olumsuz olarak etkilemedikçe yasağı aykırı sayılmamalıdır¹⁰⁰. Örneğin, işçinin rakip işletmeden karşılıksız burs alması halinde, rakip firma ile dolaylı bir ilişkisi olsa da, işçi rekabet yasağını ihlâl etmiş sayılmamalıdır. Verilen bursun karşılıksız olması dolayısıyla rakip işletmenin burs verdiği işçiden herhangi bir beklentisi yoktur. Ancak işçinin rakip işletmeden karşılıklı burs alması halinde, bu firmanın işçiden bir menfaati olacak ve karşılıklı burs alan işçi rakip firmanın beklentilerini gerçekleştirirken kendi işverenine zarar vererek rekabet yasağını ihlâl edecektir.

B. Rekabet Sayılmayan Durumlar

a. Hazırlık Faaliyetleri

Rekabet yasağı kural olarak hizmet sözleşmesinin devamı süresince geçerli olduğu için, işçi çalışma ilişkisi içinde, sözleşme sona erdikten sonra aynı faaliyet alanında yapacağı işle ilgili ön çalışmalar yapabilir¹⁰¹. İşçinin sözleşme

⁹⁶ Nuşin AYİTER: a.g.m., 71; Kudret ERTAŞ: a.g.e., 72.

⁹⁷ Nuşin AYİTER: a.g.m., 471.

⁹⁸ M. Polat SOYER: a.g.e., 35.

⁹⁹ M. Polat SOYER: a.g.e., 35.

¹⁰⁰ M. Polat SOYER: a.g.e., 35; aksi görüş için bkz. Nuşin AYİTER: a.g.m., 471; Kudret ERTAŞ: a.g.e., 72-73.

¹⁰¹ Kudret ERTAŞ: a.g.e., 68.

sona erdikten sonra yapacağı iş ile ilgili ön hazırlıklar yapması kural olarak rekabet yasağını ihlâl etmez¹⁰². İşçinin işyerinden ayrılacağını, başka bir işte çalışacağını müşterilere¹⁰³ ya da mesai arkadaşlarına söylemesi rekabet yasağına aykırılık oluşturmaz¹⁰⁴. Örneğin, işçinin bir dükkan kiralaması, işyerinde çalıştıracığı işçileri tedarik etmesi, yeni kuracağı işyerinde kullanacağı ya da satacağı malları sipariş etmesi rekabet etmeme borcuna aykırılık teşkil etmez¹⁰⁵.

İş K.m.27 ile de işçinin iş ilişkisi devam ederken hazırlık faaliyetleri yapmasına imkân tanıyan bir düzenleme yapılmıştır. Buna göre, "Bildirim süreleri içinde işveren, işçiye yeni bir iş bulması için gerekli olan iş arama iznini iş saatleri içinde ve ücret kesintisi yapmadan vermeye mecburdur." İşçi yeni iş arama izni hariç sözleşme sona erdikten sonra yapacağı işle ilgili ön hazırlıklarını çalışma saatleri dışında yapmalıdır¹⁰⁶.

İşçinin yaptığı hazırlık faaliyetleri işverene zarar verici boyuta ulaşırsa, rekabet yasağının ihlâli söz konusu olur¹⁰⁷. Mesela, iş ilişkisi devam ederken işçinin çalıştığı işyerinin müşterilerine yeni işinin reklamını yapması, gazetelere ilan vermesi¹⁰⁸, işyerinde çalışan işçileri işyerinden ayrılmaya ve yeni

¹⁰² Kudret ERTAŞ: a.g.e., 68; A. Can TUNCAY: Sadakat, a.g.m., 1065; Fatih UŞAN: İş Sırrı, a.g.e., 148.

¹⁰³ A. Can TUNCAY: Sadakat, a.g.m., 1065; Fatih UŞAN: İş Sırrı, a.g.e., 149.

¹⁰⁴ Fatih UŞAN: İş Sırrı, a.g.e., 150.

¹⁰⁵ Seza REİSOĞLU: Hizmet Akdi (Ankara 1968), 159; Kudret ERTAŞ: a.g.e., 68; A. Can TUNCAY: Sadakat, a.g.m., 1065; Fatih UŞAN: İş Sırrı, a.g.e., 147; Yargıtay'a göre, işçinin hizmet sözleşmesi devam ederken başka biriyle aynı konuda (X) Nakliye şirketi kurmayı tasarlayıp, bu şirketin işyeri ve büro hizmetlerini görmek üzere bir işyeri sahibi ile kira sözleşmesi imzalaması, sözleşmenin feshi için haklı sebep teşkil etmez. Çünkü burada, işçinin işverenin güvenini kötüye kullanması söz konusu değildir. Yarg.9.HD., 28.01.1986, 1985/11152 E., 1986/839 K., bkz. Yasa Hukuk Dergisi, c.10, 1987/2 (Ağustos 1987), 1187-1188.

¹⁰⁶ Fatih UŞAN: İş Sırrı, a.g.e., 148.

¹⁰⁷ A. Can TUNCAY: Sadakat, a.g.m., 1065.

¹⁰⁸ Seza REİSOĞLU: a.g.e, 159; Kudret ERTAŞ: a.g.e., 68; A. Can TUNCAY: Sadakat, a.g.m., 1065.

işyerinde çalışmaya teşvik etmesi gibi durumlarda rekabet yasağına aykırı davranıştan söz edilir¹⁰⁹. İşçinin hizmet ilişkisi devam ederken yaptığı hazırlık faaliyetlerinin rekabet yasağına aykırı olup olmadığı her somut olayda ayrı ayrı değerlendirilmelidir.

b. Gazetecilerin Rekabet Özgürlüğü

BİK.m.13 ile gazetecilere yönelik özel bir düzenleme getirilmiştir. Buna göre, "Gazeteci işverenle yaptığı mukavelede aksi zikredilmediği takdirde dışarıda, basınla alakası olsun veya olmasın, başka iş tutmakta serbesttir." Yani gazeteciler sözleşme ile aksi kararlaştırılmadıkça basınla ilgisi olsun ya da olmasın başka bir iş yapabilirler ve bu işin yapılması rekabet yasağına aykırılık oluşturmaz. Ancak hizmet sözleşmesi ya da toplu iş sözleşmesi ile bir gazetecinin sözleşme müddetince başka iş yapması yasaklanabilir¹¹⁰.

BİK. m.13/2'ye göre, "İş akdinin feshinden sonraki zaman için gazetecinin mesleğini icra serbestisini takyit eden hükümler batıldır." Yani gazeteci sözleşmesi sona erdikten sonra rekabet teşkil etsin etmesin istediği işle uğraşabilir. Gazetecinin bu hakkını sınırlandıran ya da yasaklayan sözleşme hükümleri geçersizdir.

¹⁰⁹ Fatih UŞAN: İş Sırrı, a.g.e., 150.

¹¹⁰ A. Can TUNCAY: Basında İşçi İşveren İlişkileri (İstanbul 1989), 46-47.

4. DİĞER KANUNLARDAN DOĞAN REKABET ETMEME BORCU

A. Türk Ticaret Kanununa Göre

a. Ticaret Şirketleri İle İlgili Hükümler

Şirketlerde rekabet yasağı genel olarak, şirketin bütün işlemlerini, iş sırlarını öğrenme ve bunları kullanma imkânına sahip ortakların, şirketin menfaatlerine zarar verebilecek ticarî ve meslekî faaliyetlerden kaçınmaları zaruretidir¹¹¹. TTK.m.172-173'te kollektif şirket ortağının, TTK.m.250'de komandite ortağın, TTK.m.335'te anonim şirket ortağının, TTK.m.483'te sermayesi paylara bölünmüş komandit şirkette komandite ortağın, TTK.m.547'de limited şirket müdürlerinin rekabet yasağı düzenlenmiştir.

aa. Kollektif Şirketlerde Rekabet Yasağı

Kollektif şirketlerde rekabet yasağı kanunî ya da akdî olabilir. TTK.m.172 ile kollektif şirketlerde rekabet yasağı düzenlenmiştir. TTK.m.173'te ise bu yasağa aykırılığın sonuçları düzenlenmiştir. TTK.m.172'e göre, "Bir ortak azalarından bulunduğu şirketin yaptığı ticarî işler nev'inden bir işi, diğer ortakların muvafakati olmaksızın kendi veya başkası hesabına yapamayacağı gibi aynı nevi ticarî işlerle meşgul bir şirkete mesuliyeti tahdit edilmemiş ortak sıfatıyla da giremez." Maddede belirtildiği üzere, kollektif şirketlerde rekabet yasağının ihlâlinden söz edebilmek için, bir ortağın diğer ortakların rızası bulunmaksızın kendi veya başkası hesabına ortağı bulunduğu şirketin yaptığı ticarî iş türünden bir iş yapması gerekir. Ancak, diğer ortaklar, rekabet teşkil eden faaliyetten haberdar olmalarına rağmen bu duruma açıkça ya da örtülü

¹¹¹ Hayri DOMANIÇ: Şirketler Hukuku I (İstanbul 1968), 98.

olarak rıza göstermişlerse, rekabet yasağına aykırılık söz konusu olmaz. TTK.m.172/2'e göre, şirketin yapmayı düşündüğü ticarî iş türünden bir işi yapmakta olan bir kollektif şirketin ortağı olduğunu bilerek bir başka kişiyle kollektif şirket sözleşmesi yapılırsa, diğer ortakların bu duruma örtülü olarak rıza gösterdikleri kabul edilir. Ortakların rekabete muvafakat etmek için herhangi bir şekil şartına uymaları gerekmez. Bu muvafakatın işin yapılmasından önce ya da sonra verilmesi mümkündür¹¹².

Şirket ortağı şirketten ayrılmakla kanunî rekabet yasağının tesirinden kurtulur. Ancak şirketten ayrılan ortak, şirketin her türlü iş sırlarını bilebilecek durumdadır. Ortağın bu bilgileri şirket zararına kullanmasını önlemek amacıyla şirket sözleşmesi ile veya başka bir sözleşme ile rekabet yasağı kararlaştırılabilir¹¹³.

aaa. Rekabet Yasağının Sınırları

Rekabet yasağı yer, zaman ve konu bakımından sınırlamalara tabidir. Yer bakımından rekabet yasağı, kollektif şirketin iş ve menfaat çevresi ile sınırlıdır. Örneğin, iş ve müşteri çevresi İzmir'de olan bir kollektif şirket ortağının aynı tür bir işi Bursa'da yapması, bu ortağın işi şirketin iş ve çıkar çevresi dışında yapması nedeniyle, rekabet yasağını ihlâl etmez. Ancak bu iş İzmir'de yapılıyorsa, şirketin iş ve çıkar çevresi içinde yapıldığından, rekabet yasağı ihlâl edilmiş olur¹¹⁴.

¹¹² İbrahim ARSLAN: Şirketler Hukuku Bilgisi, 8.b. (Konya 2003), 98; Reha POROY/Ünal TEKİNALP/Ersin ÇAMOĞLU: Ortaklıklar Hukuku, 9.b. (İstanbul 2003), 170-171; Ş. Binnaz Aydın YUNUS: a.g.m., 151

¹¹³ Hayri DOMANIÇ, Şirketler, a.g.e., 98; Yaşar KARAYALÇIN: Ticaret Hukuku II, Şirketler Hukuku, 2.b. (Ankara 1973), 263.

¹¹⁴ Kazım Yücel DÖNMEZ: a.g.e., 222.

Zaman bakımından sınırlama ise, kollektif şirket ortağının bu vasfının devam ettiği müddetçe söz konusu olur. Rekabet yasağı, kollektif ortağın bu sıfatının sona ermesi ile ortadan kalkar. Ancak rekabet yasağının, ortaklık sıfatının sona ermesinden sonra, belli bir süre devamını sağlamak için sözleşme yapılması mümkündür¹¹⁵.

Rekabet yasağında konu bakımından sınırlandırma ise, kollektif şirketin fiilen yaptığı işlerle ilgili bir sınırlandırmadır. Bir işin rekabet yasağı kapsamında sayılabilmesi için, yapılan iş şirketin yaptığı iş türünden bir iş olmalı; yani şirket statüsüne giren bir iş olmalıdır¹¹⁶. Şirketin esas sözleşmesinde yazılı olmakla birlikte, fiilen şirketin yapmadığı işler rekabet yasağının kapsamı dışında kalır. Yani önemli olan şirket sözleşmesinde hangi konular yazılı olursa olsun, şirketin fiilen yürüttüğü konularda rekabet yasağının ihlâl edilip edilmediğidir¹¹⁷.

bbb. Rekabet Yasağına Aykırılığın Sonuçları

TTK.m.173'te rekabet yasağının ihlâli halinde uygulanacak müeyyideler düzenlenmiştir. Bu maddeye göre kollektif şirket, rekabet yasağını ihlâl eden ortaktan tazminat talep edebilir veya tazminat yerine ortağın kendi adına yapmış olduğu işlemi şirket adına yapılmış sayabilir veya ortağın üçüncü kişilerin hesabına yapmış olduğu işlerden doğan menfaatlerin şirkete bırakılmasını isteyebilir. Rekabet yasağına aykırı davranan ortak dışındaki diğer ortaklar bu taleplerden birisini seçme hakkına sahiptir. Ortaklar bu seçim hakkını alacakları bir kararla kullanır. Kararın alınmasında yönetim hakkına sahip olup

¹¹⁵ Kazım Yücel DÖNMEZ: a.g.e., 222.

¹¹⁶ Nisim FRANKO: "Ticaret Şirketlerinde Rekabet Memnuiyeti", Batider, c.XIII, S.1, (Haziran 1985, Ankara 1986), 29.

¹¹⁷ İbrahim ARSLAN: a.g.e., 97; Reha POROY/Ünal TEKİNALP/Ersin ÇAMOĞLU: a.g.e., 171; Kazım Yücel DÖNMEZ: a.g.e., 222.

olmadığına bakılmaksızın tüm ortaklar oy hakkına sahiptir¹¹⁸. TTK.m.168 uyarınca bu karar çoğunlukla alınır.

TTK.m.173/2 uyarınca rekabet yasağının ihlâl edilmiş olması, diğer ortaklara aynı zamanda şirketin haklı sebeple feshini talep hakkı verir. Bu durumda TTK.m.197/1'e göre, rekabet yasağına aykırı hareket eden ortak şirketten çıkarılarak, şirketin devamına karar verilebilir.

ccc. Zamanaşımı

TTK.m.173/1'e göre, ortakların sahip olduğu talep hakları, işlemin yapıldığının ya da ortağın diğer bir şirkete girdiğinin, diğer bir deyişle rekabet yasağının öğrenildiği tarihten itibaren üç ay ve her halde işlemin yapıldığı tarihten itibaren bir yıl sonra zamanaşımına uğrar.

bb. Komandit Şirketlerde Rekabet Yasağı

Komandit şirketler bakımından rekabet yasağı TTK.m.250'de düzenlenmiştir. Maddeye göre, "Kollektif ortakların şirket mevzuunu teşkil eden muamelelerin aynını yapamayacaklarına dair olan 172'nci madde hükmü komanditerler hakkında tatbik olunmaz. Ancak komanditerler, şirket konusunu teşkil eden işlerle uğraşacak bir işletme açar veya böyle bir işletme açan bir şahıs ile ortak olur veyahut bu mahiyette bir şirkete dahil olurlarsa komandit şirketin evrak ve defterlerini incelemek hakkını kaybederler." Bu madde uyarınca komanditerler rekabet yasağına tâbi değildirler. Komandite ortakların şirketle rekabet etmeleri ise yasaklanmıştır. Komandite ortaklar, kollektif ortak durumunda olduklarından, kollektif ortakların rekabet yasağına ilişkin hükümleri komandite ortaklar için de uygulanır.

¹¹⁸ Reha POROY/Ünal TEKİNALP/Ersin ÇAMOĞLU: a.g.e., 171.

Komanditer ortakların rekabet yasağı kapsamına giren faaliyetlerde bulunması, onların ortaklık niteliklerine zarar vermez ve herhangi bir tazminat ödemelerini gerektirmez¹¹⁹. Ancak komanditer ortaklar açısından komandite ortaklar için öngörülen rekabet yasağı söz konusu olmasa da, komanditerler rekabet yasağı kapsamına giren bir işi yapmaları halinde, şirketin defter ve belgelerini inceleme hakkını kaybederler(TTK.m.250). Diğer bir deyişle, bu durum komanditer ortağın TTK.m.249 ile kendisine tanınmış olan denetim hakkını ortadan kaldırır¹²⁰.

cc. Anonim Şirketlerde Rekabet Yasağı

Anonim şirket yönetim kurulu üyesinin rekabet etmeme borcu TTK.m.335'te düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, "İdare meclisi azalarından biri umumî heyetin müsaadesini almaksızın şirketin konusuna giren ticarî muamele nevinden bir muameleyi kendi veya başkası hesabına yapamayacağı gibi, aynı nevi ticarî muamelelerle meşgul bir şirkete mesuliyeti tahdid edilmemiş olan ortak sıfatıyla da giremez." Anonim şirketlerde rekabet yasağı, yasağın kapsamı, yasağa tâbi kimseler, yasağın etkili olduğu süre bakımından sınırlamalara tâbidir. Anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin rekabet yasağı, şirket esas sözleşmesi veya genel kurul kararı ile kaldırılabilir, daraltılabilir ya da genişletilebilir¹²¹.

Mesela, esas sözleşme ile yönetim kurulu üyesinin sadece şirket konusuna giren ticarî işlerle meşgul bir işyeri açamayacağı, bunun dışında her türlü ticarî işi yapabileceği kararlaştırılarak rekabet yasağının kapsamı daraltılabilir¹²². Yasağın bütün kurucular için geçerli olacak şekilde

¹¹⁹ Sait Kemal MİMAROĞLU: Ticaret Hukuku, c.2 (Ankara 1972), 327.

¹²⁰ Sait Kemal MİMAROĞLU: c.2, a.g.e., 327.

¹²¹ Turgut KALPSÜZ: "Anonim Şirketlerde İdare Meclisi Üyelerinin Şirketle Rekabet Teşkil Eden Davranışları", H.C.Oğuzoğlu'na Armağan (Ankara 1972), 359.

¹²² Turgut KALPSÜZ: a.g.m., 360.

kararlaştırılması ya da yönetim kurulu üyeliğinin sona ermesinden sonra belli bir süre daha devam edeceği kararlaştırılarak yasağın kapsamı genişletilebilir¹²³.

Rekabet yasağı, şirket esas sözleşmesi ile kararlaştırılabileceği gibi genel kurul kararı ile de kararlaştırılabilir ve bu şekilde rekabet yasağının kapsamı daraltılabilir ya da genel kurul herhangi bir yönetim kurulu üyesi için rekabet yasağını kaldırabilir¹²⁴. Kural olarak genel kurul, idarecilerin veya rekabet yasağının kendileri için de geçerli olduğu diğerkimselerin muvafakatını almadan yasağı genişletme yetkisine sahip değıldir¹²⁵. Nitekim, genel kurulun rekabet yasağını kişi, zaman veya kapsam bakımından genişletmesi, yasak kapsamındaki kişilerin durumunu ağırlařtırabilir¹²⁶.

TTK.m.335'te öngörölen rekabet yasağı sadece anonim şirket yönetim kurulu üyeleri için söz konusudur. Yönetim kurulu üyelerinin rekabet yasağı üyelik süresince devam eder¹²⁷.

aaa. Anonim şirketlerde Rekabet Yasağının şartları

i. İşlemin ortaklık konusuna girmesi: Yönetim kurulu üyesinin rekabet etmeme borcu ancak şirket konusuna giren işler için söz konusudur. şirket konusuna giren işten kasıt, sözleşmede yazılı olan konu değıl, şirketin fiilen uğraştığı işlerdir¹²⁸.

TTK.m.335'te şirket konusuna giren ticarî işler rekabet yasağı kapsamı içinde sayılmıştır. Yani bir yönetim kurulu üyesinin rekabet yasağını

¹²³ Turgut KALPSÜZ: a.g.m., 360.

¹²⁴ Turgut KALPSÜZ: a.g.m., 361.

¹²⁵ Turgut KALPSÜZ: a.g.m., 361.

¹²⁶ Turgut KALPSÜZ: a.g.m., 361.

¹²⁷ Turgut KALPSÜZ: a.g.m., 366.

¹²⁸ Turgut KALPSÜZ: a.g.m., 369; Ersin ÇAMOĞLU: Ortaklıklar, a.g.e., 323

ihlâlinden söz edebilmek için, şirket konusuna girmekle birlikte ticarî nitelik taşıyan bir işlem yapması gerekir. Buradaki ticarî iş hükmünden TTK.m.3 anlamındaki ticarî işler anlaşılmalıdır¹²⁹.

ii. Yönetim kurulu üyesinin aynı konu ile uğraşan başka bir ortaklığa sınırsız sorumlu ortak olarak girmesi: TTK.m.335, yönetim kurulu üyesinin aynı tür ticarî işlerle uğraşan bir şirkete sorumluluğu sınırlandırılmış ortak sıfatıyla girmesini rekabet yasağının ihlâli saymıştır. Yani anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin aynı konu ile uğraşan bir kolektif şirkete girmeleri veya bir komandit şirkette komandite ortak olmaları rekabet yasağına aykırılık teşkil eder. Yönetim kurulu üyesinin şirketle aynı konu ile uğraşan bir başka şirkete sınırlı sorumlu ortak olarak girmesi ise kural olarak rekabet yasağının ihlâl edildiği anlamına gelmez¹³⁰. Yönetim kurulu üyesinin aynı konu ile uğraşan bir komandit ortaklığa komanditer ya da anonim ya da limited şirkete ortak olarak girmesinde bir sakınca yoktur¹³¹.

Kanun yönetim kurulu üyesinin aynı konu ile uğraşan bir başka şirkete sınırsız sorumlu ortak olarak girmesi halinde, rekabet yasağına aykırılığın söz konusu olduğunu düzenlemiştir. Ancak, yönetim kurulu üyesi bir başka şirkete sınırlı sorumlu ortak olarak girse bile, bu şirkette yönetim kurulu üyeliği, Murahhaslık veya müdürlük görevlerinden birini üstlenirse, rekabet yasağını ihlâl etmiş sayılır¹³². Nitekim bu durum, yönetim kurulu üyelerinin rekabet yasağını da kapsayan sadakat borcu ile bağdaşmaz. Yöneticilerin ortaklıkla ilgili bütün konularda şirket menfaatlerini düşünmeleri gerekmektedir¹³³.

¹²⁹ Turgut KALPSÜZ: a.g.m., 369; Ersin ÇAMOĞLU: Ortaklıklar, a.g.e., 323.

¹³⁰ Turgut KALPSÜZ: a.g.m., 379; Nisim FRANKO: a.g.m., 38; İbrahim ARSLAN: a.g.e., 211.

¹³¹ Ersin ÇAMOĞLU: Ortaklıklar, a.g.e., 323.

¹³² İbrahim ARSLAN: a.g.e., 211; Ersin ÇAMOĞLU: Ortaklıklar, a.g.e., 323.

¹³³ İbrahim ARSLAN: a.g.e., 211; Ersin ÇAMOĞLU: Ortaklıklar, a.g.e., 323.

iii. Yönetim kurulu üyesine ortaklıkla aynı konuda iş yapabilmek hususunda izin verilmemiş olması: Rekabet yasağından söz edebilmek için yönetim kurulu üyesine şirketle aynı konuda iş yapabilmesi hususunda esas sözleşmede veya daha sonra Genel Kurul kararı ile izin verilmemiş olmalıdır¹³⁴. Genel kurulun yönetim kurulu üyesine önceden bu hususta izin vermesi mümkün olduğu gibi, sonradan ortağın yaptığı işleme icazet vermesi de mümkündür. Bu izin ya da icazet açıkça ya da örtülü bir şekilde verilebilir¹³⁵. Örneğin bir anonim şirketin yönetim kurulu üyesi ve genel müdürü olan bir kişinin şirket genel kurulundan izin almadan, bu şirketle aynı konuda faaliyet gösteren bir limited şirket kurarak, müdür sıfatıyla bu şirketin işlerini yürütmesi TTK.m.335 anlamında rekabet yasağına aykırılık teşkil eder¹³⁶.

iv. Kusur aranmaması: Anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin rekabet yasağından söz edebilmek için kusur şartı aranmamaktadır. Yönetim kurulu üyesi, rekabet yasağını ihlâl eden işleminden dolayı kusursuz dahi olsa sorumludur¹³⁷.

bbb. Anonim Şirketlerde Rekabet Yasağına Aykırı Davranışın Sonuçları

TTK.m.335'te anonim şirket yönetim kurulu üyesinin rekabet yasağına aykırı davranması halinde ortaklığa bazı seçimlik haklar tanınmıştır. Buna göre ortaklık, ilgili yönetim kurulu üyesinden görülen zararın tazminini talep edebilir, yapılan işlemin şirket adına yapılmış sayılmasını isteyebilir, şayet üçüncü kişi hesabına bir sözleşme yapılmışsa; bundan doğan menfaatlerin kendi adına yapılmış sayılmasını isteyebilir. Eğer yönetim kurulu üyesi aynı konuda iş gören

¹³⁴ Nisim FRANKO: a.g.m., 41; Ersin ÇAMOĞLU: Ortaklıklar, a.g.e., 324.

¹³⁵ Nisim FRANKO: a.g.m., 45; Ersin ÇAMOĞLU: Ortaklıklar, a.g.e., 324.

¹³⁶ Yarg. 11.HD., 21.11.1985, 1985/5620 E., 1985/6350 K. Bkz. İstanbul Barosu Bilgi Bankası Arşivi.

¹³⁷ İbrahim ARSLAN: a.g.e., 211; Ersin ÇAMOĞLU: Ortaklıklar, a.g.e., 325.

diğer bir şirkete sınırsız sorumlu ortak olarak girmişse; ortaklık, üyeden bu ortaklıktan çekilmesini ve üyenin bu şirkette elde ettiği menfaatleri şirkete devretmesini isteyebilir¹³⁸. TTK.m.335/2 gereği rekabet yasağına aykırı davranan üye dışındaki üyeler, bu haklardan birini tercih edebilir. Mesela, şirketin ortağı ve yönetim kurulu üyesi olan bir kişiye şirket adına her türlü ihalelere katılma yetkisi verilmiştir. Bu şahsın babası adına kurulu bulunan bir başka şirketle, kendi çalıştığı şirket aynı amaçları kapsayan faaliyetlerde bulunmaktadır. Bu kişinin babası adına kurulu rakip şirket adına ihalelere katılması ve bu firma yararına iş görmesi, TTK.m.335 anlamında rekabet yasağına aykırılık teşkil eder. Bu yönetim kurulu üyesinin çalıştığı şirket, onun ihale yoluyla almış olduğu ihalelerin şirket namına yapılmış sayılmasını talep edebilir¹³⁹. Diğer bir deyişle rekabet yasağının ihlâli dolayısıyla, rekabet yasağına aykırı davranan yönetim kurulu üyesine karşı, yönetim kurulu alacağı bir kararla bu seçimlik haklardan birini kullanır. Eğer yönetim kurulu yetersayının sağlanamaması nedeniyle karar alamıyorsa, seçim şirket genel kurulu tarafından yapılır¹⁴⁰.

TTK.m.335/3 gereği bu haklar, ticarî işlemin yapıldığını yahut yönetim kurulu üyesinin diğer bir şirkete girdiğini diğer üyelerin öğrendikleri tarihten itibaren üç ay ve her halde işlemin yapılmasından itibaren bir yıllık sürenin geçmesiyle zamanaşımına uğrar.

dd. Limited Şirketlerde Rekabet Yasağı

Limited şirketlerde rekabet yasağını düzenleyen TTK.m.547'e göre, "Müdür olan bir ortak, diğer ortakların muvafakatı olmadan şirketin uğraştığı

¹³⁸ Nisim FRANKO: a.g.m., 57-59; İbrahim ARSLAN: a.g.e., 212; Ersin ÇAMOĞLU: Ortaklıklar, a.g.e., 325.

¹³⁹ Yarg. 11.HD., 17.01.1989, 1988/7043 E., 1989/32 K. bkz. İstanbul Barosu Bilgi Bankası Arşivi.

¹⁴⁰ Nisim FRANKO: a.g.m., 62-63; Ersin ÇAMOĞLU: Ortaklıklar, a.g.e., 325.

ticaret dalında ne kendi ne de başkası hesabına iş göremeyeceği gibi başka bir işletmeye mesuliyeti tahdid edilmemiş ortak, komanditer ortak veya limited şirketin azası sıfatıyla iştirak dahi edemez. Bu yasak mukaveleye koyulacak hükümle bütün ortaklara teşmil edilebilir.”

Maddeden anlaşıldığı gibi, limited şirketlerde rekabet yasağı, müdürler için geçerli olmakla birlikte, sözleşmeye hüküm koyularak tüm ortaklar için geçerlilik kazanır. Yani müdürler kanun gereği, yönetici olmayan ortaklar ise sözleşme gereği rekabet etmeme borcu altındadırlar.

Limited şirketlerde rekabet yasağı, kollektif ve anonim şirketlerdeki rekabet yasağına göre daha geniş düzenlenmiştir. Kollektif şirkette rekabet yasağı, TTK.m.172’de şirketin yaptığı ticarî türden bir işle; anonim şirkette rekabet yasağı TTK.m.335’te şirket konusuna giren ticarî işle sınırlı tutulmuştur. Limited şirketlerde rekabet yasağı ise TTK.m.547 uyarınca, şirketin uğraştığı ticaret dalında görülen işlerle sınırlı tutulmuştur. Bu sebeple kollektif şirket ortağı ve anonim şirket yönetim kurulu üyesi, şirketin yaptığı ticarî iş türünden bir iş yapmaktan kaçınmak zorundayken; limited şirket ortağı, şirketin uğraştığı ticaret dalında bir iş görmekten kaçınmak zorundadır¹⁴¹.

Limited şirket ortağı diğer bir şirkette sınırsız veya sınırlı sorumlu ortak dahi olamaz. Limited şirketlerde sadece aynı tür ticarî işlerle uğraşan bir şirkete değil, başka bir işletmeye ortak olarak girmek de rekabet yasağını ihlâl etmektedir¹⁴². Anonim şirketlerde rekabet yasağının kapsamı belirlenirken, idarecilerin şirket konusuna giren ticarî iş nev’inden bir işi yapmaları esas alınmışken, limited şirketlerde, şirketin uğraştığı ticaret dalında iş görme esas alınmıştır¹⁴³.

¹⁴¹ Nisim FRANKO: a.g.m., 35.

¹⁴² Turgut KALPSÜZ: a.g.m., 352.

¹⁴³ Turgut KALPSÜZ: a.g.m., 352.

Limited şirketlerde rekabet yasağından söz edebilmek için diğer ortakların bu hususta izni olmamalıdır. TTK.m.547 gereği bu konuda izin vermeye diğer ortaklar yetkilidir.

Limited şirketlerde rekabet yasağına aykırılığın sonuçları TTK.m.547'de düzenlenmemiştir. Ancak TTK.m.556'a göre, "Şirketin kuruluşuna iştirak edenlerle şirketin idare veya murakabesine memur edilen kimselerin ve tasfiye memurlarının mesuliyeti, cezaî mesuliyetler ve şirketin vekâletlerce murakabesi hakkında anonim şirketin bu hususlara müteallik hükümleri tatbik olunur." Bu hükümden hareketle limited şirketlerde rekabet yasağının ihlâl edilmesi halinde, anonim şirketlerde rekabet yasağının ihlâlüne ilişkin TTK.m.335/1 hükmü uygulanacaktır.

ee. Sermayesi Paylara Bölünmüş Komandit Şirketlerde Rekabet Yasağı

Sermayesi paylara bölünmüş komandit şirket ortağının rekabet yasağı, TTK.m.483'te düzenlenmiştir. Buna göre, "Komandite bir ortak diğer komanditelerin ve umumi heyetin izni olmaksızın şirketin konusu olan ticaret nevine müteallik bir iş yapamayacağı gibi bu nevi ticaretle meşgul bir şirkete mesuliyeti tahdit edilmemiş ortak sıfatıyla de dahil olamaz." Adi komandit şirketlerde olduğu gibi, paylı komandit şirketlerde de sadece komandite ortaklar için rekabet yasağı söz konusudur. Komanditer ortaklar, bu yasağın kapsamı dışındadır.

Sermayesi paylara bölünmüş komandit şirkette rekabet yasağının ihlâlinden söz edebilmek için bu yasağa izin verilmemiş olmalıdır. Komandite ortağın rekabet yasağını ortadan kaldıran bu izin, diğer komanditeler ve

komanditerler genel kurulunca müştereken verilir¹⁴⁴. Eğer şirkette başka komandite ortak mevcut ise, TTK.m.476'nın adi komanditlere yaptığı atıf dolayısıyla, kollektif şirketlerde olduğu gibi oybirliği ile izin verilir. Komanditerler genel kurulunda özel bir nisap aranmadığı için çoğunlukla karar verilir¹⁴⁵.

TTK.m.483/2'e göre, bu madde hükmüne aykırı hareket eden komandite ortak hakkında TTK.m.173 uygulanır. Yani kollektif şirketlerde olduğu gibi, sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlerde de rekabet yasağına aykırılık halinde haklı sebebe dayanarak ortaklığın feshi mümkündür. Rekabet yasağını ihlâl eden ortaktan tazminat talep edilebilir veya ortağın kendi adına yapmış olduğu işlemin şirket adına yapılmış sayılması kabul edilebilir veya elde edilen menfaatlerin şirkete devredilmesi istenebilir. Bu hakkın kullanılma süresi, işlemin öğrenildiği tarihten itibaren üç ay ve her halikârda işlemin yapıldığı tarihten itibaren bir yıldır.

ff. Kooperatiflerde Rekabet Yasağı

Kooperatif ortaklarının tâbi olduğu rekabet yasağı Kooperatifler Kanununda açıkça düzenlenmemiştir. Ancak Koop. K.m.98'e göre, "Bu kanunda aksine açıklama olmayan hususlarda Türk Ticaret Kanunundaki Anonim şirketlere ait hükümler uygulanır." Bu madde uyarınca kooperatif ortaklarının rekabet yasağı hakkında anonim şirketlere ilişkin TTK.m.335 hükmü uygulanacaktır.

¹⁴⁴ Nisim FRANKO: a.g.m., 43.

¹⁴⁵ Nisim FRANKO: a.g.m., 43; Reha POROY: Ortaklıklar, a.g.e., 863.

b. Ticaret Şirketlerine İlişkin Olmayan Hükümler

Anonim şirketin ticarî mümessillerine, ticarî vekillerine, müdürlerine¹⁴⁶ ve şirketi mahkeme huzurunda temsil etmeye yetkili olan kimselere TTK.m.335'te düzenlenen rekabet yasağı hükümleri uygulanmaz. Şirketin ticarî mümessil ve ticarî vekilleri ile idare ve temsil yetkisine sahip müdürleri, şirketle rekabete girecek faaliyetlerde bulunurlarsa, haklarında BK.m.455 hükümleri uygulanır¹⁴⁷. İdare ve temsil yetkisine sahip olmayan müdürlerin şirkette çalıştıkları süre içinde şirketle rekabet etmeme borcu ise, bizzat hizmet sözleşmesinin niteliğinden kaynaklanır¹⁴⁸.

TTK.m.319 ve 342-345'de düzenlenen müdürler, görevlerini ifa ederken gereken dikkat ve ihtimamı göstermek, görevleri gereği öğrendikleri şirkete ait imalât ve ticarî sırları saklamak ve şirketle rekabet etmemek yükümlülüğü altındadır¹⁴⁹.

B. Borçlar Kanununa Göre

a. Ticarî Mümessillerin veya Ticarî Vekillerin Rekabet Yasağı

BK.m.449/1'de düzenlenen ticarî mümessillik bir güven ilişkisine dayanır¹⁵⁰. Hangi sözleşmeye dayalı olarak yapılırsa yapılsın bir işletmenin yönetimi ya da işletme sahibi adına işin görülmesi, iş görenin, iş sahibine karşı

¹⁴⁶ Burada "müdür"le TTK.m.319(şirketi idare ve temsil yetkisine sahip olmakla beraber yönetim kurulu üyesi olmayan kimseler) ve TTK.m.342-345(yönetim kurulu kararlarını icra etmekle yükümlü olan kimseler) kastedilmektedir; bkz.Turgut KALPSÜZ: a.g.m., 365,dn.43.

¹⁴⁷ Turgut KALPSÜZ: a.g.m., 366.

¹⁴⁸ Turgut KALPSÜZ: a.g.m., 366.

¹⁴⁹ Emin TAYLAN: "Anonim Şirketlerde Müdürler", Yaklaşım Dergisi, c.2, Yıl:1, S.8 (Ağustos 1993) (Ankara 1993), 87; Ş. Binnaz Aydın YUNUS: a.g.m., 155.

¹⁵⁰ Feyzi Necmettin FEYZİOĞLU: "Ticarî Mümessiller Ve Diğer Ticarî Vekiller", Halil Arslanlı'nın Anısına Armağan (İstanbul 1978), 439.

sadakat borcunu ortaya çıkarır¹⁵¹. Ticarî mümessilin rekabet yasağı, bu sadakat borcu ve güven ilişkisinin sonucu ortaya çıkmıştır¹⁵².

Ticarî mümessillerin ya da ticarî vekillerin rekabet yasağı BK.m.455'te düzenlenmiştir. Buna göre, "Bir müessesenin bütün işlerini idare eden yahut müessese sahibinin hizmetinde bulunan ticarî mümessiller veya ticarî vekiller müessese sahibinin izni olmaksızın gerek kendi namlarına gerek üçüncü şahıs namına müessesenin yaptığı nevide dahil bir iş yapamazlar."

Ticarî mümessilin ya da ticarî vekilin rekabet yasağına tâbi olması için, işletmenin bütün işlerini yürütmekle görevlendirilmiş olması ya da işletme sahibinin bir hizmet sözleşmesi ile bağlanmış olması gerekir.

Ticarî mümessilin rekabet etmeme borcu, kanundan doğan bir borçtur. Ticarî mümessilin atanma işleminde veya ticarî mümessille işletme sahibi arasındaki hizmet sözleşmesinde herhangi bir hüküm olmasa dahi kanun dolayısıyla ticarî mümessilin rekabet etmeme borcu vardır¹⁵³.

Ticarî mümessilin rekabet yasağını ihlâlinden söz edebilmek için, ticarî mümessilin işletme sahibinin izni olmaksızın yasak kapsamına giren bir iş yapması gerekir. Yani işletme sahibinin açık ya da örtülü izni ile rekabet yasağının tamamen ortadan kaldırılması ya da sınırlandırılması mümkündür.

¹⁵¹ İsmail KIRCA: Ticarî Mümessillik (Ankara 1996), 171.

¹⁵² İsmail KIRCA: a.g.e., 171.

¹⁵³ Akar ÖÇAL: "Ticarî Mümessilin Rekabet Yapmama Borcu", EAÜİİBF. Dergisi, c.1, S.1 (Ocak 1983) (Eskişehir 1983), 217; Ş. Binnaz Aydın YUNUS: a.g.m., 156; Kazım Yücel DÖNMEZ: a.g.e., 217.

aa. Rekabet Yasağının Kapsamı

aaa. Yasak Kapsamındaki İşler

Rekabet yasağı konu, amaç ve yer bakımından sınırlandırılmıştır¹⁵⁴. Rekabet yasağı BK.m.455 uyarınca işletmenin fiilen yaptığı işlerle sınırlıdır. Yani ticarî mümessil işletmenin yaptığı iş türünden işleri, işletme sahibinin izni olmadıkça yapamaz. Eğer ticarî mümessil bir hizmet sözleşmesine dayalı olarak iş görüyorsa ve işveren şirketse, rekabet yasağı şirketin fiilen yaptığı iş türünde söz konusu olur. Bu durumda yasağın kapsamı belirlenirken, şirket esas sözleşmesinde yazılı işlerin tümü değil, sadece şirketin fiilen yaptığı işler göz önüne alınır¹⁵⁵.

Ticarî mümessilin yaptığı bir işin rekabet yasağı kapsamına girebilmesi için, söz konusu iş kazanç sağlamak amacıyla yapılmalıdır¹⁵⁶. Ticarî mümessil bu işi kazanç sağlama amacı gütmeksizin yalnızca kişisel ihtiyaçlarını temin etmek amacıyla yaparsa, rekabet yasağının ihlâli söz konusu olmaz.

Ticarî mümessilin rekabet yasağının kapsamı, işletmenin faaliyet yani ticaret yaptığı idari(mülki) alan ve müşteri çevresi ile sınırlıdır¹⁵⁷. Örneğin İstanbul'da üretim yapan bir şirketin ticarî mümessilliğini yapan bir kişinin Ankara'da aynı konuda üretim yapan bir işyeri açması rekabet yasağını ihlâl etmez¹⁵⁸.

¹⁵⁴ Halil ARSLANLI: Kara Ticareti Hukuku Dersleri, Umumi Hükümler, 3. b. (İstanbul 1960), 178; Akar ÖÇAL: Ticarî Mümessil, a.g.m., 218; İsmail KIRCA: a.g.e., 173-174; Kazım Yücel DÖNMEZ: a.g.e., 217.

¹⁵⁵ Akar ÖÇAL: Ticarî Mümessil, a.g.m., 218; İsmail KIRCA: a.g.e., 174; Kazım Yücel DÖNMEZ: a.g.e., 217.

¹⁵⁶ İsmail KIRCA: a.g.e., 174.

¹⁵⁷ Akar ÖÇAL: Ticarî Mümessil, a.g.m., 218; İsmail KIRCA: a.g.e., 174; Kazım Yücel DÖNMEZ: a.g.e., 217.

¹⁵⁸ Akar ÖÇAL: Ticarî Mümessil, a.g.m., 218; İsmail KIRCA: a.g.e., 174.

Ticarî mümessilin rekabet yasağı, ticarî mümessile açık ya da örtülü rıza ile temsil yetkisinin verilmesiyle başlar. Temsil ilişkisinin devam ettiği sürece bu yasak mevcuttur. Kural olarak temsil ilişkisinin sona ermesiyle bu yasak da sona erer. Ancak taraflar temsil ilişkisinin sona ermesine rağmen rekabet yasağının bir süre daha devam edeceği hususunda anlaşabilirler¹⁵⁹.

bbb. İspat

İşletme sahibi, ticarî mümessilin rekabet yasağını ihlâl ettiğini ispat etmelidir. İşletme sahibi tarafından izin verilmek suretiyle rekabet yasağı kaldırılmışsa, bu iznin varlığını ticarî mümessil ispat etmelidir¹⁶⁰. İspat kolaylığı bakımından bu izin yazılı olarak alınmalıdır.

bb. Rekabet Yasağının İhlâlinin Hüküm Ve Sonuçları

Ticarî mümessilin rekabet yasağı kapsamındaki işleri, işletme sahibinin izni olmadan yapması halinde rekabet yasağının ihlâli söz konusu olur. Ancak bu durum üçüncü şahısla yapılan sözleşmenin butlanına sebep olmaz¹⁶¹. Sözleşmenin bu sebeple iptali de mümkün değildir¹⁶². Rekabet yasağına aykırılığın müeyyideleri BK.m.455/2'de gösterilmiştir. Buna göre, işletme sahibi zarar ve ziyarı isteyebilir ve ticarî mümessilin yaptığı işin kendi hesabına yapılmış sayılmasını talep edebilir. Kanunda "ve" bağlacı kullanılmak suretiyle işletme sahibine bu iki hakkı bir arada kullanabilmesi imkânı verilmiştir. Bu ifadeden, işletme sahibinin iştirak hakkını kullanması halinde, bu yolla giderilemeyen zarar söz konusu ise, bu zararın tazminini talep hakkını da

¹⁵⁹ İsmail KIRCA: a.g.e., 176.

¹⁶⁰ İsmail KIRCA: a.g.e., 177; Kazım Yücel DÖNMEZ: a.g.e., 218.

¹⁶¹ Halil ARSLANLI: a.g.e., 178.

¹⁶² Akar ÖÇAL: Ticarî Mümessil, a.g.m., 219.

kullanabilmesi anlaşılmalıdır¹⁶³. Bu iki talebin bir arada kullanılması halinde işletme sahibi sebepsiz zenginleşmemelidir¹⁶⁴.

aaa. Tazminat Talebi

İşletme sahibi, ticarî mümessilin rekabet yasağını ihlâl etmesi halinde, görmüş olduğu zararın tazminini isteyebilir. Yani ticarî mümessil, işlemi kendi ya da üçüncü şahıs hesabına değil de bizzat işletme sahibi adına yapmış olsaydı, işletme sahibinin elde edeceği kâr ne olacak idiyse onun tazminini talep edebilir¹⁶⁵.

bbb. İştirak Hakkı

Ticarî mümessil rekabet yasağı kapsamındaki işi kendi hesabına yapmışsa, işletme sahibi bu işin kendi hesabına yapılmış sayılmasını isteyebilir. Yasak iş üçüncü kişi hesabına yapılmışsa, işletme sahibi, ticarî mümessilin bu işten elde ettiği hak ve yararların kendisine devrini talep edebilir¹⁶⁶.

ccc. Hizmet Sözleşmesinin Feshini Talep Hakkı

Ticarî mümessil ile işletme sahibi arasında bir hizmet sözleşmesi varsa, işletme sahibi (işveren) BK.m.344 uyarınca sözleşmeyi haklı sebeple sona erdirebilir.

¹⁶³ İsmail KIRCA: a.g.e., 179-180.

¹⁶⁴ İsmail KIRCA: a.g.e., 180.

¹⁶⁵ Halil ARSLANLI: a.g.e., 178; İsmail KIRCA: a.g.e., 180.

¹⁶⁶ Halil ARSLANLI: a.g.e., 178; İsmail KIRCA: a.g.e., 179; Kazım Yücel DÖNMEZ: a.g.e., 220.

ddd. Rekabet Haline Son Verilmesini Talep Hakkı

İşletme sahibi, rekabet haline son verilmesini ve gelecekte rekabet teşkil eden işlemlerden kaçınılmasını talep edebilir¹⁶⁷.

eee. Cezaî Şart

Ticarî mümessil ile işletme sahibi arasında bir hizmet ilişkisinin bulunması ve aralarındaki hizmet sözleşmesinde rekabet yasağına aykırılığın bir cezaî şarta bağlanmış olması halinde, işveren bu cezaî şartın ödenmesini talep edebilir¹⁶⁸.

cc. Zamanaşımı

Ticarî mümessilin rekabeti ihlâl edici işlemi, esas itibariyle caiz olmayan bir vekâletsiz iş görme niteliğindedir¹⁶⁹. Caiz olmayan vekâletsiz iş görme, bir haksız fiil teşkil eder. Bu nedenle ticarî mümessilin rekabet yasağına aykırı davranması halinde, işletme sahibinin, sahip olduğu hakları BK.m.60/1'e göre rekabet yasağına aykırı işlemin yapıldığını öğrendiği tarihten itibaren bir; yasak konusu işlemin yapıldığı tarihten itibaren on yıllık zamanaşımı süresi içinde kullanması gerekir¹⁷⁰.

¹⁶⁷ Halil ARSLANLI: a.g.e., 178; İsmail KIRCA: a.g.e., 180; Kazım Yücel DÖNMEZ: a.g.e., 221.

¹⁶⁸ Kazım Yücel DÖNMEZ: a.g.e., 220.

¹⁶⁹ İsmail KIRCA: a.g.e., 180-181.

¹⁷⁰ İsmail KIRCA: a.g.e., 181; Kazım Yücel DÖNMEZ: a.g.e., 218; Ş. Binnaz Aydın YUNUS: a.g.m., 157.

b. Adi Şirketlerde Rekabet Yasağı

BK.m.526'da adi şirket ortaklarının rekabet yasağı düzenlenmiştir. Buna göre, "Şeriklerden hiçbiri kendi hesabına şirket gayesine muhtelif ve muzır işleri yapamaz." Ortakların hepsi için idareci olup olmadıklarına bakılmasızın rekabet yasağı söz konusudur. Rekabet yasağının sınırları iş hayatının gereklerine ve iyi niyet kurallarına göre tespit edilir¹⁷¹.

Adi şirketlerde amaç müşterek bir gayeye erişmektir. Her ortak şirket amacına aykırı veya bu amacı ortadan kaldıracak hareketlerden kaçınmakla yükümlüdür. Aksi halde rekabet yasağının ihlâli söz konusu olur. Adi şirketlerde rekabet yasağı, şahıs şirketi niteliğindeki ticaret şirketlerinde olduğu gibi bütün ortaklar için söz konusudur¹⁷².

Kanundaki "şirketin gayesine muhalif işler" deyimini vekaleten başkaları nam ve hesabına yapılan işleri de kapsar. Yani adi şirket ortakları, yasak kapsamındaki işlemleri kendi namlarına yapamayacakları gibi başkası namına da yapamazlar¹⁷³.

Rekabet yasağının kapsamına şirketin konusuna giren ve şirket tarafından bizzat yapılan işleri yapmak veya aynı tür işleri yapan bir başka şirkete veya işletmeye katılmak veya şirketin amacının gerçekleşmesine aykırı düşecek veya şirketin zarar görmesine neden olacak bütün davranışlar girer¹⁷⁴. Buna karşılık, şirketin menfaatlerinin gerçekleşmesine aykırı düşmeyecek veya zarar vermeyecek nitelikte olan, hatta ticaret şirketlerinde rekabet sayılan davranışlarda bulunma yasaklanmamıştır¹⁷⁵. Adi şirket ortağı kural olarak, elde

¹⁷¹ Yaşar KARAYALÇIN: Şirketler, a.g.e., 148.

¹⁷² Turgut KALPSÜZ: a.g.m., 358.

¹⁷³ Hayri DOMANIÇ: Şirketler, a.g.e., 22.

¹⁷⁴ Turgut KALPSÜZ: a.g.m., 358.

¹⁷⁵ Turgut KALPSÜZ: a.g.m., 358.

edeceği gelir şirket için önemli bir tehlike teşkil etmediği sürece, çalıştığı işyerinde yaptığı işe benzer işler yapabilir¹⁷⁶. Ancak elde edeceği gelirin çok fazla olması nedeniyle çalıştığı işletmeyi zarara sokabilecek bir tutum içine girmesi olasılığı karşısında, rakip bir işletmeye katılması rekabet yasağını ihlâl eder¹⁷⁷.

Adi şirketlerde rekabet yasağı kapsamında bir işten söz edebilmek için, ortağın kendi veya başkası hesabına ticarî niyetle bir iş yapması ve bu işin şirketin amacına aykırı veya zarar getirici nitelikte olması gerekir. Ortağın yaptığı işlem şirketin amacına aykırı veya şirkete zarar verici olmadığı takdirde, ortağın yaptığı işler rekabet yasağına aykırılık teşkil etmez¹⁷⁸.

Adi şirketlerde rekabet yasağına aykırılığın müeyyidelerini belirleyen herhangi bir hüküm yoktur. BK.m.530/1'e göre, Kanunun adi şirketlere ilişkin hükümlerinde veya şirket sözleşmesinde başka bir hüküm bulunmadıkça, şirketi yöneten ortak ile diğer şerikler arasındaki ilişkiler, vekâlet hükümlerine tâbi olur. Adi şirketlerde rekabet yasağının ihlâli halinde müeyyidelerin ne olacağı hususunda özel bir hüküm bulunmadığı için, BK.m.530/1'den hareketle, BK.m.455'deki hüküm adi şirketler için de uygulanacaktır¹⁷⁹. Buna göre adi şirket ortağının rekabet yasağını ihlâli halinde, zarar ve ziyanın tazmini ve yapılan işin adi şirket hesabına yapılmış sayılması talep edilebilir. Bunun dışında rekabet yasağına uyulmaması haklı bir sebep teşkil ediyorsa, BK.m.535/7'e göre, şirketin feshini talep etmek mümkündür. Ayrıca rekabet yasağını ihlâl eden ortağın yönetim yetkisinin kaldırılması suretiyle şirketin devamının sağlanması da mümkündür¹⁸⁰. Örneğin, yün ve saksı yapmak üzere ortaklaşa çalışan adi

¹⁷⁶ Akar ÖÇAL: "Adi Şirketlerde Rekabet Yasağı, EİTİAD., c.XVII, S.2 (Haziran 1981) (Eskişehir 1981), 437.

¹⁷⁷ Akar ÖÇAL: Adi Şirketlerde Rekabet Yasağı, a.g.m., 437-438.

¹⁷⁸ Turgut KALPSÜZ: a.g.m., 358.

¹⁷⁹ Ş. Binnaz Aydın YUNUS: a.g.m., 160.

¹⁸⁰ Turgut KALPSÜZ: a.g.m., 359.

şirket ortaklarından birisi, ortaklığa ait işyerinde kendi adına mal getirip satarsa görevini kötüye kullanmış olur. BK.m.526'a göre ortaklardan hiçbiri kendi hesabına şirketin amacına aykırı veya zarar verici faaliyette bulunamaz. Yönetici ortak ortaklık işlerinde, kendi işlerinde gösterdiği özen ve ihtimamı göstermekle yükümlüdür. BK.m.529'a göre, haklı sebeplerin bulunması halinde yönetici ortağın idare yetkisi kaldırılabilir ya da sınırlandırılabilir¹⁸¹.

C. Rekabet Etmeme Borcuna İlişkin Özel Kanunî Düzenleme Örnekleri

İşçinin hizmet sözleşmesi süresince işvereniyle rekabet etmemesi aslında sadakat borcunun bir gereği olmakla birlikte, mevzuatta bazı özel düzenlemeler bulunmaktadır. Bankalar Kanununa göre, banka çalışanlarının sır saklama borcu vardır. 4389 s. Bank. K. m.22/7'e göre, "Bu kanunun uygulanmasında ve uygulanmasının denetiminde görev alanlar, görevleri sırasında öğrendikleri bankalar ile bunların iştirakleri, kuruluşları ve müşterilerine ait sırları bu kanuna ve özel kanunlarına göre yetkili olanlardan başkasına açıklayamazlar ve kendi yararlarına kullanamazlar." 4389 s. Bank. K. m.22/8'e göre, "Bankaların mensupları ve diğer görevlileri, sıfat ve görevleri dolayısıyla öğrendikleri bankalara veya müşterilere ait sırları bu konuda kanunen açıkça yetkili kılınan mercilerden başkasına açıklayamazlar." Aslında bankanın sır saklama borcu, özel bir kanunî düzenlemeden bağımsız olarak mevcuttur¹⁸². Banka sırrı, banka mensuplarının meslekî faaliyetleri sırasında öğrendikleri banka müşterilerine ait¹⁸³ veya bankanın müşteri ile olan ilişkileri dışında kalan

¹⁸¹ Yarg. 13.HD., 20.01.1987, 1986/6120 E., 1987/133 K. bkz. İstanbul Barosu Bilgi Bankası Arşivi.

¹⁸² İbrahim KAPLAN: "Banka Gizliliği-Bankanın Sır Saklama Borcu", Batider, c.XV, S.4 (Aralık 1990) (Ankara 1990), 3.

¹⁸³ Süheyl DONAY: a.g.e., 221; Adil İZVEREN: Bankalarda Meslekî Sır, a.g.m., 691-692.

malî, ekonomik, kredi ve nakit durumuna ilişkin üçüncü kişilere açıklanmaması gereken bilgilerdir¹⁸⁴.

Banka ile müşteri arasında yapılan sözleşme, sır kapsamındaki bilgilerin saklanması gerektirir¹⁸⁵. Bu borç, banka ile müşteri arasında var olan banka sözleşmesinde aslî veya talî bir borç olarak yer almakta ya da yer almış sayılmaktadır¹⁸⁶. Bankaların müşterilerine¹⁸⁷ ifa ettikleri hizmetler hizmet, vekâlet, kefalet gibi bir sözleşmeye dayanabilir¹⁸⁸. Banka ile müşteri arasında akdî münasebetin devam ettiği hallerde banka sırlarının açıklanması sebebiyle zarara uğrayan müşteriye, bu zararın tazmini için bir dava hakkı tanınır¹⁸⁹. Müşterinin bankaya karşı açtığı davanın geçerli olabilmesi için banka ile müşteri arasında akdî ilişki olmalı, banka sırrı müşterinin rızası dışında üçüncü kişilere açıklanmalı ve banka sırrının açıklanması dolayısıyla müşteri zarar görmelidir¹⁹⁰.

Banka sırrı müşteri ile banka arasındaki akdî ilişki sona erdikten sonra da saklanmalıdır. Nitekim 4389 s. Bank.K.m.22/7-8'e göre, banka mensuplarının sır saklama yükümlülüğü görevden ayrılımlarından sonra da devam eder. Müşteri ile banka arasındaki akdî ilişki sona erince, sır sahibi banka sırlarının açıklanması sebebiyle uğramış olduğu zararın tazminini haksız fiil hükümlerine dayanarak talep edebilir¹⁹¹.

¹⁸⁴ İbrahim KAPLAN: Banka Gizliliği, a.g.m., 4-5.

¹⁸⁵ Süheyl DONAY: a.g.e., 221; İbrahim KAPLAN: Banka Gizliliği, a.g.m., 4.

¹⁸⁶ İbrahim KAPLAN: Banka Gizliliği, a.g.m., 3.

¹⁸⁷ Bankanın müşterileri tabiriyle banka ile muamele yapan gerçek veya tüzel kişiler kastedilir. Bankanın müşterileriyle olan ilişkilerinde müşterinin gerçek veya tüzel kişi olması hukukî hükümlerin uygulanmasında herhangi bir farklılık yaratmaz. Bkz.Adil İZVEREN: Bankalarda Meslekî Sır, a.g.m., 696,dn.8.

¹⁸⁸ Adil İZVEREN: Bankalarda Meslekî Sır, a.g.m., 696.

¹⁸⁹ Adil İZVEREN: Bankalarda Meslekî Sır, a.g.m., 696.

¹⁹⁰ Adil İZVEREN: Bankalarda Meslekî Sır, a.g.m., 696-697.

¹⁹¹ Adil İZVEREN: Bankalarda Meslekî Sır, a.g.m., 698.

Bankalar Kanunu banka mensuplarına, sır saklama borcu yanında rekabet edici davranışlardan kaçınma yükümlülüğünü de getirmiştir. 4389 s. Bank.K.m.22/7'e göre, banka çalışanları banka sırlarını kendi yararlarına kullanamazlar. Bu maddede banka sırrı ve müşteri sırrı ayrımı yapılmış ve banka çalışanlarının görevden ayrılışları dahi bu sırları açıklamalarının yasak olduğu düzenlenmiş ve cezaî yaptırım getirilmiştir. Ayrıca 22'inci maddenin ikinci fıkrasının ikinci paragrafına göre, bankanın yönetimini doğrudan doğruya veya dolaylı olarak tek başına veya birlikte elinde bulunduran ortaklara veya bunların iştirak veya kuruluşlarına yarar sağlamak amacıyla, banka kaynaklarını bankanın emin şekilde çalışmasını tehlikeye düşürecek biçimde doğrudan veya dolaylı kendi lehlerine kullanan ve bankaya bu suretle zarar veren banka çalışanlarına da cezaî yaptırım uygulanacağı düzenlenmiştir. 4389 s. Bank.K.m.22 ile sır saklama borcunun içinde rekabet de yasaklanmıştır.

Sermaye Piyasası Kanununun 25-a maddesine göre, "Kurul başkan ve üyeleri ile personeli ve bu Kanuna göre görevlendirilen denetim elemanları çalışmaları ve denetlemeleri sırasında ilgililere ve üçüncü kişilere ait öğrendikleri sırları açıklayamazlar ve kendi yararlarına kullanamazlar. Bu yükümlülük görevden ayrılışlarından sonra da devam eder." Bu kanunda da, kanun kapsamındaki birtakım kuruluşlarda çalışanların sır saklama ve rekabet etmeme borcu düzenlenmiştir.

3308 s. Meslekî Eğitim Kanununun 17'nci maddesinin ikinci fıkrasına göre, "507 s. Esnaf ve Küçük Sanatkârlar Kanunu kapsamındaki işyerlerinde çalışarak kalfa olanlar en az bir yıl o işyerinde çalışırlar." Bu hüküm bir nevi çırakların rekabet etmelerini yasaklayan bir kural niteliğindedir¹⁹²⁻¹⁹³.

¹⁹² M.Fatih UŞAN: Çıraklık Sözleşmesi (Konya 1994), 89; M. Polat SOYER, a.g.e., 8, bkz.dn.26.

¹⁹³ Çırağın işverenle rekabet etmesini yasaklayan sözleşmenin yapılıp yapılamayacağı hususunda bkz. aşağıda, 90.

IV. HİZMET SÖZLEŞMESİ SONA ERDİKTEN SONRA REKABET ETMEME BORCU

1. GENEL OLARAK

Türk hukukunda hizmet sözleşmesi sona erdikten sonra işçinin işverenle rekabet etmemesini gerektiren kanunî bir yükümlülüğü yoktur. Ancak taraflar hizmet sözleşmesinin sona ermesinden sonra işçinin işverene karşı rekabet etmemesini serbest iradeleri ile kararlaştırabilirler. Hizmet sözleşmesinin sona ermesinden sonraki dönem için işçinin rekabet hakkını sınırlandıran ya da tamamen ortadan kaldıran rekabet yasağı sözleşmesine ilişkin hükümler, Borçlar Kanununun 348-352'nci maddelerinde düzenlenmiştir.

2. REKABET YASAĞI SÖZLEŞMESİ

İşçinin rekabet etmeme borcunun hizmet sözleşmesi sona erdikten sonra da devam etmesi isteniyorsa, tarafların bunu ayrıca ve açıkça sözleşmeyle kararlaştırması gerekir. Bu kararlaştırma ayrı bir sözleşmeyle yapılabileceği gibi mevcut hizmet sözleşmesine konulacak özel bir hükümle de yapılabilir. Rekabet yasağı sözleşmesinin amacı, işçinin işletmede öğrendiği bilgileri, hizmet sözleşmesi sona erdikten sonra işverenin aleyhine onunla rekabet edecek şekilde kullanmasını engellemektir¹⁹⁴.

A. Rekabet Yasağı Sözleşmesinin Konusu

BK.m.348/1'e göre, "... her iki taraf, akdin hitamından sonra, işçinin kendi namına iş sahibi ile bir iş yapmamasını ve rakip bir müessesede çalışmamasını ve böyle bir müessesede şerik veya sair sıfatla alâkadar

¹⁹⁴

A. Can TUNCAY: Sadakat, a.g.m., 1065.

olamamasını şart edebilirler.” Buna göre rekabet yasağı sözleşmesinin konusu, işçinin hizmet sözleşmesi sona erdikten sonra, kendi adına işvereni ile rekabet edecek bir iş yapmaması, rakip bir kuruluştaki çalışmaması, rakip bir kuruluşla ortak olmaması ve ortaklıktan başka bir sıfatla dahi rakip bir kuruluşla ilgisinin olmamasıdır.

Rekabet yasağı, bir rekabet kuruluşunda çalışma ve böyle bir kuruluşla katılma yasağını içerir¹⁹⁵. Aynı müşterilere, aynı mal veya hizmetleri sunan kuruluş, rakip kuruluş olarak kabul edilir¹⁹⁶. Buna karşın aynı maddeyi değişik mal veya hizmet üretmek için kullanan kuruluşlar, rekabet kuruluşu olarak kabul edilmez¹⁹⁷.

Taraflar, hizmet sözleşmesi sona erdikten sonra hüküm ifade etmek üzere, işçinin rekabet teşkil etmeyen bir işi yapmasını yasaklayıcı bir sözleşme yapamazlar ya da hizmet sözleşmesine bu hususta bir hüküm koyamazlar. Mesela, jimnastik aletlerinin uygulanmasını göstermek ve öğretmek için bir kuruluştaki çalıştırılan jimnastik öğretmenin, sözleşme sona erdikten sonra jimnastik öğretmeni olarak yaptığı her çalışmanın yasak olması şeklinde bir rekabet yasağı kararlaştırılmaz¹⁹⁸.

Rekabet yasağı sözleşmesinin konusu, örneğin, şarap firmasında satış elemanı olarak çalışan işçinin kendi isteği ile işyerinden ayrıldıktan sonra aynı alanda faaliyet gösteren başka bir işyerinde tanıtma ve pazarlama elemanı olarak çalışmasının yasaklanması olabilir¹⁹⁹. Bir şirkette bilgisayar elemanı olarak çalışan işçinin, kendi isteği ile işyerinden ayrıldıktan sonra, altı ay

¹⁹⁵ Herman BECKER: İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi, çev.A.Suat Dura (Ankara 1993), 567.

¹⁹⁶ Herman BECKER: a.g.e., 567.

¹⁹⁷ Herman BECKER: a.g.e., 567-568.

¹⁹⁸ Herman BECKER: a.g.e., 568.

¹⁹⁹ Yarg. 9.HD., 29.5.1997, 1997/6252 E., 1997/10506 K. Bkz.İstanbul Barosu Bilgi Bankası Arşivi.

boyunca şirketin yazılı izni olmadıkça, şirketin faaliyet gösterdiği yerlerde ve çalışma konusuna giren bir işte çalışamayacağına, şirketin müşteri portföyündeki bir şirkette görev alamayacağına ilişkin olarak rekabet yasağı kararlaştırılabilir²⁰⁰.

Taraflar rekabet yasağı kararlaştırmamışlarsa, işçinin işverene ait işyerinde edindiği bilgileri ve müşteri çevresini kullanması ve eski işvereni ile rekabet yapması mümkündür²⁰¹.

B. Rekabet Yasağı Sözleşmesinin Geçerlilik Koşulları

Kanun koyucu işçinin korunmasını sağlamak amacıyla, sözleşme özgürlüğü ilkesini sınırlandırarak rekabet yasağı sözleşmesinin geçerli bir şekilde kurulabilmesi için bazı şartlar aramıştır. Rekabet yasağı sözleşmesinin kuruluş şartları BK.m.348-350'de düzenlenmiştir. Bunlar; bir hizmet sözleşmesinin bulunması, işçinin müşterileri tanımasından veya iş sırlarını bilmesinden dolayı işverene önemli bir zarar vermesi ihtimalinin olması (BK.m.348/2), sözleşmenin yazılı şekilde yapılması (BK.m.350) ve sözleşmenin yapıldığı sırada işçinin reşit olması (BK.m.348/3)dır. Bu koşullara, rekabet yasağı sözleşmesinin yapılmasını engelleyen özel bir kanun hükmünün bulunmaması koşulu da eklenmelidir²⁰². Çünkü örneğin BİK.m.13/2'e göre, hizmet sözleşmesinin feshinden sonraki zaman için gazetecinin mesleğini yerine getirmesini sınırlandıran hükümler batıldır. Bu özel hüküm dolayısıyla gazetecilerle hizmet sözleşmesi sona erdikten sonra hüküm ifade edecek bir rekabet yasağı sözleşmesi yapmak hiçbir şekilde mümkün değildir.

²⁰⁰ Yarg.9 HD., 18.5.1999, 1999/5784 E., 1999/9049 K. Bkz. İstanbul Barosu Bilgi Bankası Arşivi.

²⁰¹ Herman BECKER: a.g.e., 568-569.

²⁰² M. Polat SOYER: a.g.e., 39.

Geçerli bir rekabet yasağı sözleşmesinden söz edebilmek için bu koşulların hepsinin bir arada olması gerekir. Rekabet yasağı sözleşmenin geçerliliği için bulunması zorunlu olan bu koşullara ilişkin hükümler emredici niteliktedir ve bu koşullardan herhangi birinin bulunmaması halinde sözleşme batıl olur²⁰³.

Hizmet sözleşmesinin sona ermesinden sonra geçerli olmak üzere, işçinin işverenle rekabet etmesini engellemek amacıyla hizmet sözleşmesine de hüküm konulabilir. Hizmet sözleşmesine eklenen rekabet yasağı şartının geçerli olabilmesi için de bu koşulların varlığı gerekmektedir. Bu koşullardan birinin eksik olması halinde yasak geçersizdir. Rekabet yasağı şartının geçersizliği kural olarak hizmet sözleşmesine etki yapmaz²⁰⁴. Bu hususta BK.m.20/2 uygulanır. Hükme göre, sözleşmenin içerdiği şartlardan bir kısmının butlanı, sözleşmeyi tamamen geçersiz hale getirmez. Bu durumda sadece şart geçersiz sayılır. Ancak bu şartlar olmaksızın sözleşme yapılmayacak idiyse, sözleşme tamamen batıl olur. Yani rekabet yasağı şartı, işveren için vazgeçilmez bir şart olmadığı sürece sadece yasağa ilişkin hüküm geçersiz olur. Ancak sözleşmede rekabet yasağı şartı olmasaydı, hizmet sözleşmesi yapılmayacak idiyse; sözleşme tamamen batıl olur²⁰⁵. MK.m.6 uyarınca, bu hususu işveren ispat edecektir²⁰⁶.

Rekabet yasağı sözleşmesi etkisini hizmet sözleşmesi sona erdikten sonra gösterir. Bu nedenle geçerli bir rekabet yasağı sözleşmesinden söz edebilmek için gerekli olan bu koşullar, yasağın kararlaştırıldığı anda değil,

²⁰³ M. Polat SOYER: a.g.e., 39.

²⁰⁴ M. Polat SOYER: a.g.e., 39.

²⁰⁵ Nuşin AYİTER: a.g.m., 467; Kenan TUNÇOMAĞ: İş, a.g.e., 499; M. Polat SOYER: a.g.e., 39.

²⁰⁶ Nuşin AYİTER: a.g.m., 467; M. Polat SOYER: a.g.e., 39.

hizmet sözleşmesinin sona erdiği tarihte gerçekleşmiş olmalıdır²⁰⁷. Bu şartların gerçekleştiğini ispat yükü işverene aittir²⁰⁸.

a. Maddî Şartlar

aa. Bir Hizmet Sözleşmesinin Bulunması

Rekabet yasağı sözleşmesinin kurulabilmesi için öncelikle taraflar arasında bir hizmet ilişkisi olmalıdır. Nitekim rekabet yasağı sözleşmesine ilişkin hükümler, Borçlar Kanununun hizmet sözleşmesine ilişkin hükümleri arasında düzenlenmiştir. Bir hizmet ilişkisi sebebiyle işverene bağımlı olan işçi ile işveren dilerlerse, bu hizmet sözleşmesine, sözleşme sona erdikten sonra hüküm ifade etmek üzere rekabet yasağı şartı koyabilirler veya ayrı bir rekabet yasağı sözleşmesi yapabilirler.

BK.m.348/1'de, her iki tarafın rekabet yasağı kaydını hizmet sözleşmesinde şart edebilecekleri düzenlenmiştir. Bu hüküm karşısında, böyle bir şartın toplu iş sözleşmesi ile kararlaştırılabilip kararlaştırılamayacağı sorusu akla gelmektedir. Gerek İsviçre Borçlar Kanunu gerekse Türk Borçlar Kanununda buna ilişkin bir düzenleme yoktur. Bazı yazarlara göre²⁰⁹, hizmet sözleşmesi devam ederken mevcut olan rekabet etmeme borcunun kapsamının toplu iş sözleşmesiyle genişletilmesi ya da sınırlandırılması mümkündür. Birçok ülke hukukunda²¹⁰ toplu iş sözleşmesi ile hizmet sözleşmesinin bitiminden sonraki döneme ilişkin rekabet yasağı kararlaştırılabileceği kabul edilmiştir. Bu şekilde toplu iş sözleşmesi ile rekabet yasağına ilişkin düzenlemelerin yapıldığı

²⁰⁷ M. Polat SOYER: a.g.e., 49.

²⁰⁸ M. Polat SOYER: a.g.e., 49.

²⁰⁹ Ercan AKYİĞİT: Rekabet Yasağı, a.g.m., 9, dn.25'ten naklen.

²¹⁰ Belçika, Fransa, İsrail, Danimarka, İtalya Hukukunda toplu iş sözleşmeleri ile sözleşme özgürlüğünün ve işçinin sadakat borcunun sınırları çizilebilmektedir; bkz.Fatih UŞAN: İş Sırrı, a.g.e., 85,dn.65.

durumlarda, bireysel hizmet sözleşmeleri de yapılarak işçinin lehine hükümler getirilebilir²¹¹. Nitekim TİSGLK.m.6/2'e göre, "Toplu iş sözleşmesinde hizmet sözleşmesine aykırı hükümlerin bulunması halinde hizmet akdinin işçi lehindeki hükümleri uygulanır." Bu düzenleme uyarınca, hangi rekabet yasağı hükmü işçinin lehine ise, o hüküm uygulanacaktır.

Hizmet sözleşmesi sona erdikten sonra hüküm ifade etmek üzere yapılan, sözleşmenin bir parçası niteliğindeki rekabet yasağı sözleşmeleri, tali rekabet yasağı sözleşmelerindendir²¹². Tunçomağ'a göre²¹³, işçi sendikaları ile işveren sendikaları arasında yapılmış ve bağımsız önem taşıyan rekabet yasağı sözleşmeleri bu kapsamda değildir. Burada yazar açık olmamakla birlikte, hizmet ilişkisinin sona ermesinden sonra geçerli olmak üzere, toplu iş sözleşmesiyle rekabet yasağının kararlaştırılamayacağını belirtmek istemektedir. Akyiğit'e göre de²¹⁴, toplu iş sözleşmesiyle hizmet sözleşmesi sonrasına ilişkin olarak rekabet yasağı kararlaştırılamamalıdır. Kanaatimizce de, toplu iş sözleşmesi ile hizmet ilişkisi sona erdikten sonra geçerli olmak üzere rekabet yasağı getirilememelidir. Çünkü, rekabet yasağı işçinin ekonomik hayatını geliştirme özgürlüğünü sınırlandırmaktadır. İşçi rekabet hakkını ancak kendi iradesiyle sınırlandırabilir. Bu sınırlandırma da, işçinin hizmet sözleşmesine bu hususta hüküm konulmasına rıza göstermesi veya kendi rızasıyla rekabet yasağı sözleşmesine taraf olmasıyla mümkün olabilecektir.

b. Tarafların Ehliyeti

Rekabet yasağı sözleşmesinin taraflarından işverenin ehliyeti konusunda, Medeni Kanunun ehliyeteye ilişkin genel kuralları uygulanır. Gerçek

²¹¹ Fatih UŞAN: İş Sırrı, a.g.e., 86.

²¹² Bkz. yukarıda Birinci Bölüm, 23-24.

²¹³ Kenan TUNÇOMAĞ: Borçlar, a.g.e., 384; Kenan TUNÇOMAĞ: İş, a.g.e., 495.

²¹⁴ Ercan AKYIĞIT: Rekabet Yasağı, a.g.m., 9.

kişi işveren tam ehliyetliyse, sözleşmeyi bizzat kendisi yapabileceği gibi temsilcisi vasıtasıyla da yapabilir. Tam fiil ehliyetine sahip değilse, ancak ayırt etme gücü varsa, yasal temsilcisinin izniyle veya icazetiyle sözleşmeyi bizzat kendisi veya yasal temsilcisi yapabilir. Gerçek kişi işverenin tam ehliyetsiz olması halinde, sözleşmeyi sadece yasal temsilcisi yapabilir. İşveren tüzel kişi ise, sözleşmeyi yetkili organı ya da temsilcisi yapabilir.

Sözleşmenin diğer tarafını oluşturan işçinin ehliyeti BK.m.348/son'da düzenlenmiştir. Bu hüküm uyarınca, işçi sözleşmenin yapıldığı sırada reşit değil ise, rekabet yasağına dair olan şart batıldır. Eğer rekabet yasağı şartı ayrı bir sözleşme ile kararlaştırılmışsa, bu sözleşme geçersizdir. Kanun koyucu, belirli bir olgunluğa erişmemiş olan kişilerin ekonomik alandaki hareket özgürlüğünü kısıtlamamak amacıyla, sözleşmenin yapıldığı sırada işçinin reşit olması şartını düzenlemiştir. Bu nedenle, sözleşmenin reşit olmayan işçi adına yasal temsilci vasıtasıyla yapılamaması yerindedir²¹⁵. Nitekim, rekabet yasağına ilişkin irade beyanı, işçiyi yükümlölük altına sokan ve şahsa sıkı sıkıya bağlı haklardandır.

Hukukumuzda işçinin hangi hallerde reşit sayılacağı MK.m.11-12'de düzenlenmiştir. MK.m.11/1'e göre, işçi on sekiz yaşını doldurmasıyla reşit olur. MK.m.11/2'e göre, evlenme kişiyi reşit kılar. MK.m.12'e göre, onbeş yaşını doldurmuş olan küçük, kendi isteği veya velisinin rızasıyla mahkemece reşit kılınabilir. Maddelerden anlaşıldığı üzere üç çeşit rüşt hali vardır. Kanun koyucu yaş koşulu getirmediği için, olağan şekilde veya kazaî veya evlenme ile kazanılan rüşt ile reşit olan işçi rekabet yasağı sözleşmesi yapabilir.

Kanunda sadece işçinin reşit olması koşulundan söz edildiği için, reşit ancak kısıtlı bir işçinin bu sözleşmeyi yapması halinde, sözleşmenin geçerli olup olmayacağı sorusu akla gelmektedir. Doktrinde kısıtlı tarafından yapılan rekabet

²¹⁵ M. Polat SOYER: a.g.e., 45.

yasağı sözleşmelerinin, yasal temsilcinin izin ya da icazet vermesiyle, geçerli olacağı kabul edilmektedir²¹⁶.

Türk hukukunda rekabet yasağı sözleşmesi yapabilmek için işçinin reşit olması koşulu aranırken, İsviçre hukukunda, işçinin reşit olması şartını arayan kanun hükmünün 1971 yılında kaldırılmasıyla, işçinin tam ehliyetli olması koşulu aranmaktadır²¹⁷. Akyiğit' e göre de²¹⁸, rekabet yasağıyla sınırlanan özgürlüğün büyük önemi olması dolayısıyla, geçerli bir rekabet yasağı sözleşmesinin kurulabilmesi için işçinin tam ehliyete sahip olması koşulunu aramak yerinde olacaktır. Kanaatimizce, işçi ancak kendi iradesiyle ekonomik özgürlüğünü sınırlandıracak bir sözleşme yapmalıdır. İşçi reşit ancak mümeyyiz değilse veya kısıtlıysa işçinin özgür ve sağlıklı iradesinden söz edilemez. İşçi düşünme faaliyetinden tamamen ya da kısmen yoksunken yasal temsilcinin onun bir hakkını sınırlandırması ya da tamamen ortadan kaldırması yerinde değildir. Bu nedenle İsviçre hukukunda kabul edildiği gibi Türk hukukunda da fiil ehliyetine sahip olan işçilerin geçerli bir rekabet yasağı sözleşmesi yapabilmeleri, işçinin ekonomik anlamda daha çok korunmasını sağlayacaktır.

Yasal temsilcisi tarafından kendisine meslek veya sanatın ifası için izin verilen küçük, yaptığı işle ilgili olarak sözleşme sonrasına ilişkin rekabet yasağı sözleşmesi yapamaz²¹⁹. Nitekim, yasal temsilci tarafından küçüğe hizmet sözleşmesi yapması hususunda verilen genel yetki, küçüğün rekabet yasağı sözleşmesi yapması için yeterli değildir²²⁰. Çünkü bu yetki hizmetin yapılmamasına değil, yapılmasına ilişkindir²²¹.

²¹⁶ Nuşin AYİTER: a.g.m., 467; Kenan TUNÇOMAĞ: Borçlar, a.g.e., 387, dn.195'ten naklen; Kenan TUNÇOMAĞ: İş, a.g.e., 499, dn.10'dan naklen; Necip BİLGE: Borçlar, a.g.e., 239.

²¹⁷ Ercan AKYIĞIT: Rekabet yasağı, a.g.m., 10; M. Polat SOYER: a.g.e., 44.

²¹⁸ Ercan AKYIĞIT: Rekabet Yasağı, a.g.m., 10.

²¹⁹ Ercan AKYIĞIT: Rekabet Yasağı, a.g.m., 10.

²²⁰ Nuşin AYİTER: a.g.m., 466-467.

²²¹ Ercan AKYIĞIT: Rekabet Yasağı, a.g.m., 10.

Hukukumuzda çırakların rekabet yasağı sözleşmesi yapmasını engelleyici bir hüküm yoktur. Rekabet yasağının kararlaştırılabilmesi için çıraklık sözleşmesinin varlığı da yeterlidir²²². Ancak genellikle çıraklar rüşd yaşının altında oldukları için rekabet yasağına tabi tutulamazlar²²³. Ayrıca çıraklık sözleşmesi Borçlar Kanununun hizmet sözleşmesi babında düzenlenmiş olmakla birlikte, alelâde bir hizmet sözleşmesi değildir. BK.m.313/son'da, hizmet sözleşmesi hakkındaki hükümlerin kıyasen çıraklar hakkında da uygulanacağı düzenlenmiştir. Buna karşın bu düzenleme, rekabet yasağına ilişkin hükümlerin çıraklara da uygulanması şeklinde geniş yorumlanmamalıdır. Çünkü çıraklık sözleşmesi, aile hukuku ile borçlar hukuku esaslarına dayanan kendine özgü bir sözleşmedir²²⁴. Çırak, çıraklık sözleşmesi ile bir meslek ve sanatı öğrenmek amacıyla işyerinde faaliyet gösteren kişidir²²⁵. Yani çırak o işi gelecekte yapmak amacıyla öğrenmektedir. Çırağın meslek ya da sanatı öğrenmesinden sonra o işi yapması imkânını sınırlandıran rekabet yasağı, çıraklık sözleşmesinin niteliği ile bağdaşmamaktadır²²⁶. Bu sebeplerden ötürü, çırak reşit olsa dahi rekabet yasağı sözleşmesi yapmamalıdır. Nitekim, 1930 tarihli İsviçre Meslekî Öğrenim Hakkında Federal Kanununun 7'nci maddesine göre, çıraklık sözleşmesi, çırağın öğrenim müddeti sonrasında meslekî faaliyete ilişkin serbest karar verme imkânını sınırlandıran hükümler içeremez²²⁷. Aynı şekilde, Alman Meslekî Eğitim Kanununun 3'üncü paragrafına göre, meslekî eğitim görenlerin, eğitim ilişkilerinin sona ermesinden sonra hüküm ifade etmek üzere, meslekî faaliyetlerini sınırlandırmak amacıyla kararlaştırılan sözleşme hükümleri geçerli değildir²²⁸.

²²² Nuşin AYİTER: a.g.m., 465.

²²³ Nuşin AYİTER: a.g.m., 466; M. Polat SOYER, a.g.e., 46.

²²⁴ Nuşin AYİTER: a.g.m., 465.

²²⁵ Ercan AKYİĞİT: İş Hukuku (Ankara 2002), 69.

²²⁶ Nuşin AYİTER: a.g.m., 466; Ercan AKYİĞİT: Rekabet Yasağı, a.g.m., 10; M. Polat SOYER, a.g.e., 47; Fatih UŞAN: Çıraklık, a.g.e., 89.

²²⁷ bkz. Nuşin AYİTER: a.g.m., 466, dn.13.

²²⁸ M. Polat SOYER: a.g.e., 47.

cc. İşçinin İşverenin Belirli Sırlarını Öğrenme İmkânına Sahip Olması

Borçlar Kanunumuz, işçilerin ekonomik anlamda gelişmelerinin rekabet yasağı şartı ile güçleştirilmesini engellemek için, ancak işverenin önemli bir menfaatinin olduğu hallerde rekabet yasağını kabul etmiştir. İşverenin böyle önemli bir menfaati ancak müşteri çevresi ve iş sırlarının korunması söz konusu olduğu zaman vardır²²⁹. Bu nedenle rekabet yasağının kararlaştırılabilmesi için, hizmet sözleşmesinin işçiye işverenin bazı sırlarını öğrenme imkânını vermesi gerekir. Rekabet yasağı sözleşmesinin amacı, işçinin işyerinde öğrendiği özel bilgileri hizmet sözleşmesinin sona ermesinden sonra işverenle rekabet teşkil edecek şekilde kullanmasını önlemektir²³⁰.

Borçlar Kanunu'nun 348'inci maddesinin birinci fıkrasında, "İş sahibinin müşterilerini tanımak veya işlerinin esrarına nüfuz etmek hususlarında işçiye müsait olan bir hizmet akdinde ..." denilmek suretiyle bu koşula işaret edilmiştir. İsviçre Borçlar Kanunu'nun 340'inci maddesinde, "İşçinin müşteriler çevresini ya da iş sırlarını öğrenmesini sağlayan bir hizmet sözleşmesinde..." şeklinde bir düzenleme yapılarak bu koşul belirtilmiştir.

BK.m.348/2'de rekabet yasağına ilişkin şartın ancak, işçinin müşterileri tanımasından ve esrara nüfuzundan, yani sırları öğrenmesinden yararlanarak işverene hissölunacak derecede zarar verebileceği hallerde geçerli olabileceği öngörölmüştür²³¹.

²²⁹ Kenan TUNÇOMAĞ: Borçlar, a.g.e., 384-385; Kenan TUNÇOMAĞ: İş, a.g.e., 496.

²³⁰ M. Polat SOYER: a.g.e., 47.

²³¹ Alman Ticaret Kanununda rekabet yasağının bağlayıcılığı konusunda müşterileri tanıma ve iş sırlarını öğrenme koşulundan değil, genel bir ifadeyle "işverenin işletmeye ilişkin haklı çıkarlarının korunması" koşulundan söz edilmektedir. Bkz. M. Polat SOYER: a.g.e., 48, dn.56.

Her ne kadar BK.m.348/2'de düzenlenen müşterileri tanıma ve sırları öğrenme ibaresi, bu iki durumun birlikte gerçekleşmesi gerektiği şeklinde bir fikir uyandırıyor da, maddenin Almanca metne uygun olarak müşteri çevresi veya iş sırları şeklinde anlaşılması gerekir²³². Nitekim BK.m.348/1'de de müşterileri tanımak veya işlerinin esrarına nüfuz etmek şeklindeki düzenleme ile, bu iki bilgiden birinin yeterli olduğu kastedilmek istenmiştir. Maddenin Fransızca metninde yer alan "ve" sözcüğü ise bir redaksiyon hatasıdır ve bu yanlışlık Almanca metinde mevcut değildir²³³. İsviçre Federal Mahkemesi de bu iki koşulun bir arada bulunmasının gerekmediğini kabul etmiştir²³⁴.

aaa. Müşterileri Tanıma Unsuru

BK.m.348/1'e göre, "İş sahibinin müşterileri tanımak... hususlarında işçiye müsait olan bir hizmet akdinde her iki taraf, akdin hitamından sonra, işçinin kendi namına iş sahibi ile rekabet edecek bir iş yapmamasını ve rakip bir müessesede çalışmamasını ve böyle bir müessese ile şerik veya sair sıfatla alâkadar olmamasını, şart edebilir." BK.m.348/2'e göre, "Rekabet memnuiyetine dair olan şart, ancak işçinin müşterileri tanimasından...istifade ederek iş sahibine hissolunacak derecede bir zarar husulüne sebebiyet verebilecek ise caizdir." Burada öncelikle müşteri ve müşteri çevresi kavramlarının tanımlanması gerekir.

Müşteri kavramından, bir işyeri ile az veya çok süre ile ilişki kurarak, işveren tarafından üretilen mal veya hizmetleri alan kimse anlaşılır²³⁵.

²³² Nuşin AYİTER: a.g.m., 468; Haluk KÖSEOĞLU: "Hizmet Akdinde İşçinin Rekabet Yasağı", Ankara Barosu Dergisi, S.2 (1968), 983; M. Polat SOYER: a.g.e., 49.

²³³ Nuşin AYİTER: a.g.m., 468; Necip BİLGE: Borçlar, a.g.e., 240.

²³⁴ Bkz. Nuşin AYİTER: a.g.m., 468; Yaşar KARAYALÇIN: Özel Hukukta Meseleler ve Görüşler Hukuki Mütalâalar(1984-1987) (Ankara 1988), 39.

²³⁵ Ercan AKYİĞİT: Rekabet Yasağı, a.g.m., 11.

Köseoğlu²³⁶ ve Olgaç²³⁷ bu tanıma "işverenin piyasadaki değer ve ticarî nüfuzunu artıran kişiler" tabirini ilave etmiştir.

Müşteri çevresi terimi ise sözlük anlamıyla, "bir ticarî işletme ile devamlı surette alışverişte bulunanların tümü"nü ifade eder²³⁸. Bir işletmeden sürekli mal satın alan veya onun hizmetlerini kabul eden, onunla az veya çok sürekli ilişki kuran kişiler topluluğuna müşteri çevresi denir²³⁹. Doktrinde, işyeriyle bir kez ilişki kuran veya bir defa alıcı olan kişiler müşteri kavramına dahil edilmemektedir²⁴⁰.

Müşterilerin ad ve soyadları, meslekleri, adresleri, telefon veya faks numaraları, işyeri ile yaptıkları alışverişin cins ve miktarı ile zamanı ve parasal boyutu müşteri çevresine ilişkin bilgileri oluşturmaktadır²⁴¹. Ancak rekabet yasağı sözleşmesi anlamında müşteri çevresine ait bilginin tespitinde, müşterilerin ad ve soyadına, sayısına ilişkin bilgi önemli değildir. İşçinin, o işletme ile ilgili olan ticarî ve şahsi ilişkileri bilmesi ve bu bilgiyi kendi adına ekonomik menfaat elde edebilecek şekilde kullanması önemlidir²⁴².

Rekabet yasağının kararlaştırılabilmesi için müşteri çevresinin bir iş sırrı teşkil etmesi ve işverence saklı tutulması gerekmez²⁴³. Gerek İsviçre öğretisinin bir kısmının görüşü gerekse Federal Mahkemenin bazı kararları da bu doğrultudadır²⁴⁴. Ancak doktrinde diğer bir görüşe göre²⁴⁵, işçinin sır niteliği

²³⁶ Haluk KÖSEOĞLU: a.g.m., 983.

²³⁷ Bkz. Senai OLGAC: Borçlar Hukuku, c.1 (İstanbul 1967), 438, dn.2/2.

²³⁸ Ejder YILMAZ: a.g.e., 883.

²³⁹ Kenan TUNÇOMAĞ: Borçlar, a.g.e., 385; Kenan TUNÇOMAĞ: İş, a.g.e., 496-497.

²⁴⁰ Ercan AKYİĞİT: Rekabet Yasağı, a.g.m., 11, dn.34'ten naklen; M. Polat SOYER: a.g.e., 50, dn.70'den naklen; Kazım Yücel DÖNMEZ: a.g.e., 232.

²⁴¹ Kazım Yücel DÖNMEZ: a.g.e., 233.

²⁴² Nuşin AYİTER: a.g.m., 468; M. Polat SOYER: a.g.e., 52.

²⁴³ Nuşin AYİTER: a.g.m., 468; Kenan TUNÇOMAĞ: Borçlar, a.g.e., 385; Kenan TUNÇOMAĞ: İş, a.g.e., 497.

²⁴⁴ M. Polat SOYER: a.g.e., 51, dn.74'ten naklen.

²⁴⁵ M. Polat SOYER: a.g.e., 52, dn.79'dan naklen.

taşımayan müşteri çevresini tanıması, işverene önemli bir zarar vermeyeceği için, rekabet yasağının kararlaştırılabilmesi için yeterli bir koşul değildir. İşçilerin büyük bir kesiminin işverenin müşteri çevresini tanımaları ihtimali yüksektir. Sadece müşteri çevresini tanımanın rekabet yasağının kararlaştırılabilmesi için yeterli bir koşul teşkil etmesi, işçilerin iktisadî rekabet hakkını önemli ölçüde sınırlandırır²⁴⁶. Nitekim ekonomik anlamda rekabet, daha çok müşteri elde etmek amacıyla yapılan bir piyasa mücadelesidir²⁴⁷. Bize göre, işçinin işyerinde çalıştığı süre içinde işverenin müşteri çevresini tanıması ve bu durumu hizmet sözleşmesi sona erdikten sonra işverene zarar verecek şekilde kullanabilecek olması halinde, bu müşteri çevresi sır niteliği taşımasa dahi, kararlaştırılacak rekabet yasağı geçerli olur.

Federal Mahkeme bir kararında, bir kalorifer ticaret evinde montaj işlerini yönetmekle görevli bağımsız kalorifer montörünün, mimar ve müteahhitlerle ilişkide bulunabilmesi imkânını, işverenin "müşteri çevresini" tanıyabilmesi olarak nitelendirmiş ve işçinin hizmet sözleşmesinde yer alan rekabet yasağı şartını geçerli kabul etmiştir²⁴⁸.

bbb. İş Sırlarını Öğrenme Unsuru

BK.m.348, işçinin sadece müşteri çevresini tanıması halinde değil, işverenin imalât ve iş sırlarını öğrenmesi halinde de rekabet yasağının kararlaştırılmasına imkân vermiştir. BK.m.348/1-2'de işçinin "esrara nüfuzu"ndan

²⁴⁶ M. Polat SOYER: a.g.e., 51.

²⁴⁷ M. Polat SOYER: a.g.e., 51.

²⁴⁸ Mahkeme, davacının (işveren), kalorifer montajında tecrübesi olmadığından, bu konuda uzman bir teknisyenin yardımına ihtiyacı olduğunu tespit etmişlerdir. Bu durumdan yola çıkarak, davalının (işçi) üçüncü kişilerle, özellikle yapı malikleriyle, mimarlar ve müteahhitlerle ilişki kuracağı anlaşılmaktadır. Mahkeme ayrıca, davacının davalıya bu konuda yönetim yetkisi verdiğini ve davalının da bu yetkiyi kullanarak mimarlar ve müteahhitlerle ilişki kurduğunu, onların görüşlerini, alışkanlıklarını ve isteklerini öğrendiğini ve kendilerini tanıma fırsatına sahip olduğunu tespit etmiştir. Karar için bkz.

söz edilmiş olup bu ifade, İsv.BK.m.340'da yer alan "işçinin iş sırlarını öğrenmesi" şeklinde anlaşılır²⁴⁹. Maddedeki "esrar" deyimini, "berata bağlanmış ihtiralarla, berata bağlanmak kabiliyetini taşıyan ve iş sahibinin başkası tarafından öğrenilmesinden ciddi surette zarar göreceğini varsaymakta bulunduğu özel şekil ve usullerdir."²⁵⁰.

Sözlük anlamı "saklanması gereken bilgi"²⁵¹ olan sırrın kanunî bir tanımı yapılamamıştır. Bu nedenle bir bilginin, iş sırrı kapsamında olup olmadığının hâkim tarafından her olayın özelliğine göre değerlendirilmesi gerekir²⁵².

Alman doktrinde dar anlamda iş sırları yani "işletme sırları ve geniş anlamda iş sırları yani "teşebbüsün daha ziyade ticarî sırları" olmak üzere iki türlü iş sırrı ayırımı yapılmıştır²⁵³. Ancak gerek Türk BK.m.348'de gerekse İsviçre BK.m.340'da böyle bir ayırımı yapılmamıştır. Nitekim, "iş sırları" kavramı, işletmenin hem ticarî hem de teknik ilişkilerini kapsamaktadır²⁵⁴.

Doktrinde iş sırları, "işverenin özellikle rakip firma tarafından bilinmemesinde çıkarı bulunan özellikleri ve ticarî olayları"²⁵⁵, "işletmeyle ilgili, sınırlı bir çevre tarafından bilinen başkaları tarafından kolaylıkla öğrenilemeyecek, saklı kalmasında işverenin haklı bir menfaate sahip bulunduğu ve işverence saklı kalması arzu edilen olguları"²⁵⁶, "bir işin gizli

249 Selim KANETLİ: İsviçre Federal Mahkemesinin Borçlar Hukuku Kararları Özel Borç İlişkileri-Borç İlişkilerinde Yasaların Çatışması (Ankara 1968), 138-140.

250 Türk Borçlar kanununda sadece "iş sırları"ndan söz edilmektedir. İsviçre Borçlar Kanunu'nun 1971 yılındaki revizyonu ile kanuna iş sırları yanında üretim(fabrikasyon) sırları kavramı da eklenmiştir. Bkz.M. Polat SOYER: a.g.e., 53, dn.87.

251 Nafiz ERDEM: Türk Borçlar Kanunu Şerhi (Ankara 1988), 905.

252 Ejder YILMAZ: a.g.e., 1092.

253 Nuşin AYİTER: a.g.m., 469-470; M. Polat SOYER: a.g.e., 53.

254 Nuşin AYİTER: a.g.m., 469, dn.18'den naklen.

255 Nuşin AYİTER: a.g.m., 469.

256 Kenan TUNÇOMAĞ: Borçlar, a.g.e., 385; Kenan TUNÇOMAĞ: İş, a.g.e., 497.

M. Polat SOYER: a.g.e., 53.

tutulmak istenilen idare tarzı yahut öğrenilmesinden iş sahibinin ciddi zararlara uğraması kuvvetle muhtemel şekil, usul ve vasıtaların tümünü"²⁵⁷, "yalnız bir teşebbüse münhasır bulunan ve o teşebbüsün gerek ticarî gerek teknik bakımdan muvaffak olmasını temin eden ve rekabet korkusuyla herkesten gizlenen birtakım hususiyetleri"²⁵⁸ ifade eden bir kavram olarak tanımlanmaktadır.

Bu tanımlardan anlaşılacağı üzere, rekabet yasağı anlamında iş sırrından söz edebilmek için öncelikle sırrın işletmeyle ilgili olması gerekmektedir²⁵⁹. Sırrın işletmeyle ilgili olmasından kasıt, sırrın ticarî, teknik veya personele ilişkin olmasıdır²⁶⁰. İşletmeyle ilgili iş sırlarına örnek olarak, işletmenin işleyiş biçimi, fiyat tarifeleri, müşteri veya abone listeleri²⁶¹, işletmenin herkes tarafından bilinmeyen organizasyonu²⁶², üretim teknolojisi, özellikle kimya ve makine sanayiinde rastlanan özel üretim biçimleri²⁶³, bir ticarî işletmenin şifre sistemi, telgraf anahtarı, bankalarla kredi anlaşmaları, yazışmalar²⁶⁴, bilgisayar programları, pazar planları, tüketici alanları, hammadde kaynakları, kredi olanakları, işletmenin muhasebe kayıtları, rekabet şansı, işverene ait olan işçi buluşları, personel planlaması²⁶⁵ gibi konulardaki bilgiler verilebilir. Görüldüğü gibi, iş sırları kavramı, işletmeyle ilgili olan her şeyi kapsamına alan geniş bir çerçevede değerlendirilmektedir²⁶⁶.

²⁵⁷ Haluk KÖSEOĞLU: a.g.m., 983.

²⁵⁸ Nuşin AYİTER: a.g.m., 469.

²⁵⁹ M. Polat SOYER: a.g.e., 54.

²⁶⁰ M. Polat SOYER: a.g.e., 54.

²⁶¹ Senai OLGAÇ: a.g.e., 438; Ercan AKYİĞİT: Rekabet Yasağı, a.g.m., 13; Kazım Yücel DÖNMEZ: a.g.e., 234.

²⁶² Kenan TUNÇOMAĞ: Borçlar, a.g.e., 385; Kenan TUNÇOMAĞ: İş, a.g.e., 497; Necip BİLGE: Borçlar, a.g.e., 241; Ercan AKYİĞİT: Rekabet Yasağı, a.g.m., 13; M. Polat SOYER: a.g.e., 54; Kazım Yücel DÖNMEZ: a.g.e., 234.

²⁶³ Senai OLGAÇ: a.g.e., 438; Kenan TUNÇOMAĞ: Borçlar, a.g.e., 385; Kenan TUNÇOMAĞ: İş, a.g.e., 497; M. Polat SOYER: a.g.e., 54.

²⁶⁴ Kenan TUNÇOMAĞ: Borçlar, a.g.e., 385; Kenan TUNÇOMAĞ: İş, a.g.e., 497.

²⁶⁵ M. Polat SOYER: a.g.e., 54.

²⁶⁶ Kenan TUNÇOMAĞ: Borçlar, a.g.e., 385; Kenan TUNÇOMAĞ: İş, a.g.e., 497; M. Polat SOYER: a.g.e., 54.

Bir hususun sır teşkil edebilmesi için diğer bir koşul, bu bilginin sınırlı bir çevre tarafından bilinmesidir²⁶⁷. Bu çevredekilerin sayısı nisbîdir. Yani bir kişi olabileceği gibi bir grup da olabilir²⁶⁸. Herkes tarafından bilinen şeyler sır teşkil etmez. Örneğin, bir işletmenin dünyada birkaç firma tarafından bilinen üretim teknolojisi, sadece sınırlı bir çevre tarafından bilindiği için, rekabet yasağı anlamında iş sırrı teşkil eder²⁶⁹.

İş sırrından söz edebilmek için üçüncü koşul, kolaylıkla öğrenilemeyecek olan bir bilginin sır olarak saklanması hususunda işverenin iradesinin olmasıdır²⁷⁰. Öncelikle, bir bilgi kolaylıkla öğrenilemeyecek nitelikteyse sır teşkil eder. Örneğin, bir gazetede yayımlanmış bir buluş ya da üretim usulü sır teşkil etmez. Herkes tarafından bilinmeyen bilginin üçüncü kişilere açıklanmaması hususunda işverenin iradesi olmalıdır. Nitekim her gizlilik veya sır ancak sır sahibinin bunun korunmasını istediği takdirde hukuken korunur²⁷¹. Bu koruma için ayrıca, sır sahibinin bilginin saklı kalmasında haklı bir menfaati olmalıdır²⁷². Yani, bilginin açıklanması halinde işveren önemli bir zarara uğrayacak olmalıdır.

Örneğin²⁷³ 1.3.1974 tarihinde X AŞ. ile M.S. arasında bir hizmet sözleşmesi yapılmış ve sözleşmeye, hizmet sözleşmesi sona erdikten sonra geçerli olmak üzere "İşbu hizmet akdinin herhangi bir sebep tahtında olursa olsun sona ermesi halinde dahi, M.S. müessesede vazifeli bulunduğu müddet zarfında ve işbu hizmet akdi münasebetiyle öğrenmiş bulunduğu bütün hususları yani teknik sır ve bilgileri laboratuvar çalışmaları, her türlü plan ve formülleri ve

²⁶⁷ Süheyl DONAY: a.g.e., 4.

²⁶⁸ Süheyl DONAY: a.g.e., 5.

²⁶⁹ Yaşar KARAYALÇIN: Hukuki Mütalâalar, a.g.e., 39.

²⁷⁰ Süheyl DONAY: a.g.e., 5; Ercan AKYİĞİT: Rekabet Yasağı, a.g.m., 12; M. Polat SOYER: a.g.e., 55.

²⁷¹ İbrahim KAPLAN: Banka Gizliliği: a.g.m., 9.

²⁷² M. Polat SOYER: a.g.e., 55.

²⁷³ Yaşar KARAYALÇIN: Hukuki Mütalâalar, a.g.e., 35-39.

keza her türlü idari ve ticarî sırları daima muhafaza etmek mecburiyetindedir. Öğrendiği bu hususları başkalarına nakil etmeyecek, bunlar hakkında hiçbir kimseye bilgi vermeyecek ve göstermeyecektir. Bu hususlarda herhangi bir açıklamada bulunmayacaktır." hükmü konulmuştur. Bu şirketin amacı, hem maya hem de mal imâlidir. Şirket maya üretim teknolojisini, üretim sırlarını yurt dışından sağlamış ve M.S.'ye öğretmiştir. Maya üretme teknolojisi dünyada birkaç firma tarafından bilinmektedir ve Türkiye'de bu çeşit mayayı üreten ilk firma M.S.'nin çalıştığı şirkettir. Örnekteki maya üretim teknolojisi, işletmeye ilişkin, sadece sınırlı bir çevre tarafından bilinen, başkaları tarafından kolaylıkla öğrenilemeyecek nitelikte olan bir bilgidir. Ayrıca üretim teknolojisinin açıklanmaması hususunda işverenin iradesi ve haklı bir menfaati vardır. Bu bilgi iş sırrının tüm unsurlarını taşıdığı için, rekabet yasağı anlamında iş sırrı teşkil etmektedir.

ccc. Bu Bilgilerin Kullanılması Halinde İşverene Önemli Bir Zarar Verme İhtimali Olmalıdır

BK.m.348/2'e göre, rekabet yasağına ilişkin olan şart, ancak işçinin müşterileri tanımasından veya iş sırlarını öğrenmesinden yararlanarak, işverene hissölunacak derecede bir zarar verebilecek ise geçerlidir. İsv.BK.m.340/2 uyarınca da, rekabet yasağı, ancak işçinin bu bilgileri kullanmak suretiyle işverene önemli zarar verebileceği halde geçerlidir. Türk Borçlar Kanununda yer alan "hissölunacak derecede zarar" ifadesi İsviçre Borçlar Kanununda "önemli bir zarar" şeklinde düzenlenmiştir.

Rekabet yasağı, eski işverenin korunmasını amaçladığı için, işverenin korunmaya değer gerçek bir yararı olmalıdır²⁷⁴. Bu nedenle, rekabet yasağının kararlaştırılabilmesi için işçinin müşterileri tanınması veya iş sırlarını öğrenmesi

²⁷⁴ Ünal NARMANLIOĞLU: Ferdi İş, a.g.e., 208.

yeterli değildir. Ayrıca bu bilgilerin kullanılması halinde işverenin önemli bir zarar görmesi ihtimali olmalıdır. Doktrinde bir görüşe göre²⁷⁵, rekabet yasağının kararlaştırılabilmesi için her tür zarar ihtimali yeterlidir. Önemli zarar kavramı, tazminatın kapsamı bakımından değer taşır. Ancak kanun koyucu bu koşulu işçiyi korumak amacıyla özellikle düzenlemiştir²⁷⁶. Bu nedenle herhangi bir zarar ihtimali rekabet yasağı sözleşmesinin yapılabilmesi için yeterli değildir. Bu zararın önemli, hissölunur derecede bir zarar olması gerekir²⁷⁷. Zararın hangi durumlarda önemli sayılacağını, hâkim her olayın özelliğine göre değerlendirecektir²⁷⁸.

Doktrinde hakim görüşe göre²⁷⁹, işçinin, hizmet sözleşmesi sona erdikten sonra müşteri çevresi hakkında edindiği bilgiyi ya da iş sırlarını kullanması ile işverenin önemli bir zarara maruz kalması arasında bir illiyet bağı olmalıdır. Ancak Ayiter'e göre²⁸⁰, kanun burada bir illiyet bağı aramamaktadır. Bu durum, sözleşmenin geçerli olması için kanunun öngördüğü bir şarttır. Hâkim rekabet yasağı sözleşmesinden doğan uyumsuzluklarda illiyet bağına değil, bu şartın gerçekleşip gerçekleşmediğini arayacaktır. İşverenin sözleşmeyi yapmakta haklı bir menfaati olup olmadığını araştıracaktır. Bize göre burada aranan, işçinin müşteri çevresine ilişkin bilgiyi veya iş sırlarını kullanmasından dolayı işverenin önemli bir zarara maruz kalması ihtimalidir. Diğer bir deyişle, rekabet yasağının kararlaştırılabilmesi için müşteriyi tanıma veya iş sırlarını öğrenme ile zarar arasında illiyet bağına olması gerekmektedir. Bu illiyet bağı varsa, işverenin sözleşmeyi yapması için haklı bir menfaati de vardır. İşverenin

²⁷⁵ M. Polat SOYER: a.g.e., 57, dn.121'den naklen.

²⁷⁶ M. Polat SOYER: a.g.e., 57.

²⁷⁷ Nuşin AYİTER: a.g.m., 469.

²⁷⁸ M. Polat SOYER: a.g.e., 58.

²⁷⁹ Kenan TUNÇOMAĞ: Borçlar, a.g.e., 385; Kenan TUNÇOMAĞ: İş, a.g.e., 497; Necip BİLGE: Borçlar, a.g.e., 240; M. Polat SOYER: a.g.e., 58; Ş. Binnaz Aydın YUNUS: a.g.m., 159; Turgut UYGUR: Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu, c.6 (Ankara 2003), 7435.

²⁸⁰ Nuşin AYİTER: a.g.m., 469-470.

haklı menfaati, işçinin bu bilgileri kendisiyle rekabet edecek şekilde kullanarak önemli bir zarara sebebiyet vermesi ihtimalini ortadan kaldırmayı gerektirir.

Zarar, işçinin müşterileri tanınması ya da iş sırlarını öğrenmiş olmasından dolayı değil de, işçinin kişisel yetenek ve niteliklerinden ileri gelebilecek ise rekabet yasağı geçerli olmaz²⁸¹. Aksi halde, işçinin kişisel yeteneğini ve tecrübelerini kullanma hakkı elinden alınmış olur²⁸². Örneğin, ünlü bir avukat veya doktor, yanında çalıştığı asistanı ile rekabet yasağı sözleşmesi yapamaz. Çünkü avukatlık, doktorluk, dişçilik gibi serbest mesleklerde müşteri ile ilişkiler kişisel kabiliyete dayanır²⁸³. Şahsi yetenek ve niteliklerin önemli olduğu serbest mesleklerde işçinin müşterileri tanınması, kendisine doğrudan doğruya bir fayda sağlamaz²⁸⁴. Federal Mahkeme kararlarında da, kişisel nitelik ve tecrübeyi gerektiren serbest mesleklerde rekabet yasağı sözleşmesinin yapılması halinde, bu sözleşmenin hükümsüz olacağı kabul edilmektedir²⁸⁵.

dd. Rekabet Yasağının Zaman, Yer ve Konu Bakımından Sınırlandırılması

Kişinin ekonomik özgürlüğünü sınırlandıran rekabet yasağı BK.m.20 ve MK.m.23'e uygun olduğu sürece geçerlidir. Her ne kadar kişiler kendi özgürlüklerini sınırlandırma hakkına sahip olsalar da, sözleşme özgürlüğü

²⁸¹ Nuşin AYİTER: a.g.m., 468; Kenan TUNÇOMAĞ: Borçlar, a.g.e., 385; Haluk KÖSEOĞLU: a.g.m., 983; Kenan TUNÇOMAĞ: İş, a.g.e., 497; Necip BİLGE: Borçlar, a.g.e., 240.

²⁸² Kenan TUNÇOMAĞ: Borçlar, a.g.e., 385; Kenan TUNÇOMAĞ: İş, a.g.e., 497; Necip BİLGE: Borçlar, a.g.e., 240.

²⁸³ Nuşin AYİTER: a.g.m., 468; Kenan TUNÇOMAĞ: Borçlar, a.g.e., 385-386; Kenan TUNÇOMAĞ: İş, a.g.e., 497; Necip BİLGE: Borçlar, a.g.e., 240; M. Polat SOYER: a.g.e., 59

²⁸⁴ Senai OLGAÇ: a.g.e., 438; Haluk KÖSEOĞLU: a.g.m., 983.

²⁸⁵ Haluk KÖSEOĞLU: a.g.m., 983; "Bir kadın berberi rekabet memnuiyeti mukavelesine rağmen bir dükkan açmış ve mukavele ile korunan dükkandan fazla müşteri celbetmiştir. Mahkeme burada şahsi evsafın rol oynadığını ifade ile, rekabet memnuiyeti mukavelesinin bağlayıcı olmadığına karar vermiştir." Bkz. Nuşin AYİTER: a.g.m., 468, dn.17; Ercan AKYİĞİT: Rekabet Yasağı, a.g.m., 13, dn.50.

sözleşnelere mutlak bir serbesti tanımaz. Taraflar ancak yasal koşullar çerçevesinde özgür sayılırlar. Bu bağlamda rekabet yasağı sözleşmesi yapılırken taraflar tam ve mutlak bir serbestiye sahip değildir²⁸⁶. Rekabet yasağı sözleşmesinin geçerli olarak kurulabilmesi için uyulması gereken koşullardan birisi de rekabet yasağının zaman, yer ve konu bakımından sınırlandırılması esaslarına uygun davranmaktır. BK.m.349 ve İsv.BK.m.340/a hükmü, işçinin iktisadî geleceğinin hakkaniyete aykırı olarak güçleştirilmesini önlemek amacıyla düzenlenmiştir. BK.m.349'a göre, "Rekabet memnuiyeti ancak işçinin iktisadî istikbalinin hakkaniyete muhalif olarak tehlikeye girmesini men edecek surette zaman, mahal ve işin nev'i noktasından hal icabına göre münasip bir hudut dahilinde şart edilmişse muteberdir." Şu halde rekabet yasağı sözleşmesi ancak yasa ile öngörülen kapsamda sınırlandırılmışsa geçerli olabilir. Yasağın bu kapsamda sınırlandırılması gerekir, ancak bu sınırlamanın uygun olması lazımdır²⁸⁷. Uygunluk meselesi işverenin menfaatleri ile işçinin durumu karşılaştırılarak, işçinin iktisadî gelişmesi ve bütün malî imkânları göz önünde tutularak çözülmelidir²⁸⁸. İşçinin başka bir iş bulma olanağı, ekonomik gelişmesini sağlayacak bilgisinin olup olmadığı göz önüne alınmalıdır²⁸⁹. İşverenin menfaati çoğaldıkça, işçinin iktisadî hareket serbestisinin sınırlandırılması kolaylaşır²⁹⁰. İşçinin malî durumu, yaşı, bilgisi ve aile ilişkilerine göre geçimini sağlaması zorsa, rekabet yasağının çok sınırlandırılması gerekir²⁹¹. İşçinin daha iyi korunması ve zarar görmemesi amacıyla, rekabet yasağı sınırlandırılırken yer, zaman ve konu bakımından kapsam bir bütün olarak incelenmelidir²⁹². Uygunluk

²⁸⁶ Necip BİLGE: Borçlar, a.g.e., 241; Kazım Yücel DÖNMEZ: a.g.e., 237.

²⁸⁷ Kenan TUNÇOMAĞ: Borçlar, a.g.e., 388; Kenan TUNÇOMAĞ: İş, a.g.e., 501; Herman BECKER: a.g.e., 572; Fatih UŞAN: İş Sırrı, a.g.e., 236-237.

²⁸⁸ Kenan TUNÇOMAĞ: Borçlar, a.g.e., 388; Kenan TUNÇOMAĞ: İş, a.g.e., 501; Herman BECKER: a.g.e., 572; Fatih UŞAN: İş Sırrı, a.g.e., 236.

²⁸⁹ Fatih UŞAN: İş Sırrı, a.g.e., 236.

²⁹⁰ Kenan TUNÇOMAĞ: Borçlar, a.g.e., 388; Kenan TUNÇOMAĞ: İş, a.g.e., 501.

²⁹¹ Herman BECKER: a.g.e., 572.

²⁹² Kenan TUNÇOMAĞ: Borçlar, a.g.e., 388; Kenan TUNÇOMAĞ: İş, a.g.e., 501.

hizmet sözleşmesinin sona erme anı dikkate alınarak yapılmalı ve her somut olayda şartlar ayrı ayrı değerlendirilmelidir²⁹³.

aaa. Rekabet Yasağının Zaman Bakımından Sınırlandırılması

Borçlar Kanunu'nun 349'uncu maddesinde rekabet yasağına zaman bakımından açık ve kesin bir sınırlama getirilmemiştir. Buradaki tek sınır, rekabet yasağının işçinin ekonomik geleceğini hakkaniyete aykırı olarak sınırlandırmamasıdır. Doktrinde²⁹⁴, yer ve konu bakımından koşulların uygun olması halinde zaman sınırlamasının daha uzun kararlaştırılabileceği kabul edilmektedir. Başka bazı yazarlara göre²⁹⁵, kaydı hayat şartı ile rekabet yasağı sözleşmesi yapılamaz. Rekabet yasağı sözleşmesinin süresi kısa olmalıdır ve on seneyi geçmemelidir. İsviçre Federal Mahkemesinin bazı kararlarına göre²⁹⁶, rekabet yasağının konu bakımından dar sınırlandırılması halinde, yer ve zaman bakımından geniş sınırlandırılması mümkündür. Örneğin, "bir âlet fabrikası müdürü hakkında on yıl içinde İsviçre'de matkap ve helezon burguyu fabrikada imal etmemeye ilişkin rekabet yasağı"²⁹⁷, "Bir fayans fabrikası direktörüne karşı, aynı nitelikte mal ve aynı türde bir müessesede on yıl süreli rekabet yasağı"²⁹⁸, "Fabrikada özel peynir imâl eden ve ilgili iş sırlarını öğrenmiş olan bir müstahdeme karşı, bunları beş yıl süresince üretmeye ilişkin yasak"²⁹⁹ geçerli kabul edilmiştir.

²⁹³ Fatih UŞAN: İş Sırrı, a.g.e., 237.

²⁹⁴ Kenan TUNÇOMAĞ: Borçlar, a.g.e., 388; Kenan TUNÇOMAĞ: İş, a.g.e., 500.

²⁹⁵ Lütfü DALAMANLI/Faruk KAZANCI: İlimi ve Kazai İçtihatlarla Açıklamalı Borçlar Kanunu, c.3 (İstanbul 1990), 841.

²⁹⁶ Bkz. Kenan TUNÇOMAĞ: Borçlar, a.g.e., 388; Kenan TUNÇOMAĞ: İş, a.g.e., 500; Herman BECKER: a.g.e., 572.

²⁹⁷ Karar için bkz. Herman BECKER: a.g.e., 573.

²⁹⁸ Karar için bkz. Herman BECKER: a.g.e., 573.

²⁹⁹ Karar için bkz. Herman BECKER: a.g.e., 573.

Bir başka örnek vermek gerekirse³⁰⁰, işveren ile işçi arasında yapılan hizmet sözleşmesine, hizmet sözleşmesinin sona ermesinden itibaren on sene boyunca, işçinin öğrenmiş olduğu bilgi ve sırları kullanamayacağı ve bu konularda herhangi bir iş yapamayacağı hususunda hüküm konulmuştur. Olayda, işçinin sanayi alanında başarılı bir mühendis olması dolayısıyla, bu on yıllık süre onun ekonomik geleceğini tehlikeye sokacak nitelikte değildir.

Doktrinde genellikle, üretim sırlarına ilişkin rekabet yasaklarında, zaman bakımından sınırlamanın müşteri çevresine ilişkin rekabet yasaklarına göre daha uzun bir süreye bağlanabileceği kabul edilmektedir³⁰¹. Çünkü işçinin müşteri çevresini tanımış olduğu hallerde, işverenin müşteri çevresinin korunmasındaki menfaati, bu müşterilerle çalışacak yeni bir işçi buluncaya kadar devam eder³⁰². Nitekim sözleşmesi sona eren işçinin bu müşterilerle ilişki kurması, onun kişisel yeteneklerinin sonucudur³⁰³. Ancak işçinin üretim sırlarını öğrenmiş olması halinde, üretim sırlarının uzunca bir süre korunmasında işverenin menfaati vardır. Çünkü üretim sırlarının patente bağlanmaları veya ticarî alanda kullanılmaları uzunca bir süreyi gerektirir³⁰⁴.

Türk hukukunda zaman sınırlaması konusunda açık bir düzenleme olmamakla birlikte, İsviçre hukukunda rekabet yasağı sözleşmesinin en fazla üç yıl için yapılabileceği, ancak patent, know how, yeni üretim teknikleri gibi istisnai konularda, işverenin özel bir halin varlığını ispat etmesi koşuluyla , üç yıllık sürenin aşılabileceği kabul edilmektedir³⁰⁵.

300 Yaşar KARAYALÇIN: Hukuki Mütalâalar, a.g.e., 36-40.

301 Kenan TUNÇOMAĞ: Borçlar, a.g.e., 388; Kenan TUNÇOMAĞ: İş, a.g.e., 500.

302 M. Polat SOYER: a.g.e., 65.

303 M. Polat SOYER: a.g.e., 65.

304 M. Polat SOYER: a.g.e., 65.

305 Ercan AKYİĞİT: Rekabet Yasağı, a.g.m., 14.

Akyiğit'e göre³⁰⁶, rekabet yasağı zaman bakımından sınırlandırılırken, yer ve konu itibariyle yasağın kapsamı, işçinin yaptığı işin onun yapabileceği tek iş olup olmadığı ve işverenin bu sınırlamadaki menfaati dikkate alınmalıdır. Dönmez'e göre³⁰⁷, işçinin ekonomik geleceği ile işverenin menfaatleri arasında bir denge kurularak ve MK.m.2'de düzenlenen objektif iyi niyet kuralları dikkate alınarak rekabet yasağı zaman itibariyle sınırlandırılmalıdır. Rekabet yasağının geçerli olacağı süre belirlenirken, işçinin yasak kapsamı dışında kalan bir işte çalışma imkânının olup olmadığına da bakılmalıdır³⁰⁸. Bize göre de, öncelikle yapılan bu sınırlamanın işçinin iktisadî geleceğini ne şekilde etkilediğine ve bu süreç içinde işverenin elde edeceği faydaya bakılmalıdır. Bu doğrultuda işçi ve işveren bakımından en uygun süre kararlaştırılmalıdır. Süre her somut olayda değişiklik gösterebilir. Sürenin tespitinde işçinin işyerindeki konumu da önem taşır³⁰⁹. Örneğin, yönetici bir işçi ile yönetici olmayan veya kıdemli işçi ile kıdemsiz işçi bakımından rekabet yasağı sözleşmesinin süresi farklı kararlaştırılabilir³¹⁰. Ancak rekabet yasağı sözleşmesinin geçerli olabilmesi için mutlaka bir süre kararlaştırılmalıdır; aksi taktirde süresiz rekabet yasağı sözleşmeleri geçersizdir³¹¹.

bbb. Rekabet Yasağının Yer Bakımından Sınırlandırılması

Bu tür sınırlama ile işçinin hangi coğrafi alanda rekabet yapmaktan kaçınacağı kastedilmektedir³¹². Rekabet yasağının hangi yerde uygulanacağı,

³⁰⁶ Ercan AKYIĞIT: Rekabet Yasağı, a.g.m., 14.

³⁰⁷ Kazım Yücel DÖNMEZ: a.g.e., 237.

³⁰⁸ M. Polat SOYER: a.g.e., 62.

³⁰⁹ Fatih UŞAN: İş Sırrı, a.g.e., 240.

³¹⁰ Fatih UŞAN: İş Sırrı, a.g.e., 240.

³¹¹ Ferit H. SAYMEN: a.g.e., 485.

³¹² Ercan AKYIĞIT: Rekabet Yasağı, a.g.m., 15; M. Polat SOYER: a.g.e., 66; Kazım Yücel DÖNMEZ: a.g.e., 238.

sözleşmede açık bir şekilde gösterilebileceği gibi işverenin çalışma alanına atıfta bulunmak suretiyle örtülü bir şekilde de kararlaştırılabilir³¹³.

Rekabet yasağı yer bakımından sınırlandırılırken işçinin öğrendiği bilgiler ve bu bilgilerin o yerde kullanılması halinde işverenin göreceği zarar dikkate alınmalıdır³¹⁴. İşçinin rekabet yapmasının yasaklandığı coğrafi alan hiçbir zaman işverenin iş ilişkisi içinde bulunduğu faaliyet sahasını aşmamalıdır³¹⁵. Yasak kapsamındaki coğrafi alan, işverenin faaliyet gösterdiği yer ve müşteri muhitiyle ilgili olmalıdır³¹⁶. İşçinin iş gördüğü işletme yapılan faaliyetler konusunda ne kadar uzmanlaşmışsa, işçinin iktisadî geleceğini hakkaniyete aykırı olarak güçleştirmemek koşuluyla, yasağın etki alanı da o kadar geniş olacaktır³¹⁷.

Federal mahkemenin bir kararına göre³¹⁸, “ayda 600 Fr. maaş ve komisyon alan bir terziye karşı iki yıl süresince 50 km.lik bir bölge için rekabet yasağı” kararlaştırılabilir. Bir başka kararına göre³¹⁹, “Bir konfeksiyon müessesesinin müstahdemine karşı aynı yerde iki yıl süreli rekabet yasağı” kararlaştırılması mümkündür.

Rekabet yasağının yer bakımından sınırlandırılması konusunda doktrinde bir görüşe göre³²⁰, ülke sınırlarını aşmamak kaydıyla belirli bir şehir veya bölge veya bütün ülkeyi kapsayan bir rekabet yasağı sözleşmesi yapılabilir.

³¹³ Kenan TUNÇOMAĞ: Borçlar, a.g.e., 388; Kenan TUNÇOMAĞ: İş, a.g.e., 500; Kazım Yücel DÖNMEZ: a.g.e., 238.

³¹⁴ Ercan AKYİĞİT: Rekabet Yasağı, a.g.m., 15.

³¹⁵ M. Polat SOYER: a.g.e., 66.

³¹⁶ Ömer EKMEKÇİ: “Ferdî İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı”, Yargıtay’ın İş Hukukuna İlişkin 1999 Kararlarının Değerlendirilmesi (İstanbul 2001), 72.

³¹⁷ M. Polat SOYER: a.g.e., 66.

³¹⁸ Karar için bkz. Herman BECKER: a.g.e., 573.

³¹⁹ Karar için bkz. Herman BECKER: a.g.e., 573.

³²⁰ Ercan AKYİĞİT: Rekabet Yasağı, a.g.m., 15, dn.65’ten naklen.

Doktrinde diğerk bir görüŖe göre³²¹, herhangi bir iŖ için bütün ölkede ya da bütün dünyada rekabeti yasaklayan bir sözleşme yapılırsa, bu sözleşme mutlak butlanla batıl olur. Bir baŖka görüŖe göre ise³²², iŖçinin ekonomik geleceğini ve haklı menfaatlerini gözetmek kaydıyla, uluslararası nitelikteki bir iŖletmede veya holding ortaklıkta olduğu gibi ölk sınırlarını aŖan bir rekabet yasağı sözleşmesi yapılabilir. Nitekim önemli olan, iŖverenin faaliyet sahasıdır³²³. Mesela, "Bir cola firmasında colanın elde edildiğı kısımda çalışan ve colanın formölüne de vakıf olan bir gıda mühendisinin, sahip olduğu bilgiler nedeniyle kendisiyle yapılacak bir sır saklama/rekabet yasağı sözleşmesi tüm dünyada geçerli olabilmelidir³²⁴." Biz de bu son görüŖe katılmaktayız. Eğer iŖçinin çalıştığı iŖletme, uluslararası faaliyetlerde bulunmaktaysa ve iŖçinin ekonomik geleceğı tehlikeye düşmeyecekse, yasağın yer bakımından sınırı geniş tutulabilir. Uluslararası nitelikte faaliyet gösteren bir iŖletmede çalışan iŖçinin, iŖten ayrıldıktan sonra yurt dışında bu iŖletmeye rakip bir firmada çalışması ve eski iŖinde öğrendiğı bilgileri kullanması, eski iŖverene zarar verebilir. Tabiki bu sınırlandırma yapılırken iŖçinin ekonomik geleceğinin tehlikeye girmemesi ve çalışma özgürlüğüne zarar gelmemesine dikkat edilmelidir. Bu amaçla, yer bakımından yasağın kapsamının geniş tutulduğu durumlarda konu ve zaman bakımından yasağın kapsamı daraltılabilir.

Yargıtay'ın bir kararına göre³²⁵, davalı ile davacı bankanın hizmet ilişkisinin sona ermesinden itibaren davalının Türkiye'deki tüm bankalarda çalışmamasına ilişkin olarak kararlaştırdıkları rekabet yasağı hükmü, yer

³²¹ Ferit H. SAYMEN: a.g.e., 485. Yer belirlenerek sınırlandırılmayan rekabet yasağına ilişkin hükümler kelepçeleme teşkil eder. Örneğın, bir ölkenin bütününde veya tüm kıtada rekabeti yasaklayan bir sözleşme ya da sözleşme hükmü kelepçeleme olup, ahlâka aykırılık nedeniyle sakat olur; bkz. Veysel BAŞPINAR: "Kişilik Hakkı Açısından Kelepçeleme Sözleşmeleri", Ankara Barosu Dergisi, Yıl:56, S.1 (Ankara 1999), 32.

³²² Nuşın AYİTER: a.g.m., 472-473; Ercan AKYİĞİT: Rekabet Yasağı, a.g.m., 15; Fatih UŞAN: İş Sırrı, a.g.e., 243-244.

³²³ Fatih UŞAN: İş Sırrı, a.g.e., 243.

³²⁴ Fatih UŞAN: İş Sırrı, a.g.e., 244.

³²⁵ Yarg.9. HD., 6.7.1999, 8262 E., 12073 K. Bkz. Ömer EKMEKÇİ: a.g.t., 70.

bakımından geçersizdir. Çünkü bu durum davalı bankacının geleceği bakımından birtakım olumsuz sonuçlar doğuracaktır. Ancak Türkiye'deki tüm bankaların rekabeti söz konusu olabileceği için, hizmet sözleşmesi sona erdikten sonra belirli bir süre Türkiye'deki tüm bankalarda çalışmamaya ilişkin hüküm geçerli olmalıdır³²⁶. Olayda yer bakımından bir sınırlama getirilmesi halinde, rekabet Türkiye çapında tüm bankalarda söz konusu olabileceği için, rekabet yasağına ilişkin sözleşme hükmünün eski işveren bakımından bir önemi olmayacaktır³²⁷. Türkiye'de üretim yapılan bir alanda, pazarda önemli payı olan bir firmanın işvereni ile işçi arasında kararlaştırılan rekabet yasağının Türkiye'yi kapsayacak şekilde yapılması, başarılı ve başka alanlarda iş bulabilecek olan işçinin ekonomik geleceğini tehlikeye sokacak nitelikte değildir³²⁸. Bize göre, rekabet yasağının amacının gerçekleşebilmesi için, banka gibi tüm Türkiye'de işyerleri ya da şubeleri bulunan işletmeler bakımından yasağın kapsamının geniş tutulması, rekabet yasağına ilişkin sözleşme hükmünün geçersizliği sonucunu doğurmamalıdır. Ancak böyle bir durumda, işçinin ekonomik geleceğinin tehlikeye düşmemesi amacıyla, yasağın kapsamı zaman ve konu bakımından daraltılmalıdır.

ccc. Rekabet Yasağının Konu Bakımından Sınırlandırılması

Rekabet yasağının konusu, işverene ait faaliyet alanı ve işçinin öğrendiği meslekî bilgi ile sınırlanmalıdır³²⁹. Rekabet yasağı sözleşmelerinde konu itibarıyla sınırlama, işçinin rakip faaliyette bulunmamasını sağlayacak şekilde yapılmalıdır³³⁰. İşçinin sözleşme ile sınırlandırılan faaliyet alanı, onun çalışma ve sözleşme özgürlüğünü aşırı bir şekilde sınırlandırmamalıdır. Rekabet

³²⁶ Ömer EKMEKÇİ: a.g.t., 73.

³²⁷ Ömer EKMEKÇİ: a.g.t., 73.

³²⁸ Yaşar KARAYALÇIN: Hukuki Mütalâalar, a.g.e., 41.

³²⁹ Kenan TUNÇOMAĞ: Borçlar, a.g.e., 388; Kenan TUNÇOMAĞ: İş, a.g.e., 500; M. Polat SOYER: a.g.e., 67.

³³⁰ Nuşin AYİTER: a.g.m., 473.

yasağının konu itibarıyla sınırlanması, işçinin hizmet sözleşmesi sona erdikten sonra hangi faaliyetlerde bulunabileceğinin, hangi faaliyetlerde bulunamayacağını saptanmasını sağlar. İşçinin her konuda rekabet yapmasını yasaklayıcı şekilde yapılan rekabet yasağı sözleşmesi, işverenin faaliyet sahasıyla sınırlı olarak geçerli kabul edilir³³¹. Rekabet yasağı sözleşmesinin amacı, hizmet sözleşmesi sona erdikten sonra işçinin işverenle ona zarar verecek şekilde rekabet etmesini önleyerek işvereni korumaktır. Ancak, işveren sadece haklı çıkarı olduğu ölçüde korunur. İşverenin haklı menfaati, sadece fiilen yaptığı işler için vardır³³². İşverenin daha önce terk ettiği faaliyetler veya işverenin hizmet sözleşmesi sona erdikten sonra uğraştığı işler ya da işverene ait faaliyet alanı içinde olmakla beraber, işçinin bilgi sahibi olmadığı konular yasak kapsamı içinde değildir³³³.

İşin türü bakımından rekabet yasağı, işverenin yaptığı faaliyetle doğrudan doğruya ilgili işlerle sınırlandırılabilir³³⁴. Örneğin, işyerinde lastik üretimi yapılan bölümde çalışan işçinin, hizmet sözleşmesi sona erdikten sonra, lastik üretimi yapan işyerlerinde çalışamayacağına ilişkin rekabet yasağının kararlaştırılması mümkündür³³⁵. Şekerleme fabrikasında çalışan bir işçinin, hizmet sözleşmesi sona erdikten sonra belli bir süre şekerleme sanayiinde çalışamayacağına ilişkin olarak rekabet yasağı kararlaştırılabilir³³⁶. Ancak işçinin örneğin, "kimya" veya "fizik" gibi genel bir alanda rekabet yapmasını yasaklayıcı bir sözleşme geçerli değildir³³⁷. Çünkü bu sınırlamanın amacı, "öğrenilmiş

³³¹ Ercan AKYİĞİT: Rekabet Yasağı, a.g.m., 15; Rekabet yasağı konu bakımından sınırlandırılırken, işçinin bu yasağın kararlaştırılmasını haklı kılacak hususları öğrendiği veya müşterilerle irtibata geçerek işverenle rekabet edebileceği durumlar dikkate alınmalıdır. Bkz. Fatih UŞAN: İş Sırrı, a.g.e., 246.

³³² Ercan AKYİĞİT: Rekabet Yasağı, a.g.m., 15; Kazım Yücel DÖNMEZ: a.g.e., 238.

³³³ M. Polat SOYER: a.g.e., 67; Fatih UŞAN: İş Sırrı, a.g.e., 247.

³³⁴ Ömer EKMEKÇİ: a.g.t., 73.

³³⁵ Ömer EKMEKÇİ: a.g.t., 73.

³³⁶ Yaşar KARAYALÇIN: Hukuki Mütalâalar, a.g.e., 36.

³³⁷ M. Polat SOYER: a.g.e., 68.

yegane mesleğin kullanılamaması dolayısıyla işçinin iktisadî istikbalinin tehlikeye düşmesini önlemektir.”³³⁸.

Kural olarak konu bakımından rekabet yasağı, işçinin çalıştığı yerdeki somut görev ve işleviyle sınırlıdır³³⁹. Ancak işçi kendi göreviyle ilgili bulunmayan bir alanda iş sırlarını öğrenmişse, bu durum da rekabet yasağı kapsamında değerlendirilmelidir³⁴⁰. Ekmekçi’ ye göre³⁴¹, işin türü kavramı, kural olarak işçinin işyerindeki somut göreviyle sınırlı değildir. Mesela, bir bankanın teftiş kurulunda görevli olan bir işçinin, hizmet sözleşmesi sona erdikten sonra diğer bir bankada hangi sıfatla olursa olsun çalışmasının yasaklanması mümkündür. Ancak Yargıtay³⁴² “müfettiş ünvanı ile işe alınan işçinin hizmet sözleşmesi sona erdikten sonra Türkiye’deki tüm bankalarda çalışamayacağına” ilişkin rekabet yasağı hükmünü, işin türü bakımından bir sınırlama yapılmaması dolayısıyla geçersiz saymıştır. Bize göre de işin türünün bu kadar geniş yorumlanması ve işçiye geniş kapsamlı bir yasak getirilmesi rekabet yasağının amacıyla bağdaşmaz. İşçinin o alanda mesleğini icra etmesine ve bu suretle ekonomik anlamda gelişmesine engel olur.

Rekabet yasağı konu bakımından, işverenin faaliyet sahası ile sınırlandırılır. Ancak, işçinin işverenle birlikte hareket eden teşebbüslere ait iş sırlarını öğrenmesi halinde yasağın kapsamı konusunda birtakım sorunlar ortaya çıkmaktadır³⁴³. Günümüzde teşebbüsler yaptıkları faaliyetler konusunda kendilerini güvence altına almak veya gelirlerini artırmak amacıyla birleşmektedirler³⁴⁴. Teşebbüslerin tüzel kişiliklerini kaybetmek suretiyle, bir

³³⁸ Nuşin AYİTER: a.g.m., 473.

³³⁹ M. Polat SOYER: a.g.e., 68.

³⁴⁰ M. Polat SOYER: a.g.e., 68.

³⁴¹ Ömer EKMEKÇİ: a.g.t., 73.

³⁴² Yarg. 9.HD., 6.7.1999, 8262E., 12073 K. Bkz. Ömer EKMEKÇİ: a.g.t., 69-73.

³⁴³ M. Polat SOYER: a.g.e., 68.

³⁴⁴ M. Polat SOYER: a.g.e., 68.

hukukî bütünlük içinde bir araya gelmeleri halinde, rekabet yasağının kapsamına birliğe dahil her bir teşebbüsün faaliyeti girer³⁴⁵. Teşebbüslerin tüzel kişiliklerini koruyarak bir araya gelmeleri halinde, rekabet yasağının kapsamının, birliğe dahil teşebbüslerden her birinin faaliyet alanını kapsayacak şekilde belirlenmesinde işverenin menfaati vardır³⁴⁶. Ancak bu durumda rekabet yasağı çok geniş bir alanda söz konusu olacağı için, işçinin mesleğini ifasını engellemediği ölçüde bu rekabet yasağına geçerlilik tanınmalıdır. Bu da, yasağın yer ve zaman bakımından oldukça dar sınırlandırılması ile mümkün olabilir³⁴⁷.

ddd. Rekabet Yasağına Hâkimin Müdahalesi

Sözleşmeler hukukunda kural, bir sözleşmenin kurulmasından sonra tarafların sözleşme hükümleriyle bağlı kalmasıdır(ahde vefa ilkesi)³⁴⁸. Ancak, sözleşmenin kurulmasından sonra sözleşme şartlarının ağırlaşmasına rağmen borcun aynen ifasının beklenmesi hakkaniyetle bağdaşmaz³⁴⁹. "Clausula rebus sic stantibus" ilkesi gereği, taraflar sözleşmenin şartları değişmediği takdirde borcunu ifa ile yükümlüdür; ancak şartlar değişmişse, borçlunun yükümlülüğünün içeriği de değişmelidir³⁵⁰. Bu ilke ile sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması kastedilmektedir³⁵¹. Sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması tarafların sözleşmeye koyacakları bir hükümle olabileceği gibi

³⁴⁵ M. Polat SOYER: a.g.e., 68.

³⁴⁶ M. Polat SOYER: a.g.e., 69.

³⁴⁷ M. Polat SOYER: a.g.e., 70.

³⁴⁸ İbrahim KAPLAN: Hâkimin Sözleşmeye Müdahalesi (Ankara 1987), 113; M. Ahmet KILIÇOĞLU: Borçlar Hukuku, 4.b. (Ankara 2004), 179; Fikret EREN: Borçlar Hukuku, 8.b. (İstanbul 2003), 437.

³⁴⁹ M. Ahmet KILIÇOĞLU: a.g.e., 179; Fikret EREN: a.g.e., 437.

³⁵⁰ Fikret EREN: a.g.e., 437.

³⁵¹ İbrahim KAPLAN: Hâkimin Sözleşmeye Müdahalesi, a.g.e., 114; Fikret EREN: a.g.e., 438.

kanunî bir düzenleme ile de olabilir. Eğer sözleşmede veya kanunda bir hüküm yoksa hâkim de uyarlamaya karar verebilir³⁵².

BK.m.349, rekabet yasağının sınırlarını düzenlemiştir. Bu sınırların aşılması halinde, hâkimin rekabet yasağına müdahale edebileceği hususunda Borçlar Kanununda açık bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak doktrinde bu müdahalenin mümkün olacağı kabul edilmektedir³⁵³. İsviçre Borçlar Kanununun 1971 yılında yapılan revizyonu ile hâkime, aşırı rekabet yasağını kendi takdirine göre sınırlayabilme imkânı verilmiştir³⁵⁴.

Kural olarak geleceğe yönelik hükümler içeren sözleşmelerde, objektif şartlarda önemli ve beklenmeyen değişiklikler olması ve bu değişimin edimler arasındaki dengeyi aşırı bir biçimde bozması halinde, bundan zarar gören tarafın edimler arasında oluşan bu dengesizliğin giderilmesini isteme hakkı olmalıdır³⁵⁵. Değişen hal ve şartlara dayanarak hâkim tarafından sözleşmenin değişen şartlara uydurulabilmesi için öncelikle geçerli olarak kurulmuş olan sözleşmede uyarlama boşluğu olmalıdır³⁵⁶. Değişen hal ve şartlar olağanüstü ve objektif nitelikte olmalı ve değişen hal ve şartlar nedeniyle tarafların yüklendikleri edimler arasındaki denge, aşırı ölçüde ve açık bir biçimde bozulmuş olmalıdır³⁵⁷.

³⁵² Fikret EREN: a.g.e., 438 vd.

³⁵³ Nuşin AYİTER: a.g.m., 473; Senai OLGAÇ: a.g.e., 439; Kenan TUNÇOMAĞ: Borçlar, a.g.e., 389; Haluk KÖSEOĞLU: a.g.m., 983; Kenan TUNÇOMAĞ: İş, a.g.e., 501; Necip BİLGE: Borçlar, a.g.e., 241; M. Polat SOYER: a.g.e., 71; Kazım Yücel DÖNMEZ: a.g.e., 239

³⁵⁴ Ercan AKYİĞİT: Rekabet Yasağı, a.g.m., 16.

³⁵⁵ İbrahim KAPLAN: Hâkimin Sözleşmeye Müdahalesi, a.g.e., 147-149; Abuzer KENDİGELEN: Ticaret Hukuku Kürsüsünde Onbeş Yıl, Hukukî Mütalâalar, c.3 (İstanbul 2001), 501.

³⁵⁶ İbrahim KAPLAN: Hâkimin Sözleşmeye Müdahalesi, a.g.e., 150; Fikret EREN: a.g.e., 440.

³⁵⁷ İbrahim KAPLAN: Hâkimin Sözleşmeye Müdahalesi, a.g.e., 148-149; Abuzer KENDİGELEN: a.g.e., 498.

Uyarılama talep eden taraf kusurlu olmamalı ve edimler henüz ifa edilmemiş olmalıdır³⁵⁸.

Rekabet yasağı, işçinin ekonomik geleceğini hakkaniyete aykırı olarak tehlikeye sokmadıkça geçerlidir. Rekabet yasağı, BK.m.349'un belirlediği sınırların birini veya hepsini aşmışsa, yasağa ilişkin sözleşme hükmü geçersiz sayılmaz; sadece işçi, yasağın sınırları aştığı ölçüde, rekabet yasağı ile bağlı olmaz³⁵⁹. Kanun koyucu BK.m.349'da rekabet yasağının yer, zaman ve konu bakımından aşırı bir şekilde sınırlandırılması halinde sözleşmenin tamamının değil, sadece aşırı olan kısmın geçersiz olması gerektiğini belirtmek istemiştir³⁶⁰. Zaman, yer ve konu bakımından sınırlandırmalar dışındaki ehliyet kurallarına ya da şekle aykırılık gibi diğer hallerde sözleşme geçersizdir ve bu durumda hâkimin sözleşmeye müdahalesi söz konusu değildir³⁶¹.

İşçinin rekabet yasağı sözleşmesinin aşırı olduğunu tek başına belirleyebilmesi mümkün değildir. Rekabet yasağının uygun bir sınır içinde kalınarak kararlaştırılıp kararlaştırılmadığını hâkim tespit eder³⁶². Zaman, yer ve konu bakımından uygun sınırları aşan ve bu suretle işçinin ekonomik geleceğini tehlikeye sokan bir sözleşmeyi hâkim, zaman, yer ve konu itibarıyla uygun bir hale indirebilme, yani sözleşmenin bazı hükümlerini değiştirebilme yetkisine sahiptir³⁶³. BK.m.349 hâkime, BK.m.161 (aşırı cezaî şartın indirilmesi) ve BK.m.409 (aşırı tellallık ücretinin indirilmesi)'da olduğu gibi rekabet yasağı sözleşmesindeki zaman, yer ve konuya ilişkin aşırılıklara müdahale yetkisi

³⁵⁸ İbrahim KAPLAN: Hâkimin Sözleşmeye Müdahalesi, a.g.e., 152-154; Abuzer KENDİGELEN: a.g.e., 498; Fikret EREN: a.g.e., 441.

³⁵⁹ Kenan TUNÇOMAĞ: Borçlar, a.g.e., 389; Kenan TUNÇOMAĞ: İş, a.g.e., 501; Fatih UŞAN: İş Sırrı, a.g.e., 249.

³⁶⁰ Kazım Yücel DÖNMEZ: a.g.e., 239.

³⁶¹ Fatih UŞAN: İş Sırrı, a.g.e., 251.

³⁶² M. Polat SOYER: a.g.e., 71.

³⁶³ Nuşin AYİTER: a.g.m., 473; Kenan TUNÇOMAĞ: Borçlar, a.g.e., 389; Kenan TUNÇOMAĞ: İş, a.g.e., 501.

vermiştir³⁶⁴. Hâkimin rekabet yasağı sözleşmesinin kapsamını daraltabilme imkânı, yasağın hakkaniyete uygun bir şekilde sınırlandırılmasını öngören BK.m.349'un bir sonucudur³⁶⁵. Hâkim bu takdir yetkisini ya bir tespit davası nedeniyle³⁶⁶ ya da yasağa aykırı davranıldığı iddiasıyla işverenin açacağı davaya karşı işçinin def'ide³⁶⁷ bulunması dolayısıyla kullanabilir.

Hâkim, aşırı rekabet yasağı dolayısıyla yer, zaman ve konuya ilişkin olarak sözleşmenin bazı hükümlerini değiştirebileceği gibi, işçinin iktisadî geleceğini tehlikeye sokan bir rekabet yasağı sözleşmesi söz konusu ise, yasağı tümüyle ortadan kaldırabilir³⁶⁸. Rekabet yasağı sözleşmesi kanun dışı veya kanuna aykırı ise ya da işçinin iş sırlarını öğrenme veya işverene zarar verme ihtimali yoksa, yasak batıl sayılmalıdır³⁶⁹.

Hâkimin sözleşmeye müdahale etmesi ve bu suretle aşırı rekabet yasağına ilişkin sözleşme şartlarının uygulanmaması halinde hukukî durumun ne olacağı doktrinde tartışmalıdır. Soyer'e göre³⁷⁰, burada sözleşmenin geçerlilik koşullarına aykırılık nedeniyle tek taraflı bağlamazlık söz konusudur. Buna karşın Uşan'a göre³⁷¹, burada kısmî butlan müeyyidesi uygulanmalıdır. Nitekim hâkim işçi ve işverenin menfaatlerine uygun bir çözüm bulmak zorundadır.

³⁶⁴ Senai OLGAÇ: a.g.e., 439; Kenan TUNÇOMAĞ: Borçlar, a.g.e., 389; Kenan TUNÇOMAĞ: İş, a.g.e., 501; M. Polat SOYER: a.g.e., 72.

³⁶⁵ M. Polat SOYER: a.g.e., 71.

³⁶⁶ Nuşin AYİTER: a.g.m., 473; Kenan TUNÇOMAĞ: Borçlar, a.g.e., 389; Kenan TUNÇOMAĞ: İş, a.g.e., 501; Necip BİLGE: Borçlar, a.g.e., 241; M. Polat SOYER: a.g.e., 71.

³⁶⁷ Kenan TUNÇOMAĞ: Borçlar, a.g.e., 389; Kenan TUNÇOMAĞ: İş, a.g.e., 501; Necip BİLGE: Borçlar, a.g.e., 241; Ayiter def'ide bulunmak yerine itiraz edilebileceğini kabul etmiştir; Nuşin AYİTER: a.g.m., 473.

³⁶⁸ Kenan TUNÇOMAĞ: Borçlar, a.g.e., 389; Kenan TUNÇOMAĞ: İş, a.g.e., 501; M. Polat SOYER: a.g.e., 73; Fatih UŞAN: İş Sırrı, a.g.e., 252.

³⁶⁹ Kenan TUNÇOMAĞ: Borçlar, a.g.e., 389; Kenan TUNÇOMAĞ: İş, a.g.e., 502; Kazım Yücel DÖNMEZ: a.g.e., 239.

³⁷⁰ M. Polat SOYER: a.g.e., 71.

³⁷¹ Fatih UŞAN: İş Sırrı, a.g.e., 252-253.

Tuncay'a göre de³⁷² böyle bir durumda, BK.m.349'daki sınırlama hükmü kısmî butlana ilişkin BK.m.20/2'nci cümle hükmü ile birlikte yorumlanmalı ve sözleşme tamamen geçersiz sayılmayarak geçerli olan sınırlara çekilmelidir. Başpınar'a göre³⁷³, bir sözleşmede kelepçeleme halinin olup olmadığına hâkim karar verir. Bu tür sözleşmeler tamamen değil, kısmen geçersiz kabul edilmelidir. Yani sözleşmenin tamamı değil, kişilik haklarına aykırı ağır hükümleri kısmî butlanla sakat olmalıdır³⁷⁴. Biz de doktrindeki baskın görüşe katılmaktayız. Çünkü hâkime aşırı rekabet yasağına müdahale hakkı verildiğine göre, rekabet yasağının sınırlandırılması mümkün olduğu müddetçe sadece sınırı aşan hükümler batıl kabul edilmeli; sözleşme tam butlanla sakat kabul edilmemelidir.

Hâkim, aşırı rekabet yasağını sınırlandırırken AY.m.48/1'de öngörülen çalışma özgürlüğünü mümkün olduğunca koruyucu şekilde karar vermelidir³⁷⁵. Hâkimin sözleşmede öngörülen cezaî şartı indirmesi mümkün olduğu gibi, işçiyi korumak amacıyla zaman, yer ve konu bakımından rekabet yasağına ilişkin aşırı sınırları uygun bir seviyeye indirme hakkı da vardır. Ancak hâkim işverenin bir karşı edim ödemesine ya da kararlaştırılmış bir karşı edimin artırılmasına karar veremez³⁷⁶. Hakkaniyete aykırılığın giderilmesi amacıyla hâkimin aşırı rekabet yasağına müdahale ederek vermiş olduğu karar geçmişe etkili hüküm doğurur³⁷⁷.

b. Şekî Şartlar

Rekabet yasağı sözleşmesi yazılı şekle tâbidir. Bu sözleşmenin geçerli olarak kurulabilmesi için yazılı şekilde yapılması zorunluluğu

³⁷² A. Can TUNCAY: Sadakat, a.g.m., 1066.

³⁷³ Veyse BAŞPINAR: a.g.m., 32-33.

³⁷⁴ Veyse BAŞPINAR: a.g.m., 32-33.

³⁷⁵ M. Polat SOYER: a.g.e., 73.

³⁷⁶ M. Polat SOYER: a.g.e., 73.

³⁷⁷ M. Polat SOYER: a.g.e., 73.

BK.m.350'de düzenlenmiştir. BK.m.350'ye göre, "Rekabet memnuiyeti, sahih olmak için tahriri mukaveleye merbut olmak lâzımdır." Bu düzenlemenin amacı, işçinin iyice düşünmeden bu sözleşmeyi imzalamasını önleyerek; işçiyi korumaktır³⁷⁸.

BK.m.314'e göre, aksine bir sözleşme olmadıkça hizmet sözleşmesi bir şekle tâbi değildir. Ancak hizmet sözleşmesine, rekabet yasağına ilişkin hüküm konulmak istenirse ya da ayrıca bir rekabet yasağı sözleşmesi yapılmak istenirse, bunun yazılı bir şekilde yapılması geçerlilik koşuludur. Bu hususta yapılacak olan sözleşme yapma vaadi de yazılı şekilde yapılmalıdır³⁷⁹. Bu konuda BK.m.22/2 uygulanmalıdır.

Rekabet yasağı sözleşmesinin şekli hakkında BK.m.12 vd. hükümleri uygulanır. BK.m.13'e göre, yazılı şekilde yapılması gereken sözleşmelerde borçlu olanların imzalarının bulunması gereklidir. Rekabet yasağı sözleşmesi yalnızca işçiye borç yüklediğinden, sözleşmenin kurulabilmesi için yalnız onun imzası yeterlidir. Eğer rekabet yasağı sözleşmesi ivazlı olarak yapıldıysa, işverenin de sözleşmeyi imzalaması gereklidir³⁸⁰. Ancak rekabet yasağı sözleşmesinin karşı edimli olarak yapıldığı hallerde, sırf işverenin imzasının bulunmaması, sözleşmeyi her zaman geçersiz hale getirmemelidir³⁸¹. Mesela, karşı edim olarak yüksek bir ücret kararlaştırılmışsa, sözleşmede işverenin imzasının bulunmaması sözleşmenin geçersizliği sonucunu doğurmamalıdır³⁸². Çünkü bu halde, işçiyi ekonomik bakımdan tehlikeye sokacak bir durum söz konusu değildir.

³⁷⁸ Nuşin AYİTER: a.g.m., 470; Senai OLGAÇ: a.g.e., 440; Kenan TUNÇOMAĞ: Borçlar, a.g.e., 387; Kenan TUNÇOMAĞ: İş, a.g.e., 500; Nafiz ERDEM: a.g.e., 908.

³⁷⁹ Haluk KÖSEOĞLU: a.g.m., 984.

³⁸⁰ Kenan TUNÇOMAĞ: Borçlar, a.g.e., 387; Kenan TUNÇOMAĞ: İş, a.g.e., 500; Necip BİLGE: Borçlar, a.g.e., 239; Ercan AKYİĞİT: Rekabet Yasağı, a.g.m., 11; M. Polat SOYER: a.g.e., 42; Kazım Yücel DÖNMEZ: a.g.e., 236.

³⁸¹ M. Polat SOYER: a.g.e., 42.

³⁸² M. Polat SOYER: a.g.e., 42.

Rekabet yasağı sözleşmesinin geçerli olabilmesi için sözleşmenin adi yazılı şekilde yapılması yeterlidir³⁸³. Yani sözleşmenin metninin el yazısı veya makine ile yazılması ya da basılması mümkündür³⁸⁴. Metin sözleşmenin bütün esaslı noktalarını, yani yasağın süresini, konusunu ve yerini kapsamalıdır³⁸⁵.

Kanunen yazılı şekilde yapılması gereken bir sözleşmede yapılacak değişiklikler de yazılı şekilde yapılmalıdır³⁸⁶. Bu yazılı şekil şartı, rekabet yasağı sözleşmesinde yapılacak değişiklikler için de söz konusudur³⁸⁷. Ancak kanunun şekil şartını getirmekteki amacı işçiyi korumak olduğu için, sözleşmenin şekilsiz ortadan kaldırılması mümkündür³⁸⁸.

Şekil şartına uyulmaması halinde rekabet yasağı sözleşmesi batıl olur³⁸⁹. Rekabet yasağı sözleşmesinin yazılı şekilde yapılmaması ve şekle aykırılık nedeniyle geçersiz olması halinde, işveren işçiden yasağa uymasını isteyemez. Ancak tarafların rekabet yasağını sözlü olarak kararlaştırmaları ve işverenin de işçiye her ay belli bir miktar para ödemeyi üstlenmesi halinde, işçinin şekle aykırılık nedeniyle sözleşmenin geçersizliğini ileri sürmesi ve rekabet yasağına aykırı davranması hakkın kötüye kullanılması sayılır³⁹⁰.

³⁸³ M. Polat SOYER: a.g.e., 42.

³⁸⁴ Safa REİSOĞLU: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 16. b. (İstanbul 2004), 71.

³⁸⁵ M. Polat SOYER: a.g.e., 43; Safa REİSOĞLU: a.g.e., 71.

³⁸⁶ Safa REİSOĞLU: a.g.e., 76.

³⁸⁷ M. Polat SOYER: a.g.e., 43-44.

³⁸⁸ Nuşin AYİTER: a.g.m., 470; M. Polat SOYER: a.g.e., 44.

³⁸⁹ M. Polat SOYER: a.g.e., 44.

³⁹⁰ Ercan AKYİĞİT: Rekabet Yasağı, a.g.m., 11.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

Ş3. REKABET YASAĞI SÖZLEŞMESİNİN HÜKÜMLERİ VE SONA ERMESİ

I. İŞÇİNİN SORUMLULUĞU

1. GENEL OLARAK

Rekabet yasağı sözleşmesine aykırılığa bağlanan genel yaptırım BK.m.97'de, özel yaptırım ise BK.m.351'de düzenlenmiştir. BK.m.97/2'ye göre, "Bir şeyin yapılmamasına taallük eyleyen borca muhalif surette hareket eden kimse mücerret muhalefet ile zarar ve ziyan tediyesine mecburdur." Taraflar sözleşmeye rekabet yasağına aykırı hareket halinde işçinin cezaî şart ödemesine ilişkin hüküm koyabilirler. Sözleşmeye cezaî şart konulmamışsa, BK.m.351/1'e göre rekabet yasağına aykırı hareket eden işçi, bu aykırılık sebebiyle işverenin uğramış olduğu zararı tazmin etmekle yükümlüdür. Sözleşmeye cezaî şart konulmuşsa, BK.m.351'e göre borçlu kural olarak cezaî şart miktarını ödeyerek borcundan kurtulur. Ancak zarar bu miktarı aşıyorsa, işçi cezaî şart miktarını aşan kısmı da tazmin etmek zorundadır.

BK.m.351/son hükmüne göre, işçinin hareketi ve bozulan veya tehdit edilen menfaatlerin önemi haklı gösteriyorsa ve yazılı bir sözleşme ile açıkça bu hak saklı tutulmuş ise, işveren sözleşmede kararlaştırılan cezanın ödenmesinden ve onu aşan zararın tazmininden başka yasağa aykırılığın önlenmesini de isteyebilir. BK.m.351/1-2-3'te öngörülen yaptırımlardan her

biri, sözleşmeye aykırı davranışla ilgili genel kuralların özel bir uygulanma şeklini oluşturur¹.

2. ZARARIN TAZMİNİ

BK.m.351/1'de rekabet yasağını ihlâl eden işçinin, eski işverenine vermiş olduğu zararları tazmin yükümlülüğü düzenlenmiştir. Buradaki tazmin zorunluluğu, işçinin sözleşmeye aykırı davranışının sonucudur. BK.m.351/1, BK.m.97/2'nin gereksiz bir tekrarı değildir². BK.m.351/1, BK.m.97/3 ile getirilen aykırılığın kaldırılmasını isteme hakkının kullanılmaması amacıyla düzenlenmiştir³.

İşçinin rekabet yasağı sözleşmesine aykırı hareket etmesi sebebiyle işverenin malvarlığında bir azalma olması halinde, işçi tazminatla yükümlü olur⁴. Tazminat hukukunun esasları burada da aynen geçerlidir⁵. Buna göre işçinin tazminat yükümlülüğünün söz konusu olabilmesi için, sözleşmeye aykırı kusurlu davranışı sonucu işverene bir zarar vermiş olması ve bu kusurlu davranışı ile zarar arasında bir illiyet bağı olması gerekir.

A. Kusur

BK.m.96'a göre, "Alacaklı hakkını kısmen veya tamamen alamadığı takdirde, borçlu bu durumun meydana gelmesinde hiçbir kusuru olmadığını ispatlayarak zararı tazmin yükümlülüğünden kurtulabilir. BK.m.96'daki bu esas, rekabet yasağına aykırılıktan doğan sorumluluk için de geçerlidir⁶. Kural olarak sözleşmeye aykırı davranan işçinin kusurlu

¹ M. Polat SOYER: a.g.e., 77.

² Nuşin AYİTER: a.g.m., 474; bkz.M. Polat SOYER: a.g.e., 77, dn.3.

³ Nuşin AYİTER: a.g.m., 474.

⁴ Nuşin AYİTER: a.g.m., 475.

⁵ M. Polat SOYER: a.g.e., 77.

⁶ M. Polat SOYER: a.g.e., 78; Kazım Yücel DÖNMEZ: a.g.e., 245.

olduğu kabul edilir ve işveren işçiden tazminat talep edebilir⁷. Ancak işçi, sözleşmeye aykırı davranmakta hiçbir kusuru olmadığını ispat edebilirse, bu yükümlülükten kurtulur. Bu duruma uygulamada çok ender rastlanmaktadır. Örneğin, işçinin harp dolayısıyla rakip faaliyette bulunmaya zorlanması⁸ veya rakip bir kuruluşu miras yolu ile kazanması ve bu kuruluşu devretmesi için yapılan teklifi kusuru olmadan reddetmesi⁹ yahut ekonomik kriz nedeniyle rakip kuruluşta çalışmak zorunda olması¹⁰ gibi hallerde işçinin kusursuz olduğu kabul edilir. İşçinin yasağa aykırılık dolayısıyla sorumlu tutulabilmesi için kusurlu olması yeterlidir. Sorumluluğun tespitinde kusurun derecesi önemli değildir. BK.m.41/1'e göre, borçlu her türlü kusurundan dolayı sorumludur. Ancak BK.m.43/1'e göre kusurun ağır ya da hafif olması, tazminat miktarı belirlenirken dikkate alınacak hususlardır.

B. Zarar

Zarar, malvarlığının mevcut durumuyla, hukuka aykırı fiil yapılmamış olsaydı malvarlığının arz edeceği durum arasındaki farkı ifade eder¹¹.

İşçinin rekabet yasağı sözleşmesine aykırı hareket etmesi sebebiyle işverenin malvarlığında bir azalma meydana gelmesi halinde, işçi tazminatla yükümlü olur. Burada ifa etmeme nedeniyle bir zarar doğduğu için müspet zarar vardır¹². Müspet zarar, fiili zararı ve mahrum kalınan kârı içerir. Mesela işçinin rakip bir teşebbüste faaliyete geçmesi sonucunda işverenin müşteriler karşısındaki ticarî itibarını kaybetmesi nedeniyle uğradığı zarar, fiili

⁷ M. Polat SOYER: a.g.e., 78.

⁸ Nuşin AYİTER: a.g.m., 475.

⁹ Kenan TUNÇOMAĞ: Borçlar, a.g.e., 390; Kenan TUNÇOMAĞ: İş, a.g.e., 502-503.

¹⁰ Bkz.M. Polat SOYER: a.g.e., 78, dn.9.

¹¹ Safa REİSOĞLU: a.g.e., 144; M. Polat SOYER: a.g.e., 78.

¹² Nuşin AYİTER: a.g.m., 475; Kenan TUNÇOMAĞ: Borçlar, a.g.e., 390; Kenan TUNÇOMAĞ: İş, a.g.e., 503.

zarardır¹³. İşverenin kuracağı iş ilişkisinin işçi tarafından engellenmesi ve rakip bir kuruluşun bu iş ilişkisini kurması halinde işverenin uğramış olduğu zarar ise kazanç kaybıdır¹⁴. Mahrum kalınan kâr, taraflarca kolay tespit edilemeyeceği için hâkim tarafından takdir edilir¹⁵.

Rekabet yasağına aykırılık dolayısıyla işverenin görmüş olduğu zararın tazmin edilebilmesi için bu zarar, işçinin işverenin müşteri çevresine veya iş sırlarına nüfuzu dolayısıyla meydana gelmiş olmalıdır. Aksi taktirde, hukuka aykırı bir durum olmadığı için, işçinin birtakım kişisel yetenekleri dolayısıyla işverene vermiş olduğu zararın tazmini gerekmez¹⁶.

İşverenin görmüş olduğu zarar miktarı, BK.m.42/2'ye göre belirlenir. Buna göre zararın gerçek miktarını ispat etmek mümkün değilse, hâkim işlerin olağan gidişini ve zarar gören tarafın aldığı tedbirleri dikkate alarak hakkaniyete uygun olarak zarar miktarını tespit eder. Tazminat miktarı da Borçlar Hukukunun genel kurallarına göre belirlenir. BK.m.43/1'e göre, hâkim halin icabına ve kusurun ağırlığına göre tazminat miktarını belirler.

C. İlliyet Bağı

İşçinin rekabet yasağı sözleşmesine aykırı hareketinden sorumlu tutulabilmesi, diğer bir deyişle işverenin borca aykırı davranış dolayısıyla tazminat talep edebilmesi için borca aykırı davranış ile zarar arasında bir illiyet bağının olması şarttır. Eğer işçinin davranışı ile zarar arasında bir illiyet bağı kurulamıyorsa, işçi tazminatla yükümlü tutulamaz. Örneğin, işçinin yasak kapsamındaki bilgileri rakip bir kuruluşa açıklaması ve bu bilgilerin yeni işverence kullanılması dolayısıyla bir zarar meydana gelmesi halinde,

¹³ Nuşin AYİTER: a.g.m., 475.

¹⁴ M. Polat SOYER: a.g.e., 78-79.

¹⁵ Nuşin AYİTER: a.g.m., 475.

¹⁶ M. Polat SOYER: a.g.e., 79.

uğranılan zarar ile işçinin davranışı arasında uygun bir illiyet bağı kurulmuş olur¹⁷.

Bu şartların varlığı halinde rekabet yasağının ihlâlinden zarar gören işveren, işçiden tazminat talep edebilir. Ancak, işçinin rekabet yasağına aykırı fiili aynı zamanda haksız rekabet teşkil ediyorsa, rekabet yasağı sözleşmesine aykırılıktan doğan tazminat talepleri ile haksız rekabet hukukundan doğan tazminat talepleri yarışır¹⁸. Böyle bir durumda, işverenin sözleşmeye aykırılık sebebiyle tazminat talebinde bulunması ispat kolaylığı sağlar. Nitekim, BK.m.96'ya göre, davalı işçi haksız rekabet sayılan fiilinden dolayı hiçbir kusuru olmadığını ispat etmedikçe zararı tazminle yükümlüdür¹⁹. Ancak, işverenin haksız rekabete aykırılık dolayısıyla tazminat talebinde bulunması halinde, işçinin kusurlu olduğunu ispatlaması gerekir²⁰.

3. CEZAÎ ŞART

A. Genel Olarak

Cezaî şart, borçlunun borcunu ileride hiç veya gereğı gibi ifa etmemesi halinde alacaklıya karşı ifa etmeyi taahhüt ettiği malî değere sahip bir edimdir²¹. Cezaî şart, alacaklının borcun ifası için borçluya karşı kullanabileceğı bir baskı aracıdır²². Taraflar cezaî şart kararlaştırmışlarsa, alacaklı herhangi bir zarara uğradığını iddia etmek veya zarar miktarını

¹⁷ M. Polat SOYER: a.g.e., 79.

¹⁸ Kudret ERTAŞ: a.g.e., 126.

¹⁹ Kudret ERTAŞ: a.g.e., 126-127.

²⁰ Kudret ERTAŞ: a.g.e., 127.

²¹ Hüseyin Avni GÖKTÜRK: "Cezaî Şart Müessesesi", İzmir Barosu Dergisi, Sene-7, S.2-26, (1942), 397; KENAN TUNÇOMAĞ: Türk Hukukunda Cezaî Şart (İstanbul 1963), 6; Selâhattin Sulhi TEKİNAY: Borçlar Hukuku (İstanbul 1974), 295-296; Safa REİSOĞLU: a.g.e., 388; Fikret EREN: a.g.e., 1133.

²² Selâhattin Sulhi TEKİNAY: a.g.e., 296.

ispatlamak zorunda kalmaksızın tazminat elde etmek imkânına sahip olur²³. Nitekim, cezaî şart borcun ihlâl edilmesi halinde ödenmesi gereken maktu bir tazminattır²⁴.

Cezaî şart, asıl borcu kuvvetlendirme amacını güder²⁵. Asıl borç olmadıkça, cezaî şarttan da söz edilemez²⁶. Asıl borç şekil noksanlığı, imkânsızlık, ehliyetsizlik, emredici kurallara veya şahsiyet haklarına aykırılık gibi bir nedenle geçerli olarak meydana gelmemişse veya sonradan ifa, ibra, takas veya yenileme yoluyla ortadan kalkmışsa, asıl borca bağlı cezaî şart da ortadan kalkar²⁷.

Cezaî şartın kararlaştırılabilmesi için asıl borcun konusunun bulunması yeterli olup, bu konunun menfi ya da müsbet edim olması önemli değildir²⁸. Asıl borç verme borcu olabileceği gibi yapma ya da yapmama borcu da olabilir²⁹. Örneğin yapmama niteliğindeki bir borç olan rekabet yasağına aykırı hareket edilmesi, cezaî şartla teminat altına alınabilir³⁰.

Hizmet sözleşmelerine tek taraflı olarak işçi aleyhine konulan cezaî şart kural olarak geçerli değildir³¹. Ancak birtakım özel hallerin söz konusu olması halinde, cezaî şartın tek taraflı olması sonuca etkili

²³ Selâhattin Sulhi TEKİNAY: a.g.e., 296.

²⁴ Selâhattin Sulhi TEKİNAY: a.g.e., 296; Cezaî şartın hukukî mahiyeti konusunda bkz. Kenan TUNÇOMAĞ: "Cezaî Şartın Hukukî Mahiyeti", Batider, c.1, S.4 (1962), 558 vd.

²⁵ Fikret EREN: a.g.e., 1134.

²⁶ Necip BİLGE: "Cezaî Şart", A.Esat Arsebük'e Armağan (Ankara 1958), 50; Kenan TUNÇOMAĞ: Cezaî Şart, a.g.e., 7 vd.; Selâhattin Sulhi TEKİNAY: a.g.e., 296 vd.; Safa REİSOĞLU: a.g.e., 388; Fikret EREN: a.g.e., 1134-1135.

²⁷ Safa REİSOĞLU: a.g.e., 388; Fikret EREN: a.g.e., 1135.

²⁸ Necip BİLGE: Cezaî Şart, a.g.m., 59.

²⁹ Selâhattin Sulhi TEKİNAY: a.g.e., 297.

³⁰ Necip BİLGE: Cezaî Şart, a.g.m., 59.

³¹ Yarg.9.HD.,16.09.1994, 1994/6706 E., 1994/12103 K.; Yarg.9.HD., 02.03.1998, 1997/21587 E., 1998/2833 K.; Yarg. HGK., 17.12.1997, 1997/816 E., 1997/1062 K.; Yarg. 9.HD., 26.06.1997, 1997/10135 E., 1997/13040 K., bkz.İstanbul Barosu Bilgi Bankası Arşivi.

olmamaktadır. Bazı işletmeler, işletmelerinde daha vasıflı eleman çalıştırmak amacıyla önemli harcamalar yapmakta ve işçilerini yurt içinde ya da yurt dışında eğitim ya da kursa göndermektedir. Bu sebeple, işverenin söz konusu eğitim ya da kurstan sonra belli bir süre işçiyi işyerinde çalıştırmaya mecbur tutması haklı görülmelidir. Böyle bir durumda kararlaştırılan tek taraflı cezaî şartın geçersiz sayılması hakkaniyete uygun değildir³².

B. Cezaî Şartsız Rekabet Yasağı Sözleşmeleri

Rekabet yasağı sözleşmesinde cezaî şart kararlaştırılmamışsa, işçinin yasağa aykırı davranması halinde, işverenin ifa talebi tazminat alacağına dönüşür³³. Cezaî şartsız rekabet yasağı sözleşmesinde, işverenin hukuka aykırı durumun yani rekabet teşkil eden fiilin ortadan kaldırılmasını talep hakkını mümkün kılan BK.m.97/3 hükmü uygulanmaz³⁴. İşveren tazminat talep edebilmek için işçinin yasağa aykırı davrandığını ve bundan dolayı zarar gördüğünü ispat etmelidir³⁵. İşçi yasağa aykırı davranışta bir kusuru bulunmadığını ispat ederek tazminat ödeme yükümlülüğünden kurtulabilir³⁶.

İşçinin rekabet yasağını ihlâl etmesi sebebiyle ödemek zorunda olduğu tazminat, borcu ifa etmeme dolayısıyla ortaya çıktığı için müspet

³² Yarg.9.HD.,29.03.2000, 2000/507 E., 2000/4100 K. Bkz. Çimento İşveren Dergisi, c.14, S.3 (Mayıs 2000), 33-34.

³³ Kenan TUNÇOMAĞ: Borçlar, a.g.e., 390; Kenan TUNÇOMAĞ: İş, a.g.e., 502; Kazım Yücel DÖNMEZ: a.g.e., 313.

³⁴ Kenan TUNÇOMAĞ: Borçlar, a.g.e., 390; Kenan TUNÇOMAĞ: İş, a.g.e., 502.

³⁵ Kenan TUNÇOMAĞ: Borçlar, a.g.e., 390; Kenan TUNÇOMAĞ: İş, a.g.e., 502; Kazım Yücel DÖNMEZ: a.g.e. 313.

³⁶ Herman BECKER: a.g.e., 577.

zararın tazminini kapsar³⁷. Bu tazminat kural olarak kaybedilmiş kazancı (menfi kazanç) kapsamakla birlikte, müspet (olumlu) zararı da içine alabilir³⁸.

C. Cezaî Şartlı Rekabet Yasağı Sözleşmeleri

İşçinin rekabet yasağına aykırı davranması halinde işverenin bir zarara uğradığını ispatlaması her zaman çok kolay olmayabilir. Bu sebeple sözleşmede, hizmet sözleşmesi ile düzenlenmiş olan rekabet yasağına aykırı hareket halinde uygulanmak üzere cezaî şart kararlaştırılması işverene kolaylık sağlar³⁹. BK.m.159/1'e göre, "Alacaklı zarara duçar olmasa bile ceza lâzım olur." Yani cezaî şartlı sözleşmelerde zarar söz konusu olmasa bile, sözleşmenin ihlâli halinde, cezaî şart konusu miktar talep edilebilir.

Borcun ifa edilmemesi veya eksik ifa edilmesi halinde ödenmek üzere kararlaştırılan cezaî şart, seçimlik cezaî şarttır(BK.m.158/1)⁴⁰. Seçimlik cezaî şartlarda alacaklı dilerse borcun ifasını, dilerse cezaî şartı talep edebilir. Ancak bu hüküm emredici nitelikte olmadığı için taraflar aksini kararlaştırabilirler⁴¹. Örneğin taraflar, cezaî şartın muaccel olması halinde sadece onun istenebileceği ya da fazla zararın talep edilemeyeceği veya hem ifanın hem cezaî şartın istenebileceği konusunda anlaşabilirler⁴². BK.m.351/2'deki düzenleme ile bu esastan ayrılmıştır. Maddeye göre, "Memnuiyete muhalif hareket hakkında cezaî şart konulmuş ise, işçi,

³⁷ Kenan TUNÇOMAĞ: Borçlar, a.g.e., 390; Kenan TUNÇOMAĞ: İş, a.g.e., 503; Herman BECKER: a.g.e., 577.

³⁸ Kenan TUNÇOMAĞ: Borçlar, a.g.e., 390; Kenan TUNÇOMAĞ: İş, a.g.e., 503; Herman BECKER: a.g.e., 577.

³⁹ M. Polat SOYER: a.g.e., 80.

⁴⁰ Kenan TUNÇOMAĞ: Cezaî Şart, a.g.e., 44; Safa REİSOĞLU: a.g.e., 389; Fikret EREN: a.g.e., 1136.

⁴¹ Kenan TUNÇOMAĞ: Cezaî Şart, a.g.e., 44.

⁴² Kenan TUNÇOMAĞ: Cezaî Şart, a.g.e., 44; Alman Ticaret Kanununun 75'inci maddesinin ikinci fıkrasına göre, tüccar memurları taahhüt ettikleri rekabet yasağına aykırı davranırlarsa, patron sadece muaccel olmuş cezayı isteyebilir; borcun ifasını veya görmüş olduğu zararın tazminini talep edemez; bkz. Kenan TUNÇOMAĞ: Cezaî Şart, a.g.e., 44, dn.3.

kaideten meşrut ceza miktarını tediye ile memnuiyetten kurtulabilir.” BK.m.351'deki cezaî şarta ilişkin hükümler işçiyi korumak amacıyla koyulmuştur ve bu hükümler hizmet sözleşmesi ile ilgili olmayan rekabet yasağı sözleşmelerinde uygulanmaz⁴³. BK.m.351/2 uyarınca rekabet yasaklarına koyulan cezaî şartlar ifayı engelleyen türde cezaî şartlardandır⁴⁴. Bu nedenle borçlu (işçi), bu cezaî şart miktarını ödemekle sorumluluktan kurtulur. Cezaî şartlı rekabet yasağı sözleşmelerinde işçi kural olarak rekabet teşkil eden faaliyetini bırakmak zorunda tutulamaz⁴⁵. Bununla birlikte işçiye aynen ifa davası da açılmaz. Ancak BK.m.351/2, 2.cümleye göre zarar, bu miktarı aşkın ise, işçi fazla miktarı da tazminle yükümlü olur⁴⁶. Ancak bunun için işveren işçinin kusurunu ispatlamak zorundadır⁴⁷. Diğer ifayı engelleyen cezaî şartlarda alacaklı böyle bir talepte bulunamaz⁴⁸. İfayı engelleyen cezaî şartın varlığını ispat yükümlülüğü borçluya (işçiye) aittir⁴⁹.

Bunun istisnası BK.m.351/3'e göre, taraflarca ifaya eklenen cezaî şartın kararlaştırılması halidir. İfaya eklenen cezaî şart BK.m.158/2'de düzenlenmiştir. Buna göre alacaklı hem borcun ifasını hem de cezaî şartı talep edebilir. Rekabet yasağı sözleşmesinde hem kararlaştırılan cezanın ödenmesinin hem de ifanın istenebilmesi, BK.m.351/3'te düzenlenen sıkı koşullara bağlanmıştır.

⁴³ Necip BİLGE: Cezaî Şart, a.g.m., 106.

⁴⁴ Kenan TUNÇOMAĞ: Cezaî Şart, a.g.e., 47; Kenan TUNÇOMAĞ: Borçlar, a.g.e., 390; Kenan TUNÇOMAĞ: İş, a.g.e., 503.

⁴⁵ M. Polat SOYER: a.g.e., 81.

⁴⁶ Mesela, X AŞ. ile M.S.'nin aralarında yaptıkları hizmet sözleşmesinde, M.S. sözleşmenin sona ermesinden sonra en az on yıl müddetle bu işletmeyle rekabet etmemeyi ve bu sözleşmenin herhangi bir maddesine aykırı hareket ederek işverene zarar vermesi halinde işletmenin uğradığı her türlü zararın tamamını tazmin etmekle birlikte 1.500.000 TL. cezaî şart ödemeyi taahhüt etmiştir. Sözleşmenin bu hükmü, işçi MS.'nin rekabet yasağını ihlâl etmesi halinde 1.500.000 TL. cezaî şart miktarını ödemesi ve zararın daha fazla olması halinde ayrıca fazla olan zararı tazmin etmesi şeklinde yorumlanmalıdır. Bkz.Yaşar KARAYALÇIN: Hukukî Mütalâalar, a.g.e., 36,42.

⁴⁷ Haluk KÖSEOĞLU: a.g.m., 984; Kenan TUNÇOMAĞ: Borçlar, a.g.e., 390; Kenan TUNÇOMAĞ: İş, a.g.e., 503.

⁴⁸ Kenan TUNÇOMAĞ: Cezaî Şart, a.g.e., 121-122.

⁴⁹ Kenan TUNÇOMAĞ: Cezaî Şart, a.g.e., 47; Fikret EREN: a.g.e., 1138.

Rekabet yasağı sözleşmesinde cezaî şart, borca aykırı davranılmasıyla birlikte muaccel olur⁵⁰. Her ne kadar cezaî şart asıl borcun varlığına bağlı yan bir borç olsa da, asıl borçtan ayrı olarak teminat altına alınması mümkündür⁵¹. Ancak rekabet yasağına aykırılık hizmet sözleşmesinin sona ermesinden sonra söz konusu olabileceği için, işveren cezaî şartı teminat altına almak üzere işçinin ücretinden kesinti yapamaz⁵². Diğer yandan, cezaî şartın asıl borca bağlı bir borç olması sebebiyle, asıl borç bir şekle tabi ise cezaî şart da o şekilde kararlaştırılmalıdır⁵³. İşçinin işverenle yapacağı rekabet yasağı sözleşmesinin yazılı şekilde yapılması gerektiği için, ona bağlı cezaî şart da yazılı şekilde kararlaştırılmalıdır⁵⁴.

BK.m.161/3'e göre, hâkim fâhiş gördüğü cezaları indirmekle yükümlüdür. Her borç ilişkisinde olduğu gibi cezaî şartlı rekabet yasaklarında da hâkimin aşırı olan cezayı indirmesi mümkündür⁵⁵. Aşırı cezanın indirilebilmesi için⁵⁶, geçerli bir cezaî şart anlaşması bulunmalı, cezaî şart muaccel ve henüz ifa edilmemiş olmalı ve en önemlisi cezaî şart aşırı derecede yüksek olmalıdır. Hâkim her somut olaya göre cezaî şartın aşırı olup olmadığını takdir eder⁵⁷⁻⁵⁸. Hâkim cezanın aşırı olup olmadığını, hakkaniyet ölçülerini aşıp aşmadığını tespit ederken; alacaklının menfaatlerini ve uğramış olduğu zararı, tarafların kusurlu olup olmadığını ve

50 Kenan TUNÇOMAĞ: Cezaî Şart, a.g.e., 99.

51 Necip BİLGE: Cezaî Şart, a.g.m., 75.

52 M. Polat SOYER: a.g.e., 81.

53 Necip BİLGE: Cezaî Şart, a.g.m., 76.

54 Necip BİLGE: Cezaî Şart, a.g.m., 76-77.

55 Kenan TUNÇOMAĞ: Cezaî Şart, a.g.e., 130; Kenan TUNÇOMAĞ: Borçlar, a.g.e., 391; Kenan TUNÇOMAĞ: İş, a.g.e., 504.

56 Fikret EREN: a.g.e., 1140-1142.

57 Kenan TUNÇOMAĞ: Cezaî Şart, a.g.e., 144-145; Fikret EREN: a.g.e., 1141.

58 Yargıtay'a göre, bir şarap firmasında rekabet yasağı ve cezaî şartın kararlaştırıldığı hizmet sözleşmesi ile satış elemanı olarak çalışan işçinin kendi isteği ile işyerinden ayrıldıktan sonra aynı sektörde faaliyet gösteren bir başka işyerinde tanıtım ve pazarlama elemanı olarak çalışmaya başlaması ve sözleşmedeki rekabet yasağına aykırı davranması karşısında ödenmesi gereken cezaî şart miktarı BK.m.161/son dikkate alınarak hakkaniyete uygun olarak belirlenmelidir, Yarg.9.HD., 29.05.1997, 1997/6252 E., 1997/10506 K., bkz. İstanbul Barosu Bilgi Bankası Arşivi.

kusurun ağırlık derecesini, tarafların ekonomik durumlarını dikkate almalıdır⁵⁹. Hâkim ayrıca borca aykırılığın ağırlık derecesini, diğer bir deyişle borçlunun taahhüdüne ne kadar uygun davrandığını da tespit etmelidir⁶⁰. Örneğin, cezaî şartlı rekabet yasağı sözleşmesinin tarafı olan ve rekabet etmemeyi taahhüt eden işçinin, çalıştığı işyerine yakın bir yerde rakip bir işyeri açarak faaliyette bulunması halinde borca aykırılık ağır sayılmalı ve böyle bir durumda cezaî şart miktarının indirilmesi talebi reddedilmelidir⁶¹. Ancak bu sözleşmeyle korunan menfaatlere kıyasla borca aykırılığın ağır olmadığı durumlarda cezaî şart indirilebilir⁶². Cezaî şartın indirilebilmesi için borçlunun talepte bulunmasının gerekip gerekmediği doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre⁶³, aşırı cezaî şartın indirilebilmesi için borçlunun talepte bulunması gerekir. Diğer bir görüşe göre ise⁶⁴, borçlu talep etmese de hâkim kendiliğinden aşırı gördüğü cezaî şartı indirebilir. Bu şartların varlığı halinde hâkim her somut olayın özelliğine göre hakkaniyete uygun olarak aşırı cezaî şartı indirme yetkisine sahiptir. Bize göre de bu şartların gerçekleşmesi halinde, borçlu talep etmiş olmasa dâhi hâkim aşırı olan cezaî şartı kendiliğinden indimelidir.

4. AYNEN İFANIN SAĞLANMASI

BK.m.97/2-3'e göre, "Bir şeyin yapılmamasına taallûk eyleyen borca muhalif surette hareket eden kimse mücerret muhalefet ile zarar ve ziyan tediyesine mecburdur. Bundan başka alacaklı taahhüde muhalif olarak yapılan şeyin ref'ini isteyebilir. Alacaklı masrafları borçluya ait olmak üzere kendisi tarafından ref'e izin verilmesini de isteyebilir."

⁵⁹ Kenan TUNÇOMAĞ: Cezaî Şart, a.g.e., 146-150; Safa REİSOĞLU: a.g.e., 391.

⁶⁰ Kenan TUNÇOMAĞ: Cezaî Şart, a.g.e., 147.

⁶¹ Kenan TUNÇOMAĞ: Cezaî Şart, a.g.e., 147.

⁶² Kenan TUNÇOMAĞ: Cezaî Şart, a.g.e., 147.

⁶³ Kenan TUNÇOMAĞ: Cezaî Şart, a.g.e., 151 vd.

⁶⁴ Fikret EREN: a.g.e., 1142, dn.37'den naklen; Dönmez'e göre, BK.m.161/son hükmü kamu düzeni ile ilgili bir hüküm olduğu için hâkim bu durumu kendiliğinden göz önünde bulundurmalıdır. Bkz.Kazım Yücel DÖNMEZ: a.g.e., 321.

Rekabet yasağı sözleşmesinde bu imkân BK.m.351/3'teki birtakım koşulların gerçekleşmesi halinde söz konusu olur. BK.m.351/son'a göre, "İşçinin hareket tarzı ve ihlâl veya tehdit edilen menfaatlerin ehemmiyeti haklı gösteriyorsa ve tahrirî bir mukavele ile sarahaten bu hak muhafaza edilmiş ise, iş sahibi müstesna olarak meşrut olan cezanın tediyesinden ve onu müteceviz olan zararın tazmininden başka muhalefetin men'ini de talep edebilir." Doktrinde baskın görüş⁶⁵, rekabet yasağı sözleşmelerinde BK.m.97/3'ün değil, BK.m.351/3'ün uygulanmasıdır. Bize göre de, BK.m.351/3; BK.m.97/3'e göre özel hüküm olduğu için, rekabet yasaklarında bu hüküm uygulanmalıdır.

Bu hükme göre, işverenin hem cezaî şart miktarını hem de ifayı talep edebilmesi⁶⁶ için, öncelikle bu durum yazılı olarak kararlaştırılmış olmalıdır. Ayrıca işverenin rekabet yasağına aykırılık sebebiyle uğramış olduğu zarar cezaî şart miktarından önemli ölçüde büyük olmalı ve işçi objektif iyi niyet kurallarına ağır bir aykırılıkta bulunmalıdır⁶⁷. Diğer bir deyişle, işverenin ihlâl veya tehdit edilen menfaatleri ile işçinin hareket tarzı aynen ifayı haklı göstermelidir. İşçinin rekabet yasağına aykırı davranışlarda bulunmaya devam etmesi halinde, işletmenin varlığı tehlikeye düşecek ve dolayısıyla işveren önemli ölçüde zarar göreceyse rekabetin men'inde işverenin menfaatinin olduğu kabul edilir⁶⁸. Örneğin işçinin, işverenin iş ilişkisini kestiği bir firmada çalışmaya başlaması; müşteri çevresini ayartacak şekilde eski işverene ait malzemeleri kullanması gibi davranışlar dürüstlük

⁶⁵ Nuşin AYİTER: a.g.m., 474; Kenan TUNÇOMAĞ: Borçlar, a.g.e., 390; Kenan TUNÇOMAĞ: İş, a.g.e., 502; M. Polat SOYER: a.g.e., 85; aksi görüş için bkz. Nuşin AYİTER: a.g.m., 474, dn.38'den naklen.

⁶⁶ Rekabet etmeme borcu yapmama niteliğinde bir borç olduğu için, ifanın istenmesi, "hukuka aykırı durumun ortadan kaldırılması" anlamını taşır. Bkz. Kenan TUNÇOMAĞ: Borçlar, a.g.e., 391; Kenan TUNÇOMAĞ: İş, a.g.e., 504.

⁶⁷ Kenan TUNÇOMAĞ: Borçlar, a.g.e., 391; Kenan TUNÇOMAĞ: İş, a.g.e., 503-504.

⁶⁸ M. Polat SOYER: a.g.e., 87.

kurallarını ağır şekilde ihlâl eden davranışlar olarak kabul edilir⁶⁹. Aynı şekilde, işçinin rakip bir firmaya girerek cezaî şartı o firmaya ödetmesi de iyi niyet kuralına aykırı bir davranış olarak sayılır⁷⁰. Kanun işverenin rekabetin men edilmesini talep edebilmesi için, bu iki şartın bir arada gerçekleşmesi koşulunu aramaktadır. Bu koşulların gerçekleştiğini ispat yükü işverene aittir⁷¹.

İşverenin aynen ifayı diğer bir deyişle rekabetin men'ini isteyebilmesi için, sözleşmede cezaî şart kararlaştırılmış olmasının gerekip gerekmediği doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre⁷², cezaî şart kararlaştırılmış olsun ya da olmasın şartları varsa işveren aynen ifayı talep edebilmelidir. Nitekim yasa koyucunun cezaî şartsız rekabet yasağı sözleşmelerinde aynen ifayı yasaklayacağı düşünülemez. Diğer bir görüşe göre ise⁷³ aynen ifa ancak cezaî şart kararlaştırılmış olan rekabet yasaklarında söz konusu olabilir. Bize göre de rekabetin men'ini talep edebilmek için, sözleşmede cezaî şartın kararlaştırılmış olup olmamasının bir önemi yoktur. Kanunda aksine bir düzenleme olmadığı için BK.m.351/3'teki koşullar varsa, işveren aynen ifayı talep edebilmelidir.

5. KARŞI EDİMİN İSTENEMEMESİ

BK.m.348 vd. hükümlerinde tek tarafa borç yükleyen ivazsız rekabet yasağı sözleşmeleri esas alınmıştır. İşçinin rekabet yasağına uygun davranması karşılığında, işverenin karşı edim ödemeyi taahhüt edebileceği ivazlı rekabet yasağı konusunda herhangi bir düzenleme getirilmemiştir.

⁶⁹ M. Polat SOYER: a.g.e., 88.

⁷⁰ Nuşin AYİTER: a.g.m., 476.

⁷¹ M. Polat SOYER: a.g.e., 86.

⁷² M. Polat SOYER: a.g.e., 86; Fatih UŞAN: İş Sırrı, a.g.e., 270.

⁷³ Nuşin AYİTER: a.g.m., 474.

İvazlı rekabet yasağı sözleşmesi söz konusu olduğunda genel hükümler uygulanacaktır⁷⁴.

Karşı edim kararlaştırılan bir rekabet yasağı sözleşmesinde işçi, rekabet yasağını ihlâl ederse, işveren kural olarak BK.m.81 uyarınca borcunu ifa yükümlülüğünden kaçınabilir⁷⁵. İşverenin bu durumda, borçlunun temerrüdü halinde alacaklının dönme hakkını düzenleyen, BK.m.106 hükmünün kıyasen uygulanmasından yararlanarak sözleşmeyi sona erdirebilip erdiremeyeceği doktrinde tartışmalıdır. Doktrinde bir görüşe göre⁷⁶, işveren sözleşmenin bu şekilde devam etmesinden haklı olarak endişe duyuyorsa, ivazını geri isteyerek sözleşmeyi sona erdirebilir. Diğer bir görüşe göre ise⁷⁷, işveren sözleşmenin ihlâli halinde karşı edim yükümlülüğünden kurtulur. İşverenin sözleşmeyi sona erdirmesi halinde rekabetin önlenmesi imkânı da ortadan kalkar. Dolayısıyla işçinin karşı edim kararlaştırılmış olan rekabet yasağını ihlâl etmesi sebebiyle, sözleşmesinin işveren tarafından sona erdirilmesinin pratik bir önemi yoktur⁷⁸. Kanaatimizce de, işverenin sözleşmeyi feshetmek yerine sözleşmeye ivazsız rekabet yasağı sözleşmesi olarak devam etmesi, onun daha lehine olacaktır.

İşveren, işçi ile rekabet yasağı sözleşmesi yaptıktan sonra işçiye ücrete ek olarak bir ivaz vermişse; işçinin yasağı ihlâl etmesi halinde bu ivazı sebepsiz iktisap kurallarına göre geri isteyebilir⁷⁹. Ancak burada iade yükümlülüğü, karşı edimin tamamı için değil, sözleşmeye aykırı davranışın süresiyle orantılı bir miktar için söz konusu olur⁸⁰. Nitekim ivazlı rekabet yasağı sözleşmesinde işverenin karşı edim ödeme yükümlülüğü, işçinin

⁷⁴ M. Polat SOYER: a.g.e., 90.

⁷⁵ M. Polat SOYER: a.g.e., 90.

⁷⁶ Nuşin AYİTER: a.g.m., 464.

⁷⁷ M. Polat SOYER: a.g.e., 91, dn.103'ten naklen.

⁷⁸ Bkz. M. Polat SOYER: a.g.e., 91, dn.103.

⁷⁹ Senai OLGAC: a.g.e., 441; Nafiz ERDEM: a.g.e., 909; M. Polat SOYER: a.g.e., 91.

⁸⁰ M. Polat SOYER: a.g.e., 91.

sözleşmeyi ihlâl ettiği süre boyunca ortadan kalkar. İşçinin ihlâle son vermesi ya da ihlâl halinde rekabetin men'ine karar verilmesi sebebiyle yasağa uygun davranmaya başlamasıyla birlikte, işverenin karşı edim yükümlülüğü yeniden doğar⁸¹.

II. İŞVERENİN SORUMLULUĞU

Rekabet yasağı sözleşmesinin işveren tarafından ihlâli ancak ivazlı rekabet yasağı sözleşmelerinde, işverenin sözleşmede kararlaştırılan karşı edimi ifa etmemesi halinde mümkün olabilir. İşveren, karşı edim yükümlülüğünü yerine getirmemesi halinde aynen ifa talebinde bulunabilme hakkını kaybetmez⁸². Bununla birlikte, karşı edim yükümlülüğünü yerine getirmeyen işverene karşı işçi, ödemelik def'i ileri sürerek rekabet teşkil eden bir davranışta bulunma hakkına sahip değildir⁸³. Nitekim ödemelik def'inin ileri sürülebilmesi için edimler arasında değişim ilişkisinin bulunması gerekir⁸⁴. Bağımsız olarak dava edilebilen yan yükümlülükler kural olarak değişim ilişkisi içinde yer almazlar ve değişim ilişkisi içinde bulunmayan yan edim yükümleri hakkında ödemelik def'ine ilişkin hükümler uygulanamaz⁸⁵. Rekabet yasağı da bağımsız olarak dava edilebilen yan yükümlerdendir⁸⁶⁻⁸⁷.

⁸¹ M. Polat SOYER: a.g.e., 91.

⁸² M. Polat SOYER: a.g.e., 92.

⁸³ M. Polat SOYER: a.g.e., 92.

⁸⁴ Andreas VON TUHR: a.g.e., 526; M.Kemal OĞUZMAN/Turgut ÖZ: Borçlar Hukuku, 3.b. (İstanbul 2000), 261; Fikret EREN: a.g.e., 948-950.

⁸⁵ Fikret EREN: a.g.e., 949.

⁸⁶ Bkz. yukarıda, Birinci Bölüm, 26.

⁸⁷ Aksi görüş, "Davalı akdin icra edilmediği def'ini dermeyer ederek bir ücret mukabilinde taahhüt ettiği bir şey yapmamak borcuna riayetden imtina edebilir. Binaenaleyh davalı bir ücret mukabilinde davacıya rekabet etmemeyi taahhüt etmiş ve kararlaştırılan ücret kendisine verilmemiş ise, rekabet memnuiyeti şartına riayet etmeye mecbur değildir; diğer taraf taahhüdünü yerine getirmediği müddetçe mukavele ile menedilen rekabete müteallik efalde bulunabilir." Bkz. Andreas VON TUHR: a.g.e., 526, dn.44.

İşçi, karşı edim yükümlülüğünü yerine getirmeyen işverene karşı borçlunun temerrüdü hükümlerinin uygulanması yoluna gidebilir⁸⁸. BK.m.106/1'e göre, karşılıklı borçları içeren bir sözleşmede taraflardan biri mütemerrit olursa, diğer taraf borcun ifa edilmesi için uygun bir süre verebilir ya da uygun bir sürenin verilmesini hâkimden isteyebilir. BK.m.107'e göre, borçlunun davranışından süre tayininin faydasız kalacağı anlaşılmaktaysa veya ortada kesin vadeli bir işlem varsa süre tayinine gerek yoktur.

Borçlu kendisine verilen ek süre içinde edimini yerine getirmezse, alacaklı BK.m.106/2'deki seçimlik haklardan birisini kullanabilir. Maddeye göre, alacaklı edimin aynen ifası ile birlikte gecikme tazminatı talep edebilir veya aynen ifa ile gecikme tazminatından vazgeçtiğini borçluya derhal bildirerek borcun ifa edilmemesinden doğan zarar ve ziyarı talep edebilir veya sözleşmeyi feshedebilir. Burada fesih kelimesi kullanılmıştır. Ancak bu sözcükten "sözleşmeden dönme" anlaşılmalıdır⁸⁹.

III. YENİ İŞVERENİN SORUMLULUĞU

1. GENEL OLARAK

Bir işletmenin başarı unsurlarından birisi iyi seçilmiş ve yetiştirilmiş kalifiye personeldir. Personel gerek teknik gerekse meslekî bilgi ve becerisi, müşterileri tanınması ve iş sırlarını bilmesi bakımından işletmeler arasında rekabete sebep olabilir⁹⁰. 1475 s. İş K.m.15, 4857 s. İş K.m.23'te işletme personelinin sözleşmesini haksız feshederek bir başka işverenin yanında

⁸⁸ M. Polat SOYER: a.g.e., 92.

⁸⁹ Rona SEROZAN: Sözleşmeden Dönme (İstanbul 1975), 161; Özer SELİÇİ: Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi (İstanbul 1977), 214; Safa REİSOĞLU: a.g.e., 330; Kemal OĞUZMAN/Turgut ÖZ: a.g.e., 391; Fikret EREN: a.g.e., 1065; aksi görüş, işçinin ifadan vazgeçmesi halinde sözleşmeyi feshettiği kabul edilmelidir; bkz.M. Polat SOYER: a.g.e., 92.

⁹⁰ Fahri Halil ÖRS: a.g.e., 59.

çalışmaya başlaması halinde, işçinin sorumluluğu yanında birtakım şartlarla yeni işverenin de sorumluluğu düzenlenmiştir. Doktrinde söz konusu maddelerin, işçilerin yeni işverenin sunduğu daha yüksek ücret veya daha çekici iş şartlarından etkilenecek sözleşmelerini haksız feshetmeleri sonucu işverenler arasında oluşacak haksız rekabeti önlemek⁹¹, işvereni korumak ve iş hayatında dürüstlük ve kararlılığın gerçekleşmesini sağlamak⁹², işçinin sözleşmeyi haksız feshinden yeni işvereni de sorumlu tutarak işçinin iş bulmasını zorlaştırmak ve haksız feshe engel olmak⁹³, iş hayatının düzen içinde yürümesi, işletmelerin birbirleriyle haksız rekabette bulunmamaları için; halk arasında “işçi ayartma” olarak nitelendirilen olaya sebebiyet verilmesini önlemek⁹⁴ amacıyla düzenlendiği kabul edilmektedir.

4857 s. İş K.m.23’de yeni işverenin sorumluluğu için yürürlükten kalkan 1475 s. İş K.m.15’in⁹⁵ aksine zarar koşulu kaldırılmıştır. Söz konusu maddeye göre, “Süresi belirli olan veya olmayan sürekli iş sözleşmesi ile bir işverenin işine girmiş olan işçi, sözleşme süresinin bitmesinden önce yahut bildirim süresine uymaksızın işini bırakıp başka bir işverenin işine girerse sözleşmenin bu suretle feshinden ötürü, işçinin sorumluluğu yanında, ayrıca yeni işveren de aşağıdaki hallerde sorumludur.

- a) İşçinin bu davranışına, yeni işe girdiği işveren sebep olmuşsa.
- b) Yeni işveren, işçinin bu davranışını bilerek onu işe almışsa,

⁹¹ Bu görüş için karşılaştırmalı olarak bkz.Ferit H. SAYMEN: a.g.e., 586; A.Lütfi MUSLUOĞLU: “İşçinin İş Akdini Haksız Feshi ve Yeni İşverenin Sorumluluğu”, İş Hukuku Dergisi, c.1, S.7 (Temmuz 1969), 610; Aslı TUTUCU/Serkan ODAMAN: “İş Kanunu 15.madde Uyarınca İşyerini Terkeden İşçiyi Çalıştıran Yeni İşverenin Sorumluluğunun Koşulları ve Hukukî Niteliği”, Nuri Çelik’e Armağan, c.2 (İstanbul 2001), 1385; Fatih UŞAN: İş Sırrı, a.g.e., 300.

⁹² Mustafa ÇENBERCİ: İş Kanunu Şerhi (Ankara 1986), 517.

⁹³ M.Kemal OĞUZMAN: Hizmet “İş” Akdinin Feshi (İstanbul 1955) , 279-280.

⁹⁴ Cevdet İlhan GÜNAY: İş Hukuku (Ankara 2003), 482.

⁹⁵ 1475 s. İş K.m.15’in içeriği ve 4857 s. İş K.m.23’den farkı ile ilgili olarak ayrıca bkz., 144-145.

c) Yeni işveren işçinin bu davranışını öğrendikten sonra dahi onu çalıştırmaya devam ederse.”

2. SORUMLULUK ŞARTLARI

Kanun koyucu İş K.m.23 ile işçi ayartma eylemine ilişkin özel bir düzenleme getirmiştir. İş K.m.23 uyarınca yeni işverenin sorumluluğu için şu koşullar gerekmektedir.

a. İşçinin İş Kanununa Tabi Sürekli Bir İşte Hizmet Sözleşmesi ile Çalışması

İş K.m.23'ün uygulanabilmesi için işçinin yaptığı iş sürekli bir iş olmalıdır⁹⁶. Nitekim İş K.m.10/2'de süreksiz işlerde İş K.m.23'ün uygulanamayacağı düzenlenmiştir. Aynı zamanda çalışan kişi İş Kanununa tabi bir işte çalışmalıdır. Bu maddenin uygulanması bakımından işçinin hizmet sözleşmesiyle çalışması yeterlidir; bu sözleşmenin belirli ya da belirsiz süreli olmasının önemi yoktur⁹⁷.

b. Yürürlükte Olan Hizmet Sözleşmesinin İşçi Tarafından Süresinden Önce Ya Da Bildirim Sürelerine Uymaksızın Feshedilmesi

İş K.m.23'ün uygulanabilmesi için öncelikle işçi sözleşme yürürlükte iken işyerinden ayrılmalıdır⁹⁸. Ayrıca işçi belirli süreli iş sözleşmesi

⁹⁶ Ferit H. SAYMEN: a.g.e., 586.

⁹⁷ Aslı TUTUCU/Serkan ODAMAN: a.g.m., 1388.

⁹⁸ Mustafa ÇENBERCİ: a.g.e., 518; Sabahattin YÜREKLİ: “Yeni İşverenin Sorumluluğu ve Cezaî Şart”, (Karar İncelemesi), Hayri Domaniç'e 80.Yaş Günü Armağanı, c.2 (İstanbul 2001), 1092.

ile çalışıyorsa, sözleşme süresinin bitiminden önce; belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışıyorsa bildirim sürelerine uymaksızın işi terk etmelidir.

İşçinin belirli süreli iş sözleşmesini hiçbir haklı sebep göstermeksizin süresinden önce feshetmesi haksız fesih oluşturur⁹⁹. İşçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini bildirim sürelerine uymaksızın feshetmesi halinde ise usulsüz fesih söz konusu olur¹⁰⁰. Sözleşmenin usulüne uygun feshedilmesi ya da süre bitimi sebebiyle ortadan kalkması halinde bu madde uygulanamaz.

c. İşini Terk Eden İşçinin Başka Bir İşverenin İşine Girmesi

İşini terk eden işçinin boşta gezmesi veya kendi hesabına çalışmaya başlaması halinde, İş K.m.23 anlamında sorumluluk hükümleri uygulanmayacaktır. Söz konusu maddenin uygulanabilmesi için bir görüşe göre¹⁰¹, işçinin başka bir işverenle hizmet sözleşmesi yapması gerekmektedir. Ancak burada hizmet sözleşmesinin yapılmış olması yeterlidir; işçinin fiilen o işte çalışması zorunlu değildir¹⁰². Diğer bir görüşe göre ise¹⁰³, işçinin yeni işverenin emri altında çalışması ve işgücünü yeni işverenin buyruğuna hazır bulundurması yeterlidir. İşçinin yeni işverenle bir hizmet sözleşmesi imzalaması şart değildir. Nitekim kanunda "yeni işverenin işine girerse" ifadesi kullanılmış; yeni işverenle sözleşme imzalanmasından söz edilmemiştir. Bize göre de, işçinin yeni işverenle hizmet sözleşmesi yapması şart değildir. İşçinin işe girmesi ve işverenin emri altında bulunması

⁹⁹ Tankut CENTEL: İş, a.g.e., 193. Bkz.Ünal NARMANLIOĞLU: Ferdi İş, a.g.e., 258, dn.27; Nuri ÇELİK: a.g.e., 213.

¹⁰⁰ İş sözleşmesi kanunda belirtilen ya da sözleşmede kararlaştırılan bildirim sürelerine uyulmadan feshedilirse usulsüz fesih söz konusu olur. Bkz.Ünal NARMANLIOĞLU: Ferdi İş, a.g.e., 286-287.

¹⁰¹ Aslı TUTUCU/Serkan ODAMAN: a.g.m., 1393; Fatih UŞAN: İş Sırrı, a.g.e., 307.

¹⁰² Mustafa ÇENBERCİ: a.g.e., 518-519; Sabahattin YÜREKLİ: a.g.m., 1093; Aslı TUTUCU/Serkan ODAMAN: a.g.m., 1393; Fatih UŞAN: İş Sırrı, a.g.e., 307.

¹⁰³ Reşat ATABEK: a.g.e., 101.

halinde fiili iş ilişkisi kurulmuş olur. Kanunda da işçinin yeni işverenle hizmet sözleşmesi yaparak onun yanında çalışmaya başlamasına ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Kanundaki “yeni işverenin işine girerse” ifadesi hizmet sözleşmesinin bulunmasının şart olmadığını ve fiili iş ilişkisinin kurulmasının yeterli olduğunu gösterir.

Yeni işverenin sorumlu olabilmesi için ona ait işyerinin İş Kanunu kapsamında bir işyeri olması gerekir¹⁰⁴. Eski İş Kanununun yürürlüğü sırasında İş Dairesince yapılmış 22.11.1937 gün ve 3030 sayılı bildiriye göre, “...işçiler işlerini terk ettikten sonra Kanunun şümulüne girmeyen tarla işlerinde çalıştıklarına nazaran 14 (şu anda 23)'üncü maddenin burada tatbikine imkân yoktur”¹⁰⁵.

d. İşçinin Bu Fiilinden Bir Zararın Doğmasının Gerekip Gerekmediği

1475 s. İş K.m.15'te yeni işverenin sorumluluğu için işverenin, işçinin bu fiilinden zarar görmüş olması koşulu aranmaktadır. Ancak 4857 s. İş K.m.23'te bu düzenlemede bir değişiklik yapılmış ve yeni işverenin, işçinin sözleşmesini usulsüz ya da haksız feshinden dolayı işçi ile birlikte sorumlu olduğu düzenlenmiştir. Yeni düzenleme ile eski işverenin zararı söz konusu olmasa bile yeni işverenin sorumlu olacağı kabul edilmiştir¹⁰⁶.

¹⁰⁴ M. Kemal OĞUZMAN: a.g.e., 281.

¹⁰⁵ M. Kemal OĞUZMAN: a.g.e., 281.

¹⁰⁶ İş K.m.23'ün hükümet gerekçesine göre, “1475 s. İş Kanununun 15 inci maddesindeki düzenleme hemen hemen aynı şekilde maddede düzenlenmiştir. Yapılan tek değişiklik, yeni işverenin sorumluluğu için, işçinin bu davranışından dolayı eski işverenin zarar görmüş olmasının aranmayışıdır. İşçinin işi bırakmasına yeni işverenin sebep olması veya işçinin uygun olmayan bu davranışını bilerek onu işe alması ya da çalıştırmaya devam etmesi durumlarında, eski işverenin herhangi bir zararı söz konusu olmasa dahi, işçi ile birlikte yeni işveren de sorumlu tutulabilecektir.”

1475 s. İş Kanunu döneminde yeni işverenin sorumluluğu için zarar koşulu aranması sebebiyle, eski işveren ancak zarara uğradığını ispat ederse yeni işverene başvurabilmektedir. Yargıtay da 1475 s. İş K. döneminde verdiği kararlarında, eski işverenin uğramış olduğu zarar ispat edilmeden işten ayrılan işçinin yanında, onu işe alan yeni işverenin de sorumlu tutulmasını isabetsiz bulmuştur¹⁰⁷. Örneğin bir olayda, "Davacı banka, davalılardan Ö.B.'nin çalışırken istifa ederek ayrıldıktan sonra diğer davalı bankada işe girdiğinden söz edilerek 1475 s. İş Kanununun 15'inci maddesine dayanarak her iki davalının olaydan müştereken ve müteselsilen sorumlu olmaları nedeniyle ihbar tazminatı isteğinde bulunmuştur. Mahkemece, davalı banka sorumlu tutularak hüküm kurulmuştur. Anılan 15. maddede yeni işverenin sorumluluğu eski işverenin zarara uğraması şartına bağlanmıştır. Böyle bir zarar davacı tarafından ispat edilmeden yeni işverenin sorumlu tutulması hatalıdır"¹⁰⁸.

Yargıtay kararına konu olan bir başka olayda¹⁰⁹, işçi belirsiz süreli hizmet sözleşmesini bildirim süresine uymaksızın feshetmiş ve eski işveren, işçi ve yeni işverene karşı açtığı davada, işçiye hak etmemiş olduğu halde ödemiş olduğu ücret ve ihbar tazminatı talebinde bulunmuş, yerel mahkeme her iki talebi de hüküm altına almış; ancak Yargıtay, yeni işverenin, işçinin eski işverene olan ücret borcundan sorumlu tutulamayacağına ve ihbar tazminatı talebi için de eski işverenin zarara uğradığını ispat etmesi gerektiğine karar vermiştir. Oysa ihbar tazminatı talep edebilmek için zararın gerçekleşmiş olması şart değildir. 1475 s. İş K.m.13/4, 4857 s. İş K.m.17/4 uyarınca ihbar tazminatı talep edebilmek için taraflardan birinin bildirim süresine uymadan sözleşmeyi feshi yeterlidir. Usulsüz feshe maruz kalan

¹⁰⁷ Yarg.9.HD., 22.5.2002, 2002/877 E., 2002/8779 K.; Yarg.9.HD., 3.2.1999, 1999/143 E., 1999/1324 K.; Yarg.9.HD., 9.3.1998, 1998/99 E., 1998/3593 K.; Yarg.9.HD., 11.2.1998, 1997/20968 E., 1998/1381 K. Bkz. www.kazanci.com.tr.

¹⁰⁸ Yarg.9.HD., 9.3.1998, 1998/99 E., 1998/3593 K. Bkz. www.kazanci.com.tr.

¹⁰⁹ Yarg.9.HD., 3.2.1999, 1998/18845 E., 1999/132 K. Bkz. Ömer EKMEKÇİ: a.g.t., 61-62.

tarafın zarara uğraması koşulu aranmamaktadır. 1475 s. İş Kanunu döneminde Yargıtay'a göre eski işverenin zarara uğradığını ispatlaması halinde, yeni işverenden ihbar tazminatı talep edebilme hakkı varken; kimi yazarlara göre ise¹¹⁰, eski işveren ihbar tazminatını ancak işçiden talep edebilmektedir.

Kanaatimizce, yeni İş Kanunu ile zarar koşulunun kaldırılması isabetli olmuştur. Böylece, eski işveren zarar görmüş olsun ya da olmasın, İş K.m.23'teki koşulların gerçekleşmesi halinde, sözleşmenin usulsüz ya da haksız feshinden doğan haklarını yeni işverenden talep edebilecektir. Yeni İş Kanunundaki bu düzenleme ile, ihbar tazminatının yeni işverenden talep edilip edilememesine ilişkin tartışmaların da sona ermesi gerekmektedir. Nitekim İş K.m.23'te fesihten doğan hakların işçiyle birlikte yeni işverenden de talep edilebileceği düzenlenmiştir ve ihbar tazminatı da sözleşmenin usulsüz feshinden doğan bir haktır.

Cezaî şartın yeni işverenden istenebilmesi de tartışmaya açıktır. 1475 s. İş K. döneminde Yargıtay bir kararında, işçinin hizmet sözleşmesini süresinden önce haksız olarak feshetmesi halinde sözleşmede kararlaştırılan cezaî şartın yeni işverenden talep edilemeyeceğini belirtmektedir¹¹¹. Yürekli'ye göre¹¹², cezaî şart talep edebilmek için zarar koşulu olmadığından 1475 s. İş K.m.15'e göre yeni işveren kararlaştırılan cezaî şarttan sorumlu tutulamaz. Ancak eski işçiden cezaî şart talep etmek mümkündür. Atabek'e göre ise¹¹³, eski işverenle işçi kanun veya sözleşmenin hükümlerine uyulmadan sözleşmeye son verildiği takdirde cezaî şartın ödenmesini kararlaştırmışlarsa, yeni işverenin bu cezaî şartı ödeme yükümlülüğü vardır.

¹¹⁰ Ömer EKMEKÇİ: a.g.t., 62; Cevdet İlhan GÜNAY: a.g.e., 482.

¹¹¹ Yarg.9.HD., 21.09.1999, 1999/8717 E., 1999/14063 K. Bkz.Çimento İşveren, c.13, S.6 (Kasım 1999), 22-23.

¹¹² Sabahattin YÜREKLİ: a.g.m., 1104.

¹¹³ Reşat ATABEK: a.g.e., 102.

Uşan'a göre de¹¹⁴, zarar şartına bağlı olmaksızın cezaî şartın işçiyle birlikte yeni işverenden de talep edilmesi mümkündür. Bize göre de, İş K.m.23'teki düzenleme ile, eski işverenin işçiyle birlikte yeni işverenden de cezaî şart talep edebilmesi mümkündür. Eğer taraflar belirli süreli hizmet sözleşmesinin süre bitiminden önce yahut belirsiz süreli hizmet sözleşmesinin bildirim süresine uyulmadan feshi halinde cezaî şart ödenmesini kararlaştırmışlarsa, eski işveren 23'üncü maddedeki koşulların gerçekleşmesi şartıyla, bu cezaî şartın ödenmesini işçiyle birlikte yeni işverenden de talep edebilir. Nitekim kanunda sözleşmenin haksız ya da usulsüz feshinden dolayı işçiyle birlikte yeni işverene de başvurulabileceği düzenlenmiştir. Cezaî şart da sözleşmenin bu şekilde feshinden doğan sonuçlardan biridir.

e. İşçinin Bu Davranışına Yeni İşverenin Sebep Olması veya Yeni İşverenin İşçinin Bu Davranışını Bilerek Onu İşe Alması veya İşçinin Bu Davranışını Sonradan Öğrenmesine Rağmen Onu Çalıştırmaya Devam Etmesi

İş K.m.23 işçinin sözleşmeyi haksız ya da usulsüz feshinden dolayı yeni işverenin sorumluluğu hallerini üç sebebe bağlamıştır.

aa. İşçinin Bu Davranışına Yeni İşverenin Sebep Olması

İş K.m.23/a'ya göre yeni işverenin sorumluluğu için, işçinin bu davranışına yeni işveren sebep olmalıdır. Yani yeni işveren işçiyi kendi işine almak için onu teşvik edici birtakım hareketlerde bulunmalıdır¹¹⁵. Maddedeki sebep olma ayartma demek değildir. Sebep olma ayartmayı da kapsayan bir

¹¹⁴ Fatih UŞAN: İş Sırrı, a.g.e., 305.

¹¹⁵ Ferit H. SAYMEN: a.g.e., 588; Mustafa ÇENBERCİ: a.g.e., 519; Sabahattin YÜREKLİ: a.g.m., 1093; Fatih UŞAN: İş Sırrı, a.g.e., 309.

üst kavramdır¹¹⁶. Ayartma, sebep olmanın daha yoğun bir çeşidi olarak birtakım vaadlerle işçinin işini bırakma kararı almasına neden olan bir durumken; sebep olma, işçinin daha önce almış olduğu zamansız işi bırakma kararının yerine getirilmesini güçlendiren ve kolaylaştıran bir durumdur¹¹⁷.

Genel olarak ayartma bir işletmenin, diğer bir işletmenin işçi, personel gibi yardımcı şahıslarının işyerini değiştirmesine yönelik gayret göstermesi şeklinde tanımlanır¹¹⁸. Ayartma eyleminin en temel özelliği, işçinin bir işletmeyle arasında mevcut olan sözleşme ilişkisinin, başka bir işletmeyle yeni bir sözleşme yapmak suretiyle bozulmasıdır¹¹⁹. İşveren ayartma eylemini, bir işyerinde çalışan işçinin sahip olduğu bilgi ve tecrübelerden kendi işyerinde faydalanmak veya işçinin eski işverene ait müşteri çevresini kazanmak amacıyla yapabilir¹²⁰. Yeni işverenin İş K.m.23/a sebebiyle sorumlu olabilmesi için, ayartma eyleminin kasıtlı olması gerekir¹²¹.

Kanun 23'üncü maddede sadece işverenden bahsediyorsa da, işveren vekili için de aynı hükmün uygulanabilmesi gerekir¹²². Nitekim İş K.m.2/5'e göre, "Bu kanunda işveren için öngörülen her çeşit sorumluluk ve zorunluluklar işveren vekilleri hakkında da uygulanır."

¹¹⁶ Mustafa ÇENBERCİ: a.g.e., 519; M. İ. YELEKÇİ: İş Kanunu Şerhi (Ankara 1998), 239; Sabahattin YÜREKLİ: a.g.m., 1093; Fatih UŞAN: İş Sırrı, a.g.e., 309; aksi görüş, "Buna başkasının işçisini ayartma denir.", bkz.Kenan TUNÇOMAĞ: İş, a.g.e., 455; M. Kemal OĞUZMAN: a.g.e., 279.

¹¹⁷ M. İ. YELEKÇİ: a.g.e., 239; Sabahattin YÜREKLİ: a.g.m., 1093.

¹¹⁸ Kemal ŞENOCAK: a.g.m., 193.

¹¹⁹ Kemal ŞENOCAK: a.g.m., 194.

¹²⁰ Kemal ŞENOCAK: a.g.m., 196.

¹²¹ Reşat ATABEK: a.g.e., 102; Sabahattin YÜREKLİ: a.g.m., 1093.

¹²² Ferit H. SAYMEN: a.g.e., 588; A. Lütfi MUSLUOĞLU: a.g.m., 613; Mustafa ÇENBERCİ: a.g.e., 519.

bb. Yeni İşverenin İşçinin Bu Davranışını Bilerek Onu İşe Alması

Yeni işveren, işçiyi bu davranışa teşvik etmemekle beraber, işçinin sözleşmesini usulsüz ya da haksız feshettiğini bilerek onu işe alırsa yine sorumlu olur. Örneğin, rakip bir işyerinde çalışan bir ustanın işini terk ettiğini öğrenen işveren onun bu davranışını bilerek onu işe alırsa İş K.m.23/b'den kaynaklanan bir sorumluluk söz konusu olur¹²³. Buna karşın, işçinin belirli süreli iş sözleşmesini süre bitiminden önce sona erdirmesi, ancak işçinin işi bırakmasından sonra geçen süre içinde sözleşmenin süre bitimi nedeniyle sona ermesi halinde yeni işveren sorumlu tutulamaz¹²⁴. Aynı şekilde, işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini bildirim süresine uymadan sona erdirmesi, ancak işçinin işi terk etmesinden sonra geçen süre içinde bildirim süresinin geçmesi sebebiyle sözleşmenin sona ermesi halinde de yeni işverenin sorumluluğu söz konusu olmaz¹²⁵. Deneme süreli yapılan sözleşmelerde de, eğer taraflar bildirim süresi kararlaştırmamış yahut kararlaştırılan bildirim süresi sona ermişse, bu durumdaki işçiyi işe alan yeni işveren de sorumlu olmayacaktır¹²⁶.

cc. Yeni İşverenin İşçinin Bu Davranışını Sonradan Öğrenmesine Rağmen Onu Çalıştırmaya Devam Etmesi

İş K.m.23/c, hizmet sözleşmesini kanuna aykırı olarak sona erdiren işçiyi işe alan yeni işverenin, işçinin bu davranışını öğrendikten sonra dahi onu çalıştırmaya devam etmesinden doğan sorumluluğunu düzenlemektedir. Burada öğrenme, işverenin bu hususta kanaat getirmesi

¹²³ Ferit H. SAYMEN: a.g.e., 588.

¹²⁴ Reşat ATABEK: a.g.e., 103; Mustafa ÇENBERCİ: a.g.e., 520.

¹²⁵ Reşat ATABEK: a.g.e., 103; Mustafa ÇENBERCİ: a.g.e., 520.

¹²⁶ Mustafa ÇENBERCİ: a.g.e., 520; Sabahattin YÜREKLİ: a.g.m., 1092.

şeklinde anlaşılmalıdır¹²⁷. Örneğin, işverenin işçinin bu davranışını imzasız bir mektupla haber alması yahut işçiler arasında dolaşan söylentileri duyması veya eski işverenin ihbar etmesi yeterli değildir¹²⁸. İşverenin böyle bir durum karşısında olayı araştırarak gerçeği ortaya çıkarması gerekir¹²⁹. Yeni işveren işçiden bonservis ibraz etmesini talep ederse, işçinin sözleşmesini kanuna aykırı şekilde feshedip etmediğini öğrenebilir ve bonservis ibraz edemeyen işçi ile sözleşme yapmaktan kaçınarak sorumluluktan kurtulabilir¹³⁰.

Yeni işveren, işçinin bu davranışını öğrendikten sonra onu çalıştırmaya devam etmese dahi, onun işgücünü emri altında hazır bulundurursa yine İş K.m.23 anlamında sorumlu olur¹³¹. Yeni işveren sorumluluktan kurtulabilmek için, kanuna aykırı olarak işi terk ettiğini öğrendiği işçinin sözleşmesini feshetmelidir¹³². Ancak işçi sözleşmesini usulsüz feshetmemişse ya da yeni işveren işçinin bu davranışını öğrendiğinde, sözleşme süre bitimi ya da bildirim süresinin geçmesi sebebiyle sona ermişse, yeni işveren işçinin sözleşmesini feshetmek zorunda değildir¹³³.

¹²⁷ Reşat ATABEK: a.g.e., 103; Ferit H. SAYMEN: a.g.e., 588.

¹²⁸ Ferit H. SAYMEN: a.g.e., 588.

¹²⁹ Ferit H. SAYMEN: a.g.e., 588.

¹³⁰ Ferit H. SAYMEN: a.g.e., 588.

¹³¹ Mustafa ÇENBERCİ: a.g.e., 521.

¹³² Ferit H. SAYMEN: a.g.e., 589; İşçinin bu davranışını öğrendikten sonra onun sözleşmesini fesheden yeni işveren İş K.m.23 anlamında sorumluluktan kurtulurken; işçiyi ayartan ya da onun bu davranışını bilerek işe alan işveren, işçinin sözleşmesini feshetse dahi sorumluluktan kurtulamaz. Bkz.M. Kemal OĞUZMAN: a.g.e., 280, dn.201.

¹³³ Reşat ATABEK: a.g.e., 104; Ferit H. SAYMEN: a.g.e., 588-589; Mustafa ÇENBERCİ: a.g.e., 521; "Fesih hakkının suistimali halinde ödenecek tazminata ait, Fransız Çalışma Kodunun I. Kitabının 23. maddesine 5 Şubat 1932 tarihli kanunla ilâve edilen bir hüküm, aynı şekilde bu tazminattan yeni işvereni mes'ul tutarken bu mesuliyeti, işverenin müddetli akidlerde akdin müddeti, müddetsiz akitlerde de feshi ihbar mühleti esnasında-işçinin suistimal ettiğini-öğrenmesine rağmen çalıştırmakta devam etmesi haline münhasır kılmıştır." Bkz.M. Kemal OĞUZMAN: a.g.e., 280, dn.202.

Doktrinde, yeni işverenin işçinin bu davranışı öğrenmesi halinde sözleşmeyi ne şekilde feshetmesi gerektiği konusunda görüş birliği bulunmamaktadır. Oğuzman'a göre¹³⁴, bu durumda işveren sözleşmeyi derhal feshetmekle yükümlüdür. İşçinin önceki sözleşmesini haksız feshi, yeni işverene haklı sebeple fesih yükümlülüğü vermektedir¹³⁵. Tutucu/Odaman'a göre de¹³⁶, yeni işveren eski İş K.m.18, İş K.m.26'daki altı işgünlük süre içinde işçinin sözleşmesini derhal feshetmelidir. Saymen'e göre ise¹³⁷, işveren bildirim sürelerine uyarak sözleşmeyi bildirimli olarak feshetmeli ve işçiye yeni iş arama izni vermelidir. Sözleşmenin derhal feshi, hem işçi hem de yeni işveren aleyhinedir ve eski işverene de bir yararı yoktur.

Bize göre, böyle bir durumda işçinin sözleşmesini İş K.m.23'te belirtilen şekilde feshetmesine yeni işveren sebep olmadığı ve işçiye işe aldığı sırada bu durumu bilmediği için, sözleşmenin bu şekilde feshinden yeni işveren sorumlu tutulmamalıdır. Bununla birlikte yeni işverenin sözleşmenin bu şekilde feshinden sorumlu tutularak, bu sorumluluktan kurtulmak için işçinin sözleşmesini feshetmesi zorunluluğu, hem işçi hem de işveren açısından hakkaniyetle bağdaşmamaktadır. Nitekim herkesin BK.m.19/20'ye aykırı olmamak kaydıyla sözleşme yapma özgürlüğü vardır. İş K.m.23/c'den dolayı işçinin sözleşmesini haksız ya da usulsüz feshinden yeni işverenin de sorumlu tutulması, yeni işverenin sözleşme yapma özgürlüğünü sınırlamaktadır. Yeni işveren işçinin sözleşmesini kanunda öngörülen şekilde feshettiğini bilmeden işe almış ve sonradan bu işçiden memnun kalmış olabilir. Bu işçiye işyerinde yapılan iş konusunda yetiştirmiş ve yeni teknikler

¹³⁴ Bkz. M. Kemal OĞUZMAN: a.g.e., 280, dn.201.

¹³⁵ Yeni işveren haksız feshi öğrenmesine rağmen altı işgünü içinde sözleşmeyi feshetmezse, bu süre geçtikten sonra artık sözleşmeyi derhal feshedemez ve eski işverenin zararlarını tazmin etmek zorunda kalır. Bkz.M. Kemal OĞUZMAN: a.g.e., 280, dn.201.

¹³⁶ Aslı TUTUCU/Serkan ODAMAN: a.g.m., 1402.

¹³⁷ Ferit H. SAYMEN: a.g.e., 589.

öğretmiş olabilir. Yeni işveren İş K.m.23/c dolayısıyla sorumlu tutulduğunda, söz konusu işçiyi çalıştırmaktan memnun olsa da, işçinin sözleşmesini bu şekilde feshinden dolayı işçiyle birlikte sorumlu olmamak için işçinin sözleşmesini feshedebilir. Bu durumda hem yeni işverenin istediği kişiyi çalıştırma hakkı sınırlandırılmış olacak hem de işçi işsiz kalmış olacaktır. Buna rağmen İş K.m.23/c dolayısıyla yeni işverenin de sorumlu tutulması ve sorumluluktan kurtulmak için işçinin sözleşmesini feshetmek zorunda bırakılması yerinde değildir. Bu nedenle İş K.m.23/c kaldırılmalıdır. Eski işveren İş K.m.23/c'den dolayı sadece işçiye başvurabilmelidir.

3. SORUMLULUĞUN NİTELİĞİ

a. İş K.m.23/a'dan Kaynaklanan Sorumluluğun Niteliği

aa. Genel Olarak

1475 s. İş K.m.15'e göre, "Süresi belirli olan veya olmayan sürekli hizmet akdi ile bir işverenin işine girmiş olan işçi, akid süresinin bitmesinden önce yahut bildirim öneline uymaksızın işini bırakıp başka bir işverenin işine girerse hizmet akdinin bu suretle feshinden ötürü eski işverenin zararından, işçinin sorumluluğu yanında, ayrıca yeni işveren dahi aşağıdaki hallerde hâkimin belirteceği derecede sorumludur.

- a) İşçinin bu davranışına, yeni işine girdiği işveren sebep olmuşsa,
- b) Yeni işveren, işçinin bu davranışını bile bile onu işe almışsa,
- c) Yeni işveren işçinin bu davranışını öğrendikten sonra dahi onu çalıştırmaya devam ederse."

1475 s. İş Kanunu döneminde yeni işverenin işçinin eski işverenle olan sözleşmesini usulsüz ya da haksız feshine sebep olması halinde, bu

davranışı haksız fiil teşkil etmektedir¹³⁸. Bununla birlikte yeni işverenin sorumlu olabilmesi için, eski işverenin zarara uğraması ve bunu iddia ve ispat etmesi gerekmektedir. Bu maddeden anlaşılacağı üzere, yeni işveren BK.m.41-50 gereğince işçiyle birlikte müteselsilen sorumlu tutulmaktadır¹³⁹. Buradaki teselsülün eksik teselsül mü yoksa tam teselsül mü olduğu doktrinde tartışmalıdır. Tunçomağ'a göre¹⁴⁰, böyle bir durumda işçi ile yeni işveren birlikte hareket ederek bir zarara sebebiyet verdikleri için tam teselsül söz konusudur. Aksi görüşte olan Saymen¹⁴¹ ve Çenberci'ye ¹⁴² göre ise burada işçi ile işveren arasındaki dayanışma eksik teselsüldür. Çünkü işçi sözleşmeye aykırı davrandığı, işveren haksız fiil işlediği için sorumludur¹⁴³.

1475 s. İş K.m.15'e göre, işçi ve yeni işverenin sorumluluğunun derecesini hâkim tayin eder. 4857 sayılı İş Kanununda da, yeni işverenin hâkimin belirteceği derecede sorumlu olacağına ilişkin hüküm kaldırılmış olduğundan, yine sorumluluğu hâkim takdir edecektir¹⁴⁴.

Yeni İş Kanununda, yeni işverenin sorumluluğu için zarar koşulu kaldırılarak, sorumluluğun kapsamı genişletilmiştir. Eski işveren zarara uğramışsa, bu zararı ispat etmesi koşuluyla zararın tazmininden işçiyle birlikte yeni işveren de sorumludur. İş K.m.23'teki yeni düzenleme ile, yeni işveren zararın gerçekleşmediği durumlarda dahi işçi ile birlikte ihbar tazminatından sorumlu olur¹⁴⁵. Sözleşmede cezaî şart kararlaştırılmışsa, eski işveren bu cezaî şartı işçiyle birlikte yeni işverenden de talep

¹³⁸ Ferit H. SAYMEN: a.g.e., 588; M. Kemal OĞUZMAN: a.g.e., 279; Mustafa ÇENBERCİ: a.g.e., 521; Sabahattin YÜREKLİ: a.g.m., 1093; Aslı TUTUCU/Serkan ODAMAN: a.g.m., 1395-1396; Fatih UŞAN: İş Sırrı, a.g.e., 313.

¹³⁹ Ferit H. SAYMEN: a.g.e., 588; M. Kemal OĞUZMAN: a.g.e., 279.

¹⁴⁰ Kenan TUNÇOMAĞ: İş, a.g.e., 455.

¹⁴¹ Ferit H. SAYMEN: a.g.e., 587.

¹⁴² Mustafa ÇENBERCİ: a.g.e., 521; aynı görüş, M. İ. YELEKÇİ: a.g.e., 240.

¹⁴³ Mustafa ÇENBERCİ: a.g.e., 521.

¹⁴⁴ Fatih UŞAN: İş Sırrı, a.g.e., 313.

¹⁴⁵ Nuri ÇELİK: a.g.e., 246.

edebilmelidir¹⁴⁶. İşçi ve yeni işverenin sorumluluğu müteselsil sorumluluktur¹⁴⁷. Eski işveren dilerse, işçi ile yeni işverenden sadece birine, dilerse her ikisine başvurulabilir¹⁴⁸.

bb. Rekabet Yasağını İhlâlden Doğan Sorumluluk

1475 s. İş K.m.15, 4857 s. İş K.m.23'ün rekabet yasağına aykırılık halinde uygulanıp uygulanamayacağı doktrinde tartışmalıdır. Soyer'e göre¹⁴⁹, eski 15'inci maddede yer alan yeni işverenin eski işveren karşısındaki sorumluluğu, sadece, işçinin hizmet sözleşmesini bildirim süresine uymamak suretiyle yahut sözleşmenin süresinin bitimini beklemeden feshetmesi halinde eski işverenin uğradığı zararlar için düzenlenmektedir. Dolayısıyla bu madde rekabet yasağının ihlâli halinde uygulanabilecek bir kural getirmemektedir. Yeni işverenin işçiye rekabet yasağının ihlâline teşvik etmesi halinde, BK.m.41/2'den hareketle yeni işverenin sorumluluğu haksız fiil sorumluluğu olur ve genel hükümler uygulanır¹⁵⁰. Akyiğit'e göre ise¹⁵¹ rekabet yasağının ihlâline yeni işveren sebep olmuşsa, yasağın ihlâlinden işçiyle birlikte yeni işveren de sorumludur. Ayrıca yeni işveren, işçinin bu davranışına sebep olmuş olmasa dahi, işçinin rekabet yasağını ihlâl eden davranışını bilerek onu işe almış yahut bu davranışı öğrenmesine rağmen onu çalıştırmaya devam etmişse, yine sorumlu olur¹⁵². Uşan'a göre de¹⁵³, işçi işverenle rekabet yasağı sözleşmesi yapmış olmasına rağmen işini kanuna aykırı olarak bırakmışsa, yeni işveren İş K.m.23 çerçevesinde rekabet

¹⁴⁶ Bkz. yukarıda, 138-139.

¹⁴⁷ Reşat ATABEK: a.g.e., 104; Ferit H. SAYMEN: a.g.e., 466-467; M. Kemal OĞUZMAN: a.g.e., 279; Sarper SÜZEK: a.g.e., 603; Nuri ÇELİK: a.g.e., 246.

¹⁴⁸ A. Lütfi MUSLUOĞLU: a.g.m., 613; Nuri ÇELİK: a.g.e., 246.

¹⁴⁹ M. Polat SOYER: a.g.e., 89.

¹⁵⁰ M. Polat SOYER: a.g.e., 89; Aslı TUTUCU/Serkan ODAMAN: a.g.m., 1397.

¹⁵¹ Ercan AKYIĞIT: Rekabet Yasağı, a.g.m., 20.

¹⁵² Ercan AKYIĞIT: Rekabet Yasağı, a.g.m., 20.

¹⁵³ Fatih UŞAN: İş Sırrı, a.g.e., 307.

yasağının ihlâlinden de sorumlu tutulmalıdır. Narmanlıoğlu'na göre de¹⁵⁴, sadakat borcuna aykırılık teşkil eden bir durum eski İş K.m.15 ile özel olarak düzenlenmiştir. Musluoğlu'na göre de¹⁵⁵, eski İş K.15, yeni İş K.m.23 sebebiyle tazminatla sorumlu olmak için, kötü niyetle hareket edildiğinin ispat edilmesi şarttır. Nitekim bu sorumluluk, hizmet sözleşmeleriyle çalışan kişilerin kendi iradeleriyle kararlaştırdıkları rekabet yasağı doğrultusunda kabul edilmiştir.

Rekabet piyasasında belli bir yere gelmek amacıyla bir işverenin diğer bir işverenin işçisini ayartması kural olarak mümkündür¹⁵⁶. Ancak bu ayartma, işçinin sözleşmesini usulsüz ya da haksız feshine yol açıyorsa İş K.m.23 hükmü uyarınca işçi ayartan yeni işverenin de sorumluluğu söz konusu olacaktır. Bazı hallerde işçinin ayartılması haksız rekabet de teşkil edebilir¹⁵⁷. İşletme sahibi, bir başka işletmede çalışan personeli sırf bu işletmenin üretim ve ticarî sırlarını elde etmek amacıyla ayartmışsa haksız rekabete ilişkin hükümler uygulanır¹⁵⁸. Örs'e göre de¹⁵⁹, meşru vasıtalar ve meşru amaçlar için başkasının personelini ayartmak mümkündür. Ancak rakibin sırlarını öğrenmek amacıyla müstahdemin ayartılması bu meşru sınırların aşıldığını gösterir. Ancak bir tacirin müstahdemleri ile arasındaki sözleşme sona erdikten sonra, bu müstahdemler kendilerine daha fazla ücret verecek olan ve daha iyi şartlar sunan diğer bir tacirin yanında çalışabilirler. Bu sebepten dolayı haksız rekabet söz konusu olmaz¹⁶⁰.

İşçinin çalıştığı işyerindeki iş sırlarını öğrenmek, rakibinin iş piyasasından silinmesine sebep olmak, haksız rekabet elde etmek amacıyla

¹⁵⁴ Ünal NARMANLIOĞLU: Ferdi İş, a.g.e., 209.

¹⁵⁵ A. Lütfi MUSLUOĞLU: a.g.m., 612-613.

¹⁵⁶ Kemal ŞENOCAK: a.g.m., 196.

¹⁵⁷ İşçi ayartmanın hangi hallerde haksız rekabet teşkil edeceği ve bunun sonuçları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Kemal ŞENOCAK: a.g.m., 193-245.

¹⁵⁸ Kemal ŞENOCAK: a.g.m., 207.

¹⁵⁹ Fahri Halil ÖRS: a.g.e., 61.

¹⁶⁰ Fahri Halil ÖRS: a.g.e., 61.

ayartılması halinde, yeni işveren İş K.m.23'e göre değil, genel hükümler çerçevesinde sorumlu olur¹⁶¹. TTK.57/6'a göre, "Üçüncü şahısların müstahdemlerine, vekillerine veya diğer yardımcılara, onları vazifelerini ihlâl sevk etmek suretiyle kendisine veya başkasına menfaatler sağlamak maksadıyla veya bu kabîl menfaatleri sağlamaya elverişli olacak surette, müstehâk olmadıkları menfaatler temin veya vâdetmek"; TTK.m.57/7'e göre ise, "Müstahdemleri, vekilleri veya diğer yardımcı kimseleri iğfal suretiyle istihdam edenin veya müvekkillerinin imalât veya ticaret sırlarını ifşa ettirmek veya ele geçirmek" iyi niyet kurallarına aykırılık teşkil eden hareketlerdendir. Bu şekilde haksız rekabet teşkil eden fiiller, işçinin hizmet sözleşmesi devam ederken başka bir rakip işletmede çalıştığı dönemde yapılırsa, işçiyi çalıştıranın sorumluluğundan bahsedilir¹⁶². TTK.m.59/1'e göre, "Haksız rekabet fiili, hizmet veya işlerini gördükleri esnada müstahdemler veya işçiler tarafından işlenmiş olursa, 58'inci maddenin birinci fıkrasının a, b, ve c bentlerinde yazılı dâvalar, istihdam edenlere karşı dahi açılabilir." Aynı şekilde işçi, iş sözleşmesini İş K.m.23'te belirtilen şekilde feshederek yeni işverenin yanında çalışmaya başlarsa ve işçinin rekabet yasağına aykırı bu fiili aynı zamanda haksız rekabet teşkil ediyorsa, eski işveren yeni işverene karşı TTK.m.59/1'den yararlanarak BK.m.55'e göre tazminat talebinde bulunabilmelidir.

İşçinin sözleşmesini 23'üncü maddede belirtilen şekilde sona erdirmesi halinde, eğer taraflar arasında rekabet yasağı da kararlaştırılmışsa, rekabet yasağının ihlâli de söz konusu olacaktır. Kanaatimizce, işçinin rekabet yasağını ihlâl etmesine yeni işveren sebep olmuşsa, eski işveren işçiyle birlikte yeni işverene de başvurabilmelidir. Ancak eski işverenin, işçiye rekabet yasağı şartına ya da rekabet yasağı sözleşmesine aykırılık dolayısıyla, yeni işverene ise haksız rekabet(TTK.m.57/6-7) dolayısıyla

¹⁶¹ Fatih UŞAN: İş Sırrı, a.g.e., 307.

¹⁶² Kudret ERTAŞ: a.g.e., 127.

başvurması gerekmektedir. Nitekim yeni işveren rekabet yasağı sözleşmesinin tarafı değildir ve rekabet yasağı şahsa sıkı sıkıya bağlı bir yasaktır. Bu nedenle eski işverenin İş K.m.23 dolayısıyla değil, haksız rekabet hükümleri dolayısıyla yeni işverene karşı dava açması gerekir.

b. İş K.m.23/b-c'den Kaynaklanan Sorumluluğun Niteliği

Doktrinde işçinin sözleşmesini usulsüz ya da haksız feshettiğini bilerek onu işe alan ya da bu durumu sonradan öğrenmesine rağmen işçiyi çalıştırmaya devam eden yeni işverenin sorumluluğunun niteliği konusunda farklı görüşler bulunmaktadır. Çenberci¹⁶³, eski İş K.m.15/a ile 15/b-c arasında bir ayırım yapmaksızın bu madde anlamında sorumluluğun haksız fiil sorumluluğu olduğunu kabul etmektedir. Saymen¹⁶⁴, eski İş K.m.15/a'dan kaynaklanan sorumluluğun haksız fiil sorumluluğu olduğunu kabul ederken; 15/b-c'den kaynaklanan sorumluluğun niteliği konusunda bir açıklama yapmamıştır. Oğuzman¹⁶⁵ ve Yürekli'ye¹⁶⁶ göre ise, eski İş K.m.15/b-c'den kaynaklanan sorumluluğun haksız fiil sorumluluğu olmasına imkân yoktur. Çünkü sözleşmeyi kanuna aykırı olarak feshettiğini bilerek işçiyi işe alan ya da bu durumu öğrenmesine rağmen onu çalıştırmaya devam eden işverenin eski işverene bir zarar verdiği söylenemez. Yeni işverenin fiili ile eski işverenin uğradığı zarar arasında illiyet bağı yoktur¹⁶⁷. Eski 15/b-c'den kaynaklanan sorumluluğun BK.m.51 anlamında kanundan doğan bir sorumluluk olduğu kabul edilmelidir¹⁶⁸. Tunçomağ'a göre¹⁶⁹, eski İş K.m.15/b-c'den doğan sorumluluk dolayısıyla işçi ve yeni işveren arasında bazen tam teselsül, bazen eksik teselsül söz konusu olur. Uşan'a göre ise¹⁷⁰, eski İş

¹⁶³ Mustafa ÇENBERCİ: a.g.e., 521.

¹⁶⁴ Ferit H. SAYMEN: a.g.e., 588.

¹⁶⁵ M. Kemal OĞUZMAN: a.g.e., 279.

¹⁶⁶ Sabahattin YÜREKLİ: a.g.m., 1094.

¹⁶⁷ M. Kemal OĞUZMAN: a.g.e., 279.

¹⁶⁸ Bkz.M. Kemal OĞUZMAN: a.g.e., 280, dn.200.

¹⁶⁹ Kenan TUNÇOMAĞ: İş, a.g.e., 456.

¹⁷⁰ Fatih UŞAN: İş Sırrı, a.g.e., 299.

K.m.15/b-c, yeni İş K.m.23/b-c'de öngörülen hususlardan dolayı yeni işveren sorumlu tutulmamalıdır¹⁷¹.

Bize göre, İş K.m.23/b'den dolayı yeni işverenin sorumlu tutulmasının nedeni; nitelikli işçilerin sözleşmelerini usulsüz ya da haksız feshederek yeni işverenin işyerinde çalışmaya başlamak istemeleri ve yeni işverenin bu durumu bilmesi halinde, onları işe almaktan kaçınması ve böylelikle işçilerin sözleşmelerini bu şekilde feshetmelerinin önlenmek istenmesidir. Yeni işveren, işçinin sözleşmesini usulsüz ya da haksız feshettiğini bilmesine rağmen onu işe aldığı için kanun gereği sorumlu tutulmaktadır. Ancak, İş K.m.23/c dolayısıyla yeni işverenin sorumlu tutulmaması gerektiğini düşünmekteyiz. Nitekim bu durumda yeni işveren işçinin sözleşmesini usulsüz ya da haksız feshine sebep olmamıştır. Bununla birlikte işçi işe aldığı sırada işçinin sözleşmesini bu şekilde feshettiğini de bilmemektedir¹⁷².

4. YENİ İŞVERENİN SORUMLULUĞU İLE İLGİLİ UYGULAMADAN DOĞAN BAZI SORUNLAR

A. Görevli Mahkeme

İş Mahkemeleri Kanununun birinci maddesine göre, "İş Kanununa göre işçi sayılan kimselerle işveren veya işveren vekilleri arasında iş akdinden veya İş Kanununa dayanan her türlü hak iddialarından doğan hukuk uyuşmazlıklarının çözülmesi ile görevli olarak lüzum görülen yerlerde

¹⁷¹ Aynı görüşte Yürekli'ye göre, bu durum hakkaniyete uygun değildir. Bkz. Sabahattin YÜREKLİ: a.g.m., 1095; ayrıca bu konudaki eleştiriler için bkz. Sabahattin YÜREKLİ: a.g.m., 1094-1095.

¹⁷² Bkz. yukarıda, 143-144.

iş mahkemeleri kurulur.” Söz konusu maddeye göre, bu türlü davaların çözüm yeri iş mahkemeleridir.

Eski işveren işçiye karşı iş mahkemesinde dava açacaktır. Ancak eski işverenin yeni işverene karşı açacağı davada, iş mahkemeleri değil genel mahkemeler görevlidir¹⁷³. Buna karşın, eski işveren tek bir dava dilekçesi ile iş mahkemesinde hem işçiye hem de yeni işverene karşı dava açmışsa; mahkeme davaları ayırmamalı ve yeni işverene ait davaya da bakabilmelidir¹⁷⁴.

B. Zamanaşımı

İş K.m.23'te zamanaşımına ilişkin bir düzenleme yapılmamıştır. Bu nedenle bu hususta genel hükümler uygulanır. İşçi ile eski işveren arasında bir sözleşme ilişkisi olduğu için, işçinin sözleşme şartlarına aykırı hareketinden dolayı açılacak tazminat davası BK.m.125 gereği on yıllık zamanaşımına tâbidir¹⁷⁵. Yeni işverenin sorumluluğu açısından doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre¹⁷⁶, eski işverenle yeni işveren arasında bir sözleşme ilişkisi olmadığı ve yeni işverenin sorumluluğu haksız fiilden kaynaklandığı için BK.m.60 uyarınca eski işverenin dava hakkı, haksız fiili ve faili öğrendiği tarihten itibaren bir ve fiilin meydana gelmesinden itibaren on sene sonra zamanaşımına uğrar. Diğer bir görüşe göre¹⁷⁷, yeni

¹⁷³ Mustafa ÇENBERCİ: a.g.e., 522; aksi görüş, yeni işveren aleyhine açılan davalarda da iş mahkemeleri görevli olmalıdır. Çünkü uyuşmazlık İş Kanununun bir maddesinin ihlâlinden doğmuştur. Bkz.A. Lütfi MUSLUOĞLU: a.g.m., 616.

¹⁷⁴ Mustafa ÇENBERCİ: a.g.e., 522-523.

¹⁷⁵ Ferit H. SAYMEN: a.g.e., 590; bkz. M. Kemal OĞUZMAN: a.g.e., 250, dn.200; A. Lütfi MUSLUOĞLU: a.g.m., 616; Mustafa ÇENBERCİ: a.g.e., 523; Aslı TUTUCU/Serkan ODAMAN: a.g.m., 1412; Cevdet İlhan GÜNAY: a.g.e., 482.

¹⁷⁶ Ferit H. SAYMEN: a.g.e., 590; A. Lütfi MUSLUOĞLU: a.g.m., 616; Mustafa ÇENBERCİ: a.g.e., 523.

¹⁷⁷ Cevdet İlhan GÜNAY: a.g.e., 482; Oğuzman'a göre, burada bir haksız fiil sorumluluğu değil, kanundan doğan sorumluluk vardır. Bu sebeple zamanaşımının da BK.m.125'e tabi olması gerekir. Bkz. M. Kemal OĞUZMAN: a.g.e., 280, dn.200.

işverenden tazminat talep edebilmek için BK.m.125 gereği on yıllık zamanaşımı vardır. Bir diğer görüşe göre ise¹⁷⁸, İş K.m.23/a (eski İş K.m.15/a)'da düzenlenen sorumluluk haksız fiil sorumluluğu olduğu için, BK.m.60'daki bir ve on yıllık zamanaşımı süreleri, İş K.m.23/b-c(eski İş K.m.15/b-c)'de ise kanundan soğan bir sorumluluk olduğu için BK.m.125'teki on yıllık zamanaşımı süresi uygulanmalıdır. Bize göre de zararın gerçekleştiği durumlarda İş K.m.23/a'dan kaynaklanan sorumluluk haksız fiil sorumluluğu olduğu için BK.m.60'daki haksız fiile ilişkin zamanaşımı süresi; İş K.m.23/b-c'den kaynaklanan sorumluluk kanundan doğan bir sorumluluk olduğu için BK.m.125'teki zamanaşımı süresi uygulanmalıdır. İhbar tazminatı için ise yine BK.m.125'teki on yıllık zamanaşımı süresi uygulanır¹⁷⁹.

IV. REKABET YASAĞININ SONA ERMESİ

1. GENEL OLARAK

Rekabet yasağı, işçinin ölümü¹⁸⁰, sözleşmede kararlaştırılan sürenin sona ermesi¹⁸¹ ve tarafların anlaşması¹⁸² gibi sebeplerle sona erer. Bunun dışında BK.m.352/1-2'de de rekabet yasağının hangi hallerde sona ereceği düzenlenmiştir. BK.m.352/1'e göre, işverenin rekabet yasağının devamında bir menfaati kalmadığının ispatlanmasına; BK.m.352/2'e göre de,

¹⁷⁸ Aslı TUTUCU/Serkan ODAMAN: a.g.m., 1412; Fatih UŞAN: İş Sırmı, a.g.e., 315.

¹⁷⁹ İhbar tazminatı niteliği gereği bir tazminat olduğu ve işçi ücreti anlamında kabul edilemeyeceği için BK.m.125'teki on yıllık zamanaşımına tabidir; Yarg.HGK.,15.10.1997, 1997/9-568 E., 1997/806 K. bkz.Tekstil İşveren, S.218 (Aralık 1997), 18-19.

¹⁸⁰ Nuşin AYİTER: a.g.m., 477; M. Polat SOYER: a.g.e., 93; Kazım Yücel DÖNMEZ: a.g.e., 240.

¹⁸¹ Kenan TUNÇOMAĞ: İş, a.g.e., 504; Kenan TUNÇOMAĞ: Borçlar, a.g.e., 391; Haluk KÖSEOĞLU: a.g.m., 984; Necip BİLGE: Borçlar, a.g.e., 242; Ercan AKYİĞİT: Rekabet Yasağı, a.g.m., 18; M. Polat SOYER: a.g.e., 93; Kazım Yücel DÖNMEZ: a.g.e., 240; Turgut UYGUR: a.g.e., 7444.

¹⁸² Kenan TUNÇOMAĞ: İş, a.g.e., 504; Kenan TUNÇOMAĞ: Borçlar, a.g.e., 391; M. Polat SOYER: a.g.e., 93; Kazım Yücel DÖNMEZ: a.g.e., 240.

hizmet sözleşmesinin sona erme sebebine bağlı olarak rekabet yasağı sona erer.

2. REKABET YASAĞINI SONA ERDİREN GENEL SEBEPLER

A. İşçinin Ölümü

BK.m.347/1'e göre hizmet sözleşmesi, işçinin ölümü ile sona erer. BK.m.347/2'ye göre ise iş sahibi öldüğü takdirde, sözleşme ancak onun şahsı göz önüne alınarak yapılmışsa sona erer. İşçinin ölümü, rekabet yasağı sözleşmesini de olağan olarak sona erdirir¹⁸³. Ayiter'e göre¹⁸⁴, eğer rekabet yasağı, sadece işverenin şahsı lehine konulmuşsa işverenin ölümü halinde de rekabet yasağı sözleşmesi sona erer; ancak bu yasak işletme lehine konulmuşsa, işverenin ölümü halinde işletmeyi devralan mirasçılar veya üçüncü şahıslar lehine devam eder. Uşan' a göre ise¹⁸⁵, işverenin ölümü halinde rekabet yasağı sözleşmesi devam eder. Çünkü, rekabet yasağı sözleşmesi ile amaçlanan işverenin değil, işletmenin ve işyerinin menfaatlerinin korunmasıdır. Ertaş'a göre de¹⁸⁶, işverenin ölümü halinde, sırları açıklama yasağının işveren veya işletme lehine konulmuş olup olmadığına bakılmaksızın aksi kararlaştırılmadıkça borç devam eder. Köseoğlu'na göre ise¹⁸⁷, hizmet sözleşmesi işverenin ölümü ile sona ererse veya işveren aciz haline düşerse ve sözleşme bu şekilde bozulursa, rekabet yasağı şartı faydadan yoksun kalacağı için sona erer. Bize göre, rekabet yasağı sözleşmesi işverenin ve dolayısıyla işyerinin menfaatlerinin korunması amacıyla yapılır. Bu nedenle işveren ölse dahi işyerinin menfaatleri korunmalı

¹⁸³ Nuşin AYİTER: a.g.m., 477; M. Polat SOYER: a.g.e., 93; Kazım Yücel DÖNMEZ: a.g.e., 240.

¹⁸⁴ Nuşin AYİTER: a.g.m., 477.

¹⁸⁵ Fatih UŞAN: İş Sırrı, a.g.e., 271.

¹⁸⁶ Kudret ERTAŞ: a.g.e., 59.

¹⁸⁷ Haluk KÖSEOĞLU: a.g.m., 986.

ve rekabet yasağı sözleşmesi işverenin mirasçıları ile devam etmelidir. Ancak mirasçılar işyerinde yapılan işin türünü değiştirirlerse, rekabet yasağı sözleşmesi sona ermelidir.

B. Tarafların Anlaşması

Rekabet yasağı sözleşmesinin devamı esnasında taraflar istedikleri zaman anlaşarak sözleşmeye son verebilirler¹⁸⁸. Bir görüşe göre¹⁸⁹, taraflar anlaşarak hizmet sözleşmesini sona erdirirlerse, rekabet yasağı sona ermez. Diğer bir görüşe göre ise¹⁹⁰, rekabet yasağı hizmet sözleşmesi içinde şart olarak kararlaştırılmış ve taraflar sözleşmeyi tüm hükümleriyle sona erdirmek üzere anlaşmışlarsa, rekabet yasağı da sona erer; ancak ayrı bir sözleşme ile rekabet yasağı kararlaştırılmışsa, rekabet yasağı devam eder. Bununla birlikte taraflar hizmet sözleşmesini sona erdirirken, anlaşarak rekabet yasağını da sona erdirebilirler¹⁹¹. Kanaatimizce, taraflar anlaşmak suretiyle hizmet sözleşmesini sona erdirmiş ve aksini kararlaştırmamışlarsa, rekabet yasağı sözleşmesi devam eder. Ancak tarafların, anlaşarak, istedikleri zaman rekabet yasağını sona erdirmeleri mümkündür.

C. Sürenin Dolması

BK.m.338/1'e göre, hizmet sözleşmesi belirli bir süre için yapılmışsa, sözleşme ile aksi kararlaştırılmadıkça, bu sürenin bitimi ile kendiliğinden sona erer. Rekabet yasağı sözleşmesi de taraflarca

¹⁸⁸ Kenan TUNÇOMAĞ: İş, a.g.e., 504; Kenan TUNÇOMAĞ: Borçlar, a.g.e., 391; M. Polat SOYER: a.g.e., 93; Kazım Yücel DÖNMEZ: a.g.e., 240.

¹⁸⁹ Nuşin AYİTER: a.g.m., 479; Kenan TUNÇOMAĞ: Borçlar, a.g.e., 393; Kenan TUNÇOMAĞ: İş, a.g.e., 506; Necip BİLGE: Borçlar, a.g.e., 244; M. Polat SOYER: a.g.e., 100.

¹⁹⁰ Ercan AKYİĞİT: Rekabet Yasağı, a.g.m., 18-19.

¹⁹¹ Ercan AKYİĞİT: Rekabet Yasağı, a.g.m., 18-19; M. Polat SOYER: a.g.e., 100.

kararlaştırılmış veya aşırı rekabet yasağı söz konusu olduğu için hâkim tarafından tespit edilmiş sürenin sona ermesi ile ortadan kalkar¹⁹².

3. REKABET YASAĞINI SONA ERDİREN ÖZEL SEBEPLER

A. Rekabet Yasağının Devamında Artık İşverenin Önemli Bir Menfaatinin Bulunmaması Sebebiyle Yasağın Sona Ermesi

BK.m.352/1'e göre, "Rekabet memnuiyetinin bakasında iş sahibinin hakikî menfaati bulunmadığı sabit olursa, bu memnuiyet nihayet bulur." Kanunda "hakikî menfaat" deyimini yer almaktadır. Ancak Almanca ve Fransızca metinde önemli anlamına gelen "erheblich=sensible" kelimeleri kullanılmış olduğu için hakikî yararın önemli yarar şeklinde anlaşılması gerekmektedir¹⁹³. Kanun koyucu BK.m.352/1'deki düzenleme ile, yasağa uymayı vadeden işçinin ekonomik kişiliğini korumayı amaçlamıştır¹⁹⁴. Nitekim, işverenin artık önemli bir menfaatinin kalmaması halinde, bundan sonra zarara uğraması ihtimali de ortadan kalkmaktadır¹⁹⁵.

İşverenin artık sözleşmenin devamında korunmaya değer bir menfaatinin kalmadığını ispat yükümlülüğü işçiye düşer¹⁹⁶. Rekabet yasağı

¹⁹² Kenan TUNÇOMAĞ: Borçlar, a.g.e., 391; Haluk KÖSEOĞLU: a.g.m., 984; Kenan TUNÇOMAĞ: İş, a.g.e., 504; Necip BİLGE: Borçlar, a.g.e., 242; Ercan AKYİĞİT: Rekabet Yasağı, a.g.m., 18; M. Polat SOYER: a.g.e., 93; Kazım Yücel DÖNMEZ: a.g.e., 240; Turgut UYGUR: a.g.e., 7444.

¹⁹³ Kenan TUNÇOMAĞ: Borçlar, a.g.e., 392; Kenan TUNÇOMAĞ: İş, a.g.e., 505; Necip BİLGE: Borçlar, a.g.e., 243; Ercan AKYİĞİT: Rekabet Yasağı, a.g.m., 16; Kudret ERTAŞ: a.g.e., 59; bkz.M. Polat SOYER: a.g.e., 93, dn.115.

¹⁹⁴ Kenan TUNÇOMAĞ: Borçlar, a.g.e., 392; Kenan TUNÇOMAĞ: İş, a.g.e., 504; M. Polat SOYER: a.g.e., 93.

¹⁹⁵ M. Polat SOYER: a.g.e., 94; Fatih UŞAN: İş Sırrı, a.g.e., 272.

¹⁹⁶ Nuşin AYİTER: a.g.m., 477; Senai OLGAC: a.g.e., 441; Kenan TUNÇOMAĞ: Borçlar, a.g.e., 392; Haluk KÖSEOĞLU: a.g.m., 984-985; Kenan TUNÇOMAĞ: İş, a.g.e., 505; Necip BİLGE: Borçlar, a.g.e., 242; Nafiz ERDEM: a.g.e., 910; M. Polat SOYER: a.g.e., 98.

ile korunmak istenen sırların sonradan herkesçe bilinir hale gelmesi¹⁹⁷, işverenin kendi ticaret konusunu değiştirmesi veya rekabet yasağı sözleşmesinin süresi bitmeden işini tasfiye etmesi¹⁹⁸, işçinin zarar verme olasılığının ortadan kalkmış olması¹⁹⁹, işverenin işini veya müşteri çevresini değiştirmesi²⁰⁰ gibi haller rekabet yasağının devamında işverenin menfaatinin kalmadığına örnek gösterilebilir.

İşyerinin devri halinde rekabet yasağının sona erip ermeyeceği doktrinde tartışmalıdır. Soyer²⁰¹ ve Uşan'a göre²⁰², işçinin hizmet sözleşmesi devam ederken işyeri devredilirse, rekabet yasağı ile korunan iş sırları ve müşteri çevresinin yeni işveren tarafından da kullanılması şartıyla, devirle birlikte rekabet yasağı da yeni işverene geçer. İşyerinin devriyle birlikte yeni işverenin menfaatleri korunmaya başlanır. Tunçomağ'a göre²⁰³, rekabet yasağı, sadece işverenin şahsi menfaatleri için değil, onun işletmesi yararına da kararlaştırıldığı için başkasına devredilebilmelidir. Rekabet yasağı ancak işletme ile birlikte devredilebilir²⁰⁴. İşletmenin devriyle birlikte yasağın devamı için, rekabet yasağının işletme için kararlaştırılmış olması ve yasağın devamında işverenin menfaatinin olması gereklidir²⁰⁵. İzveren'e göre²⁰⁶, hizmet sözleşmesiyle ve hizmet sözleşmesinin sona ermesinden sonra geçerli olmak üzere kararlaştırılan rekabet yasağı, hizmet sözleşmesinin tamamlayıcısıdır ve işverenin haklarının bir başkasına devri halinde dahi böyle bir yasak hükmü geçerlidir. Akyiğit'e göre de²⁰⁷, işverenin işyerini

¹⁹⁷ Senai OLGAÇ: a.g.e., 441; Haluk KÖSEOĞLU: a.g.m., 985; Ercan AKYIĞIT: Rekabet Yasağı, a.g.m., 16; Kudret ERTAŞ: a.g.e., 59; M. Polat SOYER: a.g.e., 94.

¹⁹⁸ Nuşin AYİTER: a.g.m., 477.

¹⁹⁹ Necip BİLGE: Borçlar, a.g.e., 243.

²⁰⁰ Ercan AKYIĞIT: Rekabet Yasağı, a.g.m., 16; M. Polat SOYER: a.g.e., 94.

²⁰¹ M. Polat SOYER: a.g.e., 94.

²⁰² Fatih UŞAN: İş Sırrı, a.g.e., 273.

²⁰³ Kenan TUNÇOMAĞ: Borçlar, a.g.e., 389; Kenan TUNÇOMAĞ: İş, a.g.e., 502.

²⁰⁴ Kenan TUNÇOMAĞ: Borçlar, a.g.e., 389; Kenan TUNÇOMAĞ: İş, a.g.e., 502.

²⁰⁵ Kenan TUNÇOMAĞ: Borçlar, a.g.e., 389; Kenan TUNÇOMAĞ: İş, a.g.e., 502.

²⁰⁶ Adil İZVEREN: İş Hukuku, c.1-2-3 (Ankara 1974), 124.

²⁰⁷ Ercan AKYIĞIT: Rekabet Yasağı, a.g.m., 16.

devretmesi halinde işçinin sır saklama borcunun sona ermesi isabetli bir görüş olmaz. Çünkü, rekabet yasağı sözleşmesine konu olan sır, işverenin kişiliğine değil, işyerine ve işletmesine ilişkindir. Dolayısıyla işyerinin devri, o bilgilerin sır olma niteliğini ortadan kaldırmaz. Aksi görüşte olan Ertaş'a göre ise²⁰⁸, rekabet yasağının işyeriyle birlikte devrolunabilmesi olanağı, sır saklama yasağı için geçerli değildir²⁰⁹. Yavuz'a göre de²¹⁰, iş sahibinin işini başkasına devretmiş olması halinde rekabet yasağı sona erer.

İş K.m.6'ya göre, işyeri hukukî bir işlemle bir başkasına devredildiğinde, devir tarihinde işyerinde mevcut olan iş sözleşmeleri bütün hak ve borçları ile birlikte devralana geçer. Bize göre de rekabet yasağı, hizmet sözleşmesine bağlı bir borç olduğu için, işyerinin devri halinde yasak ortadan kalkmaz. Ancak sır saklama yasağı konusunda biz de Ertaş'ın görüşüne katılmaktayız. Nitekim bir işyerini devralan işverene sır kapsamındaki bir bilginin açıklanması halinde, açıklanan bilginin sır olma niteliği ortadan kalkar. BK.m.168/1'e göre, alacağın temlik halinde, alacaklının şahsına ilişkin olanlar dışındaki tüm haklar yeni alacaklıya geçer.

İşyerini devreden işveren kendi adına aynı konuda faaliyet yapan başka bir işyeri açsa dahi, rekabet yasağı ile ilgili herhangi bir talepte bulunamaz²¹¹. Ancak işverenin işçisi ile bu konuda sözleşme yapması mümkündür²¹². Buna karşın böyle bir rekabet yasağı sözleşmesi, aşırı şartlar taşıması sebebiyle hâkimin müdahalesine konu olabileceği gibi, duruma göre tamamıyla geçersiz de sayılabilir²¹³.

²⁰⁸ Kudret ERTAŞ: a.g.e., 60.

²⁰⁹ Bkz. yukarıda, Birinci Bölüm, 36.

²¹⁰ Cevdet YAVUZ: Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 6.b. (İstanbul 2002), 424.

²¹¹ M. Polat SOYER: a.g.e., 95.

²¹² Fatih UŞAN: İş Sırrı, a.g.e., 274.

²¹³ Fatih UŞAN: İş Sırrı, a.g.e., 274.

Hizmet sözleşmesi sona erdikten sonra işyerinin devri halinde, doktrinde bir görüşe göre²¹⁴, yasağın yeni işverene geçebilmesi için eski ve yeni işveren, işçinin de katıldığı bir sözleşme yapmalıdır. Diğer bir görüşe göre²¹⁵, yasağın devirle birlikte yeni işverene geçmesine ilişkin ilkeler burada da uygulanmalıdır. Nitekim rekabet yasağı, sona eren hizmet sözleşmesi ile ilgili ve işverenin şahsına bağlı olmayan bir yasaktır. Uşan'a göre de²¹⁶, rekabet yasağı sözleşmesi, bir ard etki olarak işyerinin devri ile yeni işverene geçmektedir. Çünkü, rekabet yasağı sözleşmesinin devamında yeni işverenin de önemli bir menfaati vardır ve bu durum işçiye sözleşmeyi haklı sebeple sona erdirmeye imkânı vermez²¹⁷. Bize göre de, hizmet sözleşmesi devam ederken işyerinin devrinde olduğu gibi, sözleşme sona erdikten sonra işyerinin devredilmesi halinde de rekabet yasağı yeni işverenle devam etmelidir. Ancak bunun için işyerini devralan yeni işverenin işyerinde görülen faaliyetin türünü değiştirmemesi gerekir.

Hizmet sözleşmesi devam ederken ya da sözleşme sona erdikten sonra işyerinin devri halinde, eğer yeni işveren müşteri çevresini değiştirir ve başka müşteri çevresine ilişkin faaliyetlerde bulunursa, rekabet yasağı sözleşmesi sona ermelidir²¹⁸.

İşverenin önemli bir menfaatinin kalmaması nedeniyle rekabet yasağı sözleşmesinin sona ermesini düzenleyen BK.m.352/1, tek tarafa borç yükleyen ivazsız rekabet yasağı sözleşmeleri esas alınarak getirilmiş bir hüküm olduğu için, karşı edim kararlaştırılan rekabet yasaklarında bu kuralı uygulamak mümkün değildir.²¹⁹ Bu sebeple, ivazlı rekabet yasağının tarafı olan işveren, artık bu sözleşmenin devamında önemli bir menfaati

²¹⁴ M. Polat SOYER: a.g.e., 96, dn.130'dan naklen.

²¹⁵ M. Polat SOYER: a.g.e., 96.

²¹⁶ Fatih UŞAN: İş Sırrı, a.g.e., 274.

²¹⁷ Fatih UŞAN: İş Sırrı, a.g.e., 274.

²¹⁸ Fatih UŞAN: İş Sırrı, a.g.e., 274.

²¹⁹ M. Polat SOYER: a.g.e., 96.

kalmadığını ileri sürerek yasaktan vazgeçme ve böylece karşı edimi ifa etmekten kaçınma hakkına sahip değildir²²⁰. Buna karşın taraflar sözleşmede yasağın feshi için bildirim süresi verilmesini kararlaştırabilirler²²¹. Bu süre, işçinin yeni bir iş bulmasını sağlayacak uzunlukta olmalıdır²²². Ancak yasaktan vazgeçilmesi halinde, BK.m.325 kıyasen uygulanarak, vazgeçme tarihinden itibaren işçinin rekabet teşkil eden bir alanda çalışarak kazandığı ya da çalışmamak suretiyle kazanamadığı miktarın, bildirim süresi içinde işverenin ifa edeceği karşı edim miktarından mahsup edilmesi gerekir²²³.

B. Hizmet Sözleşmesinin Feshine Bağlı Olarak Rekabet Yasağının Sona Ermesi

a. Genel Olarak

BK.m.352/2'ye göre, "İş sahibi işçinin feshi muhik gösterecek bir kusuru yokken akdi feshetmiş yahut iş sahibinin feshi haklı gösteren bir kusuru dolayısıyla akid işçi tarafından feshedilmişse, işçi aleyhine memnuiyete muhalefetinden dolayı dava ikame edilemez." Söz konusu madde, hizmet sözleşmesinin sadece fesih yoluyla sona erdirilmesi halinde uygulanabilmektedir. Rekabet yasağı sözleşmesi, işçi ya da işveren tarafından sözleşmenin feshedilme şekline göre sona ermektedir. Her ne kadar fıkra, sözleşmenin belirtilen şekillerde feshi halinde, işçi aleyhine yasağa aykırı davranışından dolayı dava açılmayacağından söz edilse de; burada anlatılmak istenen rekabet yasağının sona ermiş olduğudur²²⁴.

²²⁰ M. Polat SOYER: a.g.e., 96-97.

²²¹ M. Polat SOYER: a.g.e., 97.

²²² M. Polat SOYER: a.g.e., 97.

²²³ M. Polat SOYER: a.g.e., 98.

²²⁴ M. Kemal OĞUZMAN: a.g.e., 261.

BK.m.352/2 hükmü, rekabet yasağı ile kazanç olanakları sınırlandırılmış olan işçinin ekonomik açıdan kendisinden daha güçlü konumda olan işverenin yanında bir gelecek imkânı bulmasını temin amacıyla konulmuştur²²⁵. Nitekim işverenin işçinin sözleşmesine nedensiz olarak son vermesi ya da işçinin işverenin sorumlu olduğu bir sebepten dolayı sözleşmesini sona erdirmesi halinde rekabet yasağının devamı, işçinin ekonomik geleceğini hakkaniyetle bağdaşmayacak ölçüde sınırlandırır²²⁶.

Hizmet sözleşmesinin rekabet yasağını sona erdirecek şekilde feshedilmesi halinde işverenin, işçisine bir ücret vererek rekabet yasağını devam ettirmesine imkân yoktur²²⁷.

Rekabet yasağının devamı, hizmet sözleşmesinin işçi ya da işveren tarafından feshinde kusuru olan tarafa göre belirlenmektedir²²⁸. İki tarafın da kusurunun olması halinde, hangi tarafın kusurunun daha ağır olduğuna bakılır²²⁹. Eğer işverenin kusuru daha ağırsa, rekabet yasağı sona erecek; işçinin kusuru daha ağırsa, yasak devam edecektir²³⁰. Her iki tarafın da aynı şekilde kusurlu olması halinde, doktrinde bir görüşe göre²³¹, kural olarak rekabet yasağının devam ettiğini kabul etmek gerekir, diğer bir görüşe göre ise²³², tarafların kusurunun eşit olması halinde rekabet yasağı sona ermelidir. Nitekim BK.m.352/2 kuralı, rekabet yasağının devam etmesini kural olarak taraflardan birinin kusurunun diğerine göre daha ağır olması, diğer bir

²²⁵ Nuşin AYİTER: a.g.m., 477-478.

²²⁶ M. Polat SOYER: a.g.e., 99.

²²⁷ M. Polat SOYER: a.g.e., 100; Fatih UŞAN: İş Sırrı, a.g.e., 277.

²²⁸ Reşat ATABEK: a.g.e., 194; M. Polat SOYER: a.g.e., 100; Fatih UŞAN: İş Sırrı, a.g.e., 277.

²²⁹ M. Kemal OĞUZMAN: a.g.e., 266; Nuşin AYİTER: a.g.m., 479; Kenan TUNÇOMAĞ: Borçlar, a.g.e., 393; Kenan TUNÇOMAĞ: İş, a.g.e., 506; Haluk KÖSEOĞLU: a.g.m., 985; Ercan AKYİĞİT: Rekabet Yasağı, a.g.m., 19; Kudret ERTAŞ: a.g.e., 58; M. Polat SOYER: a.g.e., 100; Fatih UŞAN: İş Sırrı, a.g.e., 277.

²³⁰ Kenan TUNÇOMAĞ: Borçlar, a.g.e., 393; Kenan TUNÇOMAĞ: İş, a.g.e., 506; Ercan AKYİĞİT: Rekabet Yasağı, a.g.m., 19.

²³¹ Ercan AKYİĞİT: Rekabet Yasağı, a.g.m., 19.

²³² M. Polat SOYER: a.g.e., 101; Fatih UŞAN: İş Sırrı, a.g.e., 277.

deyişle kusurlar arasında eşitsizlik olması ilkesine dayandırmaktadır²³³. Bize göre de, her iki tarafın kusurunun eşit olması halinde, kanunda aksine bir düzenleme olmadığı için, işçinin ekonomik geleceğinin korunması esas alınarak rekabet yasağı sona ermelidir.

b. Rekabet Yasağının Sona Ermesine Neden Olan Fesih Halleri

aa. İşçiden Kaynaklanmayan Bir Nedenle Hizmet Sözleşmesinin İşveren Tarafından Feshi

İşçinin ekonomik geleceğinin rekabet yasağı ile sınırlandırılması adalete aykırılık teşkil etmediği sürece, rekabet yasağı hüküm ifade eder. Ancak, işveren işçiyi haksız olarak işten çıkararak rekabet yasağının yürürlüğe girmesini sağlarsa, işçinin yasağa bağlılığı hakkaniyete aykırı bir sonuç doğurur²³⁴. BK.m.352/2'ye göre de, işveren işçinin feshi haklı gösterecek bir kusuru yokken sözleşmesini feshederse, işçi aleyhine rekabet yasağına aykırılık dolayısıyla dava açamaz. Söz konusu hükümde, "işçinin feshi muhik gösterecek kusuru"ndan bahsedilmektedir. İsv.BK.m.340-c/2'de kusurdan bahsedilmemekte, sadece haklı sebepten söz edilmektedir. BK.m.352/2'deki bu koşul, işçinin sorumlu olduğu haklı bir neden yokken sözleşmesinin işveren tarafından sona erdirilmesi şeklinde anlaşılmalıdır²³⁵. Bu madde anlamında haklı nedenin mutlaka sözleşme ilişkisini çekilmez hale getiren bir neden, diğer bir deyişle teknik anlamda haklı neden olması gerekmez²³⁶. BK.m.352 bakımından "feshi muhik gösterecek kusur" tabiri

²³³ M. Polat SOYER: a.g.e., 101.

²³⁴ Kenan TUNÇOMAĞ: Borçlar, a.g.e., 392; Kenan TUNÇOMAĞ: İş, a.g.e., 505.

²³⁵ Fatih UŞAN: İş Sırrı, a.g.e., 277.

²³⁶ M. Kemal OĞUZMAN: a.g.e., 263; M. Polat SOYER: a.g.e., 101; Fatih UŞAN: İş Sırrı, a.g.e., 277.

BK.m.344'e nazaran daha geniş yorumlanmalı ve hizmet sözleşmesinin derhal feshini gerektirecek ağırlıkta olmasa da feshe imkân verebilecek her olay, bu maddeye göre haklı sebep sayılmalıdır²³⁷.

Her somut olayda hâkim hangi davranışların bu madde anlamında haklı sebep sayılabileceğine karar verecektir²³⁸. Mesela, işçinin özen yükümlülüğünü ihlâl etmesi, işverenin talimatlarına uymaması, işyeri düzenini bozması bu madde anlamında haklı sebep olarak kabul edilebilir²³⁹. Buna karşın, işçinin bir defaya mahsus çalışmaması veya fazla çalışma yapmaktan kaçınması, işveren aleyhine haklı bir dava açması gibi davranışların haklı sebep olarak kabul edilemeyeceği söylenebilir²⁴⁰.

İşçinin haklı sebep teşkil eden kusurlu davranışı dolayısıyla sözleşmesinin işveren tarafından feshi halinde, rekabet yasağı hükümsüzleşmez²⁴¹. Ancak işçinin kusurundan kaynaklanmayan davranışları sebebiyle sözleşmesinin feshi halinde, rekabet yasağının sona erip ermeyeceği doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre²⁴², işçinin kusuru olmaksızın uzun süreli bir hastalığa yakalanması gibi bir sebeple hizmet sözleşmesinin feshedilmesi halinde rekabet yasağı sona erer. Nitekim, beklenilmeyen haller dolayısıyla sözleşmenin feshi halinde, işçiyi bir de rekabet yasağına tâbi tutmak, genellikle ekonomik geleceği hakkaniyetle bağdaşmayacak derecede sınırlandırmak anlamına gelir²⁴³. Diğer bir görüşe

²³⁷ M. Kemal OĞUZMAN: a.g.e., 263; Ercan AKYIĞIT: Rekabet Yasağı, a.g.m., 18.

²³⁸ M. Polat SOYER: a.g.e., 102.

²³⁹ M. Polat SOYER: a.g.e., 102.

²⁴⁰ M. Polat SOYER: a.g.e., 102.

²⁴¹ M. Polat SOYER: a.g.e., 103.

²⁴² M. Kemal OĞUZMAN: a.g.e., 264; Kenan TUNÇOMAĞ: Borçlar, a.g.e., 393; Kenan TUNÇOMAĞ: İş, a.g.e., 506; Necip BİLGE: Borçlar, a.g.e., 244; Kudret ERTAŞ: a.g.e., 58; M. Polat SOYER: a.g.e., 103.

²⁴³ M. Polat SOYER: a.g.e., 103.

göre ise²⁴⁴, hizmet sözleşmesinin, işçinin haklı sebep teşkil eden ancak kusurlu olmayan bir davranışından dolayı feshedilmesi halinde rekabet yasağı devam eder. Böyle bir fesih dolayısıyla rekabet yasağının sona ermesi işverenin durumunun fazlaca ağırlaşmasına neden olur. BK.m.352/2'deki "feshi muhik gösterecek bir kusuru yokken" ibaresi yanlış tercüme edilmiştir²⁴⁵. Hizmet sözleşmesinin feshinde mutlaka işçinin kusurunun arandığı hallerde, işçinin kusurunun bulunmadığı bir beklenmeyen hal dolayısıyla sözleşme feshedildiği zaman rekabet yasağının sona ermesi, sözleşmeyi fesih hakkını kullanan işvereni rekabet yasağının kalkmasıyla cezalandırmak anlamına gelir²⁴⁶. Bununla birlikte işçinin çalışamayacak durumda olduğu hallerde sır saklama ve rekabet yasağının ortadan kalkacağına kabulü, işçinin sadece çalışabilir durumdayken rekabet yasağını ihlâl edebileceği anlamına gelir ki, bu da isabetli bir düşünce değildir²⁴⁷.

Bize göre işçinin kusuruna dayanmayan bir sebeple hizmet sözleşmesi feshedilirse, rekabet yasağı ortadan kalkmalıdır. İş hukukunun temel prensipleri uyarınca işçinin birtakım haklardan yararlanabilmesi için kusursuz olması gerekir. Aynı şekilde Türk Borçlar Hukuku sisteminde de temel prensip tazminatın kusurlu borçludan talep edilebilmesidir. Ayrıca TTK.m.58/1-d'e göre de haksız rekabete uğrayanın tazminat talep edebilmesi için feshin işçinin kusuruna dayalı olarak yapılmış olması gerekir. Bununla birlikte iş hukukunda işçi yararına yorum ilkesi hâkimdir²⁴⁸. Anayasadaki çalışma hakkı dikkate alındığında, tereddüt halinde işçi yararına hareket edilerek temel haklara sadakat borcu karşısında öncelik tanınmalıdır²⁴⁹. Bu

²⁴⁴ Reşat ATABEK: a.g.e., 193; Nuşin AYİTER: a.g.m., 478; Senai OLGAÇ: a.g.e., 442; Haluk KÖSEOĞLU: a.g.m., 986; Ercan AKYİĞİT: Rekabet Yasağı, a.g.m., 16-17; Fatih UŞAN: İş Sırrı, a.g.e., 278-279.

²⁴⁵ Nuşin AYİTER: a.g.m., 478.

²⁴⁶ Bkz. Ercan AKYİĞİT: Rekabet Yasağı, a.g.m., 17, dn.81.

²⁴⁷ Ercan AKYİĞİT: Rekabet Yasağı, a.g.m., 16-17; Fatih UŞAN: İş Sırrı, a.g.e., 278-279.

²⁴⁸ Ünal NARMANLIOĞLU: Ferdi İş, a.g.e., 41-42.

²⁴⁹ Şükran ERTÜRK: a.g.e., 116.

sebeple işçinin kusuru olmadan sözleşmesinin feshedilmesi, işçiyi rekabet yasağından kurtarmalıdır. Aynı şekilde rekabet yasağı ile amaçlanan, işverenin menfaatlerinin işçinin ekonomik geleceğini tehlikeye sokmadan korunmasıdır. Sözleşmenin bu şekilde feshinden sonra rekabet yasağının devamı, işçinin ekonomik geleceğini ve çalışma hakkını hakkaniyete aykırı ölçüde sınırlandırır. Nitekim böyle bir durumda işçi, sözleşmesi kusuru olmadığı halde feshedildiği için, hem işsiz kalır hem de rekabet yasağı sözleşmesi dolayısıyla çalışma özgürlüğünü kullanamaz. Bu durum işveren karşısında güçsüz durumda olan işçiyi daha da güçsüz duruma sokar.

Sözleşmenin feshi için haklı sebep olmasına karşın, sözleşmenin mutlaka İş K.m.25 anlamında haklı sebeple yahut BK.m.344'e dayanarak feshedilmesi gerekmez; sözleşme feshi ihbarla da feshedilebilir²⁵⁰. Ancak sözleşmenin haklı sebeple yahut işçinin kusuruna bağlı bir geçerli sebep göstererek bildirimli fesihle feshedilmesi halinde, rekabet yasağı sözleşmesi hüküm ifade etmeye devam eder²⁵¹. Buna karşın, belirsiz süreli iş sözleşmesinin işveren tarafından işçinin kusuru olmadan bildirimli olarak feshedilmesi halinde rekabet yasağının sona ermesi gerektiği düşünülebilir²⁵².

Sözleşmeyi fesheden işveren, fesih nedenini işçiye bildirmelidir. Çünkü fesih nedeni kendisine bildirilmeyen işçi nedensiz işten çıkarıldığını ve bu sebeple rekabet yasağının sona erdiğini düşünerek rekabet teşkil eden faaliyetlerde bulunabilir²⁵³. BK.m.352'de buna ilişkin bir düzenleme olmamakla birlikte, sözleşmenin feshi için herhangi bir süre de öngörülmemiştir. Ancak sözleşmenin feshini gerektirecek haklı sebep ortaya

²⁵⁰ M. Kemal OĞUZMAN: a.g.e., 264; Necip BİLGE: Borçlar, a.g.e., 244; Cevdet YAVUZ: a.g.e., 424; Fatih UŞAN: İş Sırrı, a.g.e., 279.

²⁵¹ M. Kemal OĞUZMAN: a.g.e., 263; Haluk KÖSEOĞLU: a.g.m., 985.

²⁵² Necip BİLGE: Borçlar, a.g.e., 244; Cevdet YAVUZ: a.g.e., 424.

²⁵³ M. Polat SOYER: a.g.e., 104-105.

çıkınca, MK.m.2'de öngörülen dürüstlük kuralı çerçevesinde makul bir süre içinde sözleşme feshedilmelidir²⁵⁴. Çünkü sözleşmenin feshini gerektiren sebebin ortaya çıkmasından sonra uzun bir süre geçmesine karşın işverenin sözleşmeyi feshetmesi ve rekabet yasağının devamı kimi zaman hakkaniyete aykırılık oluşturabilir²⁵⁵.

İvazlı rekabet yasağı sözleşmelerinde, hizmet sözleşmesi haklı bir nedene dayanmaksızın feshedilen; ancak yasağa uygun davranmaya devam eden işçinin, işverenden karşı edim talep etme hakkı vardır²⁵⁶. Ancak hizmet sözleşmesinin işçinin feshi haklı kılan bir davranışı nedeniyle feshedilmesi halinde, işçinin rekabet yasağına uygun davranması karşılığında, işverenin ya karşı edimini ifaya devamı şartıyla yasağın hüküm ifade etmesi veya karşı edim yükümlülüğünden kurtularak rekabet yasağının hükümsüzleşmesi arasında bir seçim yapması gerekir²⁵⁷.

bb. İşverene Ait Bir Kusur Dolayısıyla Hizmet Sözleşmesinin İşçi Tarafından Feshi

İsv.BK.m.340/c-2'de, hizmet sözleşmesinin işçi tarafından işverenden kaynaklanan bir sebeple feshi halinde rekabet yasağının sona ereceği düzenlenmişken; BK.m.352/2'de işçinin, işverenin feshi haklı gösteren bir kusuru dolayısıyla sözleşmeyi feshetmesi halinde, rekabet yasağının hükümsüzleşeceği düzenlenmiştir. İşçinin yasaktan kurtulabilmesi için, işverenin kusuruna dayanan bir haklı sebebin olduğunu ve sözleşmenin feshiyle fesih nedeni arasında neden sonuç ilişkisinin bulunduğunu ispatlaması gerekir²⁵⁸.

²⁵⁴ M. Polat SOYER: a.g.e., 104; Fatih UŞAN: İş Sırrı, a.g.e., 279.

²⁵⁵ Fatih UŞAN: İş Sırrı, a.g.e., 279.

²⁵⁶ M. Polat SOYER: a.g.e., 105.

²⁵⁷ M. Polat SOYER: a.g.e., 105-106.

²⁵⁸ Nuşin AYİTER: a.g.m., 479; Necip BİLGE: Borçlar, a.g.e., 244; Kudret ERTAŞ: a.g.e., 58; M. Polat SOYER: a.g.e., 107.

İşçi hizmet sözleşmesini İş K.m.24/II (eski İş K.m.16/II)²⁵⁹ veya BK.m.344²⁶⁰ gereğince feshederse, rekabet yasağı hükümsüz olur. Ancak işçi işverenin kusurundan doğmayan bir sebeple sözleşmeyi feshederse, rekabet yasağı hüküm ifade etmeye devam eder²⁶¹. Bu nedenle, İş K.m.24/I ve III'te (eski İş K.m.16/I ve III) yer alan sebep dolayısıyla sözleşmenin feshi halinde, işverenin kusuru olmadığı için rekabet yasağı ortadan kalkmaz²⁶².

İşverene yüklenebilecek bir sebepten dolayı sözleşmenin derhal veya bildirimli fesihle feshedilmesi rekabet yasağını sona erdirir²⁶³. Her ne kadar işçinin sözleşmeyi bildirimli fesihle feshetmesi için bir sebep göstermesine gerek yoksa da, işçinin işverenin davranışlarından kaynaklanan bir sebeple sözleşmeyi bildirimli olarak feshetmesi de rekabet yasağını ortadan kaldırabilir. Böyle bir fesih halinde, feshe yol açan nedenin ne olduğu araştırılmalıdır²⁶⁴.

İşçinin işverenden kaynaklanan bir sebep dolayısıyla sözleşmeyi feshettikten sonra yasaktan kurtulabilmesi için fesih nedenini işverene bildirmesi yahut makul bir süre içinde sözleşmeyi feshetmiş olması gerekmez²⁶⁵. Bu bakımdan işçi tarafından yapılan feshin, işveren tarafından yapılan fesihten farklı olmasının sebebi, işçinin işverene göre ekonomik yönden güçsüz olması dolayısıyla işverene oranla rekabet yasağını etkisiz kılan fesih imkânından daha kolay yararlanabilmesidir²⁶⁶. İşçi, işverenin davranışlarından kaynaklanan bir haklı sebep ortaya çıktıktan belirli bir süre

259

Kudret ERTAŞ: a.g.e., 58; Fatih UŞAN: İş Sırrı, a.g.e., 280.

260

Kenan TUNÇOMAĞ: Borçlar, a.g.e., 393; Kenan TUNÇOMAĞ: İş, a.g.e., 506.

261

M. Kemal OĞUZMAN: a.g.e., 265.

262

Kudret ERTAŞ: a.g.e., 59.

263

M. Kemal OĞUZMAN: a.g.e., 265; Ercan AKYİĞİT: Rekabet Yasağı, a.g.m., 18; M. Polat SOYER: a.g.e., 107; aksi görüş, işçi belirsiz süreli hizmet sözleşmesini feshi ihbarla feshederse, rekabet yasağı ve sır saklama borcu devam eder. Bkz. Haluk KÖSEOĞLU: a.g.m., 985; Kudret ERTAŞ: a.g.e., 59.

264

Ercan AKYİĞİT: Rekabet Yasağı, a.g.m., 18.

265

M. Polat SOYER: a.g.e., 107.

266

M. Polat SOYER: a.g.e., 107-108.

sonra ekonomik açıdan geçimini sağlayabilecek duruma geldiğinde sözleşmeyi feshederse, yine rekabet yasağı sona erer²⁶⁷.

İvazlı rekabet yasağı sözleşmelerinin işveren tarafından feshinde olduğu gibi, işçi tarafından işverene yükletilebilecek bir mühim sebep dolayısıyla feshi halinde de, işçi karşı edimin ifasını talep hakkından vazgeçer ve rekabet yasağı ortadan kalkar ya da karşı edimi alır ve fakat yasak hükmünü devam ettirir²⁶⁸.

V. REKABET YASAĞINA İLİŞKİN UYUŞMAZLIKLARDA GÖREVLİ MAHKEME

TTK.m.4/3'e göre, tarafların tacir olup olmadıklarına bakılmaksızın rekabet yasağına ilişkin BK.m.348-352'den doğan davalar ticarî dava sayılmaktadır. Yasa koyucu söz konusu kuralı, bu maddelere ilişkin uyuşmazlıkların ticarî işletmeyle ilgili bulunmalarından dolayı getirmiştir²⁶⁹. İşçinin rekabet yasağıyla ilgili BK.m.348-352'den doğan davaların ticaret mahkemelerinde görülmesinin daha isabetli olduğu düşünülmüştür²⁷⁰. Ancak hizmet sözleşmesine bağlı rekabet yasağıyla ilgili davaların neden ticarî dava sayıldığını açıklamak güçtür. Nitekim hizmet sözleşmesinin rekabet yasağından doğan davaları ticarî, diğer hükümlerinden doğan davaları ise hukuk davası sayılmaktadır. Ticarî dava sayılan BK.m.348-352'den doğan davaların ticarî sayılması ve ticaret mahkemesinde görülebilmesi için işverenin tacir olması, dolayısıyla işletmenin de ticarî işletme olması gerekir²⁷¹. Bunun yanı sıra, hizmet sözleşmesi devam ederken işçinin rekabet etmeme borcuna aykırı davranması dolayısıyla iş mahkemelerinde

²⁶⁷ Fatih UŞAN: İş Sırrı, a.g.e., 280.

²⁶⁸ M. Polat SOYER: a.g.e., 108.

²⁶⁹ Bkz. Yaşar KARAYALÇIN: Ticaret, a.g.e., 250, dn.27'nin 251. sayfadaki devamı.

²⁷⁰ Reha POROY: Ticarî İşletme Hukuku (İstanbul 1977), 73.

²⁷¹ Yaşar KARAYALÇIN: Ticaret, a.g.e., 252; Hayri DOMANIÇ: Türk Ticaret Kanunu Şerhi (İstanbul 1988), 22.

dava açılırken; sözleşme sona erdikten sonra rekabet yasağına aykırılık dolayısıyla ticaret mahkemelerinin görevli olması da bir çelişki yaratmaktadır²⁷². Bu nedenle BK.m.348-352 anlamında rekabet yasağına ilişkin uyuşmazlıkların iş mahkemelerinde görülmesini sağlayıcı bir düzenleme yapılmalıdır²⁷³.

²⁷² M. Polat SOYER: a.g.e., 25.
²⁷³ M. Polat SOYER: a.g.e., 25.

SONUÇ

Rekabet, mal ve hizmet piyasalarında işletmelerin özgürce ekonomik faaliyetlerde bulunabildiği ve bu faaliyetlerin diğer kimseler veya işletmeler tarafından sınırlandırılmadığı bir ortamda işletmelerin birbirleriyle yaptıkları mücadeledir. Türk hukuk sisteminde rekabet; "haksız rekabet", "rekabet yasağı" ve "rekabetin korunması" şeklinde düzenlenmiştir.

Kanunî rekabet yasağı, taraflar arasındaki hukukî ilişki devam ettiği müddetçe mevcuttur. Kanundan doğan rekabet etmeme borcu kural olarak hizmet sözleşmesinin sona ermesiyle ortadan kalkar. Ancak taraflar iradeleriyle hizmet sözleşmesinde rekabet yasağı şartı kararlaştırabilirler ya da hizmet sözleşmesi sona erdikten sonra hüküm ifade etmek üzere rekabet yasağı sözleşmesi yapabilirler. Buna karşın, hizmet sözleşmesi imzalanmadan önce yahut sözleşme sona erdikten sonra tarafların böyle bir sözleşme yapmaları, işçinin ekonomik geleceğini ve çalışma özgürlüğünü zedeler. Ayrıca hizmet sözleşmesi olmadan rekabet yasağı sözleşmesinin bir anlamı olmaz. Bu sebeple; rekabet yasağı gerek hizmet sözleşmesinde bir şart olarak, gerekse ayrı bir sözleşme yapılarak kararlaştırılsın hizmet sözleşmesine bağlı bir sözleşmedir.

Genel olarak rekabet yasağı sözleşmeleri aslî ve talî rekabet yasağı sözleşmeleri olarak ikiye ayrılır. BK.m.348-352 anlamında rekabet yasağı sözleşmeleri hizmet sözleşmesi devam ederken, hükümlerini hizmet sözleşmesi sona erdikten sonra doğurmak üzere yapılırlar. Bu nedenle bu sözleşmelerin, hizmet sözleşmesine talî olarak bağlı sözleşmelerden olduğu inancındayız. Rekabet yasağı sözleşmeleri ayrıca ivazlı ve ivazsız rekabet yasağı sözleşmeleri olarak da bir ayırıma tâbi tutulur. BK.m.348-352 esas olarak ivazsız rekabet yasağı sözleşmelerini düzenlemiştir.

Rekabet yasağı sözleşmeleri, işçinin hizmet sözleşmesi sona erdikten sonra işverenle rekabet etmesini yasakladığı için olumsuz içerikli sözleşmelerdir. Rekabet yasakları asıl edimle birlikte dava edilebilecekleri gibi, ondan bağımsız olarak da dava konusu yapılabilirler.

Rekabet serbestisi kanunla veya rekabet yasağı sözleşmeleri ile sınırlandırılabilir. Rekabet serbestisinin kanun gereği sınırlandırılması, haksız rekabeti düzenleyen ve yasaklayan BK.m.48 ve TTK.m.56-65 ile kaleme alınmıştır. Her ne kadar haksız rekabet ile rekabet yasağı sözleşmeleri, rekabet serbestisini sınırlandıran düzenlemeler olarak birbirlerini tamamlasalar da, gerek kanunî gerekse akdî rekabet yasağının her durumda haksız rekabet teşkil etmediği inancındayım. İşçi hizmet sözleşmesi devam ederken dürüstlük kuralına aykırı olarak edindiği bilgileri, sözleşmesi devam ederken ya da işverenle rekabet yasağı kararlaştırmış olmalarına rağmen sözleşmesi sona erdikten sonra işverenle rekabet edecek ve ona zarar verecek şekilde üçüncü kişilere açıklar ve bu bilgilerden kendi menfaati için faydalanırsa, onun bu davranışı hem TTK anlamında haksız rekabet hem de İş K. ve BK. anlamında rekabet yasağına aykırılık teşkil eder. Ancak işçinin dürüstlük kuralına uygun olarak edindiği bilgileri kendi yararına kullanması ve bunları üçüncü kişilere açıklaması haksız rekabet teşkil etmez. Bu durumda sadece rekabet yasağının ihlâli söz konusu olur.

Rekabet yasağı sözleşmelerinin sır saklama borcu ile de ilişkisi vardır. Nitekim sır saklama borcunun hizmet sözleşmesi sona erdikten sonra da devam etmesi için yapılan sözleşme, bir rekabet yasağı sözleşmesi niteliğindedir.

İşçinin hizmet sözleşmesi devam ettiği müddetçe işverene karşı sadakat borcu vardır. Rekabet etmeme borcu da sadakat borcunun kapsamı içinde bulunan bir borçtur. Bu nedenle, işçinin hizmet sözleşmesinin devam

ettiği süreçte kendisini çalıştıran işverene veya çalıştığı işyerine karşı rekabet teşkil edecek her davranış, sadakat borcunu ihlâl eder.

Hizmet sözleşmesinde işçinin sadakat borcu ve bu anlamda rekabet etmeme borcu MK.m.2'den kaynaklanan bir borç olarak kabul edilmekle birlikte çeşitli kanun hükümlerinde işçinin hizmet ilişkisi devam ederken rekabet etmeme borcu olduğu düzenlenmiştir.

Rekabet yasağı genel olarak işçinin ahlâka ve iyi niyet kurallarına, dolayısıyla sadakate aykırı her türlü davranıştan kaçınmasını gerektirir. Bunun yanı sıra işçi bu borç nedeniyle, kendi adına işvereni ile rekabet edebileceği bir iş yapmamak, rakip bir işletmede çalışmamak ve rakip bir işletmeye ortak olmamak durumundadır. Bununla birlikte rekabet yasağının devam ettiği sürede işçinin her ne sıfatla olursa olsun rakip işletme ile ilgisinin olmaması gerekir.

İşçinin rekabet etmeme borcunun hizmet sözleşmesi sona erdikten sonra da devamı isteniyorsa, tarafların bunu ayrıca ve açıkça kararlaştırmaları gerekir. Bu kararlaştırma ayrı bir sözleşmeyle yapılabileceği gibi mevcut hizmet sözleşmesine konulacak özel bir hükümle de yapılabilir. Kanun koyucu işçinin korunmasını sağlamak amacıyla, sözleşme özgürlüğü ilkesini sınırlandırarak rekabet yasağı sözleşmesinin geçerli bir şekilde kurulabilmesi için bazı şartlar aramıştır. Bu şartlar; bir hizmet sözleşmesinin bulunması, işçinin reşit olması, işverenin belirli sırlarını öğrenme imkânına sahip olması ve müşteri çevresine ilişkin bilgiyi ve iş sırlarını kullanmasından dolayı işverenin önemli bir zarara maruz kalması ihtimalinin olmasıdır. Bunun dışında, rekabet yasağı sözleşmesi işçinin ekonomik özgürlüğünü sınırlandırdığı için yer, zaman ve konu bakımından sınırlandırılmalıdır. Türk hukukunda sözleşmenin hangi süre için geçerli olacağına ilişkin açık bir düzenleme yapılmamıştır. Her somut olayda hâkim bu süreyi tespit edecektir.

Yer açısından sınır ise işverenin çalışma ilişkisi dikkate alınarak belirlenir. Rekabet yasağının geçerli olduğu coğrafi alan, tüm Türkiye'yi hatta tüm dünyayı kapsayabilir. Ancak yer bakımından yasağın kapsamının geniş tutulduğu durumlarda konu ve zaman bakımından yasağın kapsamı daraltılmalıdır. Rekabet yasağı konu bakımından işyerinde yapılan faaliyetlerle sınırlıdır. Rekabet yasağı işçinin ekonomik geleceğini tehlikeye sokmadıkça geçerlidir. Bu nedenle kanunda öngörülen sınırları aşan rekabet yasağı sözleşmelerine hâkimin müdahale etme hakkı vardır. Hâkimin aşırı rekabet yasağına müdahale etmesi halinde, rekabet yasağının sınırlandırılması mümkün olduğu müddetçe sadece sınırı aşan hükümler batıl kabul edilmeli, sözleşme tam butlanla sakat kabul edilmemelidir. Rekabet yasağı sözleşmesinin geçerli olabilmesi için diğer bir koşul da, sözleşmenin yazılı şekilde yapılmasıdır.

İşçinin rekabet yasağı sözleşmesini ihlâl etmesi halinde, öncelikle işverene verdiği zararları tazmin etmesi gerekir. Yasağın ihlâli halinde cezaî şart ödeneceği kararlaştırılmışsa, işveren cezaî şart miktarını ödeyerek sorumluluktan kurtulur. Ancak işçinin hareket tarzı ve ihlâl veya tehdit edilen menfaatlerin önemi haklı gösteriyorsa ve yazılı bir sözleşme ile açıkça kararlaştırılmışsa, işveren cezaî şartın ödenmesini, cezaî şartı aşan zararın tazminini ve aynen ifayı talep edebilir. İvazlı rekabet yasağı sözleşmesi yapılması halinde, işçi yasağı ihlâl ederse işveren kural olarak BK.m.81 uyarınca borcunu ifa yükümlülüğünden kaçınabilir. Böyle bir sözleşmede işçi rekabet yasağına uygun davranırken, işveren karşı edim yükümlülüğünü yerine getirmezse, borçlunun temerrüdüne ilişkin hükümler uygulanır.

İş sırlarının ve işverenin menfaatlerinin korunması amacıyla yapılan rekabet yasağı sözleşmeleri, işçi ayartma bakımından da önem taşır. İşçi belirli süreli sözleşmenin süresi bitmeden önce yahut belirsiz süreli sözleşmede bildirim süresine uymaksızın işini bırakıp başka bir işverenin

işine girerse ve işçinin bu davranışına yeni işveren sebep olmuşsa, sözleşmenin bu şekilde feshinden dolayı, işçiyle birlikte yeni işveren de sorumlu olur. Yeni işverenin sorumluluğu için, işçinin yeni işverenin yanında işe girmesi ve işverenin emri altında bulunması yeterlidir. İşçinin yeni işverenle bir hizmet sözleşmesi imzalaması şart değildir. İşçinin yeni işverenin teşvikiyle sözleşmeyi bu şekilde feshetmesi halinde, işçiyle birlikte yeni işverenin de sorumlu tutulabilmesi için, eski işverenin işçinin bu fiilinden bir zarar görmüş olması şart değildir. Zarar koşuluna bağlı olmaksızın ihbar tazminatından ve cezaî şarttan işçiyle birlikte yeni işveren de sorumludur. Nitekim kanunda da yeni işverenin sözleşmenin bu şekilde feshinden dolayı sorumlu tutulacağı düzenlenmiştir. İhbar tazminatı ve cezaî şart da sözleşmenin bu şekilde feshinden doğan sonuçlardır.

İşçinin sözleşmesini 23'üncü maddede belirtilen şekilde sona erdirmesi halinde, eğer taraflar arasında rekabet yasağı kararlaştırılmışsa, rekabet yasağının ihlâli de söz konusu olacaktır. Kanaatimizce, işçinin rekabet yasağını ihlâl etmesine yeni işveren sebep olmuşsa, eski işveren işçiyle birlikte yeni işverene de başvurabilmelidir. Ancak eski işverenin, işçiye rekabet yasağı şartına ya da rekabet yasağı sözleşmesine aykırılık dolayısıyla, yeni işverene ise haksız rekabet(TTK.m.57/6-7) dolayısıyla başvurması gerekmektedir. Nitekim yeni işveren rekabet yasağı sözleşmesinin tarafı değildir ve rekabet yasağı şahsa sıkı sıkıya bağlı bir yasaktır. Bu nedenle eski işverenin İş K.m.23 dolayısıyla değil, haksız rekabet hükümleri dolayısıyla yeni işverene karşı dava açması gerekir.

Yeni işverenin işçiyi sözleşmesini 23'üncü maddede düzenlenen şekilde feshettiğini bilerek işe alması halinde, kanun gereği sorumluluğu söz konusudur. Yeni işverenin işçinin sözleşmesini bu şekilde feshine sebep olmaması yahut işçiyi işe aldığı sırada bu durumu bilmemesi halinde, sözleşmenin söz konusu şekilde feshinden sorumlu tutulmaması gerekir.

Yeni işverenin sözleşmenin bu şekilde feshinden sorumlu tutularak, bu sorumluluktan kurtulmak için işçinin sözleşmesini feshetme zorunluluğu, hem işçi hem de işveren açısından hakkaniyetle bağdaşmamaktadır. Nitekim böyle bir durumda hem yeni işverenin istediği kişiyi çalıştırma hakkı sınırlandırılmış hem de işçi işsiz kalmış olacaktır. Bu nedenle İş K.m.23/c kaldırılmalıdır. Eski işveren İş K.m.23/c dolayısıyla sadece işçiye başvurabilmelidir.

Rekabet yasağı sözleşmesi, işçinin ölümü, sözleşmede kararlaştırılan sürenin sona ermesi ve tarafların anlaşması gibi sebeplerle sona erer. İşyerinin devri halinde, eğer işyerini devralan yeni işveren işyerinde görülen faaliyetin türünü değiştirmezse, rekabet yasağı sözleşmesi hükümlerini devam ettirir.

Rekabet yasağının devamında artık işverenin önemli bir menfaatinin kalmaması veya işçinin feshi haklı gösteren bir kusuru yokken hizmet sözleşmesinin işveren tarafından feshedilmesi yahut işverene ait bir kusur dolayısıyla hizmet sözleşmesinin işçi tarafından feshedilmesi de rekabet yasağı sözleşmesini ortadan kaldırır. İş hukukunun temel prensipleri uyarınca işçinin birtakım haklardan yararlanabilmesi için kusursuz olması gerekir. Aynı şekilde Türk Borçlar Hukuku sisteminde de temel prensip tazminatın kusurlu borçludan talep edilebilmesidir. Ayrıca TTK.m.58/1-d'e göre de haksız rekabete uğrayanın tazminat talep edebilmesi için feshin işçinin kusuruna dayalı olarak yapılmış olması gerekir. Bununla birlikte iş hukukunda temel kural, işçinin lehine yorum yapılmasıdır. Bu nedenle tereddüt halinde işçi yararına hareket edilerek temel haklara sadakat borcu karşısında öncelik tanınmalıdır. Bu sebeple işçinin kusuru olmadan sözleşmesinin feshedilmesi işçiye rekabet yasağından kurtarmalıdır.

KAYNAKÇA*

- AKINCI, Ateş: Rekabetin Yatay Kısıtlanması, Ankara 2001
- AKINCI, Müslüm: "Ekonomik Kamu Düzeni ve Rekabet Kurumu", Rekabet Dergisi, S.5, Ocak-Şubat-Mart 2001, Ankara 2001 (sf.3-16)
- AKYİĞİT, Ercan: "İsviçre ve Türk İş Hukukunda İşçinin Hizmet Akdi Sonrasına Yönelik Rekabet Yasağı, Kamu-İş, Ocak 1991, c.2, S.6-7 (sf.4-21) (**Rekabet Yasağı**)
- AKYİĞİT, Ercan: "Türk/Alman Ve İsviçre Hukukunda Sadakat Borcu Açısından Yan İş Problemi", Kamu-İş, Nisan 1992, c.3, S.2 (sf.31-45)(**Yan İş**)
- AKYİĞİT, Ercan: İş Hukuku, Ankara 2002
- AKYİĞİT, Ercan: İşçinin Başka İşte Çalışması, Ankara 1995 (**Başka İş**)
- ARAL, Fahrettin: Borçlar Hukuku, 5.b., Ankara 2003
- ARKAN, Sabih: Ticari İşletme Hukuku, 7.b., Ankara 2004
- ARSLAN, İbrahim: Şirketler Hukuku Bilgisi, 8.b., Konya 2003
- ARSLANLI, Halil: Kara Ticareti Hukuku Dersleri, Umumi Hükümler, 3.b., İstanbul 1960
- ATABEK, Reşat: İş Aktinin Feshi, İstanbul 1938
- AYHAN, Rıza: Haksız Rekabet Münasebetiyle Elde Edilen Menfaatlerin İadesi, Konya 1990
- AYİTER, Nuşin: "Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Fer'i Rekabet Memnuiyeti Mukavelesi", Arsebük'e Armağan, Ankara 1958 (sf.463-479)
- BADUR, Emel: Türk Rekabet Hukukunda Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşmalar (Uyumlu Eylem ve Kararlar), Ankara 2001

* Atıf yapılırken kullanılan kısaltmalar parantez içinde gösterilmiştir.

- BAŞPINAR, Veysel: "Kişilik Hakkı Açısından Kelepçeleme Sözleşmeleri", Ankara Barosu Dergisi, Yıl:56, S.1, Ankara 1999 (sf.17-34)
- BECKER, Herman: İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi, çev.A.Suat Dura, Ankara 1993
- BİLGE, Necip: "Cezaî Şart", A.Esat Arsebük'e Armağan, Ankara 1958 (sf.38-127) **(Cezaî Şart)**
- BİLGE, Necip: Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri, Ankara 1971 **(Borçlar)**
- BİLGİŞİN, Şevket Memedali: Ticaret Hukuku Prensipleri, c.1, 3.b., İstanbul 1950
- CENTEL, Tankut: Kısmî Çalışma, İstanbul 1982 **(Kısmî Çalışma)**
- CENTEL, Tankut: İş Hukuku, c.1, İstanbul 1992 **(İş)**
- ÇEKER, Mustafa: "Türk Hukukunda Rekabetin Korunması ve Yeni Rekabet Düzeni", Batider, c.XVIII, S.3, Haziran 1996, Ankara 1996 (sf.83-117)
- ÇELİK, Nuri: İş Hukuku Dersleri, 16. b., İstanbul 2003
- ÇENBERCİ, Mustafa: İş Kanunu Şerhi, 6.b., Ankara 1986
- DALAMANLI, Lütfü/KAZANCI, Faruk: İlmî ve Kazai İçtihatlarla Açıklamalı Borçlar Kanunu, c.3, İstanbul 1990
- DOMANIÇ, Hayri: Türk Ticaret Kanunu Şerhi, İstanbul 1988
- DOMANIÇ, Hayri: Şirketler Hukuku I, İstanbul 1968 **(Şirketler)**
- DONAY, Süheyl: Meslek Sırrının Açıklanması Suçu, İstanbul 1978
- DÖNMEZ, Kazım Yücel: İşçinin Borçları, Ankara 2000
- EDİS, Seyfullah: Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 3.b., Ankara 1987
- EKMEKÇİ, Ömer: "Ferdî İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı", Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin 1999 Kararlarının Değerlendirilmesi, İstanbul 2001

- ERDEM, Nafiz: Türk Borçlar Kanunu Şerhi ve Davaları, Ankara 1988
- EREN, Fikret: Borçlar Hukuku, 8.b., İstanbul 2003
- ERTAŞ, Kudret: Türk Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu, Ankara 1982
- ERTÜRK, Şükran: İş İlişkinde Temel Haklar, Ankara 2002
- EYRENCİ, Öner: Uygulama Ve İş Hukuku Açısından Kısmi Süreli Çalışmalar, İstanbul 1989
- FEYZİOĞLU, Feyzi Necmettin: "Ticarî Müessesiller Ve Diğer Ticarî Vekiller", Halil Arslanlı'nın Anısına Armağan, İstanbul 1978 (sf.407-443)
- FRANKO, Nisim: "Ticaret Şirketlerinde Rekabet Memnuiyeti", Batider, c.XIII, S.1, Haziran 1985, Ankara 1986 (sf.21-64)
- GÖKTÜRK, Hüseyin Avni: "Cezaî Şart Müessesesi", İzmir Barosu Dergisi, Sene-7, 1942, S.2-26 (sf.397-406)
- GÜNAY, Cevdet İlhan: İş Hukuku, Ankara 2003
- GÜVEN, Ercan: İş Hukuku, Eskişehir 1998
- HİRŞ, Ernest : Ticaret Hukuku Dersleri, İstanbul 1946
- İZVEREN, Adil: "Bankalarda Meslekî Sır Ve Bunun İfşasının Hukukî Neticeleri, Ankara Barosu Dergisi, S.2, Yıl:1995 (sf.690-699) **(Bankalarda Meslekî Sır)**
- İZVEREN, Adil: İş Hukuku, c.1-2-3, Ankara 1974
- KALPSÜZ, Turgut: "Anonim Şirketlerde İdare Meclisi Üyelerinin Şirketle Rekabet Teşkil Eden Davranışları", H.C.Oğuzoğlu'na Armağan, Ankara 1972 (sf.347-385)
- KANETİ, Selim: İsviçre Federal Mahkemesinin Borçlar Hukuku Kararları Özel Borç İlişkileri-Borç İlişkilerinde Yasaların Çatışması, Ankara 1968
- KAPLAN, İbrahim: Hâkimin Sözleşmeye Müdahalesi, Ankara 1987 **(Hâkimin Sözleşmeye Müdahalesi)**

KAPLAN, İbrahim: "Banka Gizliliği-Bankanın Sır Saklama Borcu", Batider, c.XV, S.4, Aralık 1990, Ankara 1990 (sf.3-20) **(Banka Gizliliği)**

KARAYALÇIN, Yaşar: Özel Hukukta Meseleler ve Görüşler Hukuki Mütalâalar (1984-1987), Ankara 1988 **(Hukuki Mütalâalar)**

KARAYALÇIN, Yaşar: Ticaret Hukuku, I. Giriş-Ticarî İşletme, 3.b., Ankara 1968 **(Ticaret)**

KARAYALÇIN, Yaşar: Ticaret Hukuku II, Şirketler Hukuku, 2.b., Ankara 1973 **(Şirketler)**

KENDİGELEN, Abuzer: Ticaret Hukuku Kürsüsünde Onbeş Yıl, Hukukî Mütalâalar, c.3, İstanbul 2001

KILIÇOĞLU, M.Ahmet: Borçlar Hukuku, 4.b., Ankara 2004

KIRCA, İsmail: Ticarî Mümessillik, Ankara 1996

KÖSEOĞLU, Haluk: "Hizmet Akdinde İşçinin Rekabet Yasağı", Ankara Barosu Dergisi, S.2, 1968 (sf.982-986)

MİMAROĞLU, Sait Kemal: Ticaret Hukuku, c.1, İşletme Hukuku, Ankara 1978 **(c.1)**

MİMAROĞLU, Sait Kemal: Ticaret Hukuku, c.2, Ankara 1972 **(c.2)**

MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi: İş Hukuku, Ankara 2004

MUSLUOĞLU, A.Lütfi: "İşçinin İş Akdini Haksız Feshi ve Yeni İşverenin Sorumluluğu", İş Hukuku Dergisi, c.1, S.7, Temmuz 1969 (sf.609-618)

NARMANLIOĞLU, Ünal: İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri 1, 3.b., İzmir 1998 **(Ferdî İş)**

NARMANLIOĞLU, Ünal: İş Hukuku II, İzmir 2001

OĞUZMAN, Kemal/ÖZ, Turgut: Borçlar Hukuku, 3.b., İstanbul 2000

OĞUZMAN, M.Kemal: Hizmet "İş" Akdinin Feshi, İstanbul 1955

OLGAÇ, Senai: Borçlar Hukuku, c.1, İstanbul 1967

- ÖÇAL, Akar: "Ticarî Mümessilin Rekabet Yapmama Borcu", EAÜİİBF. Dergisi, c.1, S.1, Ocak 1983, Eskişehir 1983 (sf.215-220) **(Ticarî Mümessil)**
- ÖÇAL, Akar: "Adi Şirketlerde Rekabet Yasağı, EİTİAD., c., XVII, S.2, Haziran 1981, Eskişehir 1981 (sf.431-438) **(Adi Şirketlerde Rekabet Yasağı)**
- ÖRS, Fahri Halil: Türk Hususi Hukukunda Haksız Rekabet (Hukukî Mahiyeti ve Rekabet Hakkının Himayesi), Ankara 1982
- ÖZSUNAY, Ergun: Kartel Hukuku, İstanbul 1986
- ÖZTAN, Bilge: Medeni Hukuk'un Temel Kavramları, 14.b., Ankara 2004
- POROY, Reha: Ticarî İşletme Hukuku, İstanbul 1977
- POROY Reha/TEKİNALP Ünal/ÇAMOĞLU Ersin: Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, 9.bası, İstanbul 2003*
- REİSOĞLU, Safa: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 16.b., İstanbul 2004
- REİSOĞLU, Seza: Hizmet Akdi, Ankara 1968
- SAKA, Zafer: Ticaret Hukuku Ticari İşletme, İstanbul 1998
- SANLI, Kerem Cem: Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun'da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler Ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme Ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği, Ankara 2000
- SAYHAN, İsmet: "Anonim Şirketlerde Rekabet Yasağı", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya 1993
- SAYMEN, Ferit H. : Türk İş Hukuku, İstanbul 1954
- SELİÇİ, Özer: Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul 1977
- SEROZAN, Rona: Sözleşmeden Dönme, İstanbul 1975

* Bu esere yapılan atıflarda Ersin Çamoğlu'na ilişkin kısımlarda "Ersin Çamoğlu: Ortaklıklar"; Reha Poroy'a ilişkin kısımlarda "Reha POROY: Ortaklıklar" şeklinde kısaltma yapılmıştır.

SOYER, M.Polat: Rekabet Yasağı Sözleşmesi (BK.m.348-352), Ankara 1994

SÜZEK,Sarper: İş Hukuku, İstanbul 2002

ŞENGEL, Berkant: "Türk Hukukunda Haksız Rekabet Halleri Ve Rekabetin Korunması", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 1998

ŞENOCAK, Kemal: "İşletme Personelinin Ayartılması Meselesinin Haksız Rekabet Hükümleri Çerçevesinde (TTK.m.56 vd.) Değerlendirilmesi", AÜHFD., c.50, S.2, Ankara 2001 (sf.193-245)

TAYLAN, Emin: "Anonim Şirketlerde Müdürler", Yaklaşım Dergisi, c.2, Yıl:1, S.8, Ağustos 1993, Ankara 1993 (sf.83-88)

TEKİNAY, Selâhattin Sulhi: Borçlar Hukuku, İstanbul 1974

TOPÇUOĞLU, Metin: Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları Ve Hukukî Sonuçları, Ankara 2001

TUNCAY, A.Can: "İşçinin Sadakat Yükümlülüğü" Domaniç'e 80.Yaş Günü Armağanı, c.2, İstanbul 2001 (sf.1043-1085) **(Sadakat)**

TUNCAY, A.Can: Basında İşçi İşveren İlişkileri, İstanbul 1989

TUNÇOMAĞ, Kenan: "Cezaî Şartın Hukukî Mahiyeti", Batider,1962, c.1, S.4 (sf.558-568)

TUNÇOMAĞ, Kenan: Borçlar Hukuku Dersleri, c.2, İstanbul 1967 **(Borçlar)**

TUNÇOMAĞ, Kenan: İş Hukuku, c.1, İstanbul 1971 **(İş)**

TUNÇOMAĞ,Kenan: Borçlar Hukuku, c.1, İstanbul 1972 **(Borçlar, c.1)**

TUNÇOMAĞ,Kenan: Türk Hukukunda Cezaî Şart, İstanbul 1963 **(Cezaî Şart)**

TUTUCU, Aslı/ODAMAN, Serkan: "İş Kanunu 15.madde Uyarınca İşyerini Terkeden İşçiyi Çalıştıran Yeni İşverenin Sorumluluğunun

Koşulları ve Hukukî Niteliği", Nuri Çelik'e Armağan, c.2, İstanbul 2001 (sf.1385-1414)

UŞAN, Fatih: İş Hukukunda İş Sırrının Korunması, Ankara 2003 (İş Sırrı)

UŞAN, M. Fatih: Çıraklık Sözleşmesi, Konya 1994 (Çıraklık)

UYGUR, Turgut: Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu, c.6, Ankara 2003

VON TUHR, Andreas: Borçlar Hukukunun Umumî Kısmı, c.1-2, Ankara 1983

YAVUZ, Cevdet: Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 6.b., İstanbul 2002

YELEKÇİ, M. İ. : İş Kanunu Şerhi, Ankara 1998

YILMAZ, Ejder: Hukuk Sözlüğü, 7.b., Ankara 2002

YUNUS, Ş. Binnaz Aydın: "Hukukumuzda Rekabet Yasağının Düzenlenmesi", Adalet Dergisi, Yıl:93, S.10, Ocak 2002, Ankara 2002 (sf.150-166)

YÜREKLİ, Sabahattin: "Yeni İşverenin Sorumluluğu ve Cezaî Şart" (Karar İncelemesi), Hayri Domaniç'e 80.Yaş Günü Armağanı, c.2, İstanbul 2001 (sf.1087-1104)

ZEVLİLER Aydın/ACARBEY M. Beşir/GÖKYAYLA, Emre: Medeni Hukuk, 6.b., Ankara 1992

ZEVLİLER, Aydın/AYDOĞDU Murat/PETEK Hasan: Özel Borç İlişkileri, 6.b., Ankara 1998

ÖZET

Rekabet kavramı, günlük dilde kullanılan yarışma kavramının karşılığıdır. Genel olarak rekabet, aynı amacı hedefleyenler arasında daha iyi olma düşüncesine dayanan bir mücadeledir. Rekabet etme hakkı hukuk düzeni tarafından korunmaktadır. Ancak serbest rekabet ortamında birbirleriyle yarışan kişilerin ya da işletmelerin arasındaki çıkar çatışmalarının daha sonra düelloya dönüşmesini önlemek amacıyla rekabet hakkı sınırlanabilmektedir.BK.m.348-352 anlamında rekabet yasağı ile, işçinin rekabet hakkını kötüye kullanacak faaliyetleri yasaklanarak, işverenin menfaatlerinin zarar görmesinin engellenmesi sağlanır. Rekabet yasağı kanundan ya da sözleşmeden doğabilir. Hizmet sözleşmesi devam ederken, sadakat borcu gereği işçinin rekabet etmeme borcu vardır. İşçi ve işveren isterlerse bu rekabet yasağını hizmet sözleşmesi sonrası için de kararlaştırabilirler. Bu rekabet yasağı, hizmet sözleşmesine konulacak bir hükümle kararlaştırılabileceği gibi ayrı bir rekabet yasağı sözleşmesi ile de kararlaştırılabilir. Geçerli bir rekabet yasağı sözleşmesinden söz edebilmek için, öncelikle taraflar arasında bir hizmet sözleşmesi bulunmalıdır. İşçi reşit olmalıdır. Bununla birlikte işçi işverenin belirli sırlarını öğrenme imkânına sahip olmalıdır. Rekabet yasağı işçinin ekonomik geleceğini sınırlandırdığı için; bu sözleşme yer, zaman ve konu bakımından sınırlandırılmalıdır. Bu sözleşmenin geçerli olabilmesi için diğer bir koşul da yazılı şekilde yapılmasıdır.

İşçinin rekabet yasağına aykırı hareket etmesi halinde, işveren işçiden gördüğü zararın tazminini talep edebilir. Yasağa aykırı hareket hakkında cezaî şart konulmuşsa; işçi kural olarak cezaî şart miktarını ödeyerek sorumluluktan kurtulur. Ancak zarar bu miktarı geçiyorsa, işveren bu zararın fazlasının tazminini de talep edebilir. İşçinin hareket tarzı ve ihlâl edilen menfaatlerin önemi haklı gösteriyorsa ve yazılı bir sözleşme ile bu hak

muhafaza edilmişse, işveren kararlaştırılan cezanın ödenmesini, bu miktaraşan zararın tazminini ve muhalefetin men'ini (aynen ifa) talep edebilir.

İşçinin ölümü, tarafların anlaşması ve sözleşmede kararlaştırılan sürenin sona ermesiyle rekabet yasağı ortadan kalkar. Ayrıca yasağın devamında işverenin önemli bir menfaatinin bulunmaması ve hizmet sözleşmesinin işçiden kaynaklanmayan bir sebeple işveren tarafından yahut işverene ait bir kusur dolayısıyla işçi tarafından feshedilmesi halinde de rekabet yasağı sona erer.



ABSTRACT

In general terms, competition is a struggle, which is based on the idea of being better among ones, who effort for the same aim. Right for competing has been protected by law. However, right for competition should be limited to prevent benefit struggles among competing individuals or business enterprises at the same circumstances from becoming a duel. With the competition prohibition, which is based on the articles 348-352 of the Legal Code of Obligations, abuse of right for competition of the worker is abandoned for protecting the benefits of the employer. Competition prohibition could arise from law or contract. For a valid Contract of Competition Prohibition, first of all there should be a Contract of Service between the parts. Workers must be of a legal age. Furthermore, worker must have the situation to learn certain secrets of the employer. Because that the competition prohibition limits the economic future, this contract must be limited according to the place, time and subject. It also must be in a written format to be valid.

Employer could ask for indemnity of his loses since the worker act against competition prohibition. If there is a penalty condition on those who are acting against the prohibition, the worker by paying it will be free from his/her liability. However if the damage passes amount, the employer may claim the exceeding amount the damage. If the behaviour of the worker and the importance of the violated interests justify and if the right is preserved with a written contract, the employer may demand the payment of the settled penalty, indemnity the amount passing the damage and prohibition of opposition (exact performance).

Competition prohibition is eliminated with the death of the worker or the end of the time, which is determined by the contract. Besides, the

competition prohibition ends in the situations when there has not been a benefit for the employer continuing the prohibition or the repeal of the contact by the sides.

