345
505346
MİT
2009

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

REKABET YASAĞI SÖZLEŞMESİ

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Ertan MİTAP

Tez Danışmanı: Doç. Dr. Murat ENGİN

HAZİRAN 2009

ÖNSÖZ

Rekabet, aynı amaca yönelen kişiler arasındaki yarışmadır. İş sözleşmesinde de işçi ile işveren aynı amaca yönelmiş oldukları halde, rekabet oyununda aynı tarafta yer alırlar ve kural olarak birbiriyle yarışmazlar. Yarışmazlık hali, yazılı olmasa da iş sözleşmesinin ve iş ilişkisinin doğasından kaynaklanan sadakat borcuna ve güvene dayanır. Fakat sadakat ve güven ilişkisi, hukuki bir güvenceyle somutlaştırılmamışsa zamanla riske dönüşebilecektir. Bu güven ve sadakat, iş ilişkisi bakımından o denli önemlidir ki, yasa koyucu bunun iş sözleşmesinden sonra da devam ettirilebilmesinde fayda bularak, tez konumuz olan rekabet yasağı sözleşmesini öngörmüştür. Zira işverenin çalışanına karşı güven duymaması tarafların iş sözleşmesinden bekleyecekleri faydayı sağlayamamalarına yol açabilecektir.

Rekabet yasağı sözleşmesi tezini ortaya koyabilmek için yapılan çalışmalarda, sözleşmenin ilgili bulunduğu temel hak ve özgürlükler bağlamında Anayasa hukukundan, borçlar hukukunun temel ilkelerine, rekabet hukukundan fikri mülkiyet hukukuna kadar birçok farklı disiplinle iştigal edilmiş, bunların sınırları ve iş hukuku ile borçlar hukukunun derinliği bir kez daha anlaşılmıştır. Bunun yanında, hukukumuzda bu konuda yakın zamana kadar fazla sayıda çalışmaya rastlanmasa da, rekabet yasağı sözleşmesinin giderek önem kazandığı açıktır. Rekabet yasağı sözleşmesine ilişkin hukuki birikimin sağladığı geniş yorum imkânını değerlendirmek isteyebilecek hukukçuların bu konuda çalışmalarını özellikle öneririm. Tez konusu olarak rekabet yasağı sözleşmesini bana öneren sayın hocam Doç. Dr. E. Murat ENGİN'e öncelikle tez danışmanım olmayı kabul ettiği için ve değerli yardımları nedeniyle teşekkürü bir borç bilirim.

İÇİNDEKİLER

Sayfa No

KISALTMALAR.....vi

RÉSUMÉ - ABSTRACT – ÖZET.....viii

GİRİŞ.....1

1. REKABET YASAĞI SÖZLEŞMESİNİN İLGİLİ OLDUĞU KAVRAMLAR

1.1. Rekabet ve Rekabet Serbestisi 3

1.2. Genel Olarak Rekabet Yasağı 5

1.3. Rekabet Yasağı Sözleşmesinin Ekonomik Nedeni Olarak Müşteri Çevresinin Korunması 8

1.4. Rekabet Yasağı Sözleşmesinin Temel Hak ve Özgürlükler Bakımından Değerlendirilmesi 10

1.5. İş Sözleşmesi ve Rekabet Yasağı 14

1.5.1. İşçinin sadakat borcu ve rekabet etmeme borcu 16

1.5.2. İş sözleşmesinin sona ermesi 19

1.5.3. Rekabet yasağı sözleşmesinin yokluğunda işçinin iş sözleşmesi sonrası yükümlülükleri 21

1.6. Rekabet Yasağı Sözleşmesi ve Haksız Rekabet Hükümleri 24

1.7. Rekabet Yasağı Sözleşmesi ve Sır Saklama Sözleşmeleri 26

2. REKABET YASAĞI SÖZLEŞMESİNİN KONUSU VE GEÇERLİLİK KOŞULLARI

2.1. Rekabet Yasağı Sözleşmesinin Konusu 29

2.1.1. Rekabet yasağı sözleşmesinde işçinin borçları 31

2.1.1.1. İşçiye yüklenebilecek edimlerin birbirinden bağımsız nitelikte olması 32

2.1.1.2. Kendi adına iş yapmama 35

2.1.1.3. Rakip müessesede işe girmeme 37

2.1.1.4. Ortak veya bir diğer sıfatla ilgili bulunmama 39

2.1.1.4.1. Rakip müesseseye ortak olmama 40

2.1.1.4.2. Sair sıfatla alakadar olmama 41

2.1.2. Rekabet yasağı sözleşmesinde işverenin karşı edimi 42

2.2. Genel Geçerlilik Koşulları 46

2.2.1. Hukuki işlem ehliyeti 46

2.2.2. Yazılı şekil şartı 49

2.3. Özel Geçerlilik Koşulları 57

2.3.1. Müşteri çevresine veya iş sırlarına nüfuz etmeye müsait bir iş sözleşmesi 59

2.3.2. Müşteri çevresine ve iş sırlarına nüfuz etme 61

2.3.3. İşçinin müşteri çevresini tanıması 65

2.3.4. Esrara nüfuz etme 66

2.3.4.1. İş sırlarının işletmeyle ilgili olması 67

2.3.4.2. Sır niteliğindeki bilgiye erişimin sınırlı olması 69

2.3.4.3. İşverenin haklı menfaati 70

2.3.5. İşverenin hissolunacak bir zarara uğrama ihtimali 71

2.4. Rekabet Yasağı Sözleşmesinin İşçinin Ekonomik Geleceğine Etkilerinin Sınırlandırılması 74

2.4.1. İşçinin ekonomik geleceğinin hakkaniyete aykırı biçimde tehlikeye girmesi 75

2.4.1.1. İşçinin ekonomik geleceği kavramı 75

2.4.1.2. Hakkaniyet ölçütü 76

2.4.2. Rekabet yasağı sözleşmesinin objektif sınırları 78

2.4.2.1. Süre bakımından sınırlı olma 80

2.4.2.2. Coğrafi alan bakımından sınırlı olma 83

2.4.2.3. Faaliyet konusu bakımından sınırlı olma 85

2.4.2.3.1. İşverenin faaliyet konusu 85

2.4.2.3.2. İşçinin faaliyet konusu 89

2.4.3. Bağlayıcılık sınırını aşan rekabet yasağı sözleşmesinde Yargıç rolü 90

3. REKABET YASAĞI SÖZLEŞMESİNİN YÜRÜRLÜĞE GİRMESİ, HÜKÜM VE SONUÇLARI

3.1. Rekabet Yasağının Yürürlüğe Girmesi 93

3.1.1. İş sözleşmesinin işveren tarafından işçinin feshi haklı gösterecek bir kusuru nedeniyle feshi 94

3.1.2. İş sözleşmesinin işçi tarafından işverenin feshi haklı gösteren bir kusuru olmaksızın feshi 96

3.2. Rekabet Yasağı Sözleşmesinin İhlali 97

3.2.1. İşçinin rekabet etmesi 98

3.2.1.1. Tazminat 99

3.2.1.1.1. Cezai şartın yokluğu halinde 100

3.2.1.1.2. Cezai şart kararlaştırılması halinde 103

3.2.1.1.3. Cezai şart ve rekabet yasağı sözleşmesi 103

3.2.1.1.4 Cezai şartın miktarı 107

3.2.1.2. Aynen ifa istemi 110

3.2.2. İşverenin karşı edimini yerine getirmemesi 112

3.3. Rekabet Yasağı Sözleşmesinin Sona Ermesi 116

3.3.1. Genel olarak borcu sonlandıran sebepler 117

3.3.2. İşverenin rekabet yasağında önemli bir menfaatinin kalmaması 117

3.4. Rekabet Yasağı Sözleşmesinden Kaynaklanan Uyuşmazlıkların Yargı Yerlerinde Çözülmesinde Görevli Mahkeme Sorunu 119

3.4.1. Yasal düzenlemeler ve doktrindeki görüşler 120

3.4.2. Yargısal içtihatlarla varılan nokta 122

SONUÇ 124

KAYNAKLAR 128

ÖZGEÇMİŞ 134

KISALTMALAR

Art.	**Article**
Aşa.	**Aşağıda**
AY	**Anayasa**
Bas. İş Kan.	**Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun**
Batider	**Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**
BK	**Borçlar Kanunu**
Bkz.	**Bakınız**
Bl.	**Bölüm**
Bşl.	**Başlık**
BTHAE	**Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü**
C.	**Cilt**
Cass.Ch. Soc.	**Fransız Temyiz Mahkemesi İş Dairesi**
Dn.	**Dipnot**
f.	**Fıkra**
HD	**Yargıtay Hukuk Dairesi**
HGK	**Yargıtay Hukuku Genel Kurulu**
HUMK	**Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu**
İBK	**İsviçre Borçlar Kanunu**
İİK	**İcra ve İflas Kanunu**
İş Kan.	**İş Kanunu**
İş Mahk. Kan.	**İş Mahkemeleri Kanunu**
Karş.	**Karşılaştırınız**
LCT	**Belçika İş Sözleşmeleri Kanunu**
LGDJ	**Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence**
m.	**Madde**

MK	**Medeni Kanun**
No.	**Numara**
Örn.	**Örneğin**
p.	**Page**
Pr.	**Paragraf**
RKHK	**Rekabetin Korunması Hakkında Kanun**
RYS	**Rekabet Yasağı Sözleşmesi**
s.	**Sayfa**
TBKT	**Türk Borçlar Kanunu Tasarısı**
tr.	**Tarihli**
TRIPS	**Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights**
TTK	**Türk Ticaret Kanunu**
TTKT	**Türk Ticaret Kanunu Tasarısı**
vd.	**Ve devamı**
Vol.	**Volume**
Yarg.	**Yargıtay**
Yuk.	**Yukarıda**

RÉSUMÉ

La concurrence est une compétition entre les personnes qui ont une même objective. Le sujet des clauses de non-concurrence est la limitation de cette concurrence ou compétition visant à l'effet d'acquisition de la clientèle. Les clauses de non-concurrence sont régulées dans les articles 348-352 du Code des Obligations Turc. Le point de discussion de nôtre thèse est donc l'équilibre entre la protection de la clientèle et des secrets d'affaires de l'employeur et la liberté de travailler et d'entreprendre de l'employée.

À la première partie de nôtre thèse, on a étudié les notions relatives aux clauses de non-concurrence et les dispositions des clauses en général. Cette étude n'est pas limitée par le Code des Obligations Turc où la convention de non-concurrence est régulée, mais on a aussi étudié les droits fondamentales et libertés constitutionnels relatives à l'existence économique de l'individu. Dans la première partie on a pratiqué des titres « Concurrence et la liberté de concurrence », « La prohibition de concurrence en termes générales », « La protection de la clientèle comme la raison économique de la prohibition de concurrence», « Les droits et libertés constitutionnelles en relation avec les clauses de non-concurrence », « La prohibition de concurrence et le contrat de travail », « La comparaison des clauses de non-concurrence par les dispositions relative à la concurrence déloyale » et finalement « La comparaison des clauses de non-concurrence par les clauses d'exclusivité ou les clauses de discrétion »

Au fond, les systèmes juridiques modernes ne permettent pas à la limitation de concurrence en principe. Parce que la concurrence est vitale pour la distribution du capital, diffusion des développements technologiques, à l'obtention une équilibre des prix dans une marchée donnée et à la prévention du chômage, considérant les principes de libre commerce et liberté de concurrence. La limitation de concurrence est donc une notion étrangère aux systèmes économiques libéraux.

La raison économique des clauses de non-concurrence c'est la protection de la clientèle. La clientèle peut être défini comme; l'ensemble des relations d'affaires habituelles ou occasionnelles, qui existent et seront susceptibles d'exister entre le public et le titulaire d'un poste professionnel et qui, généralement trouvent leurs sources dans l'attraction du poste professionnel, elle-même représentative de facteurs matériels et personnels conjugués. Les secrets d'affaires sont des éléments

secondaires en respect de la portée de protection qu'on peut obtenir par les clauses de non-concurrence.

Les droits constitutionnels et les libertés fondamentales sont des relations entre l'individu et l'état et on ne peut pas appliquer ceux là directement quand il s'agit des relations horizontales entre les personnes de droit privé. Mais quand même, les ordres de droit privé directement applicables aux relations horizontales civiles ne peuvent pas être incompatible aux ordres constitutionnels. Donc on pourra dire que les droits et les libertés fondamentales constitutionnels dominent les dispositions du droit privé. C'est parce que les dispositions relative aux clauses de non-concurrence présentent une qualité limitative, protégeant les libertés de travailler et d'entreprendre de l'individu.

De l'autre coté, le contrat de travail fondant des relations personnelles et qui sert à amalgamer le labeur dont l'employé possède, le capital de l'employeur et le rente, à fournir le bénéfice pour l'employeur et le salaire pour l'employé, nécessite la limitation de concurrence à cause de sa nature. Le devoir de fidélité de l'employé devra lui empêcher de concourir avec l'employeur. La séparation des périodes pendant la durée de contrat de travail et après la terminaison du contrat est importante pour pouvoir définir les clauses de non-concurrence, ce qui est le sujet de notre thèse.

L'acte concurrentiel de l'employé pendant la durée du contrat de travail, constituera une violation de contrat selon l'alinéa II de l'article 25ème du Code de Travail Turc et l'article 2ème du code Civil Turc, du devoir de fidélité et de la bonne foi. Mais juste après la terminaison du contrat de travail, l'employé sera libre de concourir avec l'employeur. A ce point là, l'ex-employé ne peut pas être empêché d'entrer en concurrence par son ex-employeur, sauf qu'il aurait signé un contrat de non-concurrence par l'employeur.

Les deux derniers titres du premier chapitre sont réservées aux questions que l'on a considère comme des questions importantes relative au sujet de la thèse. La première question était la relation entre les dispositions de la concurrence déloyale et les clauses de non-concurrence. Nous avons constaté que ces deux concepts sont de nature différente mais tout de même, ils ont aussi une fonction complémentaire sur la protection des secrets de fabrications et de commerce.

Dans des cas où les parties n'avaient pas signé une clause de non-concurrence valable relative à la période post-contractuelle, l'employeur ne pourra pas défendre contre la concurrence « loyale » de son ex-employé, mais l'ex-employé pourra être responsable du préjudice, s'il s'agit d'une concurrence déloyale selon les dispositions de l'article 56ème et spécifiquement l'article 57ème du Code de Commerce Turc. Pour ça, l'employeur devra prouver que son ex-employé ait obtenu ses secrets de fabrications ou de commerce par une voie déloyale. Si l'employé avait un accès légitime aux secrets, on ne pourra pas dire que l'employé a obtenu ces secrets par

une voie déloyale. La différence entre les clauses de non-concurrence et les clauses d'exclusivité ou les clauses de discrétion est étudié finalement, dans le dernier titre du premier chapitre.

La deuxième partie de la thèse est réservée au sujet et à la validité des clauses de non-concurrence, probablement la partie le plus important des dispositions relatives. Premièrement, nous avons étudié le sujet des clauses de non-concurrence et nous avons aussi inclus la contre-prestation de l'employeur, même si le Code des Obligations Turc n'en mentionne point. En particulier, on constate que les obligations de l'employé dont on peut lui charger selon l'article 348ème du Code des Obligations Turc, sont interdépendantes et que l'on peut contracter seulement sur une de ces obligations, au lieu d'être responsable d'une prohibition de concurrence totale. Par exemple, l'employé qui est endetté de ne pas travailler au son nom, pourra travailler chez un employeur concurrent.

On devra déterminer quels comportements de l'employé sera interdit un par un, en respectant les genres de comportements déterminées dans l'alinéa 1ère de l'article 348ème du Code des Obligations Turc. Puis, nous avons étudié les conditions générales de validité, la capacité et la forme. Sous la section de capacité, on a examiné la condition d'être majeur à la date de signature de la clause de non-concurrence, avec les conditions générales de capacité et on a comparé « la condition d'avoir la capacité civile » proposé dans le Projet d'Amendement du Code des Obligations Turc par les dispositions présentes.

Sous la section de la forme des clauses de non-concurrence, on a étudié « la condition de la forme écrite » de l'article 350ème du Code des Obligations Turc. La forme écrite disposé pour les clauses de non-concurrence est comparé par les dispositions générales et spécifiquement par « le principe de la liberté de forme » accepté par l'article 11ème du Code des Obligations Turc. On a constaté que la forme écrit devra comprendre tous les conditions minimales que la loi exige pour clauses de non-concurrence.

Les conditions spéciales de validité est le titre suivant dont on a constaté que le législateur a tenu compte des intérêts opposés des parties. Les clauses de non-concurrence doivent se justifier par des intérêts importants. Les conditions de validité sont les articles 348ème, alinéa 1 et alinéa 2, et aussi on donne un rôle au juge pour la limitation des prohibitions de concurrence exagérés, selon l'article 349 du Code des Obligations.

En premier, on a constaté que les dispositions de l'alinéa 1 et de l'alinéa 2 de l'article 348 du Code des Obligations ont des contextes différents et donnent une opportunité de renforcer les conditions de validité. Donc, « un contrat de travail permettant de connaitre la clientèle de l'employeur ou de pénétrer dans le secret des affaires » devra constituer un moyen de validité, et l'alinéa 2 de l'article 348 devra constituer le second.

Si on définit la clientèle comme l'ensemble des acheteurs qui recourent au service de l'employeur et avec lesquels l'employeur a des relations commerciales plus ou moins suivies, l'employé doit avoir l'accès et la possibilité de pénétrer à la clientèle considérant sa fonction relative au contrat de travail. Sous la section de validité on a aussi étudié les qualités des secrets d'affaires en comparant les dispositions du Code des Obligations Turc. De l'autre coté, on a examiné la notion du « préjudice sensible » considérant les dispositions relatives à la validité des clauses de non-concurrence.

Les limites des clauses de non-concurrence ne sont pas seulement les dispositions de l'article 348 du Code des Obligations. L'interdiction de concurrence est nulle si ces conditions font défaut. Lorsqu'elle est valable, les dispositions de l'article 349 du Code des Obligations prévoient que la clause ne doit pas compromettre l'avenir économique d'une manière inéquitable. L'avenir économique de l'employé doit être protégé et surveillé. C'est la raison de faire une interprétation si étroite pour les dispositions du deuxième alinéa de l'article 348ème du Code des Obligations Turc. Parce qu'on constate que ces dispositions visent à limiter la possibilité de non-concurrence.

Dans des titres suivants, on a définit le critère d'équité et on a essayé de trouver des limites objectives convenables. L'article 349 du Code des Obligations donne au Juge le pouvoir de supprimer ou de fixer les limites convenables quant à la durée, le rayon géographique et l'objet de l'interdiction de concurrence. Ce rôle n'est pas explicit et ne donne pas au Juge le pouvoir de créer un nouveau contrat, en cas de différend.

Les dispositions de l'article 351 du Code des Obligations, ne sont que des options données à l'employeur en cas de rupture des clauses de non-concurrence par l'employé. Mais on constate que ces options sont limités et transformés en faveur de l'employé relativement aux dispositions générales sur le dédommagement, sur la clause pénale et la cessation de la contravention.

Les dispositions du Code des Obligations relative aux clauses de non-concurrence, ne dit rien sur l'indemnité compensatrice ou sur une contre-prestation de l'employeur. C'est pour ça que l'on a référé aux dispositions générales. En cas de rupture des clauses de non-concurrence par l'employé, l'article 351 du Code des Obligations exige deux types de sanctions ; Dommage-intérêts et cessation de la contravention. La clause pénale est aussi importante mais on n'a pas séparé la clause pénale des dommages et on les a étudiés sous le même titre, en quatre sous-titres.

Les dispositions de l'article 352 du Code des Obligations sont classifiées dans la doctrine, comme la terminaison de la clause de non-concurrence à cause du titre de l'article. Mais on l'a séparé en deux sous titres et on a nommé l'alinéa 2 de l'article 352 comme l'entré en vigueur de non-concurrence et l'alinéa 1 comme la terminaison de non-concurrence. Car, la terminaison du contrat de travail ne résulte

pas la terminaison de non-concurrence, au contraire, si l'employeur avait une raison valable pour la terminaison du contrat de travail, la non-concurrence ira entrer en vigueur, au lieu d'être terminé. La clause de non-concurrence ne peut pas être terminé si jamais entrée en vigueur.

La terminaison de la clause de non-concurrence est étudié séparément dans le suivant titre. En premier, on a examine les termes de terminaison en générale et on a constaté que les parties pourraient toujours terminer ou changer les termes de non-concurrence volontairement. Aussi les termes généraux comme la perte de la capacité ou la morte de l'employée sont examinés. Deuxièmement on a étudié le cas spécial prévu par l'alinéa 1 de l'article 352 ; La prohibition de faire concurrence cesse s'il est établi que l'employeur n'a plus d'intérêt réel à ce qu'elle soit maintenue.

Le dernier titre de la troisième partie est consacré à l'étude d'un problème de procédure, procédant de la contradiction des deux différentes lois, Code de Commerce Turc et Code des Tribunaux de Travail. Les conflits des clauses de non-concurrences est établi dans les affaires commerciales absolus par le Code de Commerce. Par contre, le Code des Tribunaux de Travail met les litiges relatifs au contrat de travail, dans les affaires de travail. En résultat, on a réglé le problème par le Chambre Générale Civil de la Cour de Cassation Turque, en acceptant la juridiction des tribunaux de travail en cas des clauses de non-concurrences.

Finalement, dans la partie finale du thèse on a donné nos idées sur les points discutés et on a fait des constatations sur la fonction des clauses de non-concurrence. Par notre opinion, les clauses de non-concurrence peuvent très bien être fonctionnelles pour l'employeur et aussi pour l'employé, si les parties respectent les droits et libertés de l'autre partie et si l'avenir économique de l'employé soit compromis.

ABSTRACT

Competition is the contention and contest among the ones that want to reach at the same target. Non-Competition Agreement is, also, the case for the restriction of competition or contention amid the ones that wish to attain the circle of clients. The Agreement that is the subject of our thesis subject is composed in the provision of Obligations Code article 348-352, and the basic arguments are the protection of employer's circle of clients and business secrets, and the balance between the employer's interest and the employee's liberty to work and freedom for business venture.

In the first chapter of our thesis the concepts pertaining to Non-Competition Agreement are analyzed. This analysis in not limited to the Obligations Code framing Non-Competition Agreement; some rights and freedoms that we think are the subject of the agreement are discussed as well. In the first chapter, as the concepts pertaining to Non-Competition Agreement are discussed in these sub-titles thus: "Competition and Freedom of Competition", "Non-Competition in General", "The Economic Causes of Non-Competition, Conservation of the Circle of Clients", "The Basic Rights and Freedoms Connected with Non-Competition Agreement", "Employment Contract and Non-Competition", "The Comparison of the dispositions of Unfair Competition and Non-Competition Agreements" and finally "The Differences between the Non-Disclosure Agreements and the Non-Competition Agreements".

Substantially, contemporary law systems do not consent to the restriction of competition as a rule, because liberal economy is adopted in principle. Forasmuchas the principles of freedom of commerce and competition, competition is critically important in the expansion of capital, the spread of technological advancements, provision of price equilibrium, prevention of non-employment and for many other reasons. Except the cases where public body and sector are involved, restriction of competition is a foreign term to the free market economies.

The economical cause for the Non-Competition Agreement is conservation of the employer's circle of clients from the old employee's competition risks. The circle of clients can be stated as the interrelation between the business owner and customers that have been gained through a holistic attraction that is and has been executed by business owner. The reason of our approach that the asset protected by the restraint of trade is the circle of clients, derives from the core aim of forbidden competition, which is winning the circle of clients to make more profit. However, the business

secrets are the interests that are protected secondarily by the Non-Competition Agreement.

The fundamental rights and freedoms described by the Constitution and International Conventions are the rights to be claimed from the government by the individual. The fundamental rights and freedoms are not applied directly to the horizontal relationships between the individuals when freedom of competition is embraced. Nevertheless, the direct provisions of Private Law to be applied in between the individuals are not to be contradicting with the Constitution. In this regard, the provisions of the Private Law are shaped by the fundamental rights and freedoms. The legal arrangements pertaining to Non-Competition Agreement thus constitute a restrictive quality targeting the protection of the basic norms that are related with the liberty to work and freedom for business venture.

On the other hand, the labor owned by the employee described as the labor contract, the capital owned by the employer and the elements of annuity offered to us by the nature combined require restraint to the competition, as a reason for predicted nature of the legal relation which is to provide profit and income. In the frame of labor contract, duty of loyalty that the employee is obliged with will prevent competition with the employer. To define the Non-Competition Agreement that is the thesis subject, it is crucially important to separate the phases of labor contract and the period after the expiration of the labor contract.

Following the duty of loyalty during the labor contract and rule of probity that is accepted and covered by the paragraph II of the art.25 of the Turkish Labor Coda and the art.2 of the Civil Code, the competition of the employee with the employer will constitute a breach of the labor contract by the employee. However, after the termination of the contract the employee will go unbind and will have the opportunity to compete with the employer without a restriction. At this point, the employee who is in direct relation with the employer's circle of clients and who is cognizant of the business secrets cannot be prevented from competing with the employer outside of the Non-Competition Agreement.

The cases where there is no valid Non-Competition Agreement regarding the period after the termination of the labor contract, employer cannot stand against the fair competition of the employee. Nevertheless, if the employee prefers the unfair competition, that is to say, according to art. 56 of the Turkish Commerce Code, especially art. 57, the employee can be held responsible. To realize this, the employee is to obtain the production and trade secrets belonging to the employer by unfair methods. But, for an employee who has the access of those kind of information in accordance with the terms of position, it cannot be claimed that the employee obtained the trade secrets by unfair methods.

The second chapter of our thesis is reserved for probably the most important and controversial parts regarding the Non-Competition Agreement. First of all, the

subject of the agreement and secondly "capacity" and "form" that are named as the general validity conditions are discussed. In the section of capacity, along with the general validity conditions, the condition of "being legally of age at the signing of the agreement" required by the Code of Obligations is discussed and is compared with the condition of "having the capacity of action" that is introduced by the Draft Amendment Turkish Code of Obligations.

The subject of Non-Competition Agreement, though this is not mentioned in the legal dispositions of the Obligations Code, is also discussed as including the substituted performance of the employer. Primarily, according to the Article nr.348 of the Code of Obligations, the debts that the employee can undergo are established as independent from one another. This constatation has led to the result of obliging the circumstances independently from one another such as "not trading personally to one's own name", "not being employed in the competitor enterprise" and "not related with partnership or other titles". Accordingly, one solid cumulative competition restraint is not a subject, unless each of those circumstances are counted separately. The employee, indebted not to trade to one's own name can be employed by the competitor enterprise, and the employee pledged not to work for the competitor enterprise can trade personally under his name.

In the section of the form of the Non-Competition Agreement, the requirement of written form sought by the article nr. 350 of the Code of Obligations is examined. Because the requirement of written form is arranged as a validity condition, a comparative examination is made between the principle of "freedom of form" accepted in the article nr. 11 of the Code of Obligations and the general provisions pertaining to form. It is established that the requirement of written form in terms of Non-Competition Agreement includes the minimal factors necessary that the agreement is to cover.

The legal arrangement to define whether the competition restraint coming with the agreement in terms of materiality is valid or not, is examined under the title of "custom validity conditions". Those, being the custom validity conditions to the Non-Competition Agreement, stand as the basic context points for the legal arrangement.

In this frame, it is thought that the conditions and circumstances that are regulated by the first and the second clauses of the article nr. 348 of the Code of Obligations, as the separate the context points from each other. According to this, the differences between the terms "a business contract that enables to penetrate to the circle of clients or to acquire the trade secrets" and "circle of clients and acquiring the secrets" are examined separately and the validity of the Non-Competition Agreement is discussed over examples and several assumptive scenarios.

Yet, relating the validity, the terms of penetrating to the circle of clients and acquiring the secrets are discussed; the attributions of trade secrets are tried to be

described within the concept of the legal dispositions related with the Non-Competition Agreements. For the validity of the restraint of trade, another important factor is the risk of employer for a loss "to a sensed degree". This term, is also seen as a device in the gross of the regulations composing the restraint of trade.

The limits of Non-Competition Agreement are not solely ensured with the validity at the moment that the agreement is agreed upon, or becomes effective. The article nr.349 of the Code of Obligations aims at preventing the economical future of the employee to be jeopardized unfairly, by limiting the agreement with duration, place and the field of action and scoop of business. These conditions are examined under the title of limiting the effects of the Non-Competition Agreement for the economical future of the employee. The actions that can be obliged by the employee that are stated in the second clause of the article nr.348 of the Code of Obligations, is interpreted acutely considering the purpose of legal limitation aimed by the legal arrangement. The reason for this is the need of consideration for the economical future of the employee whose liberty to work and venture business are restrained by the agreement.

Principally, the economical future of the employee which is the basic criteria and the measure of equity are described, and the objective limits that are in accordance with equity are tried to be ascertained. This section, that can also be classified as the binding of the agreement ends with the means of "intervention to the agreement" for the Judge indirectly provided by the law in frame of article nr.349 of Code of Obligations.

The subjects that are regulated by the article nr.351 of the Code of Obligations are made up of the means for the employer in case of violation of the agreement by the employee. However, these means are obviously limited to some certain degree. Essentially, the re-discussing of the circumstances such as damages, penal clause, prevention of opposition in the article nr. 351 that are regulated in the general dictum of the Code of Obligations is counted as sign that the employee is guarded by the legal arrangement.

Contrarily in the legal arrangement, where only the circumstance of violation of the agreement by the employee is regulated, the obligations of the employer is also studied in our thesis. Since the substituted performance of the employer or the compensation of the employer during the Non-Competition period is not anticipated, there is not a legal disposition or regulation considering that in Turkish Obligations Code. Because of that reason, the violation of agreement by the employer through the compensation of the employee is examined under the context of general dictum. The outcome that is related with the violation by the employee is damages and prevention of opposition. The penal clause, of which we think a great importance in regard as a subject, is discussed under the title of damages, and the damages section

are separated into four divisions, and several liabilities and probabilities are examined.

After this, the legal arrangement titled the termination of the Non-Competition Agreement in the article nr. 352 of the Obligation Code is discussed. It is stated that the regulations of the Art. Nr.352/2 of the Obligation Code was actually a matter of "becoming effective" instead of the expiration or termination. Finally, an important topic on the question of which Court should be deemed authorized to exercise of jurisdiction in case of litigation is answered according to the Art.4 of Turkish Commerce Code and Art.1 of the Labor Courts Code. The question of which procedural rule should be applied in priority is recently answered by the General Assembly of the Cassation Court, by a decree stating that the non-competition conflicts shall be solved in the Labor Courts.

The final chapter of the thesis is reserved to our statements on the functions of the non-competition clauses and other topics as widely as possible. In my opinion, non-competition agreements can be convenient for both parties according to their approach against the other party. The most important point is to be able to save the economical future of the employee.

ÖZET

Rekabet, çekişme ve aynı hedefe ulaşmak isteyenler arasındaki yarışmadır. Rekabet yasağı sözleşmesi de müşteri çevresini kazanmak isteyenler arasındaki rekabetin veya yarışmanın sınırlandırılmasını konu alır. Tez konumuzu oluşturan sözleşme BK m.348-352 hükümlerinde düzenlenmiş olup, işverenin müşteri çevresi ve iş sırlarının korunması ile işçinin çalışma ve sözleşme özgürlüklerinin dengesi temel tartışma alanıdır.

Tezimizin birinci bölümünde, rekabet yasağı sözleşmesinin ilgili olduğu kavramlar incelenmiştir. Bu inceleme, rekabet yasağı sözleşmesinin düzenlenmiş olduğu Borçlar Kanunu ile sınırlı kalmamış, sözleşmenin ilgili olduğunu düşündüğümüz kimi temel hak ve özgürlükler de ele alınmıştır. Birinci bölümde rekabet yasağının ilgili olduğu kavramlar olarak, "Rekabet ve Rekabet Serbestisi", "Genel Olarak Rekabet Yasağı", "Rekabet Yasağının Ekonomik Nedeni Olarak Müşteri Çevresinin Korunması", "Rekabet Yasağı Sözleşmesinin Temel Hak ve Özgürlükler Bakımından Değerlendirilmesi", "İş Sözleşmesi ve Rekabet Yasağı" alt başlıklarda ele alınmıştır. Takip eden alt başlıklarda da, haksız rekabet hükümleri ve sır saklama sözleşmeleri ile rekabet yasağı sözleşmesine ilişkin hükümlerin farkı ortaya konulurken, aynı zamanda bunların birbirini tamamlayıcı işlevleri vurgulanmak istenmiştir.

Esasen modern hukuk sistemleri, benimsedikleri liberal ekonomi nedeniyle rekabetin sınırlandırılmasına kural olarak cevaz vermemektedir. Zira serbest ticaret ve rekabet serbestisi ilkeleri gereği, sermayenin yayılması, teknolojik gelişmelerin yayılması, fiyat dengesinin sağlanması, işsizliğin önlenmesi ve daha birçok nedenle rekabet hayati önem taşımaktadır. Rekabetin sınırlandırılması, kamu kudretinin kullanıldığı haller dışında serbest piyasa ekonomilerine yabancı bir kavramdır.

Rekabet yasağı sözleşmesinin ekonomik nedeni müşteri çevresinin korunmasıdır. Müşteri çevresi, iş sahibinin geçmişte uygulamış olduğu ve halen uygulaya geldiği bütünsel bir çekim gücü yoluyla kendine çektiği müşteriler ile arasındaki bağ olarak tanımlanabilir. Rekabet yasağı ile korunan değerin müşteri çevresi olduğu görüşümüz, yasaklanan rekabetin temel amacının müşteri çevresini kazanarak daha çok kazanç sağlamak olmasından kaynaklanmıştır. İş sırları ise, rekabet yasağı sözleşmesinin ikinci planda koruduğu menfaatlerdir.

Anayasa ve Uluslar arası sözleşmelerle tanımlanan temel hak ve özgürlükler, bireyin devletten talep edebileceği haklardır. Temel hak ve özgürlükler, sözleşme serbestisi kabul edildiğinde bireyler arasındaki yatay ilişkilere doğrudan uygulanmaz. Ancak, bireyler arasında doğrudan uygulanacak özel hukuk hükümleri Anayasaya aykırı olmamalıdır. Bu bakımdan temel hak ve özgürlükler özel hukuk hükümlerini şekillendirir. Rekabet yasağı sözleşmesine ilişkin yasal düzenlemeler de bu nedenle, bireyin çalışma ve teşebbüs özgürlüklerine ilişkin temel normların gözetilmesi amacıyla sınırlandırıcı bir nitelik arz eder.

Diğer taraftan iş sözleşmesi olarak tarif edilen ve işçinin sahibi olduğu emek, işverenin sahibi olduğu sermaye ve doğanın bizlere sunduğu rant unsurlarını birleştirerek sözleşmenin taraflarına kazanç ve ücret sağlaması öngörülen hukuki ilişki doğası gereği rekabetin sınırlandırılmasını gerektirmektedir. İş sözleşmesi çerçevesinde işçinin yükümlü bulunduğu sadakat borcu, işverenle rekabet etmesini engelleyecektir. Tez konusu olan rekabet yasağı sözleşmesinin tanımlanabilmesi için iş sözleşmesiyle, sözleşmenin sona ermesinden sonraki dönemin ayrılması önem taşımaktadır.

İş sözleşmesi süresince sadakat borcu ve gerek İş Kan. m.25/II çerçevesinde ve gerekse MK m.2 çerçevesinde kabul edilen dürüstlük kuralı gereği, işçinin işverenle rekabet etmesi sözleşmeye aykırılık teşkil edecektir. Ancak sözleşmeni bitiminden sonra işçi serbest kalacak ve işverenle dilediği gibi rekabet etme imkânına kavuşacaktır. Bu noktada işverenin müşteri çevresiyle ilişki kuran ve iş sırlarına vakıf olan işçi, rekabet yasağı sözleşmesi dışında işverenle rekabetten alıkonulamaz.

İş sözleşmesi sonrasına ilişkin geçerli bir rekabet yasağı sözleşmesinin bulunmadığı hallerde, işveren işçinin haklı rekabetine karşı koyamayacaktır. Ancak işçi haksız rekabet yolunu seçerse, yani Türk Ticaret Kanunu'nun 56. Maddesi ve özel olarak 57. Maddesi çerçevesinde sorumlu tutulabilecektir. Bunun için işçinin işverene ait üretim ve ticaret sırlarını haksız biçimde elde etmesi gerekecektir. Ancak görev tanımı gereği bu tür bilgilere erişimi bulunan bir işçinin bunları haksız surette elde ettiği söylenemeyecektir.

Tezimizin ikinci bölümü, rekabet yasağı sözleşmesine ilişkin belki de en önemli ve en tartışmalı alan olan sözleşmenin geçerliliğine ve konusuna ayrılmıştır. Rekabet yasağı sözleşmesinin konusu, yasal düzenlemede yer bulmamasına rağmen işverenin karşı edimini de içerir biçimde ele alınmıştır. Öncelikle Borçlar Kanunu'nun 348. Maddesine göre işçinin yüklenebileceği borçların birbirinden bağımsız olduğu tespit edilmiştir. Bu tespit, "kendi adına iş yapmama", "rakip işletmede işe girmeme" ve "ortak veya sair sıfatla ilgili olmama" olarak sayılan hallerin birbirinden bağımsız olarak yükümlenilebileceği sonucuna götürmüştür. Buna göre, rekabet yasağı sözleşmesinde bu hallerden her biri ayrı ayrı sayılmadıkça kümülatif bir rekabet yasağından söz edilemeyecektir. Kendi adına iş yapmamayı borçlanan işçi, rakip firmada işe girebilecek, yalnızca rakip firmada işe girmemeyi

taahhüt eden işçi de kendi adına iş yapabilecektir. Borçlar Kanunu'nun 348. Maddesinin birinci fıkrasında sayılan işçi tarafından borçlanılabilecek edimler, yasal düzenlemenin hedeflediği sınırlandırma amacı da dikkate alınarak dar yorumlanmıştır. Bunun nedeni, sözleşme ile çalışma ve girişim özgürlüklerini sınırlandıran işçinin ekonomik geleceğinin dikkate alınması gereğidir.

Geçerlilik başlığında da ilk olarak genel geçerlilik koşulları olarak adlandırılan "ehliyet" ve "şekil" ele alınmıştır. Ehliyet faslında, genel ehliyet koşulları yanında Borçlar Kanunu'nun aradığı "sözleşmenin imzalandığı sırada ergin olma" koşulu incelenmiş ve Türk Borçlar Kanunu Tasarısı ile getirilen "fiil ehliyetine sahip olma" şartı ile karşılaştırılmıştır.

Rekabet yasağı sözleşmesinin şekli faslında ise, Borçlar Kanunu'nun 350. Maddesi çerçevesinde aranan yazılı şekil şartı ele alınmıştır. Yazılı şekil şartı, rekabet yasağı sözleşmesi bakımından bir geçerlilik şartı olarak düzenlendiğinden, Borçlar Kanunu'nun 11. Maddesi ile kabul edilen "şekil serbestisi" ilkesi ve şekle ilişkin genel hükümlerle karşılaştırmalı bir inceleme yapılmıştır. Rekabet yasağı sözleşmesi bakımından yazılı şekil şartının, sözleşmenin içermesi gerektiği asgari unsurları da kapsadığı tespit edilmiştir.

Sözleşme ile getirilecek rekabet yasağının maddi anlamda geçerli olup olmadığını tespite yarayan yasal düzenleme, "özel geçerlilik şartları" başlığı altında incelenmiştir. Bunlar, rekabet yasağı sözleşmesine özel geçerlilik şartları olduğundan, yasal düzenlemenin temel bağlam noktasını oluşturmaktadır. Bu çerçevede ilk olarak Borçlar Kanunu'nun 348. Maddesinin birinci ve ikinci fıkralarında düzenlenen hallerin birbirinden farklı bağlam noktaları olduğu düşünülmüştür. Buna göre, "müşteri çevresine veya esrara nüfuz etmeye müsait bir iş sözleşmesi" kavramı ile "müşteri çevresi ve esrara nüfuz" kavramlarının farkı ele alınmış ve rekabet yasağı sözleşmesinin geçerliliği örnekler ve çeşitli varsayımlar üzerine tartışılmıştır.

Yine geçerliliğe ilişkin olarak müşteri çevresine nüfuz etme ve iş sırlarına nüfuz etme kavramları irdelenmiş, iş sırlarının öz nitelikleri belirlenmeye çalışılmıştır. Rekabet yasağının geçerli sayılabilmesi için bir diğer önemli unsur da "işverenin hissolunacak derecede" zarara uğrama riskidir. Bu kavram da rekabet yasağını düzenleyen kurallar bütünü içinde işçinin ekonomik geleceğinin korunmasına yönelik bir araç olarak görülmektedir.

Rekabet yasağı sözleşmesinin sınırları, yalnızca sözleşmenin yapıldığı veya yürürlüğe girdiği andaki geçerliliği ile temin edilmemiştir. Borçlar Kanunu'nun 349. Maddesi, işçinin ekonomik geleceğini hakkaniyete aykırı olarak tehlikeye düşmesi sözleşmenin süre, yer ve faaliyet alanı bakımından sınırlandırılmasıyla sağlamayı hedefler. Rekabet yasağı sözleşmesinin işçinin ekonomik geleceğine etkilerinin sınırlandırılması başlığı altında bu haller incelenmiştir.

Öncelikle temel kriter olan işçinin ekonomik geleceği ve hakkaniyet ölçütü tanımlanmış ve sonraki başlıklarda "hal icabına uygun" objektif sınırlar tespit edilmeye çalışılmıştır. Sözleşmenin bağlayıcılığı olarak da tasnif edilebilecek bu fasıl, Borçlar Kanunu'nun 349. Maddesi çerçevesinde yasanın Yargıca üstü kapalı olarak tanıdığı "sözleşmeye müdahale" imkânının irdelenmesi ile son bulmuştur.

Borçlar Kanunu'nun 351. Maddesi ile düzenlenen hususlar, sözleşmenin işçi tarafından ihlal edilmesi halinde işverene tanınan imkânlardan ibarettir. Ancak bu imkânların belirli bir ölçüde sınırlandırılmış olduğu görülmektedir. Esasen Borçlar Kanunu'nun genel hükümleri içinde düzenlenmiş tazminat, cezai şart ve muhalefetin önlenmesi gibi hallerin 351. Maddede tekrar ele alınması, yasal düzenleme ile işçinin gözetildiğinin bir göstergesi sayılmaktadır.

Buna karşın, yasal düzenlemede yalnızca işçinin sözleşmeyi ihlali ihtimali düzenlenmiş, işverenin karşı edimi öngörülmediğinden buna dair bir hükme yer verilmemiştir. Bu nedenle, işverenin karşı edimini yerine getirmeyerek sözleşmeyi ihlali genel hükümler bağlamında ele alınmıştır. İşçinin ihlaline bağlanan sonuçlar temelde tazminat ve muhalefetin önlenmesidir. Konu bakımından büyük önem taşıdığını düşündüğümüz cezai şart, tazminat başlığı altında ele alınmış ve bu yönde tazminat başlığı dörtlü bir ayrıma tabi tutulmuş ve çeşitli ihtimaller değerlendirilmiştir.

Bundan sonra, Borçlar Kanunu'nun sözleşmenin sona ermesi başlıklı 352. Maddesindeki yasal düzenleme ele alınmıştır. Doktrinde sözleşmenin sona ermesi olarak algılanan fesih sebebine bağlı yürürlük meselesi, farklı bir yaklaşımla sözleşmenin yürürlüğü başlığında ele alınmıştır. Zira iş sözleşmesinin işverence haksız surette feshi veya işçi tarafından haklı feshi ihtimalleri, yürürlüğe girmiş bir rekabet yasağını sonlandıran haller olmayıp, bunların yasağın yürürlüğe girmesini engellediği kanaatindeyiz.

Rekabet yasağının sona ermesi ise, takip eden başlıkta ele alınmıştır. Genel sona erme halleri dışında, özel olarak yasal düzenlemeye konu edilen "işverenin önemli bir menfaati kalmaması" kavramının, rekabet yasağına ilişkin geçerlilik ve yasağın sınırlılığı ilkeleriyle örtüştüğü ve onları tamamladığı tespit edilmiştir.

Son olarak, rekabet yasağı sözleşmesine ilişkin uyuşmazlıkların çözümünde önemli bir tartışma konusu olan görevli mahkeme meselesi ele alınmıştır. Türk Ticaret Kanunu'nun 4. Maddesi, Borçlar Kanunu'nun 348 – 352. Maddelerinde düzenlenen rekabet yasağı sözleşmesine ilişkin uyuşmazlıkları mutlak ticari dava saymaktadır. Diğer taraftan İş Mahkemeleri Kanunu'nun 1. Maddesi, iş akdinden kaynaklanan uyuşmazlıkların iş mahkemelerinde görüleceğini düzenler. Birbiri ile çelişkili görünen iki görev kuralından hangisine öncelik tanınması gerektiği, yakın zamana kadar üzerinde içtihat ve fikir birliği oluşturulamayan bu soru idi. Ancak yakın zamanda Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun emsal niteliğindeki bir kararına

konu olan bu sorunun, iş mahkemelerinin görevli olması gerekeceği şeklinde cevaplandırılabilmesi daha kolay hale gelmiştir.

Tezimizin sonuç kısmında, mümkün olduğunca tüm yönleriyle ve tartışmalı konulara ağırlık vermek suretiyle ele alınan rekabet yasağı sözleşmesinin işlevine yönelik tespitlerde bulunduk. Kanaatimizce rekabet yasağı sözleşmesi sözleşme taraflarının yaklaşımına bağlı olarak her iki taraf için de elverişli olabilecektir. Yeter ki bir taraf korumadan yararlanırken diğerinin ekonomik geleceği adaletsiz biçimde tehlikeye girmesin.

GİRİŞ

Günümüz ekonomik ve teknolojik gelişmelerinin ulaştığı noktada, ekonomik değeri olan bilgi ve müşteri çevresi, rekabet gücünü korumak isteyen iş sahipleri tarafından ayrıca gözetilmesi gereken özel bir öneme ulaşmıştır. Müşteri çevresi ve müşteri çevresini oluşturan ilişkiler bütünü, değerli bilgiyi kullanan işçiler aracılığıyla kurulmakta ve devam ettirilmektedir. Bu işlevi gören işgücü unsurunun rakiplerce elde edilmesi veya rekabet amacıyla kullanılması, işveren bakımından ticari bir risk oluşturmaktadır. İş sözleşmesinin doğası gereği işçinin temel borçlarından olan sadakat borcu, iş sözleşmesinin sona ermesinden sonraki dönemde işverenin bu alandaki ihtiyaçlarına cevap vermekten uzaktır. Haksız rekabet sorumluluğu esasları ise, gerek işçi bakımından iş ilişkisinin özelliklerine ve bunun ilgili olduğu iş hukukuna yabancı olması ve gerek işveren bakımından müşteri çevresi ve ticari sırların haksız surette elde edildiğinin iddia ve ispatında yaşanacak güçlükler nedeniyle ihtiyaçlara cevap vermekte yetersiz kalmaktadır.

Bu tezin konusu, işveren ile işçi arasında akdedildiğinde, iş sözleşmesinin sona ermesini takip eden zaman dilimine yönelik olarak işçinin işverenle rekabetini yasaklayabilen veya sınırlandırılabilen Rekabet Yasağı Sözleşmesi'dir. Borçlar Kanunu'nun 348 - 352 maddelerinde düzenlenen Rekabet Yasağı Sözleşmesi, kapsamın elverdiği ölçüde Fransız, Belçika ve Amerikan hukuk sistemleri ile karşılaştırmalı olarak incelenecektir. İnceleme, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve güncel gelişmeler de göz önünde tutularak, bir yandan rekabet yasağı sözleşmesine ilişkin temel kavramların ve uygulamaya ilişkin özellik arz eden durumların tespitini, diğer yandan bunların karşılaştırmalı hukuktaki güncel eğilimlerle kıyaslanmasını amaçlamaktadır.

Rekabet yasağı sözleşmesi, işçi ve işveren arasında akdedilen ve iş ilişkisinin sona ermesini takip eden süreçte, işçinin karşılıksız olarak veya belirli bir edim karşılığında işverenle rekabet etmemeyi taahhüt ettiği bir sözleşmedir. Sözleşmenin

konusu, sözleşmenin taraflarından birinin ekonomik faaliyetinin yasaklanması veya sınırlandırılması olduğundan, öncelikle yasağın ekonomik gerekçesi, yasağın ilgili bulunduğu temel hak ve özgürlükler çalışmanın birinci bölümünün ilk başlıklarında ele alınacaktır. Birinci bölümde ayrıca, yasağın dayanağı olan iş sözleşmesi ile sözleşmesel sadakat borcu, rekabet yasağı sözleşmesi ile haksız rekabet hükümlerinin farkları ve sır saklama sözleşmelerinin rekabet yasağı sözleşmesi karşısındaki durumu değerlendirilecektir. Takip eden ikinci bölüm, sözleşmenin konusuna ve geçerliliğine ayrılmıştır. Üçüncü bölümde sözleşmeye konu rekabet yasağının yürürlüğe girmesi, sözleşmenin ihlali ve sona ermesine ilişkin çalışmaya yer verilecek ve bölümün sonunda rekabet yasağı sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda görevli mahkeme sorunu ele alınacaktır. Sonuç kısmında ise konuya ilişkin genel gözlem ve yapılan çalışma sonucu elde edilen bilgilerin değerlendirilmesi yapılacaktır.

1. REKABET YASAĞI SÖZLEŞMESİNİN İLGİLİ OLDUĞU KAVRAMLAR

1.1. Rekabet ve Rekabet Serbestisi

Rekabet, aynı amacı güden kişiler arasındaki çekişme, yarışmadır[1]. Bireyin emek ve yetenekleri sayesinde yükselmek ve diğerlerini geçmek arzusudur[2]. Serbest piyasa ekonomisi olarak tarif edilen günümüz ekonomik sistemleri, rekabet serbestisine dayanır. Buna göre, belirli bir piyasanın[3] aktörleri ve tüketicilerin oluşturacağı arz talep dengesi ile denge fiyatının oluşması neticesinde kıt kaynakların en verimli şekilde kullanılacağı varsayılır. Rekabet aynı zamanda, girişim kabiliyetinin artması, fiyatların düşmesi, kalitenin artması, teknik gelişmelerin yayılması gibi faydalar sağlamaktadır[4]. Piyasada mal veya hizmet arzında bulunan aktörlerin serbestçe yarışması, bu nedenle serbest piyasa ekonomisinin temelini oluşturmaktadır. Serbest piyasa ekonomisinin öngörülen biçimde işleyebilmesi için, bu ekonomik sistemin uygulandığı ülkelerin hukuk sistemlerinde rekabet serbestisi ile sözleşme ve çalışma özgürlüğü benimsenmiştir.

Serbest rekabet ekonomik bir kavram olup, belirli bir pazarda faaliyet gösteren aktörlerin eşit koşullarda yarışabilmesi anlamına gelmektedir. Bu kavram, belirli bir pazarda faaliyet gösteren aktörler bakımından bir yandan eşitliği sağlayıcı taleplere dayanak oluşturabilecek olumlu bir hak olarak değerlendirilebilir iken, diğer taraftan serbest rekabeti ihlal edici faaliyetler bakımından, rekabet hukuku ve

---

[1] TDK, **Güncel Türkçe Sözlük**, http://www.tdk.gov.tr, erişim tarihi 29.07.2008

[2] POROY Reha / YASAMAN Hamdi, **Ticari İşletme Hukuku**, 12. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2007, s.274

[3] DİNLER Zeynel, **İktisada Giriş**, 4.Basım, Bursa: Ekin Yayınları, Eylül 1998, s.69; Yazar piyasayı, "bir malı satmak isteyenlerle söz konusu malı satın almak isteyenlerin tümü veya alıcı ve satıcıların oluşturduğu mübadele ağı" olarak tarif edilmektedir.

[4] POROY / YASAMAN, s.274

haksız rekabeti önleyici düzenlemeler karşısında, kimi davranışlardan kaçınmayı gerektiren olumsuz bir yükümlülüktür[5].

Rekabet serbestisi ilkesinin ekonomik düzen bakımından ifade ettiği hayati önem, bu sistemlerin benimsendiği özel hukuk ilkelerine yansıması kaçınılmazdır. Zira genel planda bir ekonomik sistemin veya rejimin uygulanabilmesi, ekonomik aktörler arasındaki oyunun kurallarını belirleyen hukuk normları altyapısının öngörülen ekonomik sistem veya rejime uygun olması ile mümkündür. Diğer taraftan, özel hukuk kurallarının Anayasa'ya ve benimsenen ekonomik ve hukuki düzenlere uygun olması gerekmektedir. Belirsizlik halinde ise, belirliliği sağlayacak yorum Anayasa ve temel ilkeler ışığında yapılacaktır[6].

Bu doğrultuda, ekonomik genel planda benimsenen rekabet serbestisi ilkesinin özel hukuktaki yansıması olarak, "rekabete bağlı zararların hukuka uygunluğu"[7] ilkesi kendiliğinden ortaya çıkmaktadır. Bu ilke gereği, belirli bir pazarda faaliyet gösteren ve aynı pazara giren bir rakip tarafından fiyatların aşağıya çekilmesi veya hukuka uygun bir diğer surette müşteri çevresini kaybeden ve zarara uğrayan aktör, bu zararını ticari kayıp olarak kabul edecek ve zarara yol açan rakipten buna ilişkin hukuki bir istemde bulunamayacaktır. Çalışmamızın doğrudan ilgili bulunduğu borçlar hukuku da, -serbest piyasa ekonomilerini benimseyen ülke veya sistemlerde- bireyler ve işletmeler arasındaki ilişkilerin sözleşme serbestisi çerçevesinde dinamik ve liberal biçimde işlemesini öngörmektedir[8].

---

[5] MALAURIE-VIGNAL Marie, **Droit de la Concurrence interne et communautaire**, 4.Bası, Paris: Sirey, 2008, s.11 vd.

[6] AUGUET Yvan, **Droit de la Concurrence**, Paris: Ellipses Edition, 2002, s.17; Yazar, rekabet serbestisi (Liberté de la Concurrence) kavramının Amerika ve AB Hukuk çevresinde ifade ettiği farklı anlamları vurgulamaktadır. Buna göre Amerikan hukuku bakımından teknolojik gelişim, tüketicinin korunması, işsizliğin önlenmesi vb. saikler gözetilmeksizin rekabet serbestisini birinci planda tutan bir anlayışa karşılık, AB hukukunda Roma Andlaşması'nın 3-1-g maddesi ve konsolide metnin 81. Maddesi çerçevesinde "iç pazarda bozulmamış bir rekabet düzeni" öngörüldüğü tespit edilmektedir. AB hukukunda kabul edilen bu esas, düzenleyici tedbirlerle kontrollü rekabetin benimsendiğini gösterir.

[7] AUGUET Yvan , **Concurrence et Clientèle – Contribution A l'Etude Critique du Role des Limitations de Concurrence pour la Protection de la Clientèle**, Paris: L.G.D.J, 2000, s.11

[8] SEROZAN Rona, **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, 2.Bası, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2006, s.44-48

1.2. Genel Olarak Rekabet Yasağı

Kaynağını yasadan, sözleşmeden veya dürüstlük kuralından alan çeşitli rekabet yasağı hallerinden söz edilir. Doktrinde rekabet yasakları için, yasadan kaynaklanan "kanuni rekabet yasağı" ve sözleşmeden kaynaklanan "sözleşmesel rekabet yasağı" olmak üzere ikili bir ayrım benimsenmiştir[9]. Ancak gerek kaynağını yasadan alan kanuni rekabet yasağı halleri, gerekse sözleşmesel rekabet yasağı halleri için rekabet yasağının süjeleri arasında bir sözleşmesel ilişkinin bulunması gerektiği saptanmalıdır. Buna göre, rekabet yasağının temel kaynağının sözleşme olduğu sonucuna varılır.

Anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin[10], limited şirkette müdür olan ortakların[11], kolektif şirket ortağının[12], komandit şirkette komanditer ortağın[13], sermayesi paylara bölünmüş komandit şirkette komandite ortağın[14], adi şirket ortağının[15] ticari mümessilin ve ticari vekilin[16] rekabet yasakları yasadan

---

[9] SOYER M. Polat, **Rekabet Yasağı Sözleşmesi**, Ankara: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1994, s.8 vd.

[10] Bkz. TTK m.335/1; "İdare meclisi azalarından biri umumi heyetin müsaadesini almaksızın şirketin konusuna giren ticari muamele nevinden bir muameleyi kendi veya başkası hesabına yapamıyacağı gibi, aynı nevi ticari muamelelerle meşgul bir şirkete mesuliyeti tahdid edilmemiş olan ortak sıfatiyle de giremez..."

[11] Bkz. TTK m.547; "Müdür olan bir ortak, diğer ortakların muvafakati olmadan şirketin uğraştığı ticaret dalında ne kendi ve ne de başkası hesabına iş göremiyeceği gibi başka bir işletmeye mesuliyeti tahdidedilmemiş ortak, komanditer ortak veya limited şirketin âzası sıfatiyle iştirak dahi edemez. Bu yasak, mukaveleye konacak hükümle bütün ortaklara teşmil edilebilir."

[12] Bkz. TTK m.172/1; "Bir ortak, âzalarından bulunduğu şirketin yaptığı ticari işler nev'inden bir işi, diğer ortakların muvafakati olmaksızın kendi veya başkası hesabına yapamıyacağı gibi aynı nevi ticari işlerle meşgul bir şirkete mesuliyeti tahdidedilmemiş ortak sıfatiyle de giremez."

[13] Bkz. TTK m.250; "... komanditerler, şirket konusunu teşkil eden işlerle uğraşacak bir işletme açar veya böyle bir işletme açan bir şahıs ile ortak olur veyahut bu mahiyette bir şirkete dâhil olurlarsa komandit şirketin evrak ve defterlerini incelemek hakkını kaybederler."

[14] Bkz. TTK m.483/1; "Komandite bir ortak diğer komanditelerin ve umumi heyetin izni olmaksızın şirketin konusu olan ticaret nevine mütaallik bir iş yapamıyacağı gibi bu nevi ticaretle meşgul bir şirkete mesuliyeti tahdit edilmemiş ortak sıfatiyle de dâhil olamaz."

[15] Bkz. BK m.526; "Şeriklerden her biri kendi hesabına şirketin gayesine muhalif veya muzur işleri yapamaz."

[16] Bkz. BK m. 455/1; "Bir müessesenin bütün işlerini idare eden yahut müessese sahibinin hizmetinde bulunan ticari mümessiller veya ticari vekiller müessese sahibinin izni olmaksızın gerek kendi namlarına gerek üçüncü şahıs namına müessesenin yaptığı nevide dahil bir iş yapamazlar."

kaynaklanan kanuni rekabet yasağı hallerinden sayılmaktadır[17]. Buna karşın, bu sayılanların kanuni rekabet yasağı olarak sınıflandırılmış olması, rekabet yasağının asıl kaynağının, temeldeki ilişkiyi doğuran sözleşme olduğunu unutturmamalıdır. Zira ticaret ortaklıklarında olduğu gibi, kanuni rekabet yasağıyla bağlı olanların şirketle ortaklık bağını kuran sözleşmesel bir ilişkileri bulunmaktadır. Rekabet yasağının kanuni olarak adlandırılması, anılan sözleşmesel ilişkiye yasal düzlemde otomatik olarak bir rekabet yasağı öngörüldüğünü ifade eder.

İşçinin iş sözleşmesi devam ederken yükümlüsü bulunduğu sadakat ve rekabet etmeme borcunun kaynağı da doğrudan doğruya sözleşmedir[18]. Sadakat ve rekabet etmeme borcunun sözleşmesel bir borç olduğuna ilişkin somut olayın özelliklerine göre yapılacak değerlendirme, şüphesiz yapılan işin nitelikleri çerçevesinde dürüstlük kuralı ve örf ve adet hukukunu da kapsayan bir yorumu gerektirecektir. Bu nedenle, dürüstlük kuralı ve örf ve adet hukukunun da sözleşmeden kaynaklanan rekabet yasağını tespit bakımından ayrıca bir kaynak olduğu söylenebilir.

Bunun yanında rekabet yasaklarının, belirli bir hukuki ilişkiye dayanan "tali" ve taraflar arasında bağımsız olarak kararlaştırılan "asli" olmak üzere ikili ayrıma tabi tutuldukları görülmektedir[19]. Asli rekabet yasakları, tarafları arasındaki rekabetin sınırlandırılması veya yasaklanmasına yönelik yapılan bir sözleşme ile bir diğer hukuki ilişkiden bağımsız olarak doğmaktadır.

---

[17] Ticaret ortaklıklarındaki kanuni rekabet yasağı halleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. AYDOĞAN Fatih, **Ticaret Ortaklıklarında Rekabet Yasağı**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2005, s.75 vd.

[18] Sadakat borcu ve rekabet etmeme yükümlülüğü, iş akdine ve iş ilişkisine dair yasal düzenlemede tanımlanmamıştır. Buna karşın, işverene bildirimsiz feshi hakkı tanıyan İş Kan. M.25'in II.e bendinde, doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışların ahlak ve iyi niyet kurallarına aykırılık nedeniyle işverene bildirimsiz fesih hakkı vereceği düzenlenmiştir. Buna göre; " İşçinin, işverenin güvenini kötüye kullanmak, hırsızlık yapmak, işverenin meslek sırlarını ortaya atmak gibi doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışlarda bulunması" şeklinde düzenlenmiş yasa metninin, içerdiği "...gibi doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışlar" kalıbıyla, hayli geniş bir sadakat borcu yorumuna müsait olduğu düşünülmektedir. İş akdi devam ederken söz konusu olan rekabet yasağının, sözleşmesel sadakat borcunun bir türevi olduğu hakkında bkz. aşa. bl. 1.5.

[19] SOYER, s.8

Günümüzde rekabet hukuku çerçevesinde kural olarak dışlanan asli rekabet yasağı hallerinin en genel görünümlerinden biri kartel anlaşmalarıdır. BARLAS'ın kartel tanımına göre[20] aynı zamanda adi ortaklık temeline dayanan bir sözleşmesel ilişki olan kartel, "*...hukuksal ve ekonomik açıdan birbirinden bağımsız teşebbüslerin, bağımsızlıklarını koruyarak, aralarındaki rekabeti sınırlandırmak veya tümüyle ortadan kaldırmak suretiyle piyasayı etkileme veya kontrol altında tutma amacıyla bir araya gelmeleri*"dir. Rekabetin Korunması Hakkında Kanun kapsamında[21] çoğu halde hukuk düzenince korunmayacak ve istisnai haller dışında rekabet düzenine aykırı sayılacak kartel anlaşmaları, özel hukuk bakımından istisnai haller dışında geçersiz sayılacağı gibi, Rekabet Kurumu aracılığıyla kamusal denetim ve yaptırıma da tabi tutulacaktır[22].

Tali rekabet yasakları ise kaynaklarını, yukarıda söz edilen kanuni rekabet yasağı hallerinin dayanağı olan model hukuki ilişkilerden ve bunun dışında, kira, alım-satım, distribütörlük, franchising ve iş sözleşmesi gibi sözleşmelerden almaktadır. Doktrinde, bu yasakların dürüstlük kuralından veya emeği tahsis ilkesinden yola çıkılarak tarif edildiği ve kural olarak bir hukuki ilişkinin süresiyle sınırlı olması gerektiği ifade olunmaktadır[23]. Tüm bu hallerde, rekabet avantajını elinde bulunduran iş sahibi veya işveren tarafın rekabetten kaynaklanabilecek risklere karşı korunmasının, rekabet yasaklarının veya rekabet yasağı sözleşmelerinin ortak amacı olduğu gözlemlenmektedir.

---

[20] BARLAS Nami, **Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri**, 1.Basım İstanbul: Beta Yayınları, 1998, s.149

[21] Bkz. RKHK m.4, m.56, m.57

[22] BARLAS, s. 155 vd.

[23] SOYER, s.8

1.3. Rekabet Yasağı Sözleşmesinin Ekonomik Nedeni Olarak Müşteri Çevresinin Korunması

Müşteri çevresi, çoğu kez tartışmalı birçok tanıma konu edilmiştir. Kesin sınırlarla tanımlanması ve tarif edilmesi güç olan bu kavramın sınırlı bir biçimde tarif edilmesinde ne gibi bir fayda bulunduğu da tartışılmıştır[24]. Ancak günümüz ekonomik gelişmeleri, müşteri çevresinin en azından belirli hukuki ilişkiler bağlamında tanımlanmasını gerektirmektedir. Zira birçok sözleşmesel ilişki, sözleşmenin esaslı unsuru olarak müşteri çevresi ile yakından alakalı edimleri konu almaktadır. Diğer taraftan, rekabet hukuku ve haksız rekabet alanlarının doğrudan doğruya müşteri çevresine yönelik eylem ve işlemleri denetlemesi veya konu edinmesi de bu kavramın günden güne somutlaşmasına el vermektedir.

Soyut bir yaklaşım benimsendiğinde, müşteri çevresinin, "*müşterilerden değil, fakat müşterilerden oluşan bir insan topluluğu üzerinde iş sahibi tarafından uygulanmış olan çekim gücünden*"[25] ibaret bir kavram olarak dahi tanımlanabileceği görülmektedir. Daha ayrıntılı bir tanım ise, "*bir iş sahibi ile insanlar arasında bulunan veya bulunması beklenen ve kaynağını iş sahibinin -somut ve kişisel etkenlerinin yansıması olan- çekim gücünden alan devamlı veya geçici iş ilişkileri bütünü*"[26] olarak yapılmıştır. Bu konuda Türk hukukçular tarafından yapılan tanımlar da göz önüne alındığında, müşteri çevresinin iş sahibinin geçmişte uygulamış olduğu ve halen uygulaya geldiği bütünsel bir çekim gücü ile kendine çektiği müşteriler ile arasındaki bağ olarak değerlendirilmesi uygun olacaktır.

Bu perspektif, aynı zamanda rekabet yasağı sözleşmesi bakımından müşteri çevresinin ön planda tutulmasını da doğrulamaktadır. Zira rekabet yasağı sözleşmesi bakımından müşteri çevresinin önemi, sadece iş sırlarına ve hatta müşterilere ilişkin bilgilere vakıf olan bir işçinin değil fakat bizatihi müşteri çevresini oluşturan

---

[24] AUGUET, **Concurrence et Clientèle,** s.6-10

[25] AUGUET, **Concurrence et Clientèle,** s.6, bkz. dn.27;Yazar bu konuda kimi diğer yazarlar tarafından yapılan tanımlara yer vermiştir. Örn: ZENATI, **Clientelès**, R.T.D. Civ.1994.639; "*La clientèle ce n'est pas les clients, mais le pouvoir attractif exercé sur les clients*"

[26] SERRA Yves, **L'Obligation de non-concurrence dans le droit des contrats**, Sirey, 1970, No:114

"ilişkinin" bir parçasını teşkil etmiş olduğuna inanılan işçilerin, bu özelliklerini kullanarak işverene zarar vermelerinin önüne geçilmesidir. İş sırları kavramı ise, aşağıda inceleneceği üzere, müşteri çevresinin bir unsurunu oluşturduğunu düşündüğümüz "çekim gücü"nün bir unsuru olduğu oranda rekabet yasağı sözleşmesi kapsamında korunmaya değer görülmelidir.

Müşteri çevresi bakımından rekabet serbestisinin paradoksal bir etkisi olduğu ifade edilir[27]. Bu etki, rekabet oyununda öne geçen taraf bakımından olumlu ve kazandırıcı, diğer taraf için ise olumsuz ve zarar doğurucu olacaktır. Arzın talebe bağlı bulunduğu belirli bir pazarda, her bir aktör tarafından ortaya konulacak tüm müşteri çevresi kazanımları, diğer rakiplere müşteri çevresi kaybı olarak yansıyacak ve bir tarafın kaydedeceği ilerleme, diğer tarafın aleyhine sonuç doğuracaktır.

Rekabet yasağı sözleşmesi bakımından müşteri çevresi kavramının birinci planda tutulması da, bunun "rekabet" kavramı ile doğrudan ilişkisinden kaynaklanmaktadır. Esasen müşteri çevresinden farklı bir alana ilişkin olan iş sırlarının RYS bakımından ikinci planda tutulmuş olmasının nedeni de iş sırları ile rekabet gücü ilişkisinin, "müşteri çevresi" vasıtasıyla kurulabilmesi ve müşteri çevresi kavramının, RYS bakımından rekabet gücü ile iş sırlarının ortasında bir noktada, her ikisini birleştiren bir işlevde bulunmasıdır.

İşçinin vakıf olduğu iş sırları ilk bakışta müşteri çevresi ile ilgisi olmayan teknik verilerden ibaret olsa dahi, bunların işçi tarafından rekabet edecek şekilde kullanılması, işveren müşterilerinin işçiye ait veya onun çalışmakta olduğu işletmeye yönelmelerine yol açacaktır. Fiili kayıp da ancak ve ancak müşteri çevresi kaybı şeklinde tezahür edebilecektir. Bu bakımdan, iş sırlarına vakıf olan veya olmayan bir işçinin rekabet etmemesindeki asıl menfaat, işverenin sahip olduğu müşteri çevresini, herhangi bir şekilde etkileyerek kaydırabilecek bir işçinin yaratacağı rekabet riskinin ortadan kaldırılmasıdır. Bu nedenle, iş sırrı ile müşteri çevresinin korunması kavramları rekabet yasağı sözleşmesi bakımından aynı anlamı ifade etmekte ve asıl hedeflenen çeşitli şekillerde müşteri çevresinin korunması olarak değerlendirilmektedir.

---

[27] AUGUET, **Concurrence et Clientèle,** s.11

Rekabet yasağı sözleşmesi, rekabet olarak tarif edilen yarışın, anılan müşteri çevresinin kazanılması veya korunmasına ilişkin görünümlerini ilgilendirmektedir. İş sözleşmesi bağlamında, rekabet yasağı ile işverenin güttüğü ekonomik amaç mevcut müşteri çevresinin korunması, işçinin temel edimi de esasen işverenin mevcut müşteri çevresini kazanmaktan kaçınmaktır.

1.4. Rekabet Yasağı Sözleşmesinin Temel Hak ve Özgürlükler Bakımından Değerlendirilmesi

Rekabet Yasağı Sözleşmesi, bir özel hukuk sözleşmesi olarak özel hukuk süjeleri arasındaki ilişkilerin belirli bir alanını düzenlemeyi hedefler. Bu süjeler arasındaki ilişki, devlet ile birey arasındaki ilişkiden farklı olarak yatay niteliktedir. Buna göre, kural olarak aynı hak ve özgürlüklere sahip olan ve sahip oldukları hak ve özgürlükler bakımından aynı seviyedekiler arasındaki borçları konu alır. Sözleşme serbestisi ilkesinin kabul edildiği hukuk sistemlerinde, taraflar kural olarak diledikleri şekilde yükümlülük altına girebilir, hakları üzerinde tasarruf edebilirler. Bununla birlikte, kimi sözleşmesel ilişkiler ise, aktörleri, işlevleri ve konuları bakımından yatay ilişkiler yanında, devletin veya kamunun düzenleme ve planlama fonksiyonlarını da ilgilendirmektedir.

İş sözleşmesi, ekonomik faktörler olarak nitelendirilen sermaye, girişimci, emek ve rantı bir araya getirmeye yarayan hukuki araçlardan biridir. İşçinin sözleşme ve çalışma özgürlükleri[28] ile işverenin serbest girişim ve mülkiyet haklarının bir arada özel hukuk düzlemine aktarıldığı ve sözleşmesel hükme kavuşturulduğu iş sözleşmesi, sözleşme serbestisi çerçevesinde iş ilişkisini tanımlamakta ve bu sözleşme ile girilen iş ilişkisinin tabi olacağı kurallar taraflar arasında sözleşme özgürlüğü çerçevesinde belirli kılınmaktadır.

[28] Çalışma özgürlüğü, işçinin çalışıp çalışmama kararı alma, çalışacağı işi seçme ve çalıştığı işten ayrılarak başka bir işe girme özgürlüğüdür. Sözleşme özgürlüğü, kişilerin arzu ettikleri bir sonuca ulaşmak için hukuk düzeni içinde diledikleri konuda ve diledikleri şekilde anlaşabilmeleridir. Serbest girişim özgürlüğü ise, kişilerin diledikleri ekonomik faaliyetleri yürütebilmelerini konu alır.

Kaynağını Anayasa'dan veya Uluslararası Sözleşmelerden alabilen temel haklar, özel hukuk ilişkilerine nasıl uygulanacaktır? Sözleşme serbestisi ve bireylerin kendi geleceklerini tayin hakkını temel alan bir görüşe göre, Anayasal temel haklar özel hukuk alanına dair yatay ilişkilerde doğrudan doğruya uygulanmayacaktır[29]. Temel hakların doğrudan uygulanabileceğinin tartışmasız olduğu dikey ilişkilerde[30] ise sözleşme serbestisinin zedelenmesinden söz edilemeyecektir. Bu görüş, temel hakların zorlayıcı etkisinin, irade ve sözleşme serbestisini örseleyeceğini, bireylerin geleceklerini tayin hakkına aykırılık oluşturacağını ve kuvvetler ayrılığı prensibinin bir aracı niteliğindeki normlar hiyerarşisini bozacağını savunmaktadır[31]. Temel hakların özel hukukta doğrudan doğruya uygulanabilecekleri alanın, özel hukukun içeriği belirsiz olan hükümlerinin Anayasa'ya uygun biçimde yorumlanması ve doldurulması olduğu söylenmektedir[32]. Bu noktada, özel hukuka ilişkin yasaların ve diğer tüm mevzuat unsurlarının kural olarak Anayasa'ya uygun olduğu veya Anayasa'ya uygun olması gerektiği kabul edilmelidir[33].

Temel hakların mutlak etkisini esas alan bir diğer görüş ise, temel hak ve özgürlüklerin yalnızca devlete karşı değil, diğer özel güçlere karşı da koruma gerektirdiği, bunların normatif etkiye sahip olduğu ve bu nedenle bireyler yararına özel hak doğuran mutlak bir etkinin var olduğunu savunmaktadır[34]. Zira Anayasal temel haklar, kural olarak bireylerin devlet karşısında sahip oldukları ve devletin bireylere sağlamakla yükümlü olduğu hak ve özgürlükleri ifade etse de, bazı hak ve özgürlükler hem kamu hem de özel hukuk alanında objektif norm niteliğinde

---

[29] ERTÜRK Şükran, **İş İlişkisinde Temel Haklar**, 1.Basım, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2002, s.35 vd.

[30] Bkz. AY m.40/1; "Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlâl edilen herkes, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkına sahiptir." Burada, bir tarafta kamu kudreti ile hareket eden devlet ve diğer tarafta bireyin olduğu hallerin kastedildiği görülmektedir.

[31] ERTÜRK, s.37, bkz. dn.46, 47, 48

[32] ERTÜRK, s.40

[33] Yasaların Anayasa'ya uygunluğu, süresiz olarak Anayasa Mahkemesi denetimine tabidir. Hukukumuzda Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru imkanı bulunmamakla birlikte, derdest bir davada taraflardan biri Anayasa'ya aykırılık iddiasında bulunarak bunun çözümü için Mahkeme tarafından Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmasını ve bu hususun bekletici mesele yapılmasını talep edebilir. Anayasa'ya aykırılık iddiasını ciddi bulan Yargıç, itirazı Anayasa Mahkemesi'ne gönderme hususunda takdir yetkisini kullanacaktır.

[34] ERTÜRK, S.38, bkz. dn.56

bağlayıcı Anayasa hükümleridir. Kanaatimizce, sosyal devlet ilkesinin geniş anlamda uygulama alanı bulduğu iş hukukunda bu ikinci yaklaşımın benimsenmesi daha doğru olacaktır.

Rekabet yasağı sözleşmesi ile doğrudan ilgili temel hak ve özgürlükler, iş sözleşmesi paralelinde "çalışma hakkı" ile "çalışma yerini serbestçe seçme" ve "serbest girişim" özgürlükleridir. Anayasa m.48'de düzenlenen[35] serbest girişim, çalışma yerini serbestçe seçebilme ve sözleşme hürriyeti, iş sözleşmesi ve RYS ile ilgili yasal düzenlemelerin bağlam noktasını teşkil etmektedir. Yasal metinler bu temel normlara aykırı olamayacağı gibi, metinlerin içerdiği boşluklar doldurulurken ve yasal metinler yorumlanırken, kaynağını Anayasa'dan alan bu temel özgürlükler dikkate alınacaktır[36].

Anayasa'da yer aldığını ifade ettiğimiz bu temel hak ve özgürlüklerin yorumunda, bunların kökenini teşkil eden "insan onurunun korunması" kuralı esas alınmalıdır. Zira çalışma ve sözleşme özgürlüklerini de içeren temel hak ve özgürlükler sistemi, Anayasa'nın başlangıç kısmının altıncı paragrafında yer alan insan onurunun korunması ilkesine[37] hizmet etmektedir[38].

Diğer yandan, söz edilen iş sözleşmesi, sosyal devlet ilkesi[39] gereği işçi lehine emredici yasa hükümlerine tabi kılınmıştır. Bu emredici hükümler de, Anayasal temel hak ve özgürlüklerin temini ve devletin ekonomik açıdan hayati önem taşıyan

---

[35] Bkz. AY m.48/1; "Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir." Fıkra metninin ilk cümlesi çalışma ve sözleşme hürriyetine, ikinci cümle ise girişim hürriyetine işaret etmektedir.

[36] Söz edilen temel hak ve hürriyetlerin içeriği ile ilgili ayrıntılı bilgi için Bkz. ERTÜRK, s.49-61

[37] Bkz. AY, Başlangıç, 6. Fıkra; "Her Türk vatandaşının bu Anayasadaki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanarak ... onurlu bir hayat sürdürme ve maddî ve manevî varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu"

[38] GÖREN Zafer, **Sosyal Devlet**, Prof.Dr.Seyfullah EDİS'e Armağan, İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, 2000, s.2

[39] GÖKÇEOĞLU BALCI Şebnem, **Tutunamayanlar ve Hukuk**, Ankara: Dost Kitabevi Yayınları, Mart 2007, s.22-23; "Sosyal Devletin temel değerleri, yaşama güvenliği, tam istihdam ve çalışma gücünün korunmasıdır."

çalışma hayatını düzenleme fonksiyonuyla bütünleşmektedir[40]. Sözleşme özgürlüğünün iş sözleşmesi bakımından sınırları da, sosyal devlet ilkesi ve çalışma hayatının düzenlenmesi gereği kabul edilmiş olan bu emredici hükümlerin taraf iradelerine bıraktığı alanlardan ibarettir.

Aşağıda ikinci bölümde ele alınacak olan RYS'nin geçerliliği, sınırlandırılması, Yargıcın müdahalesi gibi başlıklarda tespit edilecek temel ilkeler ve Sosyal devlet ilkesi[41] çerçevesinde benimsenen işçinin korunması ilkesi, gerek yasal düzlemde gerek uygulamada konumuz bakımından önem taşımaktadır.

Fransız Yargıtayı'nın da günden güne Anayasal temel haklardan olan çalışma özgürlüğünü doğrudan uygulamaya yöneldiği saptanmaktadır[42]. Çalışma özgürlüğü yanında, girişim ve üretim özgürlüğü alanlarını da kapsayan bu yöneliş, özellikle konumuz olan rekabet yasağı sözleşmesi konulu uyuşmazlıklarda belirginleşmiştir. Fransız Yargıtayı Sosyal Dairesi ilk kez 1996 tarihli bir kararında[43], " *...serbest girişimin ve Anayasa tarafından güvence altına alınmış çalışma özgürlüğünün kısıtlanması etkisi doğuran rekabet yasağı şartı, ancak bu hak ve özgürlüklere getirilen kısıtlamanın işverenin meşru menfaatlerinin korunması bakımından zorunlu*

[40] GÖREN, s.3-4; "Liberal hukuk devletinde taraflar kendileri için en elverişli sözleşme koşullarını kararlaştırabilirler. Örneğin bir işe alınabilmek için çaba gösteren işsizlerin, işveren gibi kendi menfaatlerini savunma hakkına sahip olmakla birlikte kendilerine işverenin sunduğu sözleşme koşullarını kabul etmek zorunda olmaları liberal hukuk devletinde bir önem taşımamaktadır. Liberal hukuk devletinde bu problematik bir hukuk sorunu olmayıp devlet için önem taşımayan bir durumdur... sosyal hukuk devletinde, şekli anlamda hukuksal eşitlik değil, gerçek özgürlüğün eşitliği sağlanmalıdır. Bu nedenle burada yasa koyucu, sosyal bakımdan zayıf durumda olanların sosyal bakımdan güçlü olanlara oranla daha az gerçek özgürlük elde etmemelerini ve hukuksal korumadan daha az yararlanmamalarını sağlamakla yükümlüdür. Örneğin burada devlet işverenle yapılacak pazarlıkta asgari çalışma koşullarını belirlemek yoluyla ve zorlayıcı iş koruması normları ile işverenin sadece kendi menfaatlerini göz önünde tutan sözleşme koşulları kabul ettirmesine karşı işsizleri korumak zorundadır."

[41] Sosyal Devlet, aslında bir ilkeden çok bir hukuk sisteminde benimsenmiş olan rejim gereği uygulana gelen ilkeler bütünü olarak değerlendirilmelidir. Bu kavramın içinin doldurulabilmesi için her hukuk sistemi bakımından, ilgili bulunduğu ülkenin özel koşulları çerçevesinde ticari ve ekonomik ilişkiler ile istihdamın göz önüne alınması gereklidir. Konumuz bakımından sosyal devletin önemi, bu ilke çerçevesinde düzenlenen yasa hükümlerinin yorumu ve uygulamasında, örneğin işçi lehine yorum kuralı ve sözleşmenin zayıf tarafının korunmasına ilişkin mülahazalarda, en üst noktada belirleyici kıstas olarak bu ilkenin de esas alınması gerekliliğidir.

[42] OGIER-BERNAUD Valérie, **Les Droits Constitutionnels des Travailleurs**, Paris: Presses Universitaires D'Aix Marseille - Economica, 2003, s. 296-297

[43] Cass. Ch. Soc. 19 Kasım 1996 tr. "*Martinez – Auto Service*" kararı için bkz. OGIER-BERNAUD, s.297, dn.103

olması durumunda ve bu zorunluluk oranında hukuka uygundur" diyerek, bu yöndeki ilke kararını oluşturmuş ve takip eden içtihatlarda bu ilke kuvvetlenerek yerleşmiştir. Zaman içinde, Anayasal temel ilkelere riayet, irade serbestisi bakımından gerçek anlamda bir sınır teşkil etmeye başlamıştır[44].

Türk hukuku bakımından, her ne kadar rekabet yasağı sözleşmesi konulu uyuşmazlıkların azlığı nedeniyle bu güne kadar içtihadi bir zenginlik sağlanamamış olsa da, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 2008 tarihli bir kararı[45] bu bakımdan bir çıkış noktası olarak değerlendirilebilir. Hukuk Genel Kurulu Fransız Yargıtayı gibi doğrudan doğruya Anayasal ilkelere atıfta bulunmasa da, "*...işverenin korunmaya değer bir menfaati bulunması gerekir*" demek suretiyle, dolaylı olarak da olsa RYS'nin kısıtladığı temel hak ve özgürlüklerin özelliğini göz önüne almış görünmektedir.

1.5. İş Sözleşmesi ve Rekabet Yasağı

Borçlar Kanunu m.348 vd. hükümlerinde düzenlenen rekabet yasağı sözleşmesi, işçi ve işverene özgü olan iş ilişkisi bağlamında düzenlenmiştir. Bu bakımdan, rekabet yasağı sözleşmesinin varlığı öncelikle taraflar arasındaki iş ilişkisinin kaynağı olan bir iş sözleşmesinin varlığına bağlıdır.[46] İş sözleşmesi, BK ve İş Kan.'da ayrı ayrı tanımlanmıştır. Borçlar Kanunu m.313'de yer alan tanıma göre; "*Hizmet akdi, bir mukaveledir ki onunla işçi, muayyen veya gayri muayyen bir zamanda hizmet görmeyi ve iş sahibi dahi ona bir ücret vermeği taahhüt eder*".

Burada, BK tanımı işçinin belirli veya belirsiz bir zaman diliminde iş görme, işverenin de bunun karşılığında ücret ödeme taahhütleri ile sınırlı kalırken, 4857 s. İş Kan. M.8/1'de yer alan "*İş sözleşmesi, bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi,*

---

[44] OGIER-BERNAUD, s.298; "De plus en plus le respect de principes supérieurs constitue une véritable limite a l'autonomie de la volonté"

[45] Yarg. HGK, 22.09.2008 tarihli **2008/9-517E., 2008/566K.** sayılı ilamı. http://kazanci.com.tr, (erişim tarihi 31.01.2009)

[46] Bkz. Aşa. bşl. 2.3.1.

diğer tarafın (işveren) da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşmedir" tanımı, bağımlılık unsurunu da içermek suretiyle daha dar bir çerçeve çizmektedir. Aynı belirliliğin TBKT ile de benimsenmiş olduğu, anılan tasarının 392/1. Maddesinin "*Hizmet sözleşmesi, işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle iş görmeyi ve işverenin de ona zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir*" şeklinde kaleme alınmış olmasından anlaşılmaktadır.

4857 sayılı İş Kanunu'nda "İş sözleşmesi" olarak adlandırılmış bulunan sözleşmenin, BK'da "hizmet akdi" olarak ifade bulmasının salt terminolojik bir farklılık olduğu ve hizmet akdi ile iş akdi kavramlarının esasen aynı hukuki ilişkiye işaret ettiği tespit edilmiştir[47]. Bu durum, her ne kadar terminolojik bir farklılıktan öteye gitmese de, yasa yapma tekniği bakımından aynı sözleşmenin iki farklı adla anılıyor olmasının belirliliğe hizmet ettiği söylenemeyeceğinden doktrinde eleştirilmiştir[48].

Türk Borçlar Kanunu Tasarısı metninde ise yine İş Kanunu'nda yer alan "iş sözleşmesi" terimi ile aynı anlama gelen "hizmet sözleşmesi" terimi tercih edilmiştir[49]. Bu çalışmada, iş akdi ile hizmet akdi kavramları yerine, "iş sözleşmesi" terimi tercih edilmiştir. Borçlar Kanunu ve İş Kanunu'nda yer alan ve doktrinde yapılan tanımlardan yola çıkıldığında, iş sözleşmesinin, iş görme, ücret ve bağımlılık unsurlarından oluşan, karşılıklı ve sürekli borç doğuran ve işçi ile işveren arasında kişisel ilişkiler kuran bir sözleşme[50] olduğu tespit edilir.

---

[47] OĞUZMAN M. Kemal , **Hizmet "İş" Akdinin Feshi**, İstanbul: İ.Akgün Matbaası, 1955, s.4

[48] OĞUZMAN, s.4

[49] TBKT m.392/1, metninde yer alan "hizmet sözleşmesi" ibaresi yerine, bunun Türkçe karşılığı olan ve 4857 s.İş Kanunu'na paralel "iş sözleşmesi" veya söyleniş kolaylığı bakımından "iş akdi" tercih edilebilirdi.

[50] SÜZEK Sarper, **İş Hukuku**, Yenilenmiş 4. Bası, İstanbul: Beta Yayınları, Eylül 2008, s.211-218

1.5.1. İşçinin sadakat borcu ve rekabet etmeme borcu

Yukarıda iş sözleşmesi tanımlanırken belirlenen unsurlar arasında yer alan "*kişisel ilişki kuran sözleşme*"[51] özelliği, iş sözleşmesinin işçi tarafına bu kişisel ilişki gereği işverenin ve işyerinin çıkarlarını koruma, işverene zarar verebilecek davranışlardan kaçınma borcunu yüklemektedir Zira, iş sözleşmesinin en temel özelliklerinden biri olan karşılıklı güven, işverenin işçiyi gözetmesi karşılığında işçinin işini görürken işverene sadakatle bağlı olması, onun çıkarlarını koruması ve zarar verici davranışlardan kaçınmasını gerektirir[52].

Sadakat borcu, MK m.2 çerçevesinde tanımlanan dürüstlük kuralı gereği, iş sözleşmesine kendiliğinden dâhil olan ve sözleşmede ayrıca zikredilmesi gerekmeyen bir borçtur[53]. İşçiye hem olumlu hem de olumsuz birtakım davranış biçimleri yüklediği söylenen[54] bu borç, iş sözleşmesi devam ettiği sürece işçinin yükümlü bulunduğu sürekli bir borçtur. Bununla birlikte, 4857 s. İş Kanunu'nun haklı nedenle fesih hallerini düzenleyen 25/II. Maddesi, sadakat borcunun ihlali sayılabilecek kimi halleri[55] işaret etmekle, sadakat borcuna aykırılığın iş sözleşmesinin işveren tarafından bildirimsiz olarak ve derhal sonlandırılabilmesine imkân tanımaktadır.

İş sözleşmesi devam ederken işçinin işvereni ile rekabet etmesi veya rekabet sayılacak davranışları, hukukumuzda İş Kan. m.25/II'de düzenlenmiş bulunan

---

[51] SÜZEK, s.220

[52] TUNCAY A. Can, **İşçinin Sadakat (Bağlılık) Yükümlülüğü**, Prof. Dr. Hayri DOMANİÇ'e 80. Yaş Günü Armağanı, İstanbul: Beta Yayınları, Haziran 2001, II.Cilt, s.1043

[53] TUNCAY, s.1047-1048 "Türk Hukukunda işçinin sadakat borcunu düzenleyen özel bir kural yoktur… Ancak bu eksikliğe rağmen hizmet akdiyle çalışmakta olan her işçinin iş görme borcunu yerine getirirken işverene sadakatle bağlı olarak çalışması gerektiği iş ilişkisinin doğasında mevcuttur. Bu borcun hukuki temelinin MK md. 2 deki doğruluk ve dürüstlük kuralı olduğu hemen hemen herkesçe kabul edilir."
Ayrıca Bkz. TUNÇOMAĞ Kenan / CENTEL Tankut , **İş Hukukunun Esasları**, 5.Bası, İstanbul:Beta Yayınları, Ocak 2008, s.100 vd.,

[54] REHBINDER Manfred , **Droit Suisse du Travail**, Almanca'dan Fransızca'ya çev. SCHNEIDER Bernard , Berne: Editions Staempfli & CIE SA, 1979, s.50 vd.

[55] Bkz. İş Kan. M.25/II/b

"doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışlar" kapsamında değerlendirilmekte ve işveren için haklı fesih sebebi oluşturmaktadır[5657]. Esasen İş Kanunu'nun 25/II. Maddesinde sayılan hallerin MK m.2 dürüstlük kuralının birer yansıması olduğu ve sadakat borcuna aykırılık gibi iş ilişkisi ile bağdaşmayan davranışların haklı fesih nedeni olarak kabul edildiği söylenebilir. Zira İş Kanunu'nun 25/II. Maddesinin e. Bendinde zikredilen "doğruluk ve bağlılığa aykırı davranışlar", genel olarak dürüstlük kuralına aykırı davranışlar olarak değerlendirilebilir ve her olayın özelliğine göre farklı türden davranışlar bu kapsama dâhil edilebilir.

İş ilişkisinin devamında işçi tarafından edinilen iş sırlarının veya gizli bilgilerin ortaya atılması gibi İş Kanunu'nda açıkça haklı fesih nedeni olarak sayılan haller yanında, yasa metninde zikredilmemekle birlikte, iş sözleşmesinin devam ettiği süreç içinde işçinin işverenle rekabet etmemesi de sadakat borcunun bir görünümünden ibarettir[58]. Buna göre, iş sözleşmesi ve iş ilişkisi devam ederken işçi, "*bir kimseden namuslu ve dürüst bir insan olarak beklenen davranışı ifade eden*"[59] dürüstlük kuralı gereği işverene sadık olmak ve buna bağlı olarak onunla rekabet etmemek borcu altındadır[60].

Fransız hukukunda, iş sözleşmesi ve rekabet etmeme borcu ilişkisi hukukumuzdan farklı şekilde algılanmaktadır. Buna göre, sözleşme kapsamında sadakat borcu tanımı yapılsa da, bunun işçinin işverenle hiçbir şekilde rekabet

---

[56] ÇELİK Nuri, **İş Hukuku Dersleri**, Yenilenmiş 21.Bası, İstanbul: Beta Yayınları, Ağustos 2008, s.135-s.136

[57] Karş. Bas. İş Kan. m.13/1 ; "*Gazeteci işverenle yaptığı mukavelede aksi zikredilmediği takdirde dışarıda, basınla alakası olsun veya olmasın, başka iş tutmakta serbesttir.*" Buna göre, İş Kanunu'na tabi iş sözleşmeleri bakımından geçerli olan "iş ilişkisinin devamındaki rekabet yasağı"na ilişkin açıklamalar, Basın İş Kanunu kapsamına giren iş sözleşmeleri bakımından, ancak sözleşmeyle özel olarak kararlaştırılmış olması halinde geçerli olacaktır. Böylelikle, Bas. İş Kan.'a tabi iş sözleşmelerinde, iş ilişkisinin devamında söz konusu olan rekabet yasağının istisna, rekabet serbestisinin kural olduğu tespit edilmektedir.

[58] MOLLAMAHMUTOĞLU Hamdi, **İş Hukuku**, 3. Bası, İstanbul: Turhan Kitabevi 2008, s.458; "*Bu borç, işçinin, işverene sadakat borcunun olumsuz anlamdaki bir yönünü ifade eder; iş sözleşmesinin devamı süresince işçinin, sadakat borcu gereği, işvereni ile rekabet oluşturacak davranışlardan kaçınması icap eder.*"

[59] OĞUZMAN M. Kemal / BARLAS Nami, **Medeni Hukuk**, 14.Basım, İstanbul: Arıkan Yayınları 2007, s.193

[60] ERTAŞ Kudret , **Türk Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu**, Ankara: Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Yayın No:211, 1982, s.19-24

edemeyeceği anlamına gelmediği görülmektedir. Taraflar arasında ayrıca kararlaştırılmamışsa, işçi, kendi adına veya başka bir işveren yanında rekabet teşkil edecek faaliyetlerde bulunabilir ve bu haksız rekabet teşkil etmediği sürece işçinin temel hakları kapsamında değerlendirilmektedir[61]. İşveren, işçinin çalıştığı süre boyunca "haklı rekabetini" engelleyebilmek için, iş sözleşmesine bir "münhasırlık" şartı (*clause d'exclusivité*) eklemeli ve bu münhasırlık işin gereklilikleri çerçevesinde işverenin haklı menfaatleri bakımından doğrulanabilir olmalıdır. Aksi takdirde, iş sözleşmesi süresince işçinin rekabeti veya (yarı zamanlı çalışma halinde) rakip firmada çalışmasını sınırlamak mümkün değildir[62].

İş sözleşmesi çerçevesinde bir münhasırlık şartı kararlaştırılmışsa, Fransız Yargıtayı bunun işçi tarafından rakip bir firmada işe girmek suretiyle ihlalini, işçiye atfedilebilecek önemli bir kusur saymakta bu halde iş sözleşmesinin işveren tarafından haklı sebeple sonlandırılabilmesine imkan tanımaktadır[63]. Bu bakımdan Fransız iş hukuku uygulamasında iş sözleşmeleri genellikle münhasırlık ve sır saklama gibi işverenin müşteri çevresini korumaya yönelik özel hükümler[64] içermektedir. Zira Yargı kararlarından, işçinin temel hakları ve çalışma özgürlüğü gibi kavramların ve işçi lehine yorum kurallarının çok geniş ve etkin bir biçimde uygulandığı anlaşılmaktadır.

Belçika hukukunda[65], hukuk sistemimizden farklı olarak yasal düzenlemede iş sözleşmesi boyunca işçinin işverenle rekabet edemeyeceği özel olarak düzenlenmiştir. Ancak yasal düzenlemede "haksız rekabet" olarak ifadesini bulan[66] rekabet yasağı, iş sözleşmesinde ayrıca bir rekabet yasağı şartı bulunmaması halinde, yalnızca işçinin haksız rekabetini kapsayacaktır. Yasanın lafzına göre, işçi iş

[61] GAUDU François / VATINET Raymonde , **Traité des Contrats, Les Contrats de Travail**, Paris: L.G.D.J, 2001, s.252 vd.

[62] Cass. Ch. Soc., 11 Temmuz 2000 tr. kararı için bkz. GAUDU / VATINET, s.254

[63] Cass. Ch. Soc., 10 Kasım 1998 tr. kararı için bkz. GAUDU / VATINET, s.253

[64] GAUDU / VATINET, s.253-256; "*Clause de discrétion*", "*Clause de non-démarchage*", "*Clause de non-réembauchage*"

[65] Bkz. Loi du 3 Juillet 1978 relative aux contrats de travail (LCT) Art.17: Yasa maddesi, işçinin işverenle haksız rekabet edemeyeceği hükmünü içermektedir.

[66] LCT Art.17: "... *se livrer ou de coopérer a tout acte de concurrence déloyale*"

sözleşmesi süresince işverenle "haksız olmayan biçimde" rekabet edebilecektir. Ancak Belçika MK. 1134'ün öngördüğü dürüstlük kuralı çerçevesinde, iş sözleşmesi süresince işçinin işverenle rekabete girebilmesi tartışmalıdır. Doktrinde ve uygulamada işçinin iş akdi boyunca işverenle girişeceği her türlü rekabetin, iş sözleşmesinin özellikleri gereği içerdiği sadakat borcuna aykırılık sayılacağı, böyle olmasa bile, işçinin rekabetinin doğrudan doğruya haksız rekabet sayılabileceği yönünde görüşler bulunmaktadır. Buna göre haksız rekabette bulunmamak, sadakat borcu gereği iş sözleşmesinin doğasından kaynaklanmaktadır[67]. İş sözleşmesinde ayrıca bir rekabet yasağı şartı bulunması halinde ise, işçi sözleşme boyunca tartışmasız olarak haklı veya haksız rekabetten yasaklı olacak; koşullarının ve geçerlilik şartlarının gerçekleşmesi halinde akdin sona ermesinden sonra, hukuk sistemimizdekine benzer biçimde rekabet yasağına tabi olabilecektir.

Amerikan hukukunda rekabet yasağı şartının, Türk-İsviçre, Fransız ve Belçika hukuklarından farklı olarak, iş sözleşmesi devamında ve sonrasında bir bütün olarak algılandığı görülmektedir. Ancak, RYS federal hukukta düzenlenmediğinden her bir eyalet bakımından farklı esaslara tabi olan, bütünleşik değil fakat eyaletler arasında farklılaşabilen bir uygulama olduğu tespit edilmiştir[68].

1.5.2. İş sözleşmesinin sona ermesi

İş ilişkisi boyunca sözleşmeden doğan borçlarını ifa eden tarafların bu borçları, kural olarak sözleşmenin sona ermesi ile sona erecek ve iş ilişkisinden kaynaklanan herhangi bir edimin ifası artık söz konusu olmayacaktır. Sona eren borçlar, iş ilişkisinden kaynaklanan tüm borçlar olduğuna göre, işçinin sadakat borcu ve bu borç çerçevesinde tanımlanan rekabet etmeme borcu da sona ermekte ve işçi

---

[67] VANNES Viviane , **Le Contrat de Travail: Aspects Théoriques et Pratiques**, Bruxelles: Bruylant, 2003, s.270 vd.

[68] POSNER Eric / TRIANTIS Alexander / TRIANTIS George , **Investing in Human Capital: The Efficiency of Covenants Not to Compete**, 2004, s.1 http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=285805, erişim tarihi 22.06.2008

işverenin faaliyet gösterdiği pazarda faaliyet göstererek onunla serbestçe rekabet edebilme hakkına[69] kavuşmaktadır.

İş sözleşmesi süresince, akitten doğan sadakat borcunun sağladığı koruma ile işçinin rekabet etmesi ihtimalini bir ölçüde bertaraf etmiş bulunan işveren, sözleşmenin sonlanması ile işçinin rekabeti riski ile karşı karşıya kalmaktadır. Çalışmamızın konusunu oluşturan BK m.348 vd. hükümleri çerçevesindeki rekabet yasağı sözleşmesi, bu riski hukuk düzeninin elverdiği ölçüde ortadan kaldırmak isteyen işverenle, onunla bu riskin belirli bir süre, yer ve konuyla sınırlı olmak üzere ortadan kaldırılması ve bir anlamda iş sözleşmesindeki rekabet etmeme borcunun süresinin uzatılması konusunda mutabık kalan işçi arasında yapılabilmektedir[70].

İş sözleşmesi sona erdikten sonra da işçi ile işveren arasında aynı hükümleri içeren bir rekabet yasağı sözleşmesi akdedilebilir. Ancak, BK m.348 vd. hükümleri çerçevesinde ele alınan dar anlamda rekabet yasağı sözleşmesi, tarafların iş sözleşmesi ile bağımlı oldukları süre içinde, hükümlerini iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra doğuracak şekilde ve en önemlisi işçi işveren ilişkisi devam ederken imzalanmış olmalıdır[71].

Bir iş sözleşmesi olmaksızın veya taraflar arasında bir iş ilişkisi bulunmaksızın genel hükümler çerçevesinde sözleşme serbestisi gereği akdedilebilecek olan rekabet yasağı sözleşmesi, geçerlilik ve diğer sınırlayıcı hükümler bakımından[72], çalışmamızın konusunu oluşturan dar anlamdaki rekabet yasağı sözleşmesinin tabi olduğu özel şartlara tabi olmaksızın geçerli

---

[69] Bunun haksız rekabet teşkil etmemesi gerekmektedir. Haksız rekabet hali, iş akdinin sona ermesinden bağımsız olarak işçinin sorumluluğuna yol açabilecektir.

[70] Karş. Bas. İş Kan. m.13/2 "*İş akdinin feshinden sonraki zaman için gazetecinin mesleğini icra serbestisini takyit eden hükümler batıldır.*" Buna göre, Bas. İş Kan.'a tabi bir gazetecinin BK m.348 vd. hükümleri çerçevesinde öngörülmüş bulunan dar anlamda rekabet yasağı sözleşmesi ile gazetecilik faaliyetleri kısıtlanamayacaktır.

[71] YAVUZ Cevdet , **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 5.Bası, İstanbul: Beta Yayınları 1997, s.428; Yazar, Rekabet yasağı sözleşmesine ilişkin BK düzenlemelerinin bağımsız olarak yapılan veya iş sözleşmesinden başka bir sözleşmeye bağlı olarak yapılan rekabet yasaklarına uygulanamayacağını, bu hallerde rekabet yasağı sözleşmesinin MK m.23 ve BK m.19 ve m.20 hükümlerine tabi olacağını tespit etmiştir.

[72] Örn. MK m.23/2, BK m.20

sayılabilecektir. Bu durumda, aşağıda ikinci bölümde ele alınacak olan BK m.348 vd. hükümleri ile işçi lehine tanınan birtakım koruyucu hükümler ve sözleşme serbestisine getirilen sınırlamalar, iş sözleşmesi sonlandıktan sonra işçinin eski işvereni ile akdedeceği rekabet yasağı sözleşmesine de uygulanamayacaktır.

Fransız hukukunda, rekabet yasağı şartı veya sözleşmesi, her halükarda iş sözleşmesinin bir parçası sayılmaktadır. Rekabet yasağı şartı içermeyen bir iş sözleşmesinde, işverenin sonradan rekabet yasağı kararlaştırmak istemesi ve işçiyle bu konuda ayrıca bir sözleşme imzalanması, Fransız Yargıtayı[73] tarafından sözleşmenin değiştirilmesi olarak değerlendirilmiştir. Buna göre, iş sözleşmesinin sona ermesinden sonraki bir tarihte akdedilecek RYS'nin genel hükümlere tabi olacağı söylenebilir ise de, Fransız hukukunda temel hakların arz ettiği önem göz önüne alındığında, bunun da RYS'nin tabi olacağı geçerlilik koşullarına tabi tutulacağı öngörülebilir.

Belçika hukukunda da, Türk hukukuna paralel olarak iş sözleşmesinin sonlandığı tarihten önce, iş ilişkisi devam ederken imzalanacak rekabet yasağı sözleşmelerinin, bu sözleşmeyi düzenleyen sınırlayıcı yasa hükümlerine tabi olacağı kabul olunmaktadır[74]. Buna göre, iş sözleşmesinin sona erdiği tarihten sonra imzalanacak RYS genel hükümlere tabi olacaktır.

1.5.3. Rekabet yasağı sözleşmesinin yokluğunda işçinin iş sözleşmesi sonrası yükümlülükleri

İş sözleşmesinin yürürlükte olduğu süre boyunca, sadakat borcu çerçevesinde işçinin işverenle rekabet yasağı borcu bulunduğu, en azından hukukumuz bakımından genel kabul gören bir esastır. İş sözleşmesinin sona ermesinden sonraki döneme ilişkin olan RYS'nin yokluğunda, işverenin müşteri çevresi ve ticari sırları, işçinin "haklı" rekabetine karşı tümüyle korunmasız mı kalmaktadır? Doktrinde bu

[73] GAUDU / VATINET, s.264; Bkz. dn. 487, Cass. Ch. Soc. 7 Temmuz 1998 ve Cass. Ch. Soc. 16 Aralık 1998 tarihli kararları

[74] VANNES, s.274

konu tartışmalı olup, soruya olumlu ve olumsuz cevaplar verilmektedir. Ancak BK m.348 vd. hükümlerinde düzenlenmiş bulunan RYS'ne benzer bir rekabet yasağının, özel olarak kararlaştırılmadıkça iş sözleşmesinin sona ermesini takip eden dönemde yürürlükte olması düşünülemez.

Haksız rekabet teşkil edebilecek şekilde haksız surette elde edilen ve rekabet amacıyla kullanılan "ticari sır" niteliğindeki bilgiler ise, TTK m.56 vd. ve BK m.48 hükümleri kapsamında zaten korunmaktadır. Buna karşın, işçinin yetkili ve meşru biçimde ticari sırlara vakıf olması, TTK m.57 metninde sayılan haksız rekabet tanımlarına uymamaktadır. Bu durum, yasa koyucunun bu sırların tedavüle çıkmasını hedeflediği[75] ve hem işçinin kişisel deneyiminin ödüllendirilmesi hem de piyasanın işleyişi ve serbest rekabet düzeni bakımından bunun tercih edildiğini göstermektedir. Buna göre, işçinin iş sözleşmesi sonrasında ve RYS'nin yokluğunda yükümlü bulunacağı sır saklama derecesi, haksız rekabet hükümleri ve MK m.2'de tanımlanan dürüstlük kuralı çerçevesinde kalmaktadır[76].

Ticari sırların sözleşme sonrasında korunması bakımından, doktrinde "*sözleşmenin ard etkisi teorisi*" (*culpa post pactum perfectum*) olarak adlandırılan[77] ve tarafların sözleşme dolayısıyla kurmuş oldukları yakınlığa dayandırılan esasa da değinilmektedir[78]. Böyle bir yakınlığın iş sözleşmesi ile kurulmuş olduğu varsayıldığında, sözleşmenin sona ermesini takip eden dönemde RYS imzalanmamış olsa bile işveren haksız rekabet veya haksız fiil yerine doğrudan sözleşme kaynaklı sadakat borcuna aykırılık hükümlerine başvurabilecek midir? Kanaatimizce, hukukumuzda RYS ayrıca ve açıkça düzenlenmiş istisnai bir kurum olarak

---

[75] SOYER, s.15

[76] SOYER, s.16

[77] OĞUZMAN M. Kemal / ÖZ M. Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 6. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2009, s.35; "Sözleşmenin ard etkisi teorisi" alt başlığı, "Dürüstlük Kuralına Dayandırılan Sözleşme Benzeri Borç İlişkileri" başlığı altında ele alınmıştır. "... Alacaklı için çok kere, borca aykırılık hükümlerine başvurabilmek haksız fiil hükümlerinden daha avantajlıdır... bir dizi teori; özel ve yakın bazı ilişkiler dolayısıyla birbirlerine zarar verenleri, ortada geçerli bir sözleşme bulunmamasına rağmen, haksız fiil hükümleri yerine, sanki bir sözleşme varmış gibi borca aykırılık hükümlerine tabi tutmaktadır... sözleşmeden dolayı sorumluluk ile sözleşme dışı sorumluluk arasındaki sınır eski belirliliğini kaybetmiştir."

[78] ÜSTÜNEL Aslı E. Gürbüz, **Türk Hukukunda Özellikle Anonim Şirketlerde Ticari Sırrın Korunması**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 1. Bası, 2009, s.157

öngörüldüğüne göre, haksız rekabet veya haksız fiil hükümleri dışında RYS imzalamamış bir işçinin sözleşmenin ard etkisi teorisi çerçevesinde rekabet etmeme borcunun devam etmesi de kabul olunamaz.

Ayrıca, rekabetten kaynaklanan zararların hukuka uygunluğu esas olduğuna göre, haksız fiil kapsamına da girmeyen eski işçinin rekabet riskine karşılık sözleşmenin ard etkisi teorisini uygulamak bu nedenle de mümkün olmamalıdır. Rekabet yasağı bakımdan, sözleşmesel sorumluluk hükümlerinin koruması altına olmak isteyen bir işverenin, ticari sırlarına nüfuz eden işçileri ile sözleşme sonrası ilişkilerini düzenlemeye yönelik olarak RYS akdetmesi gerekmektedir.

Sır saklama borcunun devamı bakımından ise, kimi hallerde sözleşmenin ard etkisi teorisinin uygulanabilmesinin önünde bir engel bulunmamaktadır. Ancak bu durumda da, sırrın saklanmamasının haksız rekabet veya haksız fiil şartlarını karşılaması gerekecektir. Zira sözleşmenin ard etkisi teorisi, sözleşmesel borçların sürelerinin uzamasını sağlamamaktadır. Aksine, haksız fiil teşkil eden eylemlerin taraflar arasına önceden var olmuş sözleşmesel güven sayesinde ulaşılan yakınlıktan kaynaklanmaları halinde, sözleşme kaynaklı borçlara uygulanan ispat ve zamanaşımı hükümlerine tabi kılınmasıdır. Bu kural da, dürüstlük kuralının bir görünümünden ibarettir[79].

Amerikan hukukunda, kimi eyaletlerde kabul edilen "*kaçınılmaz açıklama doktrini*"ne göre[80], ortada bir RYS veya sır saklama sözleşmesi bulunmasa dahi işverenin eski işçisinin rakip bir işletmede çalışmasını önleyebilmesi söz konusudur[81]. Bu doktrinin uygulandığı durumlar, işçinin yeni işinin niteliği gereği eski işverenin ticari sırlarını kaçınılmaz olarak kullanmaya ve açıklamaya iteceği kabul edilen durumlardır. Federal Mahkeme'nin de onayladığı bir kararda[82], bu

---

[79] OĞUZMAN / ÖZ, s.34

[80] YENİSEY K.Doğan / ÖZTÜRK Özgür, **İşçinin Sözleşme Sonrası Ticari Sırları Saklama Yükümlülüğü**, Devrim ULUCAN'a Armağan, İstanbul: Legal Yayınevi, 2008, s.427-429

[81] ÜSTÜNEL, s.153-155; Bkz. Dn.545 "Arkansas, Delaware, Illinois, Minesota, New Jersey, Ohio, Utah, Washington açıkça doktrini kabul ederken, Kaliforniya, Florida ve Virjinya eyaletleri doktrini reddetmektedir."

[82] Pepsi Co. v. Redmond davası için Bkz. YENİSEY / ÖZTÜRK, s.427; ÜSTÜNEL, s.155, Dn.541; Herhangi bir gizlilik sözleşmesi olmaksızın Pepsi'de uzun süre çalışan ve işten ayrıldığı sırada şirketin

doktrinin uygulanabilmesi için işçinin meşru bir ticari sırra erişiminin olması, yeni işinde bu sırrı kaçınılmaz biçimde ifşa edecek olması ve söz konusu ifşanın eski işverene telafi edilemez zararlar verecek olması şartları kabul edilmiştir. Ancak, tesis edilen bu şartlar dahi doktrinin ülke genelinde kabul edilebilmesine yetmemiş ve işçini çalışma özgürlüğünü kısıtlayan ve menfaatler dengesini sağlaması şüpheli bulunan bu doktrinin uygulanması kimi eyaletlerde reddedilmiştir[83].

1.6. Rekabet Yasağı Sözleşmesi ve Haksız Rekabet Hükümleri

Hukukumuzda temel olarak TTK m.56 vd. hükümleri çerçevesinde ve ayrıca BK m.48'de düzenlenen haksız rekabet, yasal tanıma göre ekonomik rekabetin objektif dürüstlük kuralına aykırı olarak kötüye kullanılmasıdır[84]. Haksız rekabet hukuku ve haksız rekabete ilişkin yasal düzenlemelerin amacı ise, ekonomik rekabet hakkının kötüye kullanılmasının engellenmesidir[85]. Haksız rekabet hükümlerinin kaynağı ve işlevine ilişkin olarak ERDEM şu tarifi yapar: "*Haksız rekabet hükümleri, kaynağını MK m.2'de bulan hakkın kötüye kullanılmasının özel bir görünümü olarak, rekabet hakkını da esas itibarıyla MK m.2'ye tabi kılmakta; şeklen var olan bir hakkın hangi surette kullanılması halinde dermeyan edilemeyeceğini hüküm altına almaktadır.*"[86]

Buna göre haksız rekabete hukuku, belirli bir piyasadaki aktörler arasında doğru ve dürüst bir biçimde işlemesi öngörülen rekabetin toplum menfaatine bir olgu olduğu da göz önüne alınarak işleyebilmesini sağlamak adına, piyasa aktörlerine buna ilişkin birtakım objektif davranış kurallarını birbirine karşı ihlal etmeme

---

Kuzey Kaliforniya bölümü genel müdürü olan Redmond'un, işten ayrıldığı sırada görevi nedeniyle birçok bilgiye erişiminin olduğu ve Pepsi'nin stratejik ve ticari sır niteliğindeki yeniliklerini bildiği iddia edilmiştir. Sonuç olarak Redmond'un yaklaşık 1 yıl boyunca rakip firmada çalışması ertelenmiş ve ticari sırları açıklaması yasaklanmıştır.

[83] ÜSTÜNEL, s.155

[84] POROY / YASAMAN, s.281

[85] ERDEM H. Ercüment, **Rekabet Hukuku ile İlgili Makaleler**,1.Bası, İstanbul: Beta Yayınları, Ekim 2007, s.145

[86] ERDEM, s.146

yükümlülüğü getirmekte, diğer taraftan piyasa aktörleri arasında yer almayan ve dolayısıyla "rakip" olmayan tüm ilgilileri de rekabetin doğru ve dürüst biçimde işlemesi hususunda, bir takım olumsuz yükümlülüklere tabi kılmaktadır. Haksız rekabet hükümleri ile, tacir veya tacir olmayan piyasa aktörleri ile tüm ilgililere, doğru ve dürüst bir rekabete uygun davranma, haksız ve objektif iyi niyet kuralına aykırı biçimde piyasa aktörleri arasındaki rekabeti ihlal etmeme yükümü getirilmektedir.

Rekabet yasağı sözleşmesinin haksız rekabet hükümleri bakımından ele alınması, bunların yöneldikleri amaç ve etkileri bakımından farklı sonuçlara varılmasına yol açmaktadır. Her ne kadar TTK m.57'de örnek kabilinden sayılan haller arasında 7. Bend [87] konu itibarıyla RYS'nin koruduğu menfaatlere benzer bir menfaati korumakta olsa da, bu ilkinin dürüstlük kuralına aykırı biçimde elde edilmiş üretim ve ticaret sırlarına ilişkin olması bakımından iki kurum birbirinden ayrılmaktadır[88].

Rekabet yasağı sözleşmesi, temel olarak işçinin "haklı" rekabetini sınırlamaya yöneliktir. Bu nedenle yasada ayrıca düzenlenmesi ve istisnai bir imkân olduğunun -hayli çetin geçerlilik şartları ve sınırlandırmalar yoluyla- vurgulanması tercih edilmiştir. RYS, içerdiği hükümler bakımından, işverenin sağlamış olduğu rekabet avantajını müşteri çevresinin kaymasını engelleyecek tedbirler yoluyla korumaya yöneliktir. Bu rekabet avantajının iş sırlarından ziyade müşteri çevresinde ortaya çıkması, RYS ile haksız rekabet hükümlerini birbirinden ayıran bir diğer önemli noktadır. Müşteri çevresinin korunmasının RYS ile korunan asıl menfaat olarak değerlendirilmesi, günümüzde iş sırrı olarak tarif edilen bilgilerin, rekabet bakımından ancak ve ancak ticari portföy ve müşteri çevresi ile birlikte anlam ifade etmesinden kaynaklanmaktadır. Zira, iş sırlarına vakıf olup da işten ayrılan işçisinin rekabeti ile fiili bir kayba uğramayacak olan işverenin onunla rekabet yasağı sözleşmesi imzalamasında menfaati bulunmamaktadır.

---

[87] Bkz. TTK m.57/7; "Hüsnüniyet kaidelerine aykırı bir şekilde elde ettiği veya öğrendiği imalât veya ticaret sırlarından haksız yere faydalanmak veya onları başkalarına yaymak;"

[88] Ticaret sırları, üretim sırları ve iş sırları kavramları aşağıda 1.7. "Rekabet Yasağı ve Sır Saklama Sözleşmeleri" ve 2.3.4. "Esrara nüfuz etme" başlıklarında ele alınmıştır.

Haksız ve yetkisiz biçimde erişilen üretim veya ticaret sırlarının rekabet amacıyla kullanılmasının da haksız rekabet hükümleri çerçevesinde yaptırıma tabi olacağı açıktır. Rekabet amacıyla kullanılan "ticari sır" niteliğindeki bilgiler ile üretim sırlarının haksız rekabet hükümleri çerçevesinde zaten korunmakta olmasından bağımsız olarak, işçinin görev tanımı ve fiili iş ilişkisi kapsamında ticari sırlara vakıf olması, TTK m.57 metninde sayılan haksız rekabet tanımlarına uymamaktadır.

Bu durum, yasa koyucunun bu sırların tedavüle çıkmasını hedeflediği[89] ve hem işçinin kişisel deneyiminin ödüllendirilmesi hem de piyasanın işleyişi ve serbest rekabet düzeni bakımından bilginin yayılmasının tercih edildiğini göstermektedir. Haksız rekabet hükümleri ile RYS'nin birbirini tamamlayıcı işlevi tam da bu noktada ortaya çıkmaktadır. Zira işçinin iş sözleşmesi sonrasında ve RYS'nin yokluğunda yükümlü bulunacağı sır saklama derecesi, haksız rekabet hükümleri ve MK m.2'de tanımlanan dürüstlük kuralı çerçevesinde kalmaktadır[90].

1.7. Rekabet Yasağı Sözleşmesi ve Sır Saklama Sözleşmeleri

Sır saklama borcu da, tıpkı rekabet etmeme borcu gibi iş sözleşmesinin doğasında yer alan sadakat borcundan kaynaklanır[91] ve kural olarak iş sözleşmesinin süresiyle sınırlıdır[92]. İşçinin işveren yanında çalışırken edindiği İş Sırlarının ve Ticari Sır niteliğindeki bilgilerin iş sözleşmesinden sonraki dönemde de korunması[93], müşteri çevresinin korunmasından bağımsız olarak taraflar arasında akdedilecek bir

---

[89] SOYER, s.15

[90] ERDEM, s.145

[91] TUNCAY, s.1067

[92] TUNCAY, s.1069

[93] Ticari Sırların Korunmasına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. YENİSEY K.Doğan / ÖZTÜRK Özgür, İşçinin Sözleşme Sonrası Ticari Sırları Saklama Yükümlülüğü, **Devrim Ulucan'a Armağan**, İstanbul: Legal Yayınevi, 2008, s.399-457

sözleşmeyle veya iş sözleşmesine eklenecek bir şart ile sözleşmesel anlamda tesis edilebilmektedir.

Böyle bir sözleşmenin yokluğu, işverenin, gizli ve değerli bilgilerine görev tanımı ve iş ilişkisi nedeniyle meşru yollardan vakıf olan işçinin bunları ortaya atması riskini alması anlamına gelir[94]. Sır saklama sözleşmelerinin konumuz bakımından önemi, RYS'nin istisnai niteliğini pekiştiren bir kurum olması yanında, müşteri çevresinin korunmasını dolaylı olarak sağlayabilecek bir unsur olarak, RYS'nin sınırlarını belirlemeye yardımcı olmasıdır[95].

Sır saklama sözleşmeleriyle, haksız rekabet hükümlerinin karşılamadığını tespit ettiğimiz, işçinin görev tanımı gereği meşru yollardan edinmiş olduğu sırların korunması hedeflenmektedir. Bununla işverene RYS'nin sağladığı korumadan daha alt düzeyde bir koruma sağlanabileceği söylenebilir. İşçinin sözleşme sonrası sır saklama yükümlülükleri ile RYS'nin sağlayabileceği derinlikte bir koruma sağlanması mümkün olmamakla birlikte, en azından işçinin mesleki deneyimi ve kişisel gelişim unsurları arasında sayılmayacak bir takım sırların korunabileceği tespit olunmaktadır.

Bunlar, işverenin haklı menfaati ve işçinin mesleki deneyiminden sayılmama koşullarının karşılanması halinde, teknik anlamda üretim ve ticaret sırlarından, BK m.348 çerçevesinde RYS'ne konu edilebilecek geniş kapsamlı iş sırlarına[96] kadar, işverenin saklanmasında fayda görebileceği tüm bilgiler olabilecektir. Hatta, iş sözleşmesi süresince ve taraflarca kararlaştırılması halinde iş sözleşmesinin sonrasında da geçerli olmak üzere işçinin işyerinde öğrendiği her şeyi saklı tutacağı

---

[94] Meşru olmayan yollardan elde eden gizli bilgiler, en azından haksız rekabet hükümlerinin koruması altındadır.

[95] Karş. UŞAN M.Fatih, **İş Sırrının Korunması Sır Saklama ve Rekabet Yasağı**, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2003, s.225; Yazar, sır saklama sözleşmelerinin nitelik itibarıyla rekabet yasağı sözleşmesi olarak değerlendirilmesi gerektiğini ve rekabet yasağı sözleşmesinde de esas olarak iş sırlarının korunduğunu savunmaktadır. Ancak kanaatimizce sır saklama sözleşmeleri ile RYS, gerek konu gerekse derinlik bakımından birbirinden farklı özellikler taşımaktadır. Savunduğumuz görüşe göre RYS'nin temel amacı, işçinin rekabetinin kısıtlanması yoluyla işverenin müşteri çevresinin korunmasıdır. Ancak, sır saklama sözleşmesi işçinin ekonomik geleceği bakımından BK m.348 vd. hükümleri ile gözetilen menfaatleri ilgilendirdiği oranda bu hükümlerin kıyasen uygulanması doğru olacaktır.

[96] Bkz. Aşa. Bşl. 2.3.4.

da kararlaştırılabilir[97]. Ancak iş sözleşmesi sona erdikten sonraki döneme ilişkin sır saklama sözleşmesinde işçinin saklamakla yükümlü tutulduğu sırların kapsamının çok geniş tutulması ve ticari sırları aşarak geniş anlamda iş sırlarının konu edilmesi halinde bunun RYS ile aynı etkiyi yaratabileceği tespit olunur[98].

Sır saklama sözleşmeleri, RYS gibi yasal sınırlamalara tabi tutulmamıştır. Bu nedenledir ki, RYS etkisi yaratabilecek derecede geniş kapsamlı sır saklama sözleşmelerinin de RYS'nin tabi tutulacağı geçerlilik ve bağlayıcılık şartlarına tabi tutulması gerekmektedir. Aksi takdirde, RYS'ne ilişkin sınırlandırıcı ve işçiyi korumaya yönelik yasa hükümlerini dolanmak gayesiyle veya bu sonucu doğurması muhtemel çok geniş kapsamlı sır saklama sözleşmeleri akdedilebilecektir. Bu doğrultuda, işçinin mesleki gelişimini, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme özgürlüğünün böyle bir sır saklama sözleşmesiyle bağdaşmadığı söylenmektedir[99].

[97] TUNCAY, s.1069; Yazar, ticari ve mesleki sırların başkalarına açıklanmaması kapsamına işçinin iş arkadaşlarının da dahil edilebileceğini tespit etmiştir.

[98] YENİSEY / ÖZTÜRK, S.425

[99] YENİSEY / ÖZTÜRK, s.426, Bkz. dn.102

2. REKABET YASAĞI SÖZLEŞMESİNİN KONUSU VE GEÇERLİLİK KOŞULLARI

2.1. Rekabet Yasağı Sözleşmesinin Konusu

Borçlar Kanunu m.348 vd. hükümleri çerçevesinde akdedilebilecek bir rekabet yasağı sözleşmesinde, sözleşmenin işçi tarafına yüklenebilecek edimler yasa ile belirlenmiştir. Yasa, işçinin rekabet oluşturabileceği öngörülen, kendi adına rekabet teşkil edecek bir iş yapma, rakip bir kuruluşta çalışma ve böyle bir kuruluşta ortak veya bir diğer sıfatla ilgili olma eylemlerinin sözleşme ile yasaklanabileceğini düzenler.

Hukukumuzda BK m.348 vd. hükümleri ile öngörüldüğü üzere, işçi tarafından işveren lehine yasada tarif edilen koşullar çerçevesinde düzenlenen tek taraflı bir rekabet etmeme taahhüdü geçerlidir ve içeriğindeki taahhütler doğrultusunda hüküm doğuracaktır. Zira yasa metninde işverenin karşı edimine ilişkin bir hüküm yer almamakta ve işçinin taahhütlerinin işverenin karşı edimi nispetinde geçerli olacağı ya da bu anlama gelecek başkaca bir kayıt bulunmamaktadır. Bu durumda rekabet yasağı, tek taraflı edim yükümü içeren iki taraflı bir sözleşme olabileceği gibi, sözleşme hükmünde tek taraflı bir taahhüt olarak da düzenlenip hüküm doğurabilecektir. Yasa metninde rekabet yasağı sözleşmesinin işveren tarafının karşı edimine ilişkin herhangi bir hüküm yer almamakla birlikte, tarafların anlaşması halinde sözleşmenin işveren tarafının da karşı edim yükümlüsü kılınmasının önünde bir engel bulunmamaktadır.

Fransız hukukunda da 10 Temmuz 2002 tarihine kadar benzer bir esas hakimdi[100]. Yasal düzenlemeye konu olmayan RYS, bu konudaki çok sayıda

[100] GAUDU / VATINET, s.268; "Cette contrepartie n'est pas obligatoire et son absence ne prive pas de cause l'obligation de salairé". Ayrıca, Bkz. dn.507, Cass. Ch. Soc. 10 Ocak 1991 tarihli bir kararında RYS'nin karşı ediminin işçinin çalıştığı süre boyunca aldığı ücretin içinde değerlendirilebileceği yönünde hüküm oluşturmuştur.

içtihatla[101] hukukumuzdakine benzer biçimde tek taraflı bir taahhüt olarak geçerli biçimde hüküm doğurabilmekte ve işçinin rekabet etmeme borcunun meşruiyetini iş akdi süresince elde etmiş olduğu ücret ve diğer menfaatlerden aldığı görüşü kabul edilmekteydi. Fransız Yargıtayı, 10 Temmuz 2002 tarihinde aldığı bir dizi kararla, RYS'nin geçerliliği hakkında önemli bir görüş değişikliğine gitmiş[102] ve bu değişiklik sözleşmenin karşı edim olmaksızın geçerli biçimde akdedilemeyeceği ve dolayısıyla işçinin tek taraflı taahhüdünün geçerli sayılmayacağı[103] sonucunu doğurmuştur.

Belçika hukukunda ise, Türk-İsviçre ve Fransız hukuk sistemlerinden farklı olarak, işverenin karşı edimi yasal bir zorunluluk[104] olarak belirlenmiştir. Belçikalı yasa koyucu, karşı edimi geçerlilik şartı olarak belirlemekle kalmayarak, bunun için işçinin iş akdi devam ederken aldığı ücretin yarısı tutarında bir asgari tutar belirlenmiş ve ayrıca, işçinin yıllık geliri üzerinden bir derecelendirme yapmak suretiyle, belirli bir düzeyin altında ücret alan işçilerle imzalanacak RYS doğrudan doğruya batıl sayılmıştır[105].

Borçlar Kanunu m.348 vd. hükümlerinde rekabet yasağı sözleşmesi tek taraflı borç doğuran bir sözleşme olarak tanımlandığından ve uygulamada işverenin karşı edim yükümlülüğüne ilişkin bir çıkış noktası da bulunmadığından, doktrinde rekabet yasağı sözleşmesi bu güne kadar işçinin borçları bakımından ele alınmış ve işverenin karşı edim yükümlülüğü yeterince yer bulamamıştır. Ancak mukayeseli hukuktaki güncel gelişmeler[106], bu çalışmada işverenin karşı ediminin de ele alınmasını

---

[101] PELISSIER Jean / LYON-CAEN Antoine / JEAMMAUD Antoine / DOCKES Emmanuel , **Les grands arrets du droit du travail**, 3. Bası, Paris: Dalloz, 2004, s.173 vd.

[102] MAZEAUD Antoine , **Droit du Travail**, Paris: Domat, 2006, s.302-306

[103] Söz konusu kararların diğer sonuçları için bkz. aşa. bşl. 2.2. vd.

[104] LCT Art.65-2

[105] WANTIEZ Claude, **Les Clauses de non-concurrence et le contrat de travail**, 2. Bası, Brüksel: Larcier, 2001, s.30 vd.

[106] Özellikle Fransız Yargıtayı'nın görüş değiştirdiği 10 Temmuz 2002 tarihli kararları ve Belçika'daki yasal düzenleme

gerektirdiğinden, rekabet yasağı sözleşmesinde tarafların borçları işçi ve işveren bakımından ayrı ayrı ele alınacaktır.

2.1.1. Rekabet yasağı sözleşmesinde işçinin borçları

Rekabet yasağı sözleşmesinde işçinin asli borcu işverenle rekabet etmemek, diğer bir deyişle işverenin faaliyet gösterdiği ticari ve ekonomik alanda onunla yarışmamaktır. Borç olarak tarif edilen davranış yükümlülüğü biçimi, rekabet yasağı sözleşmesinin işçi tarafına olumsuz bir edim olarak yansımaktadır. Rekabet yasağı sözleşmesi çerçevesinde söz konusu olan rekabet etmeme edimi, doktrinde konularına göre edimler ayrımında "olumsuz edim" olarak tarif edilen yapmama ediminin en karakteristik örneklerinden biridir[107].

Olumsuz edim olarak sınıflandırılan edimlerden yapmama edimi kapsamında değerlendirilen rekabet etmeme, aynı zamanda bir şahsi edim yükümlülüğüdür. Doktrinde şahsi edimler iş görme edimi olarak nitelendirilmekle birlikte, yapmama borçlarının da şahsi edim niteliğinde olduğu tespit edilmektedir[108]. Tarafların RYS ile kararlaştırdıklar edimlerden, işçinin rekabet etmeme edimi de bu bakımdan bir olumsuz iş görme edimi olarak nitelendirilebilir.

Borçlanılan şahsi edimlerin kişilik haklarına, ahlaka ve dürüstlük kuralına aykırı olmaması esastır[109]. Bu çerçevede, rekabet yasağı sözleşmesine ilişkin özel hükümler yanında ve ayrıca, bu sınırları aşarak kişilik haklarına, ahlaka ve dürüstlük kurallarına aykırı unsurlar içeren şahsi edimlerin, MK. m.2, m.23 ve BK. m.19, m.20 çerçevesinde geçersiz sayılacağı saptanmaktadır[110].

---

[107] EREN Fikret , **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 10. Basım, İstanbul: Beta Yayınevi, 2008, s.95; OĞUZMAN M. Kemal / ÖZ M. Turgut , **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 6. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2009, s.5-6

[108] EREN, s.96

[109] EDİS Seyfullah , **Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri**, 2.Basım, Ankara: A.Ü.H.F Yayınları, 1983, s.290-295

[110] Rekabet yasağı sözleşmesinin geçerliliğine ilişkin bşl. 2.3.'de detaylı olarak incelenecek bu husus, rekabet etmeme ediminin şahsi niteliği bakımından ayrıca önem taşımaktadır.

Rekabet etmeme edimi, şahsi edim olma niteliği gereği üçüncü kişilere cüzi veya külli halefiyet yoluyla geçmez. Rekabet etmeme borcunun temlik veya miras yoluyla intikal etmesi de bu çerçevede söz konusu değildir[111]. Ancak rekabet etmeme ediminden faydalanacak işverenin şahsında veya işyerinde meydana gelebilecek değişiklikler, rekabet etmeme borcunun şahsi edim olma niteliğinden bağımsız olarak sözleşmenin işveren tarafında değişikliğe yol açabilecektir. Aynı şekilde, işveren ile işçi arasında akdedilen RYS ile işçinin bir üçüncü kişi lehine rekabetten yasaklanması da gündeme gelebilecektir. Bu durumda, lehine rekabet edilmemesi taahhüt edilen üçüncü kişi, tam üçüncü kişi yararına[112] edim olan rekabet etmeme ediminin ifasını doğrudan doğruya işçiden talep edebilecektir.

Borçlar Kanunu m.348/1, yasa ile rekabet yasağı sözleşmesinin konusunun belirlenmesine hizmet etmektedir. Buna göre, kanun koyucu rekabet yasağı sözleşmesi ile hangi işçi davranışlarının sınırlanabileceğini belirlemiş ve diğer taraftan bu sözleşmenin geçerlilik ve bağlayıcılık şartlarını tespit etmeye yönelik esaslardan bazılarını ortaya koymuş olmaktadır. Burada, öncelikle yasa ile belirlenmiş yasaklanabilecek davranış biçimlerinin birbirine karşı bağımlılık arz edip etmedikleri incelenecek, ayrı ayrı veya bir bütün olarak kararlaştırılabilen bu davranış biçimlerinin münferit özellikleri ise takip eden başlıklarda ele alınacaktır.

2.1.1.1. İşçiye yüklenebilecek edimlerin birbirinden bağımsız nitelikte olması

Rekabet yasağı sözleşmesini imzalayan bir işçi yasa metninde yazılı tüm olumsuz edimleri yüklenmiş sayılmalı mıdır? Borçlar Kanunu m.348/1'in lafzı bu sorunun olumsuz cevaplanmasını gerektirmektedir zira metninde sayılan haller,

---

[111] Buna karşın işçi, rekabet yasağının ihlali durumunda karşı karşıya kalacağı cezai şart ve tazminat sorumluluklarını üçüncü kişinin yüklenmesini sağlayacak sözleşmeler akdedebilir. Bkz. SOYER, s.29 dn.137

[112] Rekabet yasağı sözleşmesi ile sözleşmenin tarafı olmayan bir üçüncü kişi işveren lehine rekabet etmeme borcu kararlaştırılması halinde doktrinde bunun eksik üçüncü kişi yararına sözleşme teşkil edeceği ve lehine rekabet etmeme taahhüdünde bulunulan üçüncü kişinin bunun ifasını doğrudan doğruya işçiden isteyemeyeceği savunulmaktadır.

birbirinden bağımsız nitelikte borçlara işaret etmektedir. Söz konusu borçların birbirinden bağımsız olduğu doktrinde hâkim görüş tarafından da kabul edilmiştir[113].

Buna göre, madde metninde sayılı davranış kalıplarından tümü geçerli biçimde sınırlandırılabileceği gibi, bunlardan bir kısmı yasak kapsamı dışında bırakılabilecektir. Örneğin işçinin kendi adına rekabet etmesi yasaklanmakla birlikte, rakip bir firmada işe girmesi rekabet yasağının kapsamı dışında tutulabilecektir. Sözleşmede hangi davranış biçimlerinin yasaklandığına dair bir açıklık bulunmaması halinde ise yorum kuralları, taraf iradelerini somut olayın özelliklerine göre tespite yönelecektir[114].

Doktrinde, iş hukukunda geçerli bulunan işçi lehine yorum kuralının RYS'nin yorumunda söz konusu olmayacağı kabul edilmiştir[115] [116]. Ancak RYS ile ilgili BK düzenlemesinin önemli ölçüde işçiyi gözeten ve işçiyi koruyucu hükümler içerdiği göz ardı edilmemelidir. Buna göre, yorum yoluyla yasaklanan faaliyetlerin tespiti yapılırken, yasa metninde yer alan sözleşmenin geçerliliğine[117] ve Yargıcın sözleşmeye müdahalesine[118] dair hükümler ile birlikte, yasal düzenlemenin yöneldiği işçiyi koruyucu amaç da dikkate alınmalıdır. Bu durumda, yorum gerektiren ve açıklık arz etmeyen sözleşme hükümleri, sınırlayıcı bir yorumla yasaklanan davranış biçimleri aleyhine ve işçinin teşebbüs ve çalışma özgürlükleri lehine bir sonuca yönelmelidir.

Rekabet yasağı sözleşmesinin geçerliliği ile ilgili sorunların incelendiği başlıkta ele alınacağı üzere, yasal düzenlemenin işçiyi korumaya yönelik olduğu tespiti, BK m.348/2'de yer alan "hissolunacak derecede zarar" kavramı ile sözleşme serbestisine getirilen sınırlamalardan kaynaklanmaktadır. Bu bakımdan, birbirinden

---

[113] SOYER, s.29; M.Fatih UŞAN, **İş Sırrının Korunması Sır Saklama ve Rekabet Yasağı**, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2003, s.256

[114] SOYER, s.29, UŞAN, s.256

[115] TUNÇOMAĞ Kenan , **Türk İş Hukuku C.I., Genel Kavramlar - Hizmet Sözleşmesi - Rekabet Yasağı Sözleşmesi**, 2.Bası, İstanbul: İÜHF Yayınları No.451, 1975, s.498

[116] SOYER, s.29;

[117] Bkz. BK m.348/2

[118] Bkz. BK m.349

bağımsız nitelikte olduğu kabul edilen BK m.348/1'de öngörülen kendi adına rekabet etmeme, rakip bir firmada çalışmama ve rakip bir firmada ortak veya sair bir sıfatla ilgili olmama olumsuz edimleri, her olayın özelliğine göre yapılacak yorumda farklı derecelerde dikkate alınacaktır. Rekabet etmemeye ilişkin edimler, birbirinden ayrılabilir olduğu ölçüde bunlardan tümünün değil fakat sözleşme ile açıkça kararlaştırıldığı kabul olunanların yasaklandığı sonucuna varılmalıdır.

Fransız hukukunda, RYS'ne ilişkin yasal bir düzenleme bulunmadığından[119], Türk-İsviçre hukukundaki durumun aksine, işçi genel olarak "rekabet etmeme borcu" altına girebilecektir. İşçinin sözleşmeyle yasaklanabilecek davranışları içtihatlarla[120] da yeknesak bir sınırlamaya tabi tutulmamaktadır. İş sözleşmesi ve rekabet yasağı şartında belirlenen esaslar çerçevesinde taraflar sözleşme ile kararlaştırdıkları rekabet yasağı kapsamını, kararlaştırdıkları ölçüde uygulayabilirler. Buna karşın, içtihat yoluyla belirlenen geçerlilik şartları ve bunların somut olaylara uygulanması yoluyla, rekabet yasağının hangi anlama geleceği, bunun işçinin hangi eylemlerini kapsayacağı her olayın özelliklerine göre ayrıca ele alınmış ve değerlendirilmiştir[121].

Belçika hukukunda ise, hukukumuzda olduğu gibi işçinin rekabet yasağına konu olabilecek davranış biçimleri ve eylemleri yasa ile belirli kılınmıştır. Buna göre 1978 tarihli LCT'nin 65. Maddesi çerçevesinde, RYS ile işçinin, kendi adına bir işletme kurması ve rakip işveren yanında işe girmesinin konu edilebileceği görülmektedir.

Takip eden başlıklarda, sözleşmenin geçerliliğinden bağımsız olarak, Türk hukuku bakımından sözleşme ile işçiye yüklenebilecek borçlar ve bunların hukuksal niteliği ele alınmıştır.

---

[119] SAVAŞ Fatma Burcu, **Rekabet Yasağı Sözleşmeleri (Türk ve Fransız Hukuklarına İlişkin Mukayeseli Hukuk Çalışması),** Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 13. Sayı, Ocak 2007, s.107-108

[120] PELISSIER/ LYON-CAEN/ JEAMMAUD/ DOCKES, s.173 vd.

[121] AMIEL-DONAT Jacqueline , **Les Clauses de Non-Concurrence en Droit du Travail,** Paris: Litec, 1988, s.131 vd.; ayrıca bkz. SAVAŞ, s.113 – s.116

2.1.1.2. Kendi adına iş yapmama

Kendi adına iş yapma yasağı, rekabet yasağı sözleşmesiyle eski işçinin girişim özgürlüğünün sınırlandırılması suretiyle işverenin müşteri çevresinin korunmasına ilişkindir. Borçlar Kanunu m.348/1 metninde yer alan *"... işçinin kendi namına iş sahibi ile rekabet edecek bir iş yapamamasını... şart edebilirler"* hükmü çerçevesinde, işçinin işverenle bizzat rekabet etmesinin sözleşme ile engellenmesi ve bunun yaptırıma bağlanması mümkün kılınmıştır. Buna göre, işçinin kuracağı bir işletme yoluyla veya şahsen, işverenin faaliyette bulunduğu pazarda işverenle rekabet edecek şekilde ticari faaliyette bulunmaması rekabet yasağı sözleşmesi kapsamında kararlaştırılabilir.

Doktrinde bu hükmün işçinin yalnızca kendi adına değil fakat kendi hesabına da rekabet etmesini önlemeye yönelik olduğu ifade edilmektedir[122]. Ancak yasa metninde açık bir biçimde yer alan "kendi adına" ibaresi karşısında, rekabet yasağının başkası adına fakat işçi hesabına yapılan işleri kapsayacak şekilde yorum yoluyla genişletilebilir olup olmadığı tartışılmalıdır. Burada, bir rekabet yasağı sözleşmesinde işçinin yalnızca kendi adına iş yapmasının yasaklandığı varsayımına dayanılmıştır. Zira, aşağıda 2.1.1.4.2. başlığında ele alınan "sair sıfatla ilgili olmama" edimi, işveren ile işçi arasında akdedilecek rekabet yasağı sözleşmesinde ayrıca kararlaştırılabilmektedir. Bu bakımdan, yasa lafzında yer alan "kendi adına" ibaresinin hükmün getiriliş amacına uygun olarak dar bir biçimde yorumlanması halinde, başkası adına fakat işçi hesabına yapılan işler rekabet yasağı kapsamına girmeyecektir[123].

Rekabet yasağı sözleşmesi kapsamındaki rekabet etmeme edimi, yukarıda[124] değinildiği üzere şahsi nitelikte bir yapmama edimi olması bakımından, rekabeti yasaklanan işçinin kişiliği önem taşımaktadır. Kendi adına ve işçi hesabına hareket

---

[122] SOYER, s.31

[123] Burada, başkası adına ve işçi hesabına yapılan işlerin rekabet yasağı sözleşmesine konulacak "sair sıfatla ilgili olunamayacağı" yönünde bir edimle yasak kapsamına alınabileceği göz ardı edilmemelidir.

[124] Bkz. Yuk. Bşl. 2.1.1., Pr.2

eden bir üçüncü kişinin rekabeti ile işçinin kendi adına işverenle rekabet etmesi kimi hallerde işverenin rekabet yasağındaki menfaatine dair farklı sonuçlar doğurabilecek ve işçi hesabına ve fakat başkası adına işverenle rekabet edilmesi, işçinin kendi adına rekabet etmesi kadar rekabet avantajı yaratmaya müsait olmayabilecektir. Zira müşteri çevresini işverenden kendisine kaydırabilme potansiyeli olduğuna inanılan bir işçi, bu potansiyeli kendi adına bir işletme kurması halinde daha etkin ve önceki işvereninin müşterileriyle birebir ilişki kurarak kullanabilecektir. Bir başkasının kendi adına fakat bu işçi hesabına rekabet etmesi halinde ise, müşteri çevresini ele geçirme potansiyeli daha az olacaktır.

Diğer taraftan, rekabet yasağı sözleşmesi ile kendi adına rekabet etmesi yasaklanan işçinin, bu yükümlülükten kurtulmak ve yasa ile sözleşme hükümlerini dolanmak amacıyla gerçekleştirebileceği muvazaalı işlemlerin hukuken korunmaması gerekeceği ifade edilmelidir. Örneğin, sözleşmede yalnızca "kendi adına rekabet etmeme" yükümü altına girmiş bulunan işçinin, işten ayrıldıktan sonra eşi veya çocukları adına gerçekleştireceği rekabet eylemi "kendi adına rekabet etmeme" borcuna aykırılık sayılabilecektir[125].

Buna paralel olarak, yasa lafzında yer alan "kendi adına" ibaresi, sözleşme ile kendi adına rekabeti yasaklanmış işçinin kendi adına ve fakat başkası hesabına rekabet etmesinin de aynı kapsamda değerlendirilmesini gerektirmektedir. Diğer bir deyişle, kendi adına rekabet etmemeyi taahhüt eden işçi bakımından, kendi adına ve başkası hesabına rekabet etmeme edimi de sözleşme kapsamında işçi tarafından yükümlenilmiş bir menfi edim olarak kendiliğinden ortaya çıkmaktadır. Burada, yasa koyucunun, işçinin rekabet neticesinde kazanç sağlamasını engellemeyi değil, işçinin müşteri çevresini kendi adına kuracağı teşebbüse çekmesini engellenmeyi hedeflediği kabul edilmelidir. Bu çerçevede, işçinin temsil yetkisi ile veya temsil yetkisi olmaksızın kendi adına fakat üçüncü kişi hesabına gerçekleştireceği rekabet teşkil eden eylemler, sözleşme ile kararlaştırılan "kendi adına rekabet etmeme" borcunun ihlali sayılabilecektir. Buna örnek olarak RYS ile bağlı bulunan eski

[125] Burada muvazaa kurumuna ilişkin genellemelere gidilmeden önce, işçinin rekabet etmeye yönelik davranışının "kendi adına" gerçekleştirilmesi ile menfaati işçide, yani işçi hesabına fakat üçüncü kişi adına gerçekleştirilmesi arasındaki farklılığın ortaya koyulmasında yarar görülmüştür.

işçinin, rakip bir iş sahibi hesabına fakat kendi adına acentalık veya tellallık[126] faaliyetinde bulunması gösterilebilir.

2.1.1.3. Rakip müessesede işe girmeme

Rekabet yasağı sözleşmesinin, işçinin çalışma özgürlüğünün sınırlandırılması etkisini içeren edimi, işveren yanında edinilen bilginin rakip firmaya rekabet avantajı sağlamaması temeline dayanan rakip firmada işe girmeme edimidir. Rakip firma kavramı, rekabet yasağı sözleşmesi bağlamında her somut olayın özelliğine göre ayrıca tespit edilmesi gereken bir kavram olmakla birlikte, işverenin faaliyet gösterdiği pazarda faaliyet gösteren ve en azından kısmen aynı müşteri çevresine hitap eden firmaları kapsamaktadır.

İşçinin işverenle rekabet halinde bulunan bir diğer teşebbüste işe girmemesi, BK m.348/1 metninde yer alan "*... işçinin rakip bir müessesede çalışamamasını... şart edebilirler*" hükmü çerçevesinde rekabet yasağı sözleşmesinde işçi tarafından yükümlenilebilir edimler arasında sayılmıştır. Bu edim, yukarıda[127] açıklandığı üzere, taraflar arasında imzalanan bir rekabet yasağı sözleşmesi kapsamına kendiliğinden dâhil olmaz. Kendi adına iş yapmak suretiyle rekabet etmeme ediminden bağımsız ve ayrıca zikredilmesi gereken bir edimdir. RYS metninde yalnızca "işçinin rekabet edemeyeceği" hususunun yazılı olması halinde, önceki işveren rakip bir firmada işe giren işçiye yönelik sözleşme kaynaklı bir talepte bulunulup bulunulamayacağı sorusu ortaya çıkabilir.

Rekabet yasağı sözleşmesine ilişkin yasal düzenleme ve yasağın niteliği göz önüne alındığında, önceki işverenin böyle bir talepte bulunamayacağı sonucuna ulaşmak gerekir. Zira çalışma özgürlüğünü sınırlandıran bir sözleşme hükmünün belirsiz ve yorum yoluyla ulaşılabilen bir biçimde değil fakat belirli ve açık bir biçimde yazılı sözleşme içeriğinde bulunması aranmalıdır. Bu durumda taraf iradelerinin yorumlanması yoluyla sözleşmenin geçerliliği ve bağlayıcılığına ilişkin

[126] SOYER, s.32; Yazar acentalık faaliyetlerini, "işçinin rakip bir müessesede çalışmaması" ediminin ihlali olarak değerlendirmektedir.

[127] Bkz. Yuk., Bşl. 2.1.1.1.

diğer koşullar da dikkate alınarak[128], ayakta tutulabilecek bir sözleşmesel yükümlülük bulunup bulunmadığı araştırılmalı ve en fazla işçinin kendi adına rekabet edemeyeceğinin kararlaştırılmış olduğu sonucuna varılabilmelidir.

Doktrinde, 'rakip bir firmada çalışma' tamlamasının iş sözleşmesiyle sınırlı biçimde dar yorumlanmaması gerektiği[129] ve rakip müesseseye eski işveren karşısında rekabet avantajı sağlayabilecek acentalık ve müşavirlik gibi faaliyetlerin de bu anlamda çalışma sayılması gerektiği savunulmaktadır. Buna karşın, yukarıda[130] ifade edildiği üzere, kendi adına ve üçüncü kişi hesabına yapılan acentalık faaliyetinde olduğu gibi, kimi hallerin zaten "kendi adına iş yapmama" borcu kapsamına gireceği kabul edildiğinde, bunun ayrıca rakip bir firmada "çalışmama" borcu kapsamında değerlendirilmesi, yasa ile gözetilmek istenen işçi menfaatini ve özgürlüklerini sebepsiz yere daraltabilecektir. Bu durumda, sözleşme müzakereleri sırasında yalnızca kendi adına iş yapmama edimini kabullenen işçi bakımından geçerli olan rekabet yasağının sınırları ile çalışmama edimini kabullenen işçi bakımından geçerli olacak rekabet yasağının sınırları birbirine karışacak ve sözleşme ile tesis edilmesi beklenen belirlilik sağlanamamış olacaktır.

Diğer taraftan, işçinin eski işvereni yanında çalıştığı süre boyunca edinmiş olduğu 'iş sırrı' niteliğindeki bilgilerin gerek haksız rekabete ilişkin yasa hükümleri, gerek taraflar arasında akdedilebilecek bir gizlilik sözleşmesi ile korunabileceği göz önüne alındığında[131], işçinin müşavirlik ve acentalık gibi faaliyetinin başlı başına rekabet yasağı kapsamında değerlendirilmesinin zorunlu olmadığı sonucuna varılabilir. Bu nedenle, yasa metninde yer alan "rakip firmada çalışma" olgusunun dar yorumlanması ve yalnızca iş sözleşmesine indirgenmesinin, BK m.348'in lafzına ve rekabet yasağına ilişkin yasal düzenleme ile tesis edilmek istenen norma daha uygun düştüğü kanaatindeyiz. Bu kanaat, çalışma özgürlüğünün sınırlandırılmasına ilişkin bir sözleşmenin mümkün olabildiğince belirgin sınırlara sahip ve imzalandığında sonuçları öngörülebilir nitelikte olması gerekliliğine dayanmaktadır.

---

[128] Bkz. Aşa. 2.2. vd.

[129] SOYER, s.32

[130] Bkz. Yuk., Bşl. 2.1.1.2.

[131] YENİSEY / ÖZTÜRK, s.399 vd.

2.1.1.4. Ortak veya bir diğer sıfatla ilgili bulunmama

Rekabet yasağı sözleşmesi ile işveren tarafından işçinin çalışma ve girişim özgürlüğüne getirilebilecek bir diğer sözleşmesel sınırlama da, BK m.348/1 metninde yer alan "*... işçinin rakip müessesede ... şerik veya sair sıfatla alakadar olamamasını şart edebilirler*" hükmüne dayanmaktadır. Doktrinde söz konusu hükmün ifade ettiği anlam genişliği eleştirilmiş ve bunun rekabet yasağının amacına uygun bir içeriğe kavuşturulması gerekliliği vurgulanmıştır.[132]

Öncelikle cevaplanması gereken soru, 'rakip müessese' tamlamasının ne ifade ettiğidir. Bununla rekabet yasağı sözleşmesindeki işverenle aynı pazarda yarış halinde bulunan bir "tüzel kişilik" mi, yoksa tüzel kişiliği olmayan geniş anlamda kuruluşlar mı kastedilmiştir? Yukarıda benimsenen esaslar çerçevesinde, burada yasanın lafzına uygun olarak tüzel kişiliği bulunan ticaret şirketlerinin[133] kastedildiği kabul olunmalıdır. Zira rekabetten yasaklı bulunan işçinin adi şirket ortağı olması hali, zaten 2.1.1.2. başlığında ele alınan "kendi adına" rekabet etmeme edimi ile karşılanabilecektir. Tüzel kişiliği ve dolayısıyla ticaret şirketi niteliği bulunmayan tüm ortaklıklar bakımından aynı sonuca varılır.

Doktrinde kabul olunan görüşe göre, işverenle rekabet eden bir adi şirkete ortak olan işçi rekabet yasağı sözleşmesi çerçevesinde bağımsız olarak yükümlenebileceği 'rakip müessesede ortak olmama' edimini ihlal edecektir[134]. Biz ise, yukarıda açıklanan nedenle söz konusu işçi davranışını 'kendi adına' iş yapmama edimine aykırılık olarak değerlendiriyoruz. Tüzel kişiliği bulunan ticaret şirketi olarak değerlendirilmesinin daha doğru olduğunu düşündüğümüz 'müessese' ibaresi, BK m.348/1 metninde yazılı işçi borçlarının birbirinden bağımsız ve ayrıca kararlaştırılabilir olma niteliği karşısında, kanaatimizce ancak bu şekilde uygun

---

[132] SOYER, s.33

[133] POROY Reha / TEKİNALP Ünal / ÇAMOĞLU Ersin , **Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku**, 7.Bası, İstanbul: Beta Yayınları, 1997, s.89 vd.; TTK m.137 çerçevesinde tüm ticaret ortaklıklarının tüzel kişiliği bulunmaktadır.

[134] SOYER, s.33

içeriği yansıtmış olacaktır. Bu şekilde, rekabet yasağı sözleşmesine ilişkin görüşmeler sırasında yalnızca "kendi adına" rekabet etmemeyi yükümlenen bir işçi, bir sermaye şirketine ortak olduğunda yasağı ihlal etmiş olmayacağı gibi, adi şirket kurarak yasağın kapsamı dışında kalmayı sağlayamayacaktır. Metnin amacına uygun içerik araştırılırken, işçinin rakip kuruluşa ortak olması ve diğer bir sıfatla ilgili olması iki ayrı başlık altında incelenecektir.

2.1.1.4.1. Rakip müesseseye ortak olmama

Rekabet yasağı sözleşmesi, işverenin müşteri çevresi kaybını engellemeye ve bundan doğabilecek zararları gidermeye yöneliktir. Bu çerçevede, eski işçinin bir rakip işletmeye ortak olması ile rekabet yasağı sözleşmesini ihlal etmiş sayılabilmesi, işçinin anılan işletmeye ortak olmamasında işverenin müşteri çevresinin korunmasına yönelik haklı bir menfaatinin varlığına bağlı olacaktır. Her olayın özelliğine göre ele alınacak geçerlilik ve kapsam sorunu bir tarafa bırakıldığında, işçinin rakip işletmeye ortak olmama borcunun objektif birtakım sınırları[135] bulunması gerektiği düşünülmektedir.

Öncelikle, yukarıda "kendi adına" rekabet etmeme borcu olarak tarif edilen olumsuz edim ile, bir müesseseye ortak olarak rekabet etmeme edimi arasında bir fark bulunduğu kabul edilmeli ve rekabet yasağı sözleşmesine ilişkin görüşmeler sırasında tarafların bunları dikkate alarak sözleşme metnini oluşturdukları varsayılmalıdır. Zira, sözleşme taraflarının bu edimleri birbirinden bağımsız olarak ve ayrı ayrı sözleşme kapsamına dâhil edebilecekleri kabul edilmiştir[136]. Bu bakımdan, kendi adına rekabet etme yasağı kapsamında değerlendirdiğimiz adi ortaklıklara iştirak, ortak olmama edimine değil, kendi adına rekabet etmeme edimine daha yakın bir özellik taşımaktadır.

Yasa metninde yer alan "ortak olma" ibaresi, TTK m137'de ticaret şirketi olarak tanımlanan ortaklıklara dâhil olma şeklinde algılanmalıdır. TTK'da

---

[135] SOYER, s..35; Yazar bu hususu, fiili karine olarak ifade etmiştir.

[136] Bkz. Yuk. Bşl.2.1.1.1.

düzenlenen bir diğer tüzel kişilik olan Kooperatif bakımından ise, Kooperatiflere ortak olmama şeklinde bir olumsuz edim yükümü RYS'nin konusu ve amacı ile ilgili olamayacağından kooperatif üyeliği rekabet yasağı sözleşmesine aykırılık olarak değerlendirilemeyecektir.

İşverenin rakibi olan ticaret şirketlerine ortak olmama edimi, başlı başına rekabet yasağı sözleşmesine ilişkin yasal düzenlemenin yöneldiği amacı sağlamaya yeterli bir belirlilik arz etmez. Bu nedenle, eski işçinin ortaklığının niteliği ve niceliği de objektif belirliliği sağlamada bir faktör olarak dikkate alınmalıdır. Örneğin, eski işçinin, işverenin rakibi konumundaki halka açık bir anonim ortaklığın hisse senetlerini iktisap etmesi halinin rekabet yasağının ihlali sayılması, ancak eski işçinin rakip işletmenin yönetimini etkileyecek ölçüde hisse senedi sahibi olması ve eski işverenin bu nedenle müşteri çevresini kaybetme riskinin makul karşılanabilmesi halinde mümkündür[137].

Aynı değerlendirme, limited şirket ortağı olan işçinin yönetim kurulunda yer alıp almaması ve önceki işverenin müşteri çevresini ortak olduğu şirkete çekebilecek bir ortaklık statüsü bulunup bulunmaması bakımından da yapılabilir. Sonuç olarak, işçinin bir rakip işletmeye ortak olmama borcu, işveren yanında edinmiş olduğu ve işverenin müşteri çevresini kaybına yol açacak bilgilerin işçi tarafından ortağı olduğu rakip şirket yönetiminde sahip olduğu yetkiler çerçevesinde kullanılabilmesi ihtimalini karşılamaktadır.

2.1.1.4.2. Sair sıfatla alakadar olmama

Yasa koyucu, yukarıda değinilen ihtimaller dışında işverenin müşteri çevresi ve iş sırlarının her ne sıfatla olursa olsun rakip işletmelerde rekabet amacıyla kullanılması ihtimalini de RYS kapsamına alarak, çok geniş bir ifade tarzı benimsemiştir. Bu ihtimal, yukarıda sayılan kendi adına iş yapma, rakip işveren yanında çalışma, rakip işletmeye ortak olma edimleri kapsamına girmeyecek ancak

---

[137] SOYER, s.34

yine de eski işverenin korunmaya değer bir menfaati olduğu düşünülen alanlara ilişkindir.

Eski işçisinin rakip firma ile kredi ilişkisine girmesi, firmaya dışarıdan danışmanlık yapması, yönetim danışmanı olması gibi haller[138] de, işverenin korunmaya değer bir menfaati bulunduğu oranda RYS kapsamına katılabilecektir. Ancak, çok dolaylı, makul olmayan veya işverenin haklı menfaati ile açıklanamayan rekabet etkileri nedeniyle işçinin tüm ekonomik ve mesleki faaliyetinin sınırlandırılmasına cevaz verilmemelidir.

2.1.2. Rekabet yasağı sözleşmesinde işverenin karşı edimi

Rekabet yasağı sözleşmesine ilişkin BK düzenlemesinde açık veya zımni olarak işverenin işçinin edimlerine karşılık ücret veya bir diğer karşı edim ihtimali öngörülmemiştir. Yasal düzenlemede rekabet yasağı işçinin tek taraflı bir taahhüdü olarak öngörülmüş olduğundan, işverenin karşı edimi hukukumuzda ne yargı kararlarında ne de doktrinde[139] RYS'nin geçerliliği bakımından zorunlu bir unsur olarak değerlendirilmektedir. Sözleşmenin geçerliliği yanında, sözleşmenin bağlayıcılığı, kapsamı veya derinliği bakımından da işverenin karşı edimine herhangi bir işlev yüklenmemektedir.

Oysa ki, işverenle belirli koşullarda ve sınırlarda rekabet etmeme edimini ifa etmesi beklenecek olan işçinin, bunun karşılığında gerek ekonomik geleceğinin tehlikeye girebileceği, gerekse çalışma, sözleşme ve serbest girişim özgürlüklerinin sınırlandırıldığı kabul edilmektedir[140]. Bu nedenle, hukukumuzda uygulamasına sık rastlanmasa da, tarafların RYS ile işverene bir karşı edim yüklemeyi kararlaştırabilecekleri de göz önüne alınarak, buna ilişkin bazı esasların incelenmesine gerek duyulmuştur.

---

[138] SOYER, s. 34-35

[139] Yalnızca SOYER, işverenin karşı edimi olarak ücreti ele almış ve bunun RYS'nin kapsamı ve geçerliliği bakımından etken olması gerektiğini savunmuştur. Bkz. SOYER, s.62, s.92

[140] Bkz. Aşa. Bşl. 2.2. vd.

Her ne kadar işçinin ekonomik geleceğinin hakkaniyete aykırı biçimde tehlikeye girebileceği haller[141] BK m.349 hükmü çerçevesinde Yargıç denetimine tabi olsa da, yasal düzlemde bir karşı edimin öngörülmemiş olması belirsizlik yaratmaktadır. Zira RYS'nin işçinin çalışma ve sözleşme hürriyetini kısıtlayıcı etkileri olduğu ve bunun işçinin ekonomik geleceğini ister istemez tehlikeye sokacağı göz önüne alındığında, işçinin hiçbir karşılık beklemeden rekabet yasağına riayet etmesinin hakkaniyete aykırı olacağı kolaylıkla söylenebilir.

Kanaatimizce RYS, gerek işçinin deneyim sahibi olduğu ve belki de uzmanlaşmış olduğu iş alanı dışında düşük ücretle çalışmak zorunda kalabilecek olması, gerekse uzmanlaşmış olduğu sektör dışında kalacağı süre sonunda yeniden intibakın güçlüğü nedeniyle işçiye belirli bir ekonomik menfaatin sağlanmasını gerektirmektedir. Ücret veya diğer bir karşı edimin bu güne kadar yasa ve içtihatlarımıza hiç konu edilmemiş olması, bunun hakkaniyete uygun bir rekabet yasağı için önemli hatta zaruri bir unsur sayılmamasını gerektirmez. İşverenin karşı edimi olmaksızın kararlaştırılacak rekabet yasağı kapsamının, süre, coğrafi alan ve faaliyet konusu bakımından çok dar tutulmadıkça bağlayıcı sayılmaması gerektiği kanaatindeyiz. Aksi halde, çoğu kez işçinin ekonomik geleceği hakkaniyete aykırı biçimde tehlikeye düşürülmüş olacaktır.

İşverenin ödeyeceği ücret veya giderim, işçinin ekonomik faaliyetinin rekabet yasağıyla sınırlandığı ölçüde ve rekabet yasağı olmasa idi işçinin hayatın olağan akışına göre kazanabileceği ekonomik menfaatler dikkate alınarak belirlenmelidir. Karşı edim aylık ücret şeklinde olabileceği gibi, işçiye yapılacak peşin ödeme veya sağlanabilecek herhangi bir diğer ekonomik kazanç unsuru da aynı etkiyi doğuracaktır. Karşı edimin işçinin işveren yanında çalışırken sağladığı yaşam standartlarını devam ettirebilecek oranda olması, işveren lehine rekabet etmeme ediminin mümkün olabilecek en geniş kapsamda kararlaştırılabilmesini sağlamalıdır.

Bu noktada, yalnızca işçinin rekabetten yasaklı olduğu süre boyunca elde edecek olduğu ücret veya diğer ekonomik menfaatleri değil, ileriye yönelik etki doğuracak şekilde onun rekabet yasağının süresi dolduktan sonra dahi uzmanlaştığı

[141] Bkz. Aşa. Bşl. 2.4.1.1.

sektöre tekrar intibak ederek aynı standartları sağlayamaması ihtimali de göz önünde bulundurulmalıdır. Bu durumda, işveren tarafından işçiye ödenecek karşı edimin rekabet yasağının kapsamına uygunluğu, işçinin kariyer planlaması ve rekabet yasağının işçinin ekonomik geleceğine doğrudan ve dolaylı tüm etkileri dikkate alınarak belirlenmelidir. Bu bakımdan RYS gerek BK m.348/2 çerçevesinde geçerlilik şartları ve gerek BK m.349 çerçevesinde bağlayıcılık sınırları gözetilerek akdedilmeli ve uygulanmalıdır. Bununla birlikte, işçinin önceki ücreti ile aynı tutarda bir karşı edim alması halinde dahi tüm faaliyetleri sınırlandırılamamalı ve yasağın sınırlandırılması gerekliliği ortadan kalkmış sayılmamalıdır[142].

Diğer taraftan, rekabetten yasaklı olduğu sürece başka bir işte çalışamayacak olan işçi, bu nedenle sosyal güvenlik haklarından da mahrum kalabilecektir. Sigorta primleri bakımından çalışılmayan süre boyunca ortaya çıkacak boşluk, işçinin hem ekonomik geleceğini hem de sağlık hizmetlerinden faydalanma hakkını sekteye uğratacaktır[143]. İşveren tarafından işçiye, rekabetten yasaklı olduğu süre boyunca mahrum kalabileceği sosyal güvenceler de dikkate alınarak, bir karşı edim veya giderim ödenmesi gerekliliği, bu bakımdan da yasağın meşruiyetine katkıda bulunabilecektir.

İşveren tarafından rekabet yasağı süresince peşin veya aylık olarak ödenecek ücret, işçiye iş sözleşmesi boyunca verilen ücrete giydirilmiş olabilir mi? İş sözleşmesinde işçinin alacağı ücretin içinde iş sözleşmesi sona erdikten sonra işverenle belirli koşullarda rekabet etmemesinin karşılığının bulunduğu kararlaştırılmışsa bu RYS anlamında geçerli bir karşı edim sayılabilecek midir? Kanaatimizce iş sözleşmesinin düzenlenmesi sırasında, işçinin asıl ücreti ve ileride doğması muhtemel rekabet yasağı edimi karşılığında iş sözleşmesi süresince ödenecek ek ücret sözleşme metninde açık ve belirgin bir biçimde ayırd edilebiliyorsa, bunun önünde bir engel yoktur.

---

[142] SOYER, s.63

[143] Kanaatimizce bu olgu, rekabetten yasaklı ve dolayısıyla çalışma ve sosyal güvenlik hakları belirli ölçüde kısıtlanmış bulunan işçilerin bu durumlarının sosyal güvenlik hukuku bakımından da dikkate alınmasını gerektirir. Bu doğrultuda, işçinin rekabet etmemesini isteyen ve bu yönde RYS akdeden işverenin, işçinin çalışamadığı süre boyunca sigorta primlerini ödemeye devam etmesi ve işçinin kıdem tazminatına ve diğer işçilik haklarına esas alınacak sürelere yasakla bağlı olunacak sürenin de eklenmesine yönelik yasal düzenlemelere gidilmesi düşünülebilir. Bu ihtimalde, iş sözleşmesinin sona ermiş olması çözümü gereken önemli bir hukuki sorun olacaktır.

Buna karşın, iş sözleşmesi metninde yalnızca ücretin içinde rekabet yasağı karşı ediminin de ödeneceğinin yazılı olması yeterli sayılmamalıdır. Bu halde, işçinin alabileceği olağan ücret ile işveren tarafından ödenen ücret arasındaki (varsa) olumlu fark tespit edilerek, bunun rekabet yasağı şartının karşı edimi veya bir diğer ek ücret olup olmadığı belirlenmelidir. Zira karşı edim yükümüne girmeyerek, karşı edim içeren bir rekabet yasağı şartının sağlayacağı geniş korumadan faydalanmak isteyebilecek işverenlerce bunun amacından farklı yönde kullanılarak, işçiye aslında hiçbir karşı edim sağlanmadığı halde sağlanmış gibi gösterilmesi caiz sayılmamalıdır.

Karşılaştırmalı hukukta, Fransız[144] ve Belçika[145] hukukları bakımından işverenin ücret ediminin veya bir diğer karşı edimin geçerlilik şartı haline getirildiği tespit edilmişti. Amerikan Hukuku bakımından eyaletlere göre[146] farklı yaklaşımlar benimsenmiş ise de, genellikle rekabet yasağından faydalanacak olan işverenin bir karşı edimde bulunması aranır[147]. İşveren yanında çalıştığı sürede deneyimini ve piyasa değerini arttırmış bulunan işçi bu değeri piyasaya arz ederek en yüksek piyasa fiyatına ulaşmak isteyecektir. Önceki işverenin öngördüğü rekabet yasağı neticesinde, işçinin hem daha yüksek ücret almasına hem de deneyiminin değerliliğini devam ettirmesine engel olunacağından, bu durumun işçiye verilecek bir karşı edimle uygun ölçüde tazmin edilmesi gerektiği tespit edilmektedir.

---

[144] Fransız hukukunda işverenin karşı edim yükümlülüğünü rekabet yasağı bakımından bir geçerlilik şartı sayan 10 Temmuz 2002 tarihli Temyiz Mahkemesi İş Dairesi kararlarına, yukarıda RYS'nin iki taraflı sözleşme olarak akdedilebilmesi bağlamında değinilmişti.

[145] LCT Art.65

[146] Örn. California eyaletinde RYS geçerli sayılmamaktadır.

[147] FRANCO April M. / MITCHELL Matthew F., **Covenants Not to Compete- Labor Mobility and Industry Dynamics**, 2005; http://www.philadelphiafed.org/econ/sem/Franco.pdf, erişim tarihi 22.06.2008

2.2. Genel Geçerlilik Koşulları

Rekabet yasağı sözleşmesi, öncelikle bir özel hukuk sözleşmesi niteliğinde olduğundan hukuk düzenince benimsenen "ehliyet" ve "şekil" gibi genel geçerlilik kurallarına tabidir. Diğer taraftan, sözleşmenin kendine özgü niteliği ve içeriği BK. m.348 vd. hükümleri çerçevesinde kabul edilen bir takım özel geçerlilik koşullarını beraberinde getirmiştir. Bu başlık altında ilk olarak genel geçerlilik koşulları ve sonrasında rekabet yasağı sözleşmesi için öngörülen özel geçerlilik düzenlemeleri ele alınacaktır. Her sözleşme gibi iki taraflı bir hukuki işlem[148] [149] olan rekabet yasağı sözleşmesi, tarafların hukuki işlem ehliyetine sahip olmaları ve yasa ile öngörülen şekle riayet etmeleri ile geçerli olacaktır.

2.2.1. Hukuki işlem ehliyeti

Medeni Kanun'un 8. Maddesi çerçevesinde bütün insanların haklara ve borçlara ehil olmada eşit olduğu öngörülmüştür. Hak ehliyetine sahip kişilerin kendi fiilleriyle hak edinebilme ve borç altına girebilmeleri, yani hukuki işlem ehliyeti, MK m.9'da 'fiil ehliyeti' olarak adlandırılmış, devamı maddelerde bunun koşulları ve sınırları tanımlanmıştır. Medeni Kanun m.10'da ayırt etme gücü, kısıtlı olmama ve erginlik koşullarına bağlanan hukuki işlem ehliyeti, hemen tüm modern hukuk sistemlerinde olduğu gibi, hukukumuzda da eylemlerinin sonuçları öngöremeyecek kişilerin zarara uğramasını önlemek adına benimsenen bir koruma aracıdır.

Her hukuki işlemde öncelikle aranan hukuki işlem ehliyeti unsuru ise ayırt etme gücüdür. Ayırt etme gücü bulunmayanlar, tam ehliyetsiz[150] olarak nitelendirilir ve fiilleri hukuki sonuç doğurmaz. Bu bakımdan, geçerli bir rekabet yasağı

---

[148] REİSOĞLU Safa, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 20. Bası, İstanbul: Beta Yayınları, 2008, s.46,s.48;

[149] EREN, s.153

[150] MK m.13, m.15

sözleşmesi akdedebilmek için öncelikle tarafların ayırt etme gücüne sahip olmaları gerekmektedir[151].

Rekabet yasağı sözleşmesi bakımından hukuki işlem ehliyetinin özel olarak ele alınmasını gerektiren durum, BK. m.348/3'de yer alan erginlik koşuludur. Buna göre, rekabet yasağı sözleşmesinin imzalanması sırasında işçi ergin değilse rekabet yasağı geçerli olmayacaktır. Yasa koyucunun bu düzenleme ile ergin olmayanların rekabet yasağından doğabilecek sakıncaları yeteri kadar kavrayamayacakları düşüncesinden hareket ettiği söylenmektedir[152].

Erginlik, MK m.11'de on sekiz yaşın doldurulmuş olması veya evlenme olgularının gerçekleşmesine bağlanmış, MK m.12'de de on beş yaşını dolduran kişinin kendi isteği ve velisinin rızasıyla ergin kılınabileceği düzenlenmiştir. Borçlar Kanunu m.348/3 ile MK. 11. ve 12. Maddeleri birlikte değerlendirildiğinde, rekabet yasağı sözleşmesinin imzalandığı sırada 18 yaşını doldurmamış olan işçilerin istisnai haller dışında rekabet yasağı sözleşmesi akdedemeyecekleri sonucuna ulaşılmaktadır.

İşçi on sekiz yaşını doldurmamış olmakla birlikte evlenerek ergin kılınmış veya on beş yaşın doldurup on sekiz yaşından küçük olmakla birlikte Mahkeme kararıyla ergin kılınmış[153] ise, imzalayacağı bir rekabet yasağı sözleşmesi geçerli sayılacaktır. Zira BK. m.348/3'de sözleşmenin imzalandığı sırada ergin olma koşulu dışında herhangi bir yaş sınırı söz konusu olmadığından, yargısal erginlik ve evlenme ile ergin kılınma hallerinin bunun dışında sayılmasını gerektiren bir yasal dayanak bulunmamaktadır[154].

Ergin olmamakla birlikte ayırt etme gücüne sahip bulunan kişiler, doktrinde ayırt etme gücüne sahip kısıtlılarla birlikte sınırlı ehliyetsizler olarak adlandırılmaktadır[155]. Ergin olmadığı halde rekabet yasağı sözleşmesi imzalayanlar

---

[152] SOYER, s.44

[153] REİSOĞLU, s.50; Yazar MK. m.12 çerçevesinde Mahkeme kararı ile ergin kılınmayı "Yargısal erginlik" olarak tanımlamıştır.

[154] SOYER, s.45

[155] REİSOĞLU, s.54

bakımından, sınırlı ehliyetsizliğin yasal temsilcilerin rızasıyla giderilebilmesine ilişkin MK. m.16 hükmünün uygulanıp uygulanamayacağı doktrinde tartışılmıştır[156]. Sonuç olarak, BK m.348/3 hükmü karşısında genel hüküm niteliğinde olan MK m.16'nın uygulanmayacağı, zira BK m.348/3'ün açık bir biçimde sözleşmenin imzalandığı sırada ergin olma şartını aradığı ve yasal temsilcinin rızasından söz edilmediği tespit edilmektedir[157].

Mahkeme kararıyla ergin kılınma, evlenme ile ergin kılınma ve yasal temsilcinin sonradan icazet vermesi hallerinde dahi, rekabet yasağı sözleşmesini imzaladığı sırada ergin veya ergin kılınmış olmayan işçinin imzaladığı rekabet yasağı sözleşmesi geçersizdir. Buna karşın, ergin sınırlı ehliyetsizler bakımından MK m.16'da yer alan genel hükmün uygulanmasının önünde bir engel bulunmadığından, bu kişiler yasal temsilcilerinin rızasıyla geçerli rekabet yasağı sözleşmeleri akdedebilecektir.

Türk Borçlar Kanunu Tasarısı m.443 ile, BK m.348/3'de yer alan "ergin olma" şartı, yerini "fiil ehliyetine sahip işçi" kıstasına bırakmaktadır. Fiil ehliyeti, yukarıda açıklandığı üzere, hak ehliyetine sahip kişilerin kendi fiilleriyle hak edinebilme ve borç altına girebilmeleri anlamına gelen hukuki işlem ehliyetidir. Bu bağlamda, MK m.10 çerçevesinde ayırt etme gücü, erginlik ve kısıtlı olmama şartlarına bağlanan hukuki işlem ehliyeti şartının "ergin olma" olgusunu da karşıladığı ve ilk bakışta düzenlemenin mevcut düzenleme ile aynı sonuca yöneldiği düşünülebilir. Ne var ki, fiil ehliyetine sahip olmamakla birlikte, ayırt etme gücüne sahip küçük ve kısıtlıların yasal temsilcilerinin rızasıyla borç altına girebileceklerini düzenleyen MK m.16 hükmü ile birlikte değerlendirildiğinde, TBKT ile benimsenen esasın daha sınırlayıcı bir geçerlilik şartı olduğu görülecektir.

Buna göre, rekabet yasağı sözleşmesinin imzalandığı sırada herhangi bir biçimde hukuki işlem ehliyetine sahip olmayan kısıtlılar, (mevcut düzenlemede ergin olmayanlarda olduğu gibi) yasal temsilcilerinin rızası ile dahi olsa rekabet yasağı sözleşmesi ile borç altına giremeyeceklerdir. Diğer bir ifadeyle, TBKT m.443

---

[156] TUNÇOMAĞ, s.524

[157] TUNÇOMAĞ, s.524 , SOYER, s.45

hükmünün yasalaşması halinde, BK m.348/3 çerçevesinde yasal temsilci rızasıyla geçerli rekabet yasağı sözleşmesi akdedebilen ergin kısıtlıların bu şekilde borç altına girmeleri artık mümkün olmayacaktır. Tasarı ile benimsenmiş bulunan "fiil ehliyetine sahip işçi" şartı, BK m.348/3'de yer alan erginlik sınırını, ergin kısıtlıları da kapsayacak biçimde genişletmektedir. Bu durumda, RYS bakımından MK m.16 kapsamındaki yasal temsilcinin rızası hüküm ifade etmeyecek ve RYS imzalandığında hukuki işlem ehliyetine sahip olmayan herkes için geçersizlik söz konusu olacaktır.

Rekabet yasağı sözleşmesine ilişkin BK düzenlemesi, yalnızca sözleşmenin işçi tarafına ilişkin sınırlamalara yer vermiştir. Buna karşın, sözleşmenin işveren tarafını oluşturan kişinin de hukuki işlem ehliyetine sahip bulunması gerektiği açıktır. Yasal düzenlemede sözleşmenin işveren tarafından bahsedilmemiş olduğundan, bu kişi veya kuruluşun hukuki işlem ehliyeti genel hükümler çerçevesinde değerlendirilmelidir.

Gerçek kişi işverenin sınırlı ehliyetli veya sınırlı ehliyetsiz olması hallerinde, genel hükümler çerçevesinde borç altına girebilmesi yasal temsilcinin rızası veya icazetine tabi olduğundan, sözleşme ile işverene karşı edim yüklendiği hallerde bu edim askıda geçersiz sayılacak ve icazet verilene kadar hüküm doğurmayacaktır. İşverenin tüzel kişi olması halinde, temsil yetkisini haiz gerçek kişiler tarafından imzalanacak bir sözleşme ile borç altına girebilmeleri mümkün olduğundan, temsil yetkisi bulunmayanların imzaladığı RYS bakımından yetkisiz temsile ilişkin esaslar uygulama alanı bulacaktır. Sonuç olarak, rekabet yasağı sözleşmesi ile işverene bir karşı edim yüklenmemiş olduğu haller bakımından önem taşımayan işverenin hukuki işlem ehliyeti, karşı edimin geçerliliğini etkileyecektir.

2.2.2. Yazılı şekil şartı

Hukukumuzda özel hukuk sözleşmelerinin geçerliliği için öngörülen bir genel şekil şartı bulunmamaktadır. BK m.11/1 ile benimsenen şekil serbestisi ilkesi[158]

[158] EREN, s.239

gereği, sözleşmelerin geçerliliği kural olarak şekle bağlı değildir. İrade beyanlarının herhangi bir şekilde uyuşması ile taraflarca arzulanan hukuki sonucu elde etmeye yönelik sözleşme akdedilmiş sayılacaktır. Buna karşın, aynı maddenin ikinci fıkrasında, yasa ile kimi sözleşmelerin belirli şekil şartlarına tabi kılınabileceği ve aksine bir yasal düzenleme bulunmaması durumunda, bu şekil şartına uyulmadıkça o sözleşmenin geçerli olmayacağı düzenlenmiştir.

Rekabet yasağı sözleşmesi bakımından, BK m.11/2 anlamında kanunun emrettiği şekil, yani kanuni şekil[159], BK m.350[160] hükmü çerçevesinde, 'adi yazılı şekil'dir. BK metninde adi yazılı şekle ilişkin herhangi bir tanım yer almamakla birlikte, doktrinde "beyan sahibinin şekle tabi irade beyanının içeriğini yazıyla belgeleyip imzalaması" adi yazılı şekil olarak tarif edilmektedir[161].

Rekabet yasağı sözleşmesine ilişkin yasal düzenlemede, sözleşmenin işveren tarafına ilişkin herhangi bir edim öngörülmemiş olduğundan ve işçinin tek taraflı taahhüdü caiz sayıldığından, rekabet yasağı olarak tarif edilen hukuki ilişki işçinin tek taraflı irade beyanını ve imzasını içeren bir yazı ile geçerli biçimde kurulabilecektir. Buna göre, Yasa metninde yer alan "tahriri mukaveleyle merbut olmak" koşulu, yalnızca iki taraflı sözleşme biçiminde akdedilen rekabet yasakları bakımından değil, işçinin tek taraflı rekabet etmeme taahhüdü içeren irade beyanları bakımından da geçerli olmalıdır.

Rekabet yasağı sözleşmesinin geçerli olabilmesi için yazılı şekilde düzenlenmiş olmasını emreden BK m.350 hükmü, rekabet yasağı sözleşmesi bakımından bir kanuni şekil şartı benimsendiğini göstermektedir. Kanuni şekil şartı, açık bir biçimde adi yazılı şekli emretmekte olduğundan, taraflar bunun aksini kararlaştıramaz. Doktrinde, kanuni şekil şartı belirlenmiş olan hallerde tarafların başkaca bir şekil şartı belirleyemeyecekleri kabul olunmaktadır[162]. Ancak bu esas, kanuni şekil şartının taraflarca ortadan kaldırılmasını önlemeye yönelik olarak,

[159] EREN, s.240,241

[160] Aynı esas, TBKT'nın 443. Maddesinde de benimsenmiştir.

[161] EREN, s.245, TUNÇOMAĞ, s.525

[162] EREN, s.242

kanuni şekil şartlarını zayıflatan haller dikkate alınarak benimsenmiştir. Zira sözleşme ile tarafların, kanuni şekilden daha sıkı bir şekil şartı belirlemelerinin önünde bir engel bulunmamaktadır.

Buna göre taraflar, adi yazılı şekil yerine, noterde düzenlenmiş bir sözleşme gibi 'mevsuf yazılı şekil' olarak tarif edilen diğer bir şekil şartını yerine getirmek suretiyle de geçerli bir rekabet yasağı sözleşmesi kurabileceklerdir. Tarafların kararlaştıracakları şekil de, kanuni şekil şartı gibi bir geçerlilik şartı olup, iradi şekil[163] olarak tarif edilen bu kararlaştırmaya aykırılık halinde de BK m.16 hükmü uyarınca sözleşme yine geçersiz sayılacaktır.

Doktrinde rekabet yasağı sözleşmesinin yazılı şekil şartına tabi kılınmış olmasının, rekabet yasağının kapsamı hakkında işçinin bilgi sahibi olmasını sağlayarak işçiyi korumaya yönelik bir düzenleme olduğu tespit edilmektedir[164]. Böylelikle sözleşmenin işçi tarafı sözleşmeyi imzalamadan önce düşünmeye sevk edilmekte ve aynı zamanda yasağın konusu ve kapsamı ile ilgili zaruri belirlilik sağlanmaktadır.

Yazılı şekil şartı, sözleşmenin işveren tarafı için de elverişlidir. Zira RYS'nin işveren tarafı bakımından, uyuşmazlık hallerinde ispat yazılı şekilde düzenlenmiş bir sözleşme ile kolaylaşmaktadır. İşveren, uyuşmazlık halinde sözleşmenin varlığını ispatlama külfetinden kurtulacak ve doğrudan doğruya maddi unsurların ispatına çalışacaktır. Diğer yandan, uyuşmazlığı ele alacak yargıç bakımından da yazılı şekil yorum kolaylığı getirecektir.[165]

Hukukumuzda iş sözleşmesi için herhangi bir şekil öngörülmediğinden, sözlü olarak taraf iradelerinin uyuşması ile akdedilmesi mümkündür. Buna karşın, tarafların iş sözleşmesinin sonlanmasından sonraki döneme ilişkin herhangi bir rekabet yasağı şartı kararlaştırmaları, iş sözleşmesinin şekle bağlı olup olmamasından bağımsız olarak, yazılı şekil şartının yerine getirilmesi ile hukuki

---

[163] EREN, s.241,242

[164] TUNÇOMAĞ, s.525, SOYER, s.42,

[165] EREN, s.237-239

sonuç doğurabilecektir. İş sözleşmesi için öngörülmüş herhangi bir şekil şartı bulunmadığından, birlikte kararlaştırılan rekabet yasağının BK m.350 ile getirilen kanuni şekil şartının yerine getirilmemiş olması nedeniyle geçersiz sayılması, kural olarak iş sözleşmesinin sıhhatini etkilemez. Buna karşın, rekabet yasağı şartının iş sözleşmesinin yapılmasında belirleyici ve temel unsur olması gibi istisnai hallerde, iş sözleşmesinin de bu nedenle geçersiz sayılabileceği ifade edilmektedir[166].

İş sözleşmesinin herhangi bir nedenle geçersiz sayılması durumunda, bu akit çerçevesinde kararlaştırılan rekabet yasağı sözleşmesinin veya rekabet yasağı şartının da kendiliğinden geçersiz sayılıp sayılmayacağı, cevaplanması gereken bir diğer sorudur. Geçersiz bir iş sözleşmesi çerçevesinde kararlaştırılmış olan rekabet yasağı şartının da geçersiz sayılması gerektiği, RYS'nin yan sözleşme ve tamamlayıcı niteliği gereği ilk bakışta kabul edilebilecektir[167]. Ancak geçersiz bir iş sözleşmesine bağlı olarak belirli bir süre işveren yanında çalışan ve bu nedenle rekabet yasağının aşağıda[168] ele alınan maddi geçerlilik şartlarını yerine getirecek biçimde "iş sırrına ve esrara nüfuz eden" işçinin, rekabet yasağı ile bu ölçüde bağlı bulunması gerektiği de savunulmaktadır[169].

Burada, iş sözleşmesi bakımından benimsenen esaslara paralele olarak, RYS'nin de kısmen hüküm ifade etmesi gereklidir[170]. Geçersizliğin ileriye etkili olarak sonuç doğurabileceği ve geçersizliğin tespiti veya yürürlüğünden önceki dönemlerde yapılan çalışmanın, geçerli bir iş sözleşmesi çerçevesinde görülen işten

---

[166] SOYER, s.40

[167] AKYİĞİT Ercan, **Hizmet Akdinin Kesin Hükümsüzlüğü ve İptal Edilebilirliği**, İstanbul: Kazancı Yayınları, 1990, s.37-39; Yazar, "katılma teorisi" ve "sözleşme teorisi" çerçevesinde hükümsüz iş akdi durumunda fiili hizmet ilişkisinin işçi niteliğini kazandırıp kazandırmadığını tartışmaktadır. Varılan sonuç ise, fiili olana normatif geçerlilik tanınamayacağından dolayı fiili iş ilişkisinin işçi niteliği kazandırmayacağıdır.

[168] Bkz. aşa. Bşl. 2.3. vd.

[169] SOYER, s.40

[170] AKYİĞİT, s.38; Yazar sözleşme teorisini kabul etmekle birlikte, ister sözleşme ister katılma teorisi kabul edilsin, iş ilişkisi bir kere başladıktan sonra kesin hükümsüzlük sonuçlarının aynen benimsenmesinin mümkün olmadığını da ifade etmiştir. İşçinin iş akdi kapsamındaki edimlerinin iadesi söz konusu olamayacağından kesin hükümsüzlüğün etkisi sınırlanmakta ve bundan geçmişte ifa edilen kısmın etkilenmeyeceği kabul edilmektedir.

farklı bir hukuki sonuca bağlanamayacağı kabul edildiğinde, rekabet yasağı şartının da aynı ölçüde ayakta tutulması gerekeceği kabul edilebilir.

Her ne kadar yasa metninde özel bir yazılı şekil şartı benimsenmemiş ve adi yazılı şekil şartının geçerli olacağı kabul edilmiş olsa da, işçinin söz konusu rekabet yasağını içeren şartı veya sözleşmeyi imzalamadan önce okumuş olması ve özgür iradesinin gerçekleşebilmesi için aynı zamanda bunu anlamış olması aranmalıdır. Şüphesiz ki okuma ve anlama gibi sübjektif olguların, objektif birtakım kıstaslarla tespiti kolay değildir ve bir kimsenin okuduğunu veya anladığını tespit etmek güçtür. Ancak, makul ölçütlerin benimsenmesi ile, en azından bu gibi kişilik haklarına ilişkin önemli etkileri olan sözleşmelerin şüpheye yer bırakmayacak ve anlaşılabilir biçimde düzenlenmesi sağlanabilir.

Rekabet yasağına ilişkin şartın taraflar arasındaki yazılı iş sözleşmesinde yer alması durumunda, iş sözleşmesinin işveren tarafından önceden hazırlanmış bir tip sözleşme olması, başlı başına rekabet yasağı şartının geçersizliğini gerektirmez. Ancak, bu sözleşmenin olağanın çok üzerinde sayfa sayısına sahip kitapçıklar şeklinde düzenlenmiş olması ve rekabet yasağı şartının tek bir maddede fark edilmeyecek şekilde sözleşmeye dercedilmiş olması, veya rekabet yasağına ilişkin şartın sözleşme metninde okunması son derece güç küçük puntolarla yazılı olması gibi örnekler, genel işlem şartlarına ilişkin hükümlerin uygulanmasını haklı gösterebilecektir.

Doktrinde SOYER tarafından da[171] işverenin kullandığı formülerin içeriğinde yer alan rekabet yasağı şartı veya formüler şeklinde düzenlenmiş rekabet yasağı sözleşmeleri bakımından genel işlem şartlarına dair ilkelerin uygulama alanı bulacağı kabul edilmektedir. Hukukumuzda hali hazırda genel işlem şartlarına ilişkin bir yasal

[171] SOYER, s.43

düzenleme bulunmamakla[172] birlikte, TBKT[173] ile içtihatların ulaştığı yeknesaklığın yasal düzenlemeye konu edilmesi gündemdedir[174].

Bunun yanında, işverenle işçi arasında düzenlenerek imzalanan bir iş sözleşmesi bünyesinde veya ayrıca imzalanan bir rekabet yasağı sözleşmesinde işverenin personel yönetmeliği, iç yönetmelik veya diğer bir ad altındaki iç düzenlemesine yalın bir atıfta bulunularak geçerli bir rekabet yasağı şartı kararlaştırılmasının mümkün olmadığı tespit olunmaktadır[175]. Bunun gerekçesi ise, işçinin kişilik haklarına ilişkin ciddi sınırlamalar getirebilecek nitelikteki bir sözleşme ile bağlı sayılabilmesi için, yasağın kapsamı, süresi ve yasağa uymamanın neticeleri hakkında etraflı bilgi sahibi olması gerekliliği olarak ifade edilmektedir.

Rekabet yasağı sözleşmesinin zaman, yer ve konu bakımından sınırlandırılması, aşağıda 2.4.2. başlıkta inceleneceği üzere maddi geçerlilik şartlarına ve sözleşmenin bağlayıcılığına ilişkindir. Bu nedenle, rekabet yasağına ilişkin şartın sınırlandırılması veya belirli kılınması, yazılı şekil şartı bakımından ikincil bir önem taşımaktadır. Öyle ki, rekabet yasağı sözleşmesi metninde yasağın sınırlarının belirtilmiş olması yazılı şekil şartı kapsamında değerlendirilmeli, söz konusu sınırlamanın ölçüsü ve uygunluğu ise maddi geçerlilik şartlarına dâhil sayılmalıdır.

Buna göre, somut olayda RYS'nin geçerli olabilmesi için yasağın BK m.349 çerçevesinde "zaman, mahal ve işin nevi noktasından" bir sınırlamaya tabi tutulmuş olması aranmalıdır. Yasağın aynı madde hükmü çerçevesinde hakkaniyete uygun olup olmadığı veya somut olaya uygun bir sınırlamaya tabi tutulup tutulmadığı ise sözleşmenin bağlayıcılığı ve hâkimin sözleşmeye müdahalesine ilişkin konular olup,

---

[172] ATAMER Yeşim, **Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi**, 2. Bası, İstanbul: Beta Yayınları, 2001, s.47; ayrıca güven teorisinin uygulanması bakımından bkz. s.81 vd. ile s.108-114

[173] Bkz. TBKT m.20-25

[174] BARLAS Nami, **Makalelerim C.1, Yeni Borçlar Kanunu Tasarısının Getirdikleri**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2008, s.265; Yazar, Tasarının yasalaşması halinde, genel işlem koşullarına aykırılığın yaptırımı olarak düzenlenen "*yazılmamış sayılma*" halini ve genel olarak konunun içerik bakımından yetersiz bir düzenleme olmasını eleştirmektedir.

[175] SOYER, s.43

bunlardan önce sözleşmenin şeklen geçerli olup olmadığının tespit edilmesi gerekmektedir. Zira yazılı şekil şartının temel nedeni, iş sözleşmesinin sona ermesini takip eden dönemde ekonomik geleceğinde ciddi etkiler yaratabilecek bir yükümlülüğün, işçi tarafından idrak edilmiş olmasının sağlanmasıdır.

İşçinin kişilik haklarını belirli şartlarla sınırlandıran sözleşmenin hukuki sonuç doğurabilmesi için gerekli açıklık, ancak yasağı getiren sözleşme metninde bu unsurların yer alması ile sağlanabilecektir. Bu nedenle, rekabet yasağı bakımından yazılı şekil şartı, yalın bir imzadan çok, yasağın maddi içeriğinin sözleşme metninde işçi tarafından anlaşılabilir biçimde yer almasını gerektiren özel bir işlev taşımaktadır. Bununla sağlanacak yazılı şekle dair geçerlilik, rekabet yasağının maddi şartları bakımından ayrıca teste tabi tutulmasını engellemeyecektir.

Buna karşın, uygulamada kimi Yargıtay kararlarında, işveren tarafından düzenlenen sirküler ve sair iç düzenlemeler bakımından yukarıda benimsenen esaslara zıt bir yaklaşım benimsenmiştir. Bu yaklaşım BK m.350 hükmüne rağmen iş sözleşmesi imzalandıktan sonra ve işçinin çalışması devam ederken işveren tarafından çıkartılan iç düzenleme niteliğindeki sirkülerlerin dahi geçerli bir rekabet yasağı ilişkisi doğurabileceği yönündedir. Yargıtay 9.HD'nin bir kararında[176] özetle, emeklilik ikramiyesi alan üst düzey yöneticinin şirketin yayınladığı sirkülerde yer alan rekabet yasağı şartına bağlı olarak, rakip bir firmada çalışması halinde bu ikramiyeyi iade etmek zorunda kalabileceği yönünde hüküm oluşturmuştur.

Söz konusu Yargıtay kararı, sonuç olarak sirkülerde yer alan rekabet yasağı şartını, şart süre ve yer bakımından belirsiz olduğu için geçersiz saymıştır. Ancak Yargıtay'ın burada vurgulanan yaklaşımı, işveren tarafından -üstelik iş ilişkisi devam ederken- yapılan bir iç düzenlemeyi, başlı başına potansiyel olarak geçerli bir rekabet yasağı bağı kurabilecek nitelikte görerek, yazılı şekil şartı bakımından değil fakat süre ve yer bakımından belirsizlik nedeniyle rekabet yasağı şartının geçersiz sayılacağına hükmetmiş olmasıdır. Kanaatimizce, incelenen somut olayda

[176] Yarg. 9. HD 14.03.2000 tr., 2000/522 E. 2000/892 K. Sayılı ilamı; Burada şüphesiz şirketin düzenlediği sirkülerle bağlı sayılan işçinin, üst düzey yönetici olması ve sirkülerin hazırlanması aşamasında dahi bundan bilgi sahibi olduğunun kabul edilmesi önemli bir etkendir. http://kazanci.com.tr, erişim tarihi 29.11.2008

Yargıtay'ın BK m.350 çerçevesinde doğrudan doğruya yazılı şekil şartının gerçekleşmemiş olduğunu tespit etmesi gerekirdi.

Borçlar Kanunu m.350'nin yazılı şekil şartını öngören açık hükmü karşısında, işçi ile işveren arasında düzenlenmiş yazılı bir rekabet yasağı sözleşmesi veya iş sözleşmesi bünyesinde bir rekabet yasağı şartı bulunmaması, geçerli bir rekabet yasağının varlığından söz edilememesi için yeterli sebeptir. Zira, işçiyi koruyucu işlevi olduğu kabul edilen söz konusu yazılı şekil şartı, işverenin iç düzenlemelerinin geçerli bir rekabet yasağı ilişkisi kurabileceği kabul edildiğinde işlevsiz kılınmış olur. Kişi hakları ile yakında ilgili ve ekonomik geleceği ciddi biçimde sınırlama potansiyeli olan rekabet yasağı sözleşmesi bakımından aksinin kabulü, çalışma ve girişim özgürlüğü bakımından sakıncalı sonuçlar doğurabilecektir.

Fransız hukukunda rekabet yasağı sözleşmesi bakımından yazılı şekil kanuni geçerlilik şartı değildir. Zira rekabet yasağı sözleşmelerine ilişkin özel bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. Yasağın geçerlilik şartlarını belirleyen güncel içtihatlarda da, yazılı şekil şartına herhangi bir atıfta bulunulmamıştır. Buna rağmen, doktrinde ve içtihatlarla rekabet yasağı sözleşmesinin, bu nitelikteki bir sözleşmenin ispatı bakımından yazılı şekil aranması gerekeceği[177] tespit olunmaktadır. Buna göre, Fransız hukukunda yazılı şekil bir geçerlilik şartından çok, bir ispat şartı olarak kabul edilmektedir.

Belçika hukukunda ise, yasal düzenleme[178] çerçevesinde yazılı şekil şartı benimsenmiştir. İlgili yasal düzenlemede, yazılı şekilde düzenlenen rekabet yasağı şartının hangi hallerde ve kapsamda uygulanacağının da yazılı olarak düzenlenmiş olması aranmaktadır[179]. Belçika doktrininde de, rekabet yasağı sözleşmesi veya rekabet yasağı şartının yazılı şekil şartına uygun olarak akdedilmiş sayılabilmesi için taraflar arasında bağımsız olarak imzalanan bir sözleşmenin söz konusu olması gerektiği kabul edilmektedir. Buna göre, işverenin sirküler veya yönetmelik gibi tek

---

[177] TÜZÜNKAN E. Işıl , **La prohibition de concurrence dans le contrat de travail – Etude de droit français et de droit turc**, Montreux: Imprimerie Ganguin et Laubscher S.A.,1972, s.44

[178] LCT Art.65

[179] VANNES, s.273

taraflı düzenlemeleri içinde yer alan rekabet yasağı içeren unsurlar geçerli olmayacaktır. Buna karşın, taraflar arasında akdedilmiş geçerli rekabet yasağı sözleşmelerinin veya uygulama koşullarının, işveren tarafından tek taraflı olarak düzenlenecek metinlerle, sözleşme ile kararlaştırılan esaslardan ayrılmamak kaydıyla ayrıntılı olarak açıklanabileceği kabul edilmektedir[180].

2.3. Özel Geçerlilik Koşulları

Rekabet yasağı sözleşmesi, işçinin işyeri ile bağlarını sağlamlaştırmak, olası ticari zararları önlemek, işgücü bakımından bir tekel oluşturmak veya rakiplerin işgücünden faydalanmasını engellemek amacıyla kullanılabilecek midir? Yasa koyucunun bu gibi durumlarda RYS'nin geçerli sayılmaması için öngördüğü formül olan yasal düzenlemeler ışığında, bu sözleşmenin hangi hallerde geçerli sayılacağı bu başlıkta konu edilmektedir.

İşverenin rekabet yasağında önemli bir menfaati bulunması gerekliliği, hem BK 352/1 çerçevesinde sözleşmenin sona erme halleri, hem de BK m.348 çerçevesinde öngörülen geçerlilik şartları bakımından bu yasağın keyfi olarak getirilmesini engellemektedir. Sözleşme, yukarıda birinci bölümde söz edilen karakteristik özellikleri gereği birtakım özel maddi geçerlilik şartlarına tabi tutulmuş ve ancak belirli olguların varlığı halinde geçerli sayılacağı öngörülmüştür. Bu şartlar doktrinde "sözleşmenin kurulmasını haklı gösteren koşullar" olarak da adlandırılmaktadır[181].

Borçlar Kanunu m.348 ilk cümlesinin başlangıç kısmı "*İş sahibinin müşterilerini tanımak veya işlerinin esrarına nüfuz etmek hususlarında işçiye müsait olan bir hizmet akdinde ...*" ibaresini içermektedir. Aynı maddenin ikinci fıkrası ise, "*Rekabet memnuiyetine dair olan şart, ancak işçinin müşterileri tanımasından ve*

---

[180] VANNES, s.274

[181] SOYER, s.47

esrara nüfuzundan istifade ederek iş sahibine hissolunacak derecede bir zarar husulüne sebebiyet verebilecek ise, caizdir" şeklinde kaleme alınmıştır.

Doktrinde maddi geçerlilik şartları incelenirken BK m.348'in yalnızca ikinci fıkrası dikkate alınmış, ilk fıkranın ilk cümlesindeki ön koşul niteliğindeki düzenleme ise, zaten BK m.348/2 metninde tekrar ifade edildiği düşünüldüğünden ayrıca dikkate alınmamıştır[182]. Her iki düzenleme de RYS'nin kurulmasını haklı gösteren sebeplerin, bir diğer ifadeyle sözleşmenin maddi geçerlilik koşullarının tanımlanmasını sağlamaktadır. Ancak, kanaatimizce BK m.348/1'de yer alan ön koşul ile BK m.348/2'de yer alan geçerlilik şartları tam olarak aynı anlamı ifade etmemekte ve bu farklılığın ortaya konulması gerekliliği bulunmaktadır.

Buna göre, BK m.348/2 olmasa idi dahi, müşterileri tanımak veya işlerin esrarına nüfuz etmek hususlarında işçiye müsait olmayan bir iş sözleşmesinde RYS geçerli olmayacaktı. Ancak 'işverene hissolunacak derecede zarar verebilme' şartı, yalnızca BK m.348/2 metninde öngörülmüş olup, ilk fıkra metnindeki tanımda yer almamaktadır. Zira bunun hissedilecek derecede zarar verip veremeyeceği ancak ve öncelikle ilk fıkrada anılan 'iş sözleşmesi'nin tanımlanmasına ve yürürlüğüne bağlıdır.

Bu iki kavram arasındaki bir diğer fark da, BK m.348/1'de kullanılan "veya" bağlacının yerinde BK m.348/2'de yer alan "ve" bağlacıdır. Bu farklılığın, BK mehaz kanunu olan (mülga) İBK'nın Almanca ve Fransızca metinleri arasındaki farklılıktan kaynaklandığı ifade edilmektedir[183]. SOYER ve eserinde atıfta bulunduğu yazarlar[184], doktrindeki hakim görüş paralelinde bunun İBK'nın Almanca metninden Fransızca'ya çevrilirken yapılan bir redaksiyon hatasına dayandığı ve bu hatanın BK metnine aynen tercüme ile yansıdığı görüşündedirler. Bu görüş, BK m.348/2'nin, İBK'nın Almanca metnindeki yazılışına paralel olarak "işçinin

---

[182] Zira hakim görüşe göre, her iki cümle de mehaz kanunun Almanca metni paralelinde, "veya" bağlacıyla yazılmış kabul edildiğinden aynı anlama gelmektedir.

[183] SOYER, s.49

[184] SOYER, s.49; Bkz. dn.64 ve orada atıfta bulunulan yazarlar,

müşterileri tanımasından veya esrara nüfuzundan istifade ederek" anlaşılması gerektiği sonucuna ulaşmaktadır[185].

Ancak bu farklılık, redaksiyon hatasına indirgenemeyecek derecede önemli etkilere sahip bir nüans olarak değerlendirilmeye elverişlidir. Zira, BK m.348/1'deki tanım çerçevesinde bir ön koşul olduğunu düşündüğümüz 'müşterileri tanıma veya esrara nüfuz etmeye uygun iş sözleşmesi' kriteri, BK m.348/2'deki 'müşterileri tanıma ve esrara nüfuzdan yararlanarak işverene önemli bir zarar verebilme' kriterinden farklı bir bağlam noktası sayıldığında, RYS'nin doğasına ve ilgili bulunduğu hak ve menfaatlerin önemine daha uygun bir sonuca ulaşılabilecektir. Bu bakımdan, doktrindeki hâkim görüşün aksine söz konusu farklılığın 'yasanın lafzına uygun olarak' hüküm ifade etmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Borçlar Kanunu m.348/1'de yer alan RYS tanımı, objektif bir durumu tarif etmekte ve açık bir biçimde, belirli nitelikteki bir "iş sözleşmesi"nin varlığını gerektirmektedir. Bu nitelik "veya" bağlacı ile BK m.348/2'ye oranla daha geniş bir alanı kapsamakta olup, işçiye müşteri çevresini tanıma veya esrara nüfuz etme imkânı veren bir iş akdinin varlığını RYS için (tanımı gereği) bir ön koşul[186] olarak öngörmektedir. BK m.348/2 ise, iş sözleşmesini değil fakat, iş ilişkisinin devamında arz ettiği ve kısmen iş sözleşmesinden bağımsız sübjektif özellikleri, iş ilişkisinin gelişimini de kapsayan bir bağlamda geçerlilik şartı olarak kabul etmektedir.

2.3.1. Müşteri çevresine veya iş sırlarına nüfuz etmeye müsait bir iş sözleşmesi

İş sözleşmesinin RYS açısından bir varlık koşulu olduğu, yukarıda "İş Sözleşmesi ve Rekabet Yasağı" başlığında[187] ele alınmıştı. Bağlılık ve sadakat borcunun kapsamını belirleyen iş sözleşmesi, doğası gereği içerdiği sadakat

[185] UŞAN, s.230; Bkz. dn.108 ve orada atıfta bulunulan yazarlar

[186] Buna paralel olarak, BK m.348/1'in rekabet yasağı sözleşmesinin imzalandığı tarihteki, BK m.348/2'nin ise iş akdinin sona erdiği tarihteki veriler ışığında geçerlilik koşullarının gerçekleşip gerçekleşmediğini tespite yarayacağı söylenebilir.

[187] Bkz. Yuk. 1.5.

borcunun devamı niteliğinde gördüğümüz rekabet yasağı sözleşmesi bakımından çıkış noktasıdır. İş sözleşmesinin niteliği gereği içerdiği varsayılan sadakat borcundan kaynaklanan rekabet etmeme borcu ve bunun her somut olay bakımından ayrı ayrı ele alınması gereken kimi özellikleri, kanaatimizce RYS'nin de BK m.348/1 anlamında geçerli olup olmadığına ilişkin önemli bir veri teşkil edecektir.

Rekabet yasağı sözleşmesinin geçerliliği bakımından, anılan iş sözleşmesinin taşıdığı kimi nitelikler belirleyici olmaktadır. Buna göre 'müşteri çevresini tanıma' veya 'iş sırlarına nüfuz etme' olgularından birini karşılayan bir sözleşmesel ilişki, RYS'nin geçerliliği bakımından ön koşul olarak düzenlenmiştir. İş sözleşmesiyle işçinin yapacağı iş belirli kılınmaktadır. Rekabet yasağı sözleşmesi bakımından 'müşteri çevresini tanıma veya iş sırlarına nüfuz etme' olgularının test edileceği alan, iş sözleşmesinin pratikte nasıl tezahür ettiği midir? Yoksa bunlar bizatihi iş sözleşmesi metninde aranması gereken olgular mıdır?

Borçlar Kanunu m.348/1 metninde yer alan "müsait olan" ibaresi, bu sorunun iş sözleşmesinin içerdiği objektif unsurlar dikkate alınarak cevaplandırılmasını gerektirmektedir. Buna göre, sözleşmedeki görev tanımı, işçi bakımından BK m.348/1'de öngörülen 'müşteri çevresini tanıma veya esrara nüfuz' şartlarından birini sağlamaya müsait ise, o işçiyle geçerli bir RYS akdedilebilmesi için gerekli geçerlilik ön koşulu sağlanmış olacaktır. İş ilişkisi sürecinde işçinin müşteri çevresine ve iş sırlarına nüfuz etmemiş olması, RYS'nin akdedildiği tarihteki geçerliliğini değil fakat sonucunu etkileyecektir.

Söz konusu niteliklerden herhangi birini içermeyen bir iş sözleşmesinin varlığı halinde ise, BK m.348/1 ile aranan ön koşul gerçekleşmediğinden ve zaten iş sözleşmesi çerçevesinde bir rekabet etmeme borcu da tanımlanamayacağından, geçerli bir RYS söz konusu olamayacaktır. Örneğin, işyerinde çay servisi yapmak üzere işe alınan bir işçi ile veya temizlik görevlisiyle imzalanan RYS, iş sözleşmesinin niteliği gereği doğrudan doğruya geçersizdir. Zira söz konusu iş sözleşmesi ne müşteri çevresine ne de iş sırlarına nüfuz etme imkânı tanımaktadır. Çay servisi yapan işçinin veya temizlik görevlisinin, özel çaba sarf ederek iş sırlarına veya müşteri çevresine nüfuz etmesi halinde dahi aynı sonuca ulaşılmalıdır.

Yasa metni, fiili durumdan bağımsız olarak doğrudan doğruya iş sözleşmesine atıfta bulunmakta ve bu akdin soyut olarak anılan olgulardan en azından birini içermesini ön koşul saymaktadır. Diğer bir ifadeyle, işçinin elde edeceği bilgilerin işveren tarafından ona müsait kılınmış olması aranmaktadır. Bunun aksi durumda, iş sözleşmesi buna müsait olmadığı halde işçinin müşteri çevresine veya iş sırlarına yetkisiz biçimde nüfuz etmiş olması halinde, RYS'den kaynaklanan sorumluluk değil fakat bizatihi iş akdine aykırılık ve haksız rekabet (TTK m.56 vd.) sorumluluğu gündeme gelebilecektir[188].

Buna göre, RYS'nin geçerli sayılabilmesi için öncelikle BK m.348/1'de tarif edilen ön koşulları karşılayan ve soyut çerçeve çizen bir iş sözleşmesinin varlığı gerekmektedir. Bundan sonra, sözleşme çerçevesinde yapılan işin, (iş sözleşmesi 'müşterileri tanıması ve esrara nüfuz' olgularından yalnızca birinin gerçekleşmesine müsait olsa dahi,) iş ilişkisinin sübjektif niteliği gereği bunların her ikisinin de gerçekleşmesine müsait olması aranmalıdır. Örneğin, bir şirketin pazarlama müdürü ile imzalayacağı iş sözleşmesi, şüphesiz işçinin müşteri çevresini tanımasına müsait bir iş sözleşmesi olarak değerlendirilecek fakat 'esrara nüfuz' şartı bakımından kimi hallerde[189] aynı değerlendirme yapılamayacaktır. Aynı şekilde, bir şirketin Ar-Ge departmanında çalışacak olan mühendis ile imzalayacağı iş sözleşmesi de, çoğu halde onun esrara nüfuz etmesine olanak sağlamakla birlikte, müşteri çevresine ilişkin aynı şey söylenemeyecektir. Yasal düzenlemeye göre, BK m.348/1 çerçevesinde her iki halde de RYS imzalanabilecektir.

2.3.2. Müşteri çevresine ve iş sırlarına nüfuz etme

Borçlar Kanunu m.348/1'de yer alan ön koşulun yerine getirildiği varsayıldığında, iş sözleşmesinin devamında müşteri çevresini tanıyan pazarlama müdürünün yaptığı iş gereği esrara da nüfuz etmesi veya esrara nüfuz etmiş

[188] Haksız biçimde elde edilen iş sırlarının kullanılması haksız rekabet teşkil eder. Rekabet yasağı sözleşmesi ise, konusu itibarıyla haklı veya haksız olduğuna bakılmaksızın geçerli biçimde sınırlandırılabilen tüm rekabet hallerini kapsamaktadır.

[189] Müşteri çevresinin gizli olmadığı ve iş sırrı niteliğinde sayılamayacağı haller kastedilmiştir.

mühendisin müşteri çevresini de tanıması ile, BK m.348/2 anlamında geçerlilik koşulları gerçekleşmiş olacaktır. Diğer taraftan, müşteri çevresini tanıma ve iş sırlarına nüfuz etme olguları, çoğu kez tümüyle birbirinden ayrılabilir ve bağımsız nitelikte olgular değildir. Zira çoğu kez müşteri çevresini tanımak bizatihi iş sırlarına vakıf olmak sayılabileceği gibi, iş sırlarına vakıf olmak da, (müşteri çevresi gizli değil ve iş sırları rekabet yaratacak şekilde kullanabilecek ise) başlı başına RYS'nin geçerliliğini sağlayabilecektir[190]. Bunların bir arada gerçekleşip gerçekleşmediğine ilişkin tespit, ancak bir uyuşmazlık esnasında veya istisnai olarak taraflardan birinin açacağı tespit davasında somut olayın özelliklerine göre yapılabilir.

Müşteri çevresini tanıma veya esrara nüfuz etme imkânı tanıyan bir iş sözleşmesinde, akdin soyut çerçevesi içinde bu olgulardan birinin varlığı, RYS için ön koşulu yerine getirmektedir[191]. Akdin gerçek hayattaki yansımasında, iş ilişkisi boyunca bu iki olgu seçimlik olarak değil fakat bir arada gerçekleşirse, BK m.348/2 çerçevesinde RYS'nin geçerliliği sağlanacaktır. İş ilişkisinin devamında geçerlilik şartlarının bir arada gerçekleşmemesi halinde ise, gerek iş akdinin devamı sırasında açılacak bir tespit davasında, gerek RYS'nin ihlali konulu bir tazminat davasında RYS'nin geçersizliği tespit olunmalıdır.

Bu anlamda, RYS'nin geçerliliği araştırılırken, 'her iki koşulun da' gerçekleşip gerçekleşmediği tespit edilmelidir. Mahkemece bunlardan yalnızca birinin gerçekleştiği tespit olunursa, BK m.348/2 çerçevesinde geçersiz bir RYS söz konusu olacağından, işçinin açacağı tespit davası kabul edilmeli, işverenin açacağı tazminat veya men davası ise reddedilmelidir. Ancak çoğu zaman, müşteri çevresi aynı zamanda iş sırrı niteliği arz edeceğinden, bu ayrım, yalnızca iş sırlarına vakıf olan işçiler ile akdedilecek RYS ihtimalinde önemli olacaktır. Zira bu işçiler ile RYS'nin tabi olduğu özel geçerlilik koşullarına tabi olmayan gizlilik sözleşmeleri veya ticari sırların korunmasına yönelik sır saklama sözleşmeleri akdedilebilmesi imkânını da göz önünde bulundurmak gereklidir. Rekabet Yasağı Sözleşmesi

[190] Bu yargıya ulaşma nedenimiz, birinci bölümde ele alındığı üzere RYS'nin asıl hedefinin müşteri çevresinin korunması olduğu ve iş sırlarının korunmasının müşteri çevresinin korunmasına ilişkin bir unsur olarak değerlendirilmesi gerektiği görüşüdür. Bu iki kavram birbirinden bağımsız olarak iki ayrı unsurdan ziyade, tek bir unsurun tamamlayıcıları olarak değerlendirilmeli ve geçerlilik şartları bakımından çok net bir ayrıma esas alınmamalıdırlar.

[191] Bkz. Yuk. Bşl.2.3.1.

bakımından asıl olan, müşteri çevresini kaydırabilecek ve müşteri kaybına neden olabilecek işçilerin rekabetinin önlenmesidir.

Bu tartışmada, işçinin görev aldığı seviye ve işçinin kişiliğinin müşteriler nezdinde taşıdığı önem de dikkate alınmalıdır. Örneğin müşteri çevresini tanıyan üst düzey bir şirket çalışanının rekabet yasağı sözleşmesinde, iş ilişkisi boyunca müşteri çevresi de onu tanımışsa ve bu durum müşteri çevresini kaydırabilecek nitelikte değerlendirilebiliyorsa, salt bu ilişki dahi 'esrara nüfuz' olarak değerlendirilebilir. Bu durumda müşteri çevresinin gizli tutulup tutulmamasının bir önemi yoktur, zira burada müşteri çevresini kaydırabilecek faktör, iş sırrı veya gizli bilgi niteliğindeki müşteri listesi değil, şirket adına müşterilerle ilişkiye giren üst düzey yöneticinin kurduğu bu 'ilişkinin' kendisidir[192].

Aynı şekilde, Ar-Ge departmanında çalışan mühendis örneğinde olduğu gibi, ilk görünüşte yalnızca iş sırlarına vakıf olduğu düşünülen çalışanın, o sırların niteliği ve hangi alanda kullanılabileceğini bilmesinin, bire bir olmasa da yaklaşık olarak müşteri çevresini tanımasına olanak sağlayabileceği düşünülmelidir. Bu bakımdan, RYS'nin geçerliliğini değerlendiren Yargıcın, belirli sınırlardan ziyade her olayın özelliklerine göre belirleyeceği müşteri çevresi ve iş sırları kavramlarını bir arada değerlendirmesi ve hakkaniyet ölçütünde bir sonuca varması söz konusu olacaktır. Zira yasa metninde yazılı bulunan ön koşul ve geçerlilik şartları, ancak bu şekilde tam anlamıyla istenilen dengeyi sağlayabilecektir.

İşveren yanında alt kademede işe giren ve sonradan terfi ederek RYS için öngörülen ön koşulları karşılayan bir statüye yükselen işçi bakımından ikili bir ayrım yapılmalıdır. Bu ayrımda işçinin RYS'nin imzalandığı tarihteki görevi dikkate alınacaktır. Örneğin, bir banka şubesinde veznedar olarak işe başlayan, daha sonra terfi ederek müşteri temsilcisi veya şube müdürü olan bir işçi ile işe başlarken imzalanan RYS, terfi ile kazanılan statü önceden bilinmediği ve RYS imzalandığı sırada BK m.348/1'de yer aldığını kabul ettiğimiz ön koşul gerçekleşmediği için geçersiz sayılmalı, ancak terfi sonrasında ayrı bir sözleşme şeklinde düzenlenerek

[192] Esasen bizatihi bu ilişki dahi müşteri çevresi kavramı içinde değerlendirebilecektir.

imzalanan RYS ise, diğer şartlara uygunluk halinde geçerli sayılabilmelidir. Zira bu ihtimalde, başlangıçtaki iş sözleşmesinin değiştirilmesi söz konusudur.

Geçerlilik şartlarının hangi zaman dilimi esas alınarak test edileceği bakımından da BK m.348/1 ile BK m.348/2 arasında bir ayrım yapılmalıdır. Zira, ön koşul olduğunu kabul ettiğimiz BK m.348/1, kanaatimizce iş sözleşmesi çerçevesindeki rekabet yasağı şartının veya sonradan imzalanan RYS'nin tarihi itibarıyla değerlendirmeye tabi tutulmasını gerektirmektedir. BK m.348/2 bakımından yapılacak geçerlilik değerlendirmesi ise, iş akdinin sonlandığı ve rekabet yasağının yürürlüğe girdiği an itibarıyla yapılmalıdır[193].

Mehaz (mülga) İBK düzenlemesinden ve BK m.348/1'den farklı olarak düzenlenen İBK m.340 paralelinde kaleme alınmış bulunan TBKT m.443, BK m.348/1'de yer alan ve ön koşul olarak tanımladığımız geçerlilik şartını içermemekte, yalnızca ikinci fıkrada BK m.348/2'ye paralel bir geçerlilik şartı bulunmaktadır. Tasarının bu haliyle yasalaşması halinde, yukarıda yapılan açıklamalar yalnızca BK'nın yürürlükte olduğu dönemde imzalanan RYS için geçerli olabilecek, yeni düzenleme yürürlüğe girdikten sonra imzalanan RYS, TBKT ile benimsenecek "ön koşulsuz" geçerlilik esaslarına tabi olacaktır. Zira bu durumda işçi bakımından öne sürülebilecek bir kanuni müktesep hakkın varlığı gündeme gelecek ve eski tarihli kanun döneminde o (lehe olan) şartlara tabi olarak imzalanan bir sözleşmenin geçerliliğinin de aynı kanun çerçevesinde değerlendirilmesi gerekecektir[194].

Yukarıda açıklanan nedenlerle, özel geçerlilik şartları, BK m.348/1'de yer alan ön koşullar ile BK m.348/2'de yer alan geçerlilik şartları, 'müşterilerin tanınmasına ve esrara nüfuza müsait iş akdi', 'işçinin müşteri çevresini tanıması', 'esrara nüfuz etme' ve 'işverenin hissolunacak derecede bir zarara uğrama ihtimali' başlıklarında ayrı ayrı ele alınmaktadır.

---

[193] SOYER, s.49

[194] EDİS, s.166 vd.

2.2.3. İşçinin müşteri çevresini tanıması

Yasa metninde 'müşterileri tanıma' olarak ifade edilen, ancak mehaza uygun olarak "müşteri çevresine nüfuz" şeklinde algılanması daha doğru[195] olan unsur, RYS'nin varlık sebebi olduğunu kabul ettiğimiz müşteri çevresine ilişkindir. Müşteri çevresi, rekabete bağlı zararların hukuka uygunluğu ilkesine paralel olarak başlı başına bir hukuki korumaya konu edilemez[196]. Böyle bir koruma, serbest piyasa ekonomisinin kabul edildiği hukuk sistemlerinde rekabet hukuku bakımından da aykırı bir durum teşkil edecektir. Rekabet Yasağı Sözleşmesi de esasen bu kuralın gerçek anlamda bir istisnası değildir. Zira iş sözleşmesi, arz ettiği özellikler gereği, işçiye, müşteri çevresine başkalarının nüfuz edemeyeceği şekilde nüfuz etme imkânı tanımaktadır, ancak akit süresince yürürlükte bulunan sadakat borcu, işverenin müşteri çevresinin korunması konusunda işçiye karşı başkaca önlem almasını gerektirmemektedir.

Rekabet amacıyla kullanıldığında müşteri çevresini kaydırabilecek nitelikteki bu tanışıklık, işverenin işçiye duyması gereken güven ve taraflar arasındaki iş ilişkisinin doğasından kaynaklanan sadakat kavramı bakımından çekince yaratacak ve güvensizlik nedeniyle işveren işçinin niteliklerinden gerektiği gibi istifade edemeyecektir. Rekabet yasağı sözleşmesi ile bir yandan işçinin müşteri çevresini tanıması olgusundan rekabet yaratacak şekilde istifade etmesi riski aza indirilirken, diğer yandan da işverenin işçiye olan güveninin bir ölçüde tesis edilmesi sağlanır. İş sözleşmesinden sonraki dönemde ise, müşteri çevresine ve iş sırlarına nüfuz eden işçiye iş ilişkisi boyunca duyulan güven ve işçinin yükümlü bulunduğu sadakat derecesi, yasanın öngördüğü şekilde rekabetten yasaklanmasının meşruiyetini sağlamaktadır.

---

[195] ŞAHLANAN Fevzi, **Rekabet Yasağı Sözleşmesi, Kurulması, Geçerlilik Şartları Hükümleri ve Sonuçları**: İstanbul Barosu - İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 11.Yıl Toplantısı, İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2008, s.75

[196] Zira tanımı gereği soyut ve kesin olarak belirlenemez bir ilişki bütününden ibaret olan müşteri çevresi, ancak belirli bağlamda dolaylı olarak korunabilir.

Doktrinde müşteri çevresine ve iş sırlarına nüfuz etme olgularını ayrı ayrı ve birbirinden bağımsız olarak geçerli bir RYS için yeterli sayan hâkim görüş, müşteri çevresinin başlı başına korunması mümkün olmayan bir olgu olduğu hususunda da aynı görüştedir[197]. Buna karşın, İsviçre öğretisinin önemli bir kesiminde ve Federal Mahkeme kararlarında RYS geçerliliğinin "müşteri çevresinin sır teşkil etmesine bağlı tutulmadığı" saptanmaktadır[198]. Bu durumda, sır niteliğinde olmayan müşteri çevresine nüfuz eden işçinin rekabet yasağının caiz sayılması, RYS ile korunan temel menfaatin müşteri çevresi olduğuna dair görüşümüzü desteklemektedir.

Bu doğrultuda, müşteri çevresi ile iş sırlarının ayrı iki kavram olduğu, ancak bizatihi müşteri çevresinin korunması olgusunun RYS'nin varlık sebebini teşkil ettiği ve bu ikisinin RYS bakımından "müşteri çevresinin korunması" temelinde birleştiği yönündeki görüşümüze paralel olarak benimsediğimiz 'her iki olgunun da bir arada geçerlilik şartı sayılması gerektiği' yönündeki görüşümüz bu bakımdan da doğrulanmaktadır.

2.3.4. Esrara nüfuz etme

Borçlar Kanunu m.348/2'de RYS'nin geçerliliği için öngörülen bir diğer şart olan 'esrara[199] nüfuz etme', işverenin sırlarına[200] vakıf olunmasıdır. İş sözleşmesinin devamında, işçinin sadakat borcundan kaynaklanan "sır saklama borcu" bulunmaktadır ve bu bağlamdaki sır kavramı, ticari sırlar[201], işletme sırları ve aynı zamanda üçüncü kişilere açıklanması işverene zarar verebilecek kişisel sırları da

[197] SOYER, s.51

[198] TUNÇOMAĞ, s.522; SOYER, s.51

[199] TDK Güncel Sözlük, **Esrar**: Gizler, sırlar anlamına gelmektedir. http://tdk.org.tr, erişim tarihi 30.11.2008

[200] TDK Güncel Sözlük, Sır: varlığı veya bazı yönleri açığa vurulmak istenmeyen, gizli kalan, gizli tutulan şey. (Yasada iş sözleşmesi çerçevesinde rekabet yasağı bağlamında ele alındığından, kullanılış yeri itibarıyla 'iş sırları' olarak nitelendirilmektedir.) http://tdk.org.tr, erişim tarihi 30.11.2008

[201] YENİSEY / ÖZTÜRK, s.408; Ticari sırların korunmasına ilişkin Ticari Sırlar Kanunu Tasarısı, Türkiye'nin taraf olduğu TRIPS Anlaşması'nın iç hukuka aktarılmasını hedeflemektedir. Tasarı ile işletmelerin ve müşterilerinin sırları, ticari sır, banka sırrı ve müşteri sırrı olarak sınıflandırılmakta ve bunların açıklanmasına ilişkin esaslar belirlenmektedir.

kapsayan geniş bir alana işaret etmektedir. Rekabet yasağı sözleşmesi bakımından önem ve anlam ifade eden sırlar ise, işverene rekabet gücü veya ayrıcalığı getiren iş sırlarıdır[202].

İş sırları doktrinde hâkime her olayın özelliğine göre yorum yapma imkânı tanımak gayesiyle çok dar biçimde tanımlanmamıştır. AYİTER, iş sırlarını, "*yalnız bir teşebbüse münhasır bulunan ve o teşebbüsün gerek ticari gerek teknik bakımdan muvaffak olmasını temin eden ve rekabet korkusuyla herkesten gizlenen bir takım hususiyetler*" olarak tanımlamıştır[203]. SOYER'in iş sırları tanımı şu şekildedir: "*iş sırları kavramı, 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 ifade etmektedir*".[204] Bu tanımlardan yola çıkılarak, nelerin iş sırrı sayılacağının tespitine yönelik olarak bir takım unsurlar ortaya konulmuştur.

2.3.4.1. İş sırlarının işletmeyle ilgili olması

Yukarıda iş sözleşmesinden kaynaklanan sadakat borcu çerçevesinde tanımlanan "sır saklama borcu" kapsamı ile rekabet yasağı sözleşmesi bağlamında ele alınan iş sırları kavramı arasındaki temel fark, bu unsur ile ifade edilebilir. Zira rekabet yasağı sözleşmesinin özel geçerlilik şartlarından biri, işçi tarafından işverenin işletmesiyle ilgili sırlara nüfuz edilmiş olmasıdır. Oysa ki iş sözleşmesinden kaynaklanan sadakat borcu, işverenin kişisel veya işletme ile ilgili olmayan sırlarının da üçüncü kişilerle paylaşılmasına engeldir. Yine bu çerçevede, işverenin işletme ile ilgili olmayan sırlarına vakıf olan fakat rekabet riski taşıyan iş

[202] Yarg.**HGK 22.9.2008 tr., 2008/9-517E., 2008/566K.**, sayılı ilamında, uyuşmazlık konusu olayda davacı bankada müfettiş yardımcısı olarak görev yapan davalının ne tüm bir ticari sırra vakıf olduğu ve bu bilgilerin kullanılmasının işverene önemli bir zarar verip vermediği hususunun açıklığa kavuşturulması gerektiğine hükmetmiştir. http://kazanci.com.tr , (erişim tarihi 31.01.2009)

[203] UŞAN, s.28-29; Bkz. AYİTER'in iş sırları tanımı

[204] UŞAN, s.29; Yazar iş sırları için " *iş ve işyeri ile ilgili bulunan, üçüncü kişiler tarafından bilinmeyen, kamuya mal olmamış ve aleniyet kazanmamış, ancak işyerinde çalışan kişi ve/veya kişilerce (sınırlı sayıda kişi tarafından) bilinen, işvereninde başkaları tarafından öğrenilmesini istemediği, saklı kalmasında haklı bir menfaatinin bulunduğu, basitçe ve kolaylıkla öğrenilemeyecek her türlü bilgi*" tanımını uygun görmüştür.

sırlarına vakıf olmayan işçinin imzalayacağı bir rekabet yasağı sözleşmesi de geçersiz sayılabilecektir.

İşletmeyle ilgili olma kavramının, iş sırlarının işverenle veya iş ile değil, her ikisinin bir arada bir bütünü ifade ettiği ticari bütünlük olan "işletmeyi"[205] vurgulamak için tercih edildiği kanaatindeyiz[206]. Zira yukarıda ifade edildiği üzere işveren ile ilgili sırlar, iş sözleşmesinde sadakat borcu ile korunurken, sözleşmenin sonlanması bu korumayı ortadan kaldırmaktadır. İş ile ilgili sırlar ise, belirli bir iş kolundaki tüm işletmelerde uygulana gelen ve fakat o iş kolu dışındakilerce bilinmeyen hususları da ifade edebileceğinden, rekabet yasağı sözleşmesi bakımından kıstas alınabilecek bir belirlilik sağlamayacaktır. Bu bakımdan, işçinin çalışmakta olduğu işyeri veya işletme ile ilgili özel üretim biçimleri, know-how, tedarikçiler listesi, fiyat listeleri, pazarlama yöntemleri, organizasyon şeması, bilanço, mizan gibi ticari, mali, teknik veya işgücüne ilişkin sırlar, işletmeyle ilgili sırlar sayılacak ve bunlara vakıf olan işçi ile rekabet yasağı sözleşmesi imzalanabilecektir.

Doktrinde hâkim görüşe göre, yapılan iş gereği, üçüncü kişilerle akdedilen sözleşmelere ve bu kişilerin iş sırrı niteliğindeki bilgilerine vakıf olan işçi de "işletme ile ilgili" bilgilere vakıf olmuş sayılmaktadır. Kanaatimizce bu tespit rekabet yasağı sözleşmesi bakımından doğru değildir. Üçüncü kişilere ait iş sırlarına vakıf olma, rekabet yasağı sözleşmesinde geçerlilik şartlarının bulunup bulunmadığının tespitinde değil de, akdedilecek bir "gizlilik" veya "iş sırlarının korunması" sözleşmesine konu edilebilecek bir unsur olarak değerlendirilmelidir. İş sözleşmesinin devamında, işçinin bu tür bir iş sırrını ifşa etmesi sonucu zarara uğrayacak üçüncü kişinin, yardımcı şahsın fiillerinden dolayı veya istihdam edilen şahsın fiillerinden sorumluluk hükümleri çerçevesinde işverene rücu edebilecek olması, rekabet yasağı sözleşmesinin özel ve sınırlı alanını genişletmeyi haklı göstermez. Zira bu alana ilişkin gizlilik veya sır saklama sözleşmeleri, rekabet yasağı

---

[205] YENİSEY K. Doğan, **İş Hukukunda İşyeri ve İşletme**, İstanbul: Legal Yayınları, 2007, s.32-37

[206] Karş. UŞAN, s.33; Yazar iş sırları tanımını genel olarak ve iş sözleşmesini de kapsayacak bir çerçevede yaptığından, sırrın iş ile ilgili olması unsuru kabul edilmiştir. Rekabet yasağı sözleşmesi bakımından ele alındığında, sırrın iş ile değil işletme ile ilgili olması şartı aranmalıdır.

sözleşmesi için yasanın öngördüğü geçerlilik sınırlamalarına tabi olmaksızın serbestçe akdedilebilmektedir[207].

Mehaz İsviçre BK'nın 1971'de değişikliğe uğrayan metninde iş sırlarına ek olarak üretim sırları kavramı da eklenmiştir[208]. İsviçre BK'nın 1971'de değiştirilen metnini esas alan TBKT'da ise[209], 'iş sırlarına nüfuz etme' yerine "*üretim sırları ya da işverenin yaptığı işler hakkında bilgi edinme olanağı*" kavramı tercih edilmiştir[210]. Üretim sırları, zaten işletme sırları kavramı içinde telakki edildiğinden, İsviçre BK değişikliği, yukarıda Türk Hukuku bakımından yapılan tespitten farklı bir yöneliş sergilememektedir. Ancak TBKT ile benimsenen "işverenin yaptığı işler hakkında bilgi edinme olanağı" kavramı, kanaatimizce "işletme ile ilgili olma" unsurunu genişletecektir. Buna göre, yapılan iş gereği işveren hakkında öğrenilebilecek her türlü gizli veya açık bilgi, işletme ile ilgili olmasa dahi rekabet yasağı sözleşmesinin geçerli biçimde akdedilebilmesini sağlayacaktır. Örneğin, yönetici asistanı veya sekreter konumundaki bir çalışan, işletme ile veya doğrudan doğruya işverenin işletmesinin rekabet gücü ile ilgili bir sırra vakıf olmasa dahi, işverenin yaptığı işler hakkında bilgi sahibi olacağından rekabet yasağı caiz sayılacaktır.

2.3.4.2. Sır niteliğindeki bilgiye erişimin sınırlı olması

Alenilik kazanmış, herkes tarafından kolaylıkla öğrenilebilecek veya öğrenilmesi için çok az bir çaba gösterilmesinin yeterli olduğu bilgiler, iş sırrı

---

[207] Bkz. yuk. bşl. 1.7.; Sır saklama sözleşmeleri ile korunan sırların kapsamı genişledikçe, bunlara RYS'ne ilişkin geçerlilik şartlarının kıyasen uygulanması gerekir. Ayrıca, TRIPS çerçevesinde iç hukukta da Ticari Sırlar Kanunu'nun yasalaşmasıyla özel olarak korumaya tabi tutulacak ticari sırlar bakımından, RYS'ne konu edilebilecek iş sırları kapsamının daralacağı kanaatindeyiz.

[208] Bkz. İsviçre BK m.340/2: "*La prohibition de faire concurrence n'est valable que si les rapports de travail permettent au travailleur d'avoir connaissance de la clientèle ou de secrets de fabrication ou d'affaires de l'employeur …*»

[209] Bkz. TBKT m.443/2: "Rekabet yasağı, ancak hizmet ilişkisi işçiye müşteri çevresi veya üretim sırları ya da işverenin yaptığı işler hakkında bilgi edinme olanağı sağlıyorsa ve aynı zamanda bu bilgilerin kullanılması, işverenin önemli bir zararına sebep olacak nitelikteyse geçerlidir."

[210] Kanaatimizce, tasarı metnine geçen "*müşteri çevresi veya üretim sırları ya da işverenin yaptığı işler hakkında bilgi edinme olanağı*" ibaresi mehaz metninle tam olarak uyuşmamaktadır. Zira Fransızca metindeki "*...d'avoir connaissance de la clientèle ou de secrets de fabrication ou d'affaires de l'employeur* » ibaresinin tam Türkçe tercümesi esasında *« işverenin müşteri çevresi veya üretim sırları veya iş sırları hakkında bilgi sahibi olmak »*dır.

sayılmaz. Bu bakımdan iş sırrının öncelikle işletmede sınırlı ve kapalı bir çevre tarafından bilinmesi gerektiği ifade olunur[211]. Bir işyerinde yalnızca bir grup işçi ve işveren tarafından bilinen bir unsur da, tüm işçiler tarafından bilinen bir unsur da bu bakımdan iş sırrı sayılabilir, ancak o bilgiye erişebilecek kişi sayısının artması kapalılık özelliğini azaltacaktır. İş sırrı olarak değerlendirme, o sırrın işyeri dışında başkaları tarafından bilinmemesi anlamına gelmez. Zira belirli bir yöntem veya tekniğin korumaya konu işyerinde uygulanıp uygulanmadığı veya ne şekilde uygulandığı da başlı başına iş sırrı olarak değerlendirilebilecektir[212].

Buna karşın, işletmenin kendine özgü yapılanması, özel üretim şekilleri, bilinen bir yöntem veya tekniğin uygulama biçimi ve üçüncü kişiler tarafından bilinmeyen veya uygulanmayan diğer unsurlar dışında kalan bilgiler iş sırrı olarak nitelendirilemeyecektir. Rekabet yasağı sözleşmesine konu işçinin çalıştığı işletmede olduğu gibi, diğer ve benzer nitelikteki işletmelerde de kullanılmakta olan veya bunların da erişebileceği bilgiler iş kolu bilgisi veya mesleki deneyim olarak değerlendirilmelidir. Belirli bir iş kolu veya faaliyet alanında mutad olan veya işçinin mesleki deneyimi olarak değerlendirilip işçinin kişilik alanına dâhil sayılan bilgi, teknik ve yöntemler iş sırrı sayılmayacaktır[213].

2.3.4.3. İşverenin haklı menfaati

İş sırının varlığı bakımından doktrinde ifade edilen unsurlardan bir diğeri de işverenin haklı menfaati olup, bunun sır kavramı hakkındaki keyfilik eğilimlerini önlemeye hizmet ettiği söylenmektedir[214]. İşverenin menfaatinin haklı olabilmesi, öncelikle iş sırrı olarak sınıflandırılmış bulunan unsur ile işveren arasında meşru bir bağlantı bulunmasını gerektirir. Yasadışı yollardan veya haksız surette elde edilmiş kimi bilgiler iş sırrı olarak nitelendirilmemelidir. Örneğin bir işçinin işverenin yürüttüğü yasadışı faaliyetleri ifşa etmesi, her ne kadar bir sırrın ifşası niteliğinde

---

[211] SOYER, s.55

[212] UŞAN, s. 23 vd.

[213] SOYER, s.56

[214] SOYER, s.55

olsa da, yasadışı faaliyetin devamında işverenin meşru ve haklı bir menfaati bulunduğu kabul edilemeyeceğinden iş sırrı sayılamaz.

Bunun gibi, sır olarak nitelendirilen unsurun korunmasında işverenin ekonomik anlam ifade eden bir menfaati bulunmalıdır. Sırrın ifşası sonucu uğranılacak zararın ölçülebilir olup olmaması önem taşımamakla birlikte, sırrın ifşası sonucu işverenin potansiyel olarak ekonomik bir kayba uğraması[215] veya rakiplerin ekonomik bir kazanç sağlaması aranmalıdır. Zira işverenin iş sırrındaki menfaati, özellikle rekabet yasağı sözleşmesi bakımından hem kendi rekabet avantajını korumak, hem de rakiplerin rekabet gücünün artmasını engellemektir.

2.3.5. İşverenin hissolunacak bir zarara uğrama ihtimali

Borçlar Kanunu m.348/2 ile belirlenen bir diğer geçerlilik şartı da, müşterileri tanıma ve esrara nüfuz olgularının bağlandığı "iş sahibine hissolunacak derecede zarar verebilme" ihtimalidir. Burada, işçinin işverenin yanından ayrılarak işverenle rekabet etmesi halinde işverene vereceği potansiyel zararın varlığı, rekabet yasağı sözleşmesinin geçerliliğini sağlamaktadır. Anılan zarar verme potansiyeli, "hissolunacak derecede" olmalıdır. Bu ifade doktrinde eleştirilmiş ve kaynak metne uygun olarak "önemli bir zarar" şeklinde anlaşılması gerektiği söylenmiştir[216]. Ancak kanaatimizce "hissedilebilir zarar" kavramı, BK m.348/2 ile tesis edilmek istenen duruma daha uygun düşmektedir. "Hissedilebilir zarar", işverenin rekabet gücünü azaltacak ve bu nedenle bizzat işveren tarafından hissedilecek bir zararı işaret etmekte olduğundan, konu ile örtüşmektedir.

Zira "önemli zarar", zarar ile BK m.348/2'nin özel düzenlemesi ile kurulmak istenen illiyet bağını yeteri kadar vurgulamamakta ve işverenin müşteri çevresi kaybı veya kayması şeklinde tezahür edecek zararını gereğinden fazla soyutlamaktadır. "Önemli bir zarar kavramı" ile, işverenin uğrayabileceği potansiyel zararın işveren nezdinde taşıdığı önemden çok, herhangi bir kimse tarafından önemli

---

[215] Bkz. Aşa. takip eden 2.3.5. başlıktaki BK. m.348/2 çerçevesinde aranan "hissedilebilir zarar" kavramı

[216] SOYER, s,57

addedilebilecek zarar mefhumuna işaret edilmekte olduğundan, bu kavram herhangi bir kimse tarafından önemli addedilebileceği halde aslında işveren tarafından önem teşkil etmeyebilecek bir potansiyel zarar anlamına gelmektedir. Bu durumda, RYS'nin geçerlilik alanını daha sınırlı biçimde düzenlediğini düşündüğümüz "hissolunabilir zarar" kavramı yerine "önemli zarar" kavramının kabulü, yasağın geçerlilik şartlarını sebepsiz yere genişletmek dışında bir anlam taşımayacaktır.

Yasa metnindeki ifade, yukarıda 2.3.3. ve 2.3.4. başlıklarında incelenen müşteri çevresini tanıma ve esrara nüfuz halleri ile bu başlıkta incelenen işverenin uğrayabileceği "hissedilebilir zarar" arasında illiyet bağı bulunması gerektiğini[217] vazeder niteliktedir. Zira müşteri çevresini tanımayan ve esrara nüfuz etmemiş bir işçinin, salt hissedilecek bir zarar verebilir olması geçerli bir rekabet yasağı sözleşmesi akdetmeye yetmeyecektir.

Özellikle yetkin ve yetişmiş işçilerin işyerinden ayrılması, işçinin ifa ettiği görevin önemi ve yetişmişlik düzeyi oranında işverene önemli zararlar verebilecek, işverenin kayba uğramasına yol açabilecektir. Bu durum ayrıca işverenin rekabet gücünü azaltabilecek ve rakiplerine göreceli bir avantaj sağlayabilecektir. Zira işveren işçinin ayrılması ile salt işgücü yanında, işçiye ayrılmış eğitim süresi, eğitim giderleri ve işçi işyerinde tecrübe kazanıncaya kadar uğranılan zararların da dâhil edilebileceği geniş kapsamlı bir deneyim kaybına uğrayacaktır. Ayrılan işçinin yerine yeni bir işçi yetiştirilmesi için yapılacak harcamaların da bu hesaba katılmasıyla, işverenin deneyim ve bilgi kaybı kimi hallerde işçiye ödemiş olduğu ücretler toplamından daha fazla olabilecektir. Ancak bu hallerin tümü "önemli zarar" sayılabilse de, rekabet yasağı sözleşmesinin geçerliliği bakımından başlı başına yeterli değildir. "Hissedilebilir zarar" kavramı, işveren ile işçi arasındaki ilişkinin özelliklerini yansıtmak bakımından müşteri çevresini tanıma ve esrara nüfuz eden işçinin verebileceği zararın işverene etkisinin özel olarak bu olgulara bağlanması nedeniyle rekabet yasağı sözleşmesiyle daha iyi örtüşmektedir. Bununla, işçinin işyerinde edindiği müşteri çevresi ilişkileri ve iş sırlarına dair bilgilerin kullanılması sonucu işverenin bunlar vasıtasıyla zarara uğramasına işaret edilmektedir.

---

[217] TÜZÜNKAN, s.46

BK m.348/2 metninde yer alan "hissolunabilir zarar" kavramı, işçinin mesleki yetkinliği ve ayrıldığı işyerinde edinmiş olduğu deneyimleri kullanmasını engelleyici şekilde yorumlanamaz. İşçinin işten ayrılması ile işverenin uğrayabileceği öngörülen zarar, işçinin deneyimlerinde ve mesleki ehliyetinde işverenin payı ne olursa olsun yasa metninde aranan illiyet bağını sağlamaya yeterli olmayacaktır[218].

İşverenin, ayrılan işçinin işyerinde edinmiş olduğu müşteri çevresi ve iş sırlarına dair bilgileri kendi menfaatine veya rakip menfaatine kullanması riskinin[219] "hissedilebilir" bir risk olduğu ve riskin gerçekleşmesi halinde işverenin yine "hissedilebilir" bir zarara uğrayacağının kabulü halinde rekabet yasağı sözleşmesi geçerli biçimde akdedilebilecektir. İşçinin müşteri çevresini tanımak veya iş sırlarına nüfuz etmek suretiyle edindiği zarar verme potansiyeli, her olayın özelliklerine göre değerlendirilmesi gereken bir olgudur ve buna ilişkin önceden belirlenmiş bir ölçünün tespiti kolay değildir[220].

Buna karşın, büyük ölçekli bir firmada çalışmakta iken, bu firmanın müşteri çevresinin pek az bir kısmını tanıyan bir işçinin kişisel nitelikleri de göz önüne alındığında, bu işçinin rekabeti ihtimalinde işverenin yine pek az bir zarara uğrayabileceği öngörülüyorsa bu durumda "hissolunabilir zarar" şartı gerçekleşmediğinden RYS geçerli olmayacaktır. Örneğin, büyük bir otomotiv firmasında pazarlama ve dağıtım sorumlusu olarak çalışan personel, kimi bayileri ve bayilerin müşterilerini tanımakta olsa da, işyerinden ayrılması halinde girişebileceği rekabet sonucunda işvereni zarara uğratabilmesi imkân dâhilinde değildir. Zira otomotiv sektöründe böyle bir personelin kendi adına iş yapması veya başka bir işveren yanında işe girerek işvereni zarara uğratması çok güçtür. Ayrılan personel işvereni çok küçük bir zarara uğratabilecek olsa dahi aynı sonuca varılmalıdır.

---

[218] SOYER, s.59

[219] TÜZÜNKAN, s.47

[220] SOYER, s.58

2.4. Rekabet yasağı sözleşmesinin işçinin ekonomik geleceğine etkilerinin sınırlandırılması

Borçlar Kanunu'nun 348. Maddesinde tanımlanan geçerlilik şartları yanında 349. Madde ile buna ek olarak RYS'nin işçinin ekonomik geleceğinin "hakkaniyete muhalif olarak tehlikeye girmesini menedecek" bir takım sınırlar belirlenmiştir[221].Doktrinde RYS'nin geçerliliğine ilişkin BK m.348/2 düzenlemesi ile BK m.349'un farkı, bu ikincisinin bir geçerlilik şartı değil fakat bir bağlayıcılık şartı ve ölçütü olduğu görüşüyle ortaya konulmaktadır[222].

Madde başlığının RYS'nin "hududu" olarak kaleme alınmış olmasından da anlaşılacağı üzere, RYS ile düzenlenebilecek alanı konu edinen BK m.349, bu sınırlandırmanın "konu, zaman ve yer" olmak üzere objektif ve "hakkaniyet ve hal icabına uygunluk" olmak üzere sübjektif bir takım bağlam noktalarında ele alınmasını gerektirmektedir. Ancak anılan objektif ve sübjektif bağlam noktaları, madde metninin söz dizimi ve anlamı incelendiğinde birbirinden ayrılabilir değil fakat birbirini niteleyen ve tamamlayan unsurlar olarak değerlendirilmiştir. Zira "hal icabına uygun" olma, yasağın konu, zaman ve yer bakımından objektif sınırlarına yönelik bir bağlayıcılık koşuludur. "Hakkaniyete uygun olma" ise, işçinin ekonomik geleceğinin tehlikeye girmesi halinin tarafların karşılıklı hak ve menfaatleri karşısındaki nasfetini tespite yöneliktir.

Bu çerçevede, konu öncelikle işçinin ekonomik geleceğinin hakkaniyete aykırı biçimde tehlikeye girmesi kavramının ele alınması, ardından somut olayın gereklerine göre uygun bir sınırlamanın yasal düzenleme bakımından nasıl olması gerektiği yönlerinden incelenecektir.

---

[221] BK m.349; "*Rekabet memnuiyeti ancak işçinin iktisadi istikbalinin hakkaniyete muhalif olarak tehlikeye girmesini menedecek surette zaman, mahal ve işin nevi noktasından hal icabına göre münasip bir hudut dâhilinde şart edilmiş ise muteberdir.*"

[222] SOYER, s.59 vd.

2.4.1. İşçinin ekonomik geleceğinin hakkaniyete aykırı biçimde tehlikeye girmesi

Rekabet yasağı sözleşmesi bakımından işçinin ekonomik geleceği[223], onun RYS ile sınırlanabilecek faaliyetleri[224] karşılığında edinebilecek olduğu kazanımlar ve bu kazanımların onun gelecekteki yaşantısı üzerindeki etkilerinin önemi derecesinde ön plana çıkmaktadır. Tam da bu noktada, yasa koyucu BK m.349 ile, yukarıda ele alınan geçerlilik şartlarını sağlayan bir RYS ile yükümlülük altına girmiş bulunan işçinin bu yasakla bağlılığının sınırlarını koyarak işçinin ekonomik geleceğinin hakkaniyet ölçütünde korunmasını arzulamıştır.

2.4.1.1. İşçinin ekonomik geleceği kavramı

İşçinin RYS ile sınırlandırılmış veya sınırlandırılabilecek olan faaliyetleri karşılığında edinebilecek olduğu söz konusu kazanımlar ekonomik eksenli olmakla birlikte, bu eksen RYS'nin dolaylı ekonomik etkilerini de içerecek biçimde geniş algılanmalıdır. Rekabetten yasaklı olduğu sürece, sözleşmenin yaptırımları ile karşılaşmamak için mesleki deneyim sahibi olduğu alanda çalışmama edimini ifa edecek olan işçi, rekabet yasağı süresince işsiz kalabilecektir. Bu halde RYS'nin doğrudan doğruya işçinin ekonomik istikbalini etkilediği görülmektedir.

İşçinin RYS kapsamı dışındaki bir işte çalışması durumunda ise, daha az deneyim sahibi olduğu ve dolayısıyla emeğinin daha az değer ifade edeceği bir alanda çalışmak zorunda kalan işçinin ekonomik geleceğinin bundan etkilenmemesi hayli güçtür. Bu ikinci durumda RYS ile işçinin ekonomik istikbalinin dolaylı olarak etkilendiği görülmektedir. Dolaylı etkilere, işçinin sosyal güvenlik ve sağlık hizmetlerinden RYS ile bağlı olduğu işverenin yanında çalışmakta iken yararlandığı derecede yararlanamaması, işçinin ileride alabileceği kıdem tazminatı veya emeklilik

---

[223] Kavramın BK.m.349 metnindeki ifade ediliş biçimi "iktisadi istikbal"dir.

[224] Bkz. Yuk. Bşl. 2.1.1.

ikramiyesi miktarlarının çalışılmayan veya az ücret karşılığı çalışılan dönemler nedeniyle düşecek olması ve işçinin sektörden uzaklaşarak sektöre yabancılaşması gibi örnekler gösterilebilir[225].

Rekabet yasağının yürürlükte olduğu süre ve yasağın derinliği, işçinin bu süre boyunca ve bundan sonraki yaşantısında ekonomik bakımdan doğrudan ya da dolaylı olarak zayıflamasına ve kazanç sağlama potansiyelinin azalmasına yol açacaktır. Yasağın yürürlükte olduğu dönemde emeğinin değerli olduğu sektörde çalışma ve kendi adına iş yapma imkânı sınırlanan işçinin, yasak sona erdikten sonraki dönemde ise uzun bir süre uzak kalmış olduğu iş alanına tekrar uyum sağlaması güç olacaktır.

İşçinin çalışmadan veya deneyimsiz olduğu bir alanda, emeğinin karşılığında nispeten daha düşük ücret karşılığında çalışarak geçirdiği süre, birikimlerinin tükenmesine, borçlanmasına, alabileceği kıdem tazminatı miktarının ve hatta emeklilik aylığının dahi düşmesine yol açabilecektir. Diğer taraftan, uzak kalmış olduğu sektöre tekrar uyum sağlayabilmek için ayrıca bir çaba göstermesi gerekecek olan işçinin, RYS'nin sona ermesinden sonra dahi -yasağın süresine ve derinliğine bağlı olarak- fiilen aynı sektöre dönmesi mümkün olamayabilecek ve işçinin sağlamış olduğu deneyimin ücrete tahvili imkânı tümüyle ortadan kalkabilecektir.

2.4.1.2. Hakkaniyet ölçütü

Hakkaniyet, kelime anlamında "*hak ve adalete uygunluk, doğruluk ve nasfet*" olarak tanımlanmaktadır[226]. Çok geniş bir anlamı olduğu gözlenen hakkaniyet kavramına ilişkin doktrinde EDİS tarafından yapılmış bir tanımını aktarmakta bu nedenle fayda görülmektedir: "*Hakkaniyet, bazı şartların ve çözümlerin önceden kesinlikle saptanmasının doğuracağı düşünülen sakıncalarını ortadan kaldırmak için hukuk kurallarının esnek veya eksik bırakıldığı hallerde etkisini gösteren ve belli somut olayların özelliklerine uygun kararlar verilmesini emreden kurallar*

[225] Bkz. Yuk. Bşl. 2.1.2., Dn.123

[226] TDK. Güncel Sözlük, http://tdk.org.tr, erişim tarihi 04.12.2008

bütünüdür. Buna göre, hakkaniyet, somut olayların özelliklerine uyan çözüm biçimlerine ilişkin en yüksek moral temeldir."[227]

İşçinin ekonomik geleceğinin hakkaniyete aykırı biçimde sınırlandırılması ihtimali, yasal düzenlemenin temel amacı olan "işverenin müşteri çevresi korunurken işçinin kişi hak ve özgürlüklerine uygun bir sınırlama" dengesi çerçevesinde BK m.349 ile önlenmek istenmiştir. Buradaki hakkaniyet kavramı, hukukun yargıçlara takdir yetkisi tanınmış bulunan diğer alanlarında olduğu gibi yargıçlara somut olayın özelliklerine göre tarafların karşılıklı hak ve yükümlülüklerini tartma ve değerlendirme işlevi yüklemektedir. Diğer taraftan hakkaniyet kuralı ile yargıçların takdir yetkisinin sınırlandığı da söylenebilecektir. Zira hakkaniyete göre karar verilmesi salt sübjektif bir ölçütün benimsenmesi demek olmayıp, kullanılan takdir yetkisinin objektif ve maddi birtakım sebeplere dayanması gerektiği ifade edilmiştir[228].

Rekabet yasağı sözleşmesi bakımından yargıçların hakkaniyet ölçütünde ele alacağı konu işçinin ekonomik geleceğinin sınırlandırılması olduğuna göre, yasağın sınırlandırılabilmesi için dayanılabilecek sebeplerin tespiti, yasağın ekonomik etkilerinin ölçülmesini ve bunun işçinin ekonomik geleceğine yansımalarının tespit edilmesini gerektirir.

Bu tespit yapılırken, işçi ile işverenin hak ve menfaatleri karşılaştırılarak işçinin ekonomik geleceğinin işverenin menfaatleri karşısında ne ölçüde sınırlandırılabileceğine dair bir kanaat oluşmalıdır. Her somut olayın özelliklerine göre uygulanabilecek genel geçer kıstasların bulunması mümkün olmamakla birlikte, doktrinde SOYER tarafından, işçinin vasıfları, iş pazarının durumu, hizmet ilişkisinin süresi, işçinin yaşı ve ailevi durumu ile işverenin mali edimleri gibi bazı ölçütlerin özellikle dikkate alınması gerektiği ifade olunmuştur[229].

---

[227] EDİS, s.210

[228] EDİS, s.211

[229] SOYER, s.61

Bu ve bunun gibi ölçütler çoğu somut olaya uygulanabilir ise de, "hakkaniyet" kavramının içeriğini formüle etmenin ne denli yararlı olduğu tartışılabilir. Hakkaniyet ölçütünü formüle etmenin güçlüğü yanında, yargıçların takdir yetkisini kalıplaşmış birtakım verilerle sınırlandırmanın da ne denli işlevsel olacağı sorgulanabilecektir. Zira, EDİS'in[230] yukarıda nakledilen hakkaniyet tanımı kabul edildiğinde, hakkaniyet kavramının doğası gereği önceden belirlenmemiş ve esnek bırakılmış bir alan bulunmalıdır. Esnek bırakılan bu alanın yargıç tarafından hakkaniyet ölçütüne göre nasıl doldurulacağı, RYS bakımından aynı zamanda yargıçların sözleşmeye müdahalesine dair bir sorun olup, aşağıda "Yargıcın rekabet yasağı sözleşmesine müdahalesi" başlığında ele alınacaktır.

2.4.2. Rekabet yasağı sözleşmesinin objektif sınırları

Borçlar Kanunu m.349 düzenlemesi ile RYS, işçinin ekonomik geleceğinin "hakkaniyete" aykırı biçimde tehlikeye sokulamamasını sağlayacak "hal icabına göre münasip" bir takım sınırlamalara tabi tutulmuştur. Yasağın sözleşme özgürlüğü çerçevesinde kapsayabileceği alanın tespiti, somut olayın özelliklerine göre bu sınırların ve diğer tüm etkenlerin dikkate alınması ile mümkündür. Bu etkenlerin birbirinden bağımsız ve ayrı olarak değil fakat bir arada ve bir bütün olarak ele alınması gerekliliği, hem hakkaniyet ölçütünü hem de halin icabına uygunluk ölçütünü bir arada sağlayan bir RYS'nin her durumda farklı sınırları olacağını göstermektedir. Bu sınırlar, yasa metninde "*zaman, mahal ve işin nevi noktasından hal icabına göre münasip bir hudut*" olarak tarif edilmiştir. Buna göre, RYS hem zaman, hem yer, hem de konu açısından sınırlandırılmış olmalıdır[231]. Bu çerçevede RYS'nin süre, yer ve konu bakımından sınırları olarak üç ayrı başlıkta ele alınacaktır.

---

[230] EDİS, s.210

[231] Yargıtay 9. HD, 14.03.2000 tarihli 2000/522E., 2000/2892K. Sayılı ilamında, rekabet yasağının "yer, zaman ve faaliyet türü" bakımından sınırlı olmaması nedeniye geçersiz sayılacağına hükmetmiştir. http://kazanci.com.tr, erişim tarihi 29.11.2008

Bu üç başlığın birbirinden bağımsız olarak ele alınmasından önce, BK m.349'a göre yapılacak değerlendirmenin işverenin menfaatleri ve işçinin ekonomik geleceği bakımından hakkaniyete uygunluğu sağlaması gerektiği tespit olunmalıdır. Buna göre, işverenin menfaatleri veya işçinin ekonomik geleceği kıstaslarından yalnızca birine göre yapılabilecek değerlendirme hakkaniyete aykırı sayılabilecektir. Yasa koyucunun RYS'nin süre, yer ve konu bakımından somut olayın gerekliliklerine ve hakkaniyete uygun biçimde sınırlandırılmasını öngörmesi, işçinin ekonomik geleceği ve işverenin menfaatlerinin dengelenmesi bakımından bir araç olmalıdır.

Somut olay üzerine yapılan değerlendirmede Yargıç öncelikle işverenin RYS içeriğini oluşturan kapsamdaki bir rekabet yasağı oranında korunmaya değer bir menfaati bulunup bulunmadığını tespit edecek, yasak bu ölçüte göre kendini doğrulamıyorsa, BK m.348 çerçevesinde[232] geçersizliğine karar verilebilecektir. Yasağın işverenin korunmaya değer bir menfaati yönünden kendini doğrulaması halinde ise, bununla işçinin ekonomik geleceğinin hakkaniyete aykırı biçimde tehlikeye girip girmediği tespit edilecektir. Bu halde de, işverenin korunmaya değer menfaatleri bulunmasına rağmen, salt işçinin ekonomik geleceği hakkaniyete aykırı biçimde tehlikeye gireceğinden Yargıç yasağa müdahale etmelidir.

Bu anlamda, BK m.349 bakımından yapılacak incelemenin yalnızca "işçinin ekonomik geleceğinin hakkaniyete aykırı biçimde tehlikeye girmesi" ile ilgili olacağı sonucuna ulaşılır. Kaldı ki, BK m.349 metninde RYS'nin sınırlandırılmasında işverenin menfaatlerinden veya hissolunabilecek zarar kavramından söz edilmemekte, konu işçiyi korumaya yönelik bir bağlamda düzenlenmektedir. Zira sözleşmenin güçlü tarafı konumundaki işveren, sözleşme görüşmeleri sırasında ve sözleşmenin imzalanmasını haklı gösterir koşulların tespitinde belirleyici konumda olup, RYS metni ve dolayısıyla yasağın kapsamının işveren tarafından işçiye dayatılmış olma ihtimali yüksektir. Sonuç olarak sözleşmenin sınırlandırılması faslından somut olayı ele alan Yargıç, işverenin menfaatlerinden ziyade, işçinin ekonomik geleceğinin hakkaniyete aykırı bir rekabet yasağı ile tehlikeye sokulup

[232] Bkz. Yuk. Bşl.2.3., özel geçerlilik koşulları

sokulmadığı perspektifinden bakmalıdır. Zira BK m.349 hükmü, RYS taraflarından işverene göre zayıf konumda olarak değerlendirilen işçiyi koruma amacını taşımaktadır[233].

2.4.2.1. Süre bakımından sınırlı olma

Rekabet yasağı sözleşmesi ile kararlaştırılan edimlerin ifası iş sözleşmesinin sona ermesi ile birlikte talep olunabilir. Bu çerçevede sözleşmenin temel edimi olan "rekabet etmeme" ediminin süresi de sözleşmenin ve iş ilişkisinin sona ermesi ile başlayacaktır[234]. Esasen hakkaniyet ölçütü çerçevesinde kendiliğinden kabul edilmesi gereken RYS'nin süre bakımından sınırlı olması koşulu, BK m.349 metninde ayrıca sayılarak aynı zamanda sözleşmenin şekli bakımından da bir geçerlilik şartı[235] oluşturulmuştur. Zira işçinin süresiz olarak rekabet yasağına tabi tutulması, her şeyden önce kişi haklarına aykırı olacaktır. Buna göre, süre bakımından belirli kılınmamış bir rekabet yasağı sözleşmesi salt bu yüzden geçersiz sayılacak ve aynı zamanda sözleşme ile belirlenmiş olan sürenin, BK m.349 kapsamında tanımlanan "bağlayıcılık" koşulu gereği hakkaniyet ve somut olayın özellikleri çerçevesinde işçinin ekonomik geleceğini tehlikeye sokmayan uygun bir zaman dilimi ile sınırlı olması gerekecektir.

Yasal düzenlemenin en çok eleştirilen[236] taraflarından biri, BK metninde RYS'ne süre bakımından rakamsal bir sınır getirilmemiş olmasıdır. Mehaz İBK'da 1971 Yılı'nda yapılan değişiklilerle[237], RYS'nin istisnai haller dışında üç yıllık süreyi aşamayacağı öngörülmüştür. İBK'nun son revizyonlarını güncel hukukumuza

---

[233] TÜZÜNKAN, s.56

[234] SOYER, s.65: Yazar, "*Yasağın süresi, hizmet ilişkisinin sona ermesiyle başlar. Yasak süresince açılacak bir dava da sürenin işlemesine mani değildir*" demektedir.

[235] Bkz. yuk. Bşl. 2.2.2. (şekli geçerlilik)

[236] SOYER, s.21,s.65

[237] İBK Art.340a/1: "*La prohibition doit être limitée convenablement quant au lieu, au temps et au genre d'affaires, de façon à ne pas compromettre l'avenir économique du travailleur contrairement à l'équité; elle ne peut excéder trois ans qu'en cas de circonstances particulières.* »

taşıyan TBKT ise bu konuda İBK'dan da daha sınırlandırıcı bir esas benimseyerek, bu süreyi iki yıl olarak belirlemiştir[238].

Buna karşın, TBKT metninde de mehaz kanuna paralel olarak "istisnai haller" rezervinin tanınmış olduğu görülmektedir. Bu istisnai hallerin nelerden ibaret olacağı ve bunun ölçütleri ise, TBKT'nın yasalaşması halinde bunu uygulamakla yükümlü olacak Yargıçların takdirine bırakılmış görünmektedir. Tasarı metninde, BK m.349'a paralel olarak hakkaniyet ve somut olaya uygunluk kriterlerinin benimsenmiş olduğuna göre, burada da "işçinin ekonomik geleceğinin hakkaniyete aykırı biçimde tehlikeye sokulmaması" ölçütü uygulanacak, fakat bu kez iki yıldan uzun süreli RYS'nin tabi olacağı istisnai hallerin tespitini de kapsayan bir değerlendirme yapılması gerekecektir.

Fransız hukukunda, RYS yasal düzenlemeye konu edilmediğinden yasağın süresine ilişkin bir yasal sınırlama söz konusu değildir. Ancak kararlılık gösteren içtihatlarla ve özellikle 2002 tarihli Temyiz Mahkemesi kararlarıyla birlikte, RYS'nin geçerliliği için kümülatif olarak aranan şartlardan biri de süre bakımından sınırlılık olarak kabul edilmektedir. Sürenin ne kadar olacağı hususunda somut olaya uygunluk kıstası kabul edilse de, genel olarak iki yılı aşan RYS'nin bu ölçüde geçersiz sayıldığı görülmektedir[239]. Belçika hukukunda ise RYS için belirlenmiş olan kanuni süre azami on iki aydır[240].

Rekabet yasağı sözleşmesi metninde yasağın süresine ilişkin bir kayıt bulunması, yukarıda ifade edildiği üzere bir geçerlilik şartı olmakla birlikte, bizatihi sürenin uzunluğu yasağın bağlayıcılığı ile ilgili bir sorundur[241]. Yasa metninde yasağın süresine ilişkin somut bir sınırlama bulunmaması, bunun somut olayın

---

[238] TBKT m.444/1: "Rekabet yasağı, işçinin ekonomik geleceğini hakkaniyete aykırı olarak tehlikeye düşürecek biçimde yer, zaman ve işlerin türü bakımından uygun olmayan sınırlamalar içeremez ve süresi, özel durum ve koşullar dışında iki yılı aşamaz."

[239] PELISSIER / LYON-CAEN / JEAMMAUD / DOCKES, s.173 vd.

[240] WANTIEZ, s.34; Bkz. LCT Art. 65

[241] Buna göre, yazılı sözleşme metninde süresi 50 Yıl olarak belirlenmiş bir RYS şeklen geçerli olacak fakat bu sürenin BK m.349'un bağlayıcılık etkisi çerçevesinde tenkisi sağlanabilecektir.

özelliklerine göre Yargıç tarafından uygulanacak hakkaniyet ölçütü dışında bir kıstasa tabi olmadığını göstermektedir.

Somut olayın özelliklerinin nispeten uzun süreli, örneğin beş yıllık bir RYS'ni haklı gösterebilecek olması, RYS'nin işveren tarafına makul bir karşı edim yüklenmesi gibi hallerde caiz sayılabilir. Bu durumda, işverenin RYS'nin karşı edimi olarak ödeyeceği tutar yükseldikçe, işçinin de yasakla bağlı bulunacağı sürenin nispeten uzun olması makul karşılanabilecektir. Zira işçinin rekabet etmeme edimini ifa etmesi kaydıyla işveren tarafından ödenecek ücretin miktarı veya süresi, işçinin ekonomik geleceğinin tehlikeye düşürülmediği veya hakkaniyete aykırı biçimde tehlikeye düşürülmediği yönünde bir vakıa olarak değerlendirilecektir.

Doktrinde SOYER tarafından üretim sırlarının korunmasını hedef alan RYS'lerin, müşteri çevresinin korunmasını hedef alan RYS'lerden daha uzun bir süreye bağlanabileceği savunulmaktadır. Bunun gerekçesi olarak da "*üretim sırlarının daha uzun bir süre gizli kalmalarının işveren açısından gerekli bulunması veya patente bağlanmalarının veyahut ticari alanda kullanılabilmelerinin uzunca bir süreyi gerektirebilecek olması*" gösterilmiştir[242]. Bu görüşe katılmak mümkün değildir, zira öncelikle işverene dair koşullar işçinin ekonomik geleceği eksenli sınırların tespiti konusunda böyle bir sonuca varılmasına müsait değildir ve üretim sırlarını korumaya yönelik olarak işçi ile işveren arasında akdedilebilecek sır saklama veya gizlilik sözleşmeleri ile temin edilebilecek olan güvenceler bulunmaktadır.

Diğer taraftan, işçinin ekonomik geleceğini tehlikeye atması muhtemel bulunan RYS ile sağlanacak korumanın, ayrıca işçiye ve üçüncü kişilere karşı marka, patent ve haksız rekabet hükümleri koruması altında bulunan üretim sırları bakımından, müşteri çevresini korumayı hedefleyen RYS'lerinden daha üstün tutulması, yasal düzenlemenin bütünü ile gözetilen amaca da aykırı olacaktır. Yukarıda birinci bölümde açıklandığı üzere, kanaatimizce RYS hakkındaki yasal düzenlemenin temel amacı, işverenin rekabet gücünün müşteri çevresi kaybına yol

[242] SOYER, s.65

açacak şekilde azaltılamaması konulu sözleşmelerin yasal düzlemde işçi lehine sınırlamalara tabi kılınmasıdır.

Borçlar Kanunu m.349 ile tesis edilen diğer bağlam noktaları olan "yer" ve "konu" unsurlarına ilişkin sınırlama daraldıkça, diğer bir ifadeyle işçinin bu bakımlardan rekabet serbestisi alanı genişledikçe, yasağın süresinin nispeten uzun kararlaştırılmış olması işçinin ekonomik geleceği ölçütünde hakkaniyete uygun sayılabilecektir. Buna rağmen, işverenin karşı edimi veya diğer unsurlar bakımından işçiye rekabet serbestisi tanınması hallerinde dahi, somut olayın özellikleri gereği uzun süreli bir RYS'nin bağlayıcı sayılmaması da mümkündür. "Süre, yer ve konu" unsurları, birbirinden ayrı değil fakat bir bütün halinde hakkaniyet ölçütüne göre somut olaya uygulanacak ve RYS ile getirilen yasağın somut olaya ve işçinin ekonomik geleceği kıstasına uygun bir yasak olup olmadığı Yargıç tarafından takdir edilecektir.

2.4.2.2. Coğrafi alan bakımından sınırlı olma

Yazılı olarak düzenlenmesi zorunlu olan RYS metninde, yasağın hangi coğrafi sınırlar içinde geçerli olacağına dair bir kayıt bulunması veya bunun sözleşme metninden anlaşılabilir olması da gerekmektedir. Hiçbir coğrafi kayıt veya sınırlama içermeyen bir RYS, salt bu nedenle geçersiz sayılacaktır[243]. Sözleşmenin içerdiği coğrafi sınırlamanın somut olayda işçinin ekonomik geleceği bakımından hakkaniyete uygun bir sınır olup olmadığı ise, sözleşmenin bağlayıcılığına dair bir sorundur.

İş ilişkisinin, işverenin müşteri çevresinin ve en önemlisi işçinin müşteri çevresini tanıdığı fiziki alanın bir arada değerlendirilerek belirlenmesi gereken söz konusu coğrafi sınırlama, bu sayılan faktörler doğrultusunda çok geniş bir kapsama sahip olabileceği gibi, kimi hallerde yalnızca bir yerleşim birimine dahi indirgenebilecektir. Bu fasıldan bir genelleme yapmak güç olmakla birlikte, işçinin

[243] Bkz. yuk. bşl. 2.2.2. ,yazılı şekil şartına ilişkin açıklamalar; 2.3., özel geçerlilik şartlarına ilişkin açıklamalar

rekabetten yasaklanabileceği coğrafi alanın genişliğinin, işverenin faaliyet alanının özelleşmesi ve uzmanlaşması ile doğru orantılı olduğu söylenmektedir[244].

Gerçekten de, günümüzde tüm dünya çapında faaliyet gösteren kimi küresel şirketler bakımından, rekabet yasağındaki menfaatin tüm dünya düzeyinde olduğu ve RYS'nin coğrafi sınırlarının tüm dünya olarak geçerli ve bağlayıcı biçimde belirlenebileceği dahi savunulabilir. Örneğin tüm kıtalarda faaliyet gösteren bir uluslar arası telekomünikasyon şirketinin üst düzey yöneticileri veya çalışanları, bu alanda başka bir şirket bünyesinde işe girmeleri halinde önceki işverenin müşteri çevresine ve iş sırlarına dair kıymetli bilgilerini rekabet teşkil edecek şekilde taşıyabilecekleri oranda, şirketin faaliyet gösterdiği tüm coğrafyalarda rekabet etmeme borcu altına geçerli ve bağlayıcı biçimde girebileceklerdir.

Benzer tespitler uluslar arası finans kuruluşları, ve üretim sırlarının büyük önem arz ettiği enformatik, gıda ve ilaç sektörlerinde faaliyet gösteren şirketlerin üst düzey çalışanları ile akdedecekleri rekabet yasağı sözleşmeleri bakımından da yapılabilecektir. Bu çerçevede anılan niteliklere uygun bir işçinin rekabet yasağı, işverenin faaliyet gösterdiği her coğrafyada[245] geçerli olacaktır.

Rekabet yasağının geçerli olacağı hakkaniyete uygun coğrafi sınırlar, uyuşmazlık halinde, işverenin işçinin rekabetinin önlenmesindeki menfaati ile işçinin çalışma ve sözleşme özgürlükleri ile ekonomik geleceğinin temininindeki menfaatlerinin somut olay düzleminde Yargıç tarafından karşılaştırılması ile belirlenebilir.

Sözleşmenin işveren ve işçi taraflarının menfaatlerini dengeli bir biçimde yasal çerçevede düzenlemesi ve Yargıç müdahalesine ihtiyaç duyulmaması esas olmalıdır. Bunun için, sözleşme metni düzenlenirken menfaatler dengesinin dikkate alınması, tarafların hak ve yükümlülüklerini hiçbir şüpheye yer bırakmayacak

---

[244] SOYER, s.66

[245] Rekabet etmeme ediminin geçerliliği, bunun işçi tarafından sözleşmenin akdedildiği ülke dışındaki yabancı bir ülkede ihlali durumunda Milletlerarası Özel Hukuk kuralları çerçevesinde uygulanacak hukukun tespiti sorununu beraberinde getirmektedir. Bu çalışmanın kapsamı gereği, ülke dışı ve birden fazla ülkeyi kapsayan rekabet yasağı sözleşmelerinin geçerli olarak akdedilebileceğinin tespiti ile yetinilmiş, bunların uygulanmasına ilişkin Milletlerarası Özel Hukuk sorunları inceleme konusu dışında tutulmuştur.

biçimde sözleşme metninden anlayabilmeleri ve hukuki belirliliğin sözleşme ile sağlanmış olması önem arz etmektedir.

Bu nedenle, işveren tarafından RYS düzenlenmesi sırasında işçinin iş ilişkisi çerçevesinde ilişki kurduğu müşteri çevresi ve müşteri çevresini kaydırabileceği coğrafi alanların iyi tahlil edilmesi gerekmektedir. Aksi halde, işverenin ticari ilişkilerinin ve müşteri çevresinin ulaştığı sınırların ötesinde veya işçinin işveren yanında çalışırken faaliyette bulunduğu alanı aşan biçimde belirlenebilecek coğrafi sınırlar, Yargıç müdahalesi ile sözleşmenin sınırlandırılmasına yol açabilecektir. Bu durumda ayrıca işçinin rekabetini gereğinden daha geniş bir alanda sınırlamayı tercih eden işveren, işçinin sözleşmeyi ihlal ettiği zannıyla girişebileceği yargı sürecinden mağlup ayrılabileceği gibi, RYS ile hukuki korunma altında olduğu zannıyla tedbiri elden bırakarak, rekabet kaynaklı zararlara daha açık ve savunmasız kalabilecektir.

2.4.2.3. Faaliyet konusu bakımından sınırlı olma

Rekabet yasağı sözleşmesi metninde bulunması geçerlilik şartı olan bir diğer unsur da, işçinin rekabetten yasaklandığı faaliyet konusudur. Rekabet yasağı sözleşmesinin kararlaştırılabileceği en geniş kapsam, işverene ait faaliyet konularının tümüdür. Faaliyet konusu bakımından en geniş kapsamda, işverenin faaliyette bulunduğu tüm alanlarda kararlaştırılabilecek bir rekabet yasağı, ancak iş ilişkisinin bunu doğrulaması halinde geçerli ve bağlayıcı olacaktır.

2.4.2.3.1. İşverenin faaliyet konusu

Esas olan, RYS konusu faaliyet alanının hakkaniyet çerçevesinde işçinin ekonomik geleceğini tehlikeye sokmayacak şekilde belirlenmesidir. İşçinin RYS ile yasaklanabilecek faaliyetleri, onun işverenle rekabet teşkil edecek faaliyetleri ile örtüşmelidir. Aksi durum, işverenin korunmaya değer bir menfaati bulunmadığından, sözleşmeyi işverenin faaliyet alanı dışındaki yasaklar bakımından geçersiz kılacağı gibi, işçinin ekonomik geleceğini sebepsiz yere tehlikeye sokacak ve bağlayıcı sayılamayacaktır. Buna göre RYS ile işverenin tüm faaliyet konusu veya faaliyet

alanı içinde bulunan bir bölüm, iş ilişkisinin özellikleri ile uyumlu olduğu ölçüde konu edilebilecektir.

Rekabet yasağı sözleşmesi bakımından işverenin faaliyet konusunun iş ilişkisinin sona erdiği tarihe göre belirlenmesi gerektiği söylenmektedir[246]. Bu durumda iş sözleşmesi ile birlikte kararlaştırılan bir rekabet yasağı şartının konusu genel olarak işverenin faaliyet konusu ise, iş ilişkisinin devamında işverenin faaliyet konusunun iş ilişkisinin başlangıcına oranla genişlemesi, rekabet yasağı şartının da kapsamını genişletecek ve yasak yürürlüğe girdiğinde, iş ilişkisinin sona erdiği tarihteki kapsam esas alınacaktır.

Bu esasın kabulü halinde, işçi bakımından işverenin başlangıçtaki faaliyet konusu dikkate alınarak kabul edilmiş bulunan bir rekabet yasağı şartı, yasal düzenlemenin gerektirdiği belirlilikten uzak bir biçimde işçiyi, kendi elinde olmayan değişkenlerle bağlayabilecektir. Bu nedenle kanaatimizce rekabet yasağı şartı içeren iş sözleşmesinin imzalanması veya RYS'nin imzalandığı tarihteki faaliyet konusu esas alınmalı, işçinin genişleyen faaliyet konularına ilişkin rekabet yasağı ise, ancak buna ilişkin yazılı şekil şartını yerine getiren bir ek sözleşme veya yeni bir RYS imzalanması halinde kabul edilmelidir[247].

Buna karşın, iş sözleşmesinin imzalandığı tarihte işverenin faaliyet konusu içinde bulunan ve bu nedenle geçerli bir biçimde RYS veya rekabet yasağı şartının kapsamına dahil edilmiş bir iş konusu, daha sonra işverenin bu iş konusunu terk etmesi halinde kendiliğinden RYS veya rekabet yasağı şartının kapsamından çıkacaktır. Zira bu kez, işverenin başlangıçta bu iş konusuna ilişkin rekabetin yasaklanmasında bulunan menfaati ortadan kalkmış olacaktır. İşverenin RYS öncesi zaten terk etmiş bulunduğu iş konuları bakımından[248] ise aynı esas evleviyetle geçerli olacaktır.

---

[246] SOYER, s.67

[247] Zira yasal düzenlemenin gerektirdiği rekabet yasağı, işçinin işverenle kayıtsız ve şartsız olarak rekabet etmemesi değil fakat işçinin belirli sınırlar ve öngörülmüş koşulların varlığı halinde ekonomik geleceği tehlikeye girmeyecek şekilde rekabetten sınırlı olarak alıkonulmasıdır.

[248] SOYER, s.67

Borçlar Kanunu m.349 çerçevesinde işverenin[249] faaliyet konusu tespit edilirken, işçinin iş sözleşmesiyle bağlı bulunduğu işverenin de tanımlanması gerekmektedir. Bu nedenle, doktrinde ENGİN tarafından yapılmış bulunan işveren tanımın aktarmakta fayda görülmektedir. Buna göre; "*İşveren, bir iş sözleşmesine dayanarak ücret karşılığı işçi çalıştıran ve işin görülmesini isteme hakkı ile en yüksek düzeyde talimat verme yetkisine sahip olan gerçek veya tüzel kişidir*"[250]. Bu tanımın konumuz itibarıyla önemi, RYS tarafını teşkil eden işçinin rekabet teşkil edecek faaliyetlerinin kimin lehine kısıtlandığını tespit yanında, BK m.349 çerçevesinde faaliyet alanının tespitinde esas alınacak işverenin belirli kılınmasıdır.

Bu doğrultuda, ENGİN'in tanımında "iş sözleşmesi" esaslı bir unsur olarak belirlendiğine göre, RYS tarafını oluşturan işverene ait diğer teşebbüsler, işverenin bünyesinde bulunduğu üst kuruluşlar, bağlı veya birlikte hareket eden işletmelerin durumu tartışmalı hale gelmektedir. Zira işveren algılanırken işverenin kişiliği esas alındığında, gerçek veya tüzel kişi olabilecek işverenin tüm teşebbüsleri ve ortaklıkları diğer şartların varlığı halinde rekabet yasağı korumasından faydalanabilecektir.

Buna karşılık, işveren algılanırken iş sözleşmesinin esas alınması halinde ise, işçinin iş sözleşmesinde yer alan görev tanımını ilgilendirmeyen diğer teşebbüsler ve işverene ait olmakla birlikte işçinin bağlı kılınmadığı iştirakler bakımından rekabet serbestisini kullanabileceği savunulabilecektir. Aynı şekilde, işçi ile işveren arasında akdedilen bir rekabet yasağı sözleşmesinin, hukuken sözleşme dışı üçüncü kişi konumunda bulunan ancak yine işverenin bağlantılı olduğu bir diğer teşebbüsün faaliyet alanını da korumaya alması halinde de benzer bir tartışma gündeme gelecektir.

---

[249] *BK m.348 vd. hükümlerinde "iş sahibi" olarak anılmakla birlikte, iş sahibi ile işveren aynı anlamı taşımaktadır. Diğer taraftan TBKT m.443 vd. hükümlerinde "iş sahibi" yerine "işveren" terimi tercih edilmiştir.*

[250] ENGİN E. Murat, **Türk İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda İşveren**, Ankara: Basisen Eğitim ve Kültür Yayınları, 1993; s.40

Rekabet yasağı sözleşmesine ilişkin yasal düzenlemenin, "iş sahibi"nin müşteri çevresi ve iş sırlarının, işçinin rekabetine karşı korunmasının esaslarını konu edindiği tespit edilmişti. Bu durumda, yasanın lafzına göre iş sözleşmesinin tarafı olan işverene ait veya onun rekabet gücü oluşturacak şekilde birlikte hareket ettiği diğer teşebbüslerin de RYS korumasından faydalanabileceği sonucuna ulaşmak gerekir. Bu gereklilik, işveren tanımında yer alan iş sözleşmesi bağlamından bağımsız olarak, doğrudan doğruya yasanın lafzı ve korunan işveren menfaatlerinin niteliğinden kaynaklanmaktadır. Doktrinde SOYER tarafından da kabul olunan bu esasa göre, işverenle birlikte hareket etmekle beraber, ayrı birer tüzel kişilik veya müstakil hukuk süjesi olan teşebbüslerin tek bir teşebbüs gibi hareket ettikleri kabul edilmeli ve işveren veya bağlı teşebbüslerden biri rekabete taraf ise diğeri de rekabetin aynı tarafında sayılmalıdır[251].

Buna karşın, işçi ile işveren arasında akdedilen RYS ile, işveren dışında, onunla birlikte hareket etmeyen veya rekabet gücü oluşturmayan bir üçüncü kişi iş sahibinin faaliyet konularının da koruma altına alınıp alınamayacağı hususunda, doktrinde bunun eksik üçüncü kişi lehine sözleşme hükmünde olacağı savunulmuştur[252]. Birlikte rekabet gücü oluşturan ve aynı işverene ait teşebbüsler bakımından bunun eksik üçüncü kişi yararına sözleşme sayılmasında bir sakınca bulunmamaktadır.

Bu durumda sözleşme tarafı olmamakla birlikte yararına rekabet yasağı kabul edilen teşebbüs doğrudan doğruya işçiden ifayı talep edemeyecek, ancak sözleşmede taraf olan işveren vasıtasıyla rekabet etmeme ediminden faydalanabilecektir. Oysa ki, rekabet yasağı sözleşmesine ilişkin yasal düzenlememizde bu sözleşmenin tek taraflı borç doğuran bir sözleşme olarak öngörülmüş olduğu hatırlandığında[253], işçinin tek taraflı taahhüdü ve işverenin kabulü ile dahi kurulabilecek RYS'nin tam üçüncü kişi lehine sözleşme hükmünde akdedilmesinin önünde bir engel olmadığı da kolaylıkla savunulabilir.

---

[251] SOYER, s.70

[252] SOYER, s.70

[253] Bkz. yuk. bşl. 2.1.2., İşverenin karşı edimine ilişkin açıklamalar

2.4.2.3.2. İşçinin faaliyet konusu

Rekabet yasağı sözleşmesinin kapsamının belirlenmesinde işverenin faaliyet konusu bir bağlam noktası iken, işçinin işveren yanında çalışması ve bu kapsamdaki faaliyet konusu da ilkini tamamlayan bir diğer bağlam noktasıdır. İşverenin faaliyet konusu ne kadar geniş ve kapsamlı olursa olsun, işçinin görev tanımı gereği sirayet edemeyeceği alanlara ve iş konularına ilişkin rekabetten yasaklanmasına imkân tanınması yerinde olmayacaktır. Buna göre, rekabet yasağı işçinin iş sözleşmesinde belirtilen görev tanımı ve işletmedeki somut işleviyle sınırlı kalmalıdır[254].

Bu noktada, işçinin iş sözleşmesi çerçevesindeki görev tanımı dışında ve yetkisiz olarak sirayet ettiği alanlara ilişkin rekabet yasağı sözleşmesinin etkisi ve bağlayıcılığı tartışılmalıdır[255]. İşveren yanında güvenlik görevlisi olarak işe başlayan ve iş sözleşmesinde rekabet yasağı şartı bulunan bir işçi bakımından bu şartın, iş sözleşmesinin özellikleri gereği BK m.348/1 ile aranan "müşteri çevresine veya iş sırlarına nüfuz etmeye müsait bir iş akdi" ön koşulunu karşılamadığından doğrudan doğruya geçersiz sayılması gerektiği yukarıda farklı örneklerle açıklanmıştır. Güvenlik görevlisinin yetkisiz biçimde şirketin bilgisayar sistemine girerek müşterilere ilişkin bilgilere ulaşması ve bu bilgilere rekabet potansiyeli taşıyacak şekilde sirayet etmiş olması halinde dahi aynı sonuca ulaşılmalıdır[256]. Zira işçinin elde etmiş olduğu bilgiler esasen işveren tarafından ona müsait kılınmamış olduğundan, bizatihi iş sözleşmesine aykırılık ve haksız rekabet (TTK m.57) sorumluluğu gündeme gelecektir[257].

RYS'nin geçerliliğine ve bağlayıcılığına ilişkin işçi lehine kabul edilmiş kurallar, bu ve bunun gibi işçinin kötü niyetli olarak değerlendirilebileceği hallerde

---

[254] SOYER, s.68

[255] Bkz. yuk. bşl. 2.3., Bu konuda RYS'nin maddi geçerlilik koşulları başlığında yapılan açıklamalar

[256] Karş. SOYER, s.68; Yazar, göreviyle ilgili olmayan bir biçimde iş sırlarına nüfuz eden işçinin rekabet yasağının faaliyet alanı bakımından geçerli olduğu görüşündedir.

[257] Bu durumda ayrıca işçi ile imzalanmış bir gizlilik ve sır saklama sözleşmesinin ihlali de gündeme gelecektir.

dahi genişletilememelidir. Çünkü rekabet yasağı şartı içeren iş akdinin imzalanması sırasında işverenin RYS bağlamında korunmaya değer bir menfaati bulunmadığı gibi, işçinin ekonomik geleceği de sebepsiz yere sınırlandırılmış olacaktır. Buna karşın, yönetici konumundaki işçilerin iş sözleşmelerindeki görev tanımı dışındaki alanlara da sirayet etme imkânları bulunduğundan, bu esastan kısmen ayrılmak mümkündür. Yönetici konumundaki işçilerin RYS ile bağlılıkları değerlendirilirken, müşteri çevresi ve iş sırlarının bu konumdakilere (görev tanımları dışında dahi olsa) müsait kılınmış olduğu kabul edilmelidir.

2.4.3. Bağlayıcılık sınırını aşan rekabet yasağı sözleşmesinde Yargıç rolü

Borçlar Kanunu m.349 hükmü, açık olmamakla birlikte, örtülü bir biçimde rekabet yasağının aşırı hükümlerine Yargıç müdahalesini mümkün kılmaktadır. İlk bakışta, MK m.23/2 ve BK m.20 hükümleri paralelinde, rekabet yasağı özelinde kişi hak ve hürriyetlerinden çalışma ve sözleşme özgürlüğünü korumaya yönelik olarak Yargıcın her halükarda aşırı rekabet yasaklarını geçersiz sayabileceği düşünülebilir. Ancak, MK m.23/2 ve BK m.20 hükümleri karşısında bir özel hüküm niteliğindeki BK m.349, anılan düzenlemelerden farklı olarak yalnızca işçinin ekonomik geleceğinin zaman, yer ve konu bakımından hakkaniyete aykırı biçimde tehlikeye düşürülmesi ihtimalinde, bu nitelikteki sınırlamaların hakkaniyet seviyesini aşan kısmının bağlayıcı sayılmamasını gerektirmektedir.

Borçlar Kanunu m.349'un özel düzenleme niteliği, Yargıcın sözleşmeye müdahalesine dair genel hükümler olan MK m.23/2, BK m.20 ve cezai şartın tenkisine dair BK m.161/3 gibi özel hükümlerin ayrıca uygulanmayacağı anlamına gelmemektedir. Şartları varsa RYS tümüyle batıl sayılabileceği gibi, geçerli bir RYS, işçinin ekonomik geleceğini hakkaniyete aykırı biçimde tehlikeye düşürüyorsa zaman, yer veya konu bakımından tamamen veya kısmen "bağlamaz"[258] sayılabilecektir.

[258] Bu ifade tarzı, yasal düzenleme ile getirilen tenkis yetkisinin diğer geçersizlik ve butlan hallerinden ayırd edilebilmesi için tercih edilmiştir.

Mehaz İBK'nun revize metninde[259] olduğu gibi, TBKT'nda da Yargıcın aşırı rekabet yasağına müdahalesi açık bir biçimde düzenlenmiştir. Esasen BK m.349 hükmü çerçevesinde zımni olarak düzenlenmiş olan Yargıcın aşırı rekabet yasağına müdahalesi, TBKT m.444/2 hükmü[260] yasalaşması halinde hâlihazırdaki uygulamadan farklı bir etki yaratmayacaktır. Zira tasarı metni ile kabul olunan yegâne değişiklik, zımni düzenlemenin açık hale getirilmesi ve "işverenin karşı ediminin" de örnek kabilinden yasağın tenkisinde dikkate alınacak bir etken olacağının vurgulanmasından ibarettir. Borçlar Kanunu m.349 çerçevesinde işçinin ekonomik geleceğinin hakkaniyete aykırı biçimde tehlikeye sokulması olgusunu inceleyen Yargıcın, işverenin karşı edimi gibi etkenleri dikkate alması gerekmektedir. Bu hem TBKT, hem de İBK yeni metninin BK m.349'dan farklı bir uygulamaya yol açmayacağını göstermektedir.[261]

Rekabet yasağı sözleşmesinin Yargıç denetimine tabi tutulabilmesi için öncelikle işçi ile işveren arasında bu konuda bir uyuşmazlık doğmalı veya sözleşmenin tabi olacağı esasların Yargıç tarafından tespitini gerektiren bir belirsizlik ortaya çıkmalıdır. Sözleşme içeriği, işçinin ekonomik geleceğini hakkaniyete aykırı biçimde tehlikeye düşürecek nitelikte olsa bile, işçinin aslında bağlayıcı olmayan sözleşme hükümlerine riayet ederek işverenle rekabetten kaçınması halinde bağlayıcılık sınırlarını aşan sözleşme hükümlerinin muteberliği tartışma sahasına taşınamayacaktır.

Buna karşın, işçi geçersiz olduğunu veya bağlayıcı olmadığını düşündüğü rekabet yasağına riayet etmez ise, bu kez işverenin BK m.351 hükümleri çerçevesinde açabileceği bir tazminat ve muhalefetin meni davası kapsamında

---

[259] İBK Art.340a/2; "Le juge peut réduire selon sa libre appréciation une prohibition excessive, en tenant compte de toutes les circonstances; il aura égard, d'une manière équitable, à une éventuelle contre-prestation de l'employeur. »

[260] TBKT m.444/2; "Hâkim, aşırı nitelikteki rekabet yasağını, bütün durum ve koşulları serbestçe değerlendirmek ve işverenin üstlenmiş olabileceği karşı edimi de hakkaniyete uygun biçimde göz önünde tutmak suretiyle, kapsamı veya süresi bakımından sınırlayabilir."

[261] Diğer taraftan TBKT metninde özel olarak vurgulanan "işverenin karşı edimi" kavramının, İBK Art.340a/2'de "hakkaniyete uygunluktan somut olaya uygun bir karşı edime kadar tüm etkenlerin Yargıç tarafından dikkate alınması gerekeceği" şeklinde kaleme alınmış olduğu ifade edilmelidir.

Yargıcın da aşırı rekabet yasağını aynı ölçüde[262] "bağlamaz" saymasını bekleyecektir[263]. Bu halde işçi tarafından uyuşmazlık ortaya çıkmadan BK m.349 hükümleri çerçevesinde açılacak bir tespit davası yoluyla rekabet yasağının kapsamının Yargıç tarafından belirli kılınması istenebilir. Esasen bağlayıcı olmadığı düşünülen sözleşmelerde işçi tarafından tercih edilmesi gereken yol budur, zira sözleşmenin bağlayıcı olmadığını işçinin tek başına güvenilir biçimde tespit etmesi kolay değildir[264].

[262] Bu ölçü BK m.349'da yer alan hakkaniyet ölçüsü olacaktır.

[263] Yargıcın BK m.349 hükümleri çerçevesinde yapacağı "muteberlik" denetimi, sözleşmenin BK m.348 çerçevesinde tabi tutulacağı geçerlilik denetiminden farklı olarak yasağın tek taraflı bağlayıcılığını konu alacaktır. Bu denetim sonucunda işçinin ekonomik geleceğini hakkaniyete aykırı biçimde tehlikeye sokabilecek süre, yer ve konu bakımından aşırı rekabet yasağının bağlayıcı olmadığına karar verilecektir.

[264] SOYER, s.71

3. REKABET YASAĞI SÖZLEŞMESİNİN YÜRÜRLÜĞE GİRMESİ, HÜKÜM VE SONUÇLARI

3.1. Rekabet yasağının yürürlüğe girmesi

İşçi ile işveren arasında bir iş sözleşmesine bağlı olarak kararlaştırılan rekabet yasağının hükümlerini iş sözleşmesinin sona ermesinden başlayarak ifade edeceği yukarıda birinci bölümde açıklanmıştı. Bu başlıkta, ilk olarak, yasa metninin başlığının "memnuiyetin nihayeti" olması nedeniyle, doktrinde "rekabet yasağının sona ermesi" başlığı altında incelenen fakat kanaatimizce yasağın sona ermesi ile değil, başlangıcı ile ilgili bulunan BK m.352/2 hükmü[265] incelenecektir.

Yasanın lafzında yer alan "*...dava açılamaz*" ibaresi, düzenlemenin bir dava şartı olarak algılanmasına yola açabilecek ise de, bu ifadeyle rekabet yasağı sözleşmesinin hükümden düşeceği veya hüküm doğurmayacağı kastedilmiştir[266]. Bu doğrultuda, rekabet yasağının yürürlüğe girebilmesi için öncelikle iş sözleşmesinin, BK m.352/2'de anılan "işverenin haklı sebep olmaksızın (haksız) feshi" ve "işçinin haklı sebeple (haklı) feshi" hallerinden biriyle sonlanmamış olması gerekmektedir.

Fesih, borç ilişkisini sona erdiren ve bozucu bir yenilik doğuran haktır. İş sözleşmesinin sona erme nedeni olarak "*fesih, sözleşmenin işçi ya da işveren tarafından tek taraflı irade beyanıyla sona erdirilmesidir*"[267]. İş sözleşmesinin

---

[265] Bkz. BK m.352/2; "*İş sahibi işçinin feshi muhik gösterecek bir kusuru yok iken akdi feshetmiş yahut iş sahibinin feshi haklı gösteren bir kusuru dolayısiyle akit işçi tarafından feshedilmiş ise, işçi aleyhine memnuiyete muhalefetinden dolayı dâva ikame edilemez.*"

[266] OĞUZMAN M. Kemal, **Hizmet "İş" Akdinin Feshi**, s.261; "*Her ne kadar fıkrada rekabet memnuiyetinin hükümsüzleşeceğinden değil memnuiyete muhalefetten dolayı dava ikame edilemeyeceğinden bahsediliyorsa da, bu ifadeyle rekabet etmeme kaydının hükümsüzleşeceği bahsedildikten başka, maddenin matlabı bunu ayrıca tasrih etmektedir.*"

[267] ENGİN, **İşletme Gerekleri ile Fesih**, s.10

sonlandırılmasına yönelik feshin haklı veya haksız olması, iş sözleşmesinin feshine bağlanan diğer sonuçlarla, rekabet yasağının hüküm ifade etmesi sonucu bakımından aynı doğrultuda değerlendirilmelidir. Diğer bir deyişle, BK m.344/I, İş Kan. M.24/II ve İş Kan. M.25/II hükümleri gibi "süresiz haklı fesih" ihtimallerini düzenleyen yasa hükümleri, BK m.352/2'de düzenlenen haklı ve haksız fesih kavramları ile farklı bağlam noktalarına ilişkin sayılabilse de, sonuç olarak rekabet yasağı sözleşmesinin hüküm ifade edebilmesi için aranacak "haklılık" ölçütü, feshe bağlanan diğer hukuki sonuçlardaki haklılık ölçütünden daha hafif bir ölçüt olarak algılanmamalıdır.

İş sözleşmesi, BK m.352/2'de tarif edilen şekilde değil de bu haller dışında, yani işçinin istifası veya işverenin haklı feshi ile sonlanmış ise, RYS yürürlüğe girerek hüküm ifade edebilecektir. Bu hallerin tespiti, sözleşmenin hüküm ifade etmeye başlayabilmesi için gerekli olan iş sözleşmesinin sona ermesi şartının, bizatihi sona erme yöntemi ve sebebi bakımından da incelenmesi ile mümkün olacaktır. Bu nedenle, iş sözleşmesinin sona ermesiyle yasağın yürürlüğe girebilmesi için birer ön şart niteliğinde olduğunu düşündüğümüz BK m.352/2'de düzenlenen iki hal ayrıca ele alınmaktadır.

3.1.1. İş sözleşmesinin işveren tarafından işçinin feshi haklı gösterecek bir kusuru nedeniyle feshi

İş sözleşmesi, "işçinin feshi muhik gösterecek bir kusuru yok iken" işveren tarafından haksız yere feshedilmişse, rekabet yasağı yürürlüğe girmeyecektir. Buna göre, işçinin feshi haklı gösteren bir kusuru nedeniyle iş akdinin feshedilmesi halinde RYS yürürlüğe girecektir.

Doktrinde, "feshi haklı gösterecek kusur" kavramının, işverene BK m.344/1 anlamında derhal fesih hakkı veren "*sözleşme ilişkisine devamın taraflardan biri için dürüstlük kuralına göre beklenemez hale gelmesi*"ne[268] [269] eşdeğerde olması gerekmediği ve süreli feshi haklı gösterecek sebeplerin BK m.352/2 anlamında

[268] ENGİN, **İşletme Gerekleri ile Fesih,** s.12

[269] SÜZEK Sarper, **İş Akdini Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması**, Ankara: Kazancı Yayınları, 1976, s.110 vd.

aranan şartı gerçekleştirmeye yeterli olacağı ifade edilmiştir[270]. Doktrinde OĞUZMAN ve SOYER tarafından benimsenen ve İsviçre Federal Mahkemesi'nin de benimsediği ifade edilen[271] bu esasa göre, işverenin, zorlayıcı nedenler[272] olarak kabul edilen ve sözleşmeye devamın çekilmez hale gelmesinin objektif ölçüsü olarak nitelendirilen[273] haller ile, İş Kan. M.18 vd. hükümlerinde düzenlenen süreli fesih hakkının geçerli bir biçimde ortaya çıkmasına elveren hallerde[274], BK m.352/2 çerçevesinde rekabet yasağının yürürlüğe girmesi ve bu yasaktan yararlanma imkânı olacağı kabul edilecektir.

Hakim görüşe göre, yasa lafzına uyularak "işçinin feshi haklı gösteren kusuru olmaksızın" işveren tarafından feshedilmiş iş sözleşmeleri bakımından rekabet yasağının yürürlüğe girmeyeceğinin kabulü halinde, rekabet yasağı sözleşmesinin işçi için yasada öngörülmeyen bir korunma aracı haline geleceği ifade edilmektedir[275]. Bu görüşe göre, BK m.352/2 hükmü ile sağlanmak istenen, yalnızca ortada hiç bir sebep bulunmadığı halde keyfi olarak işten çıkartılan bir işinin rekabet yasağına tabi tutulamamasıdır.

Ancak, kanaatimizce işçinin çalışma ve girişim özgürlüklerinin sınırlandırılması konulu rekabet yasağı sözleşmesinin, işçinin haksız surette istifası veya işverenin haklı feshi dışındaki hallerde yürürlüğe girmesi, hakkaniyete ve normun koruduğu menfaatlere aykırı düşecektir. İş sözleşmesinin feshine bağlanan

---

[270] OĞUZMAN, **Hizmet "İş" Akdinin Feshi**, s.262

[271] SOYER, s.101, dn.165

[272] Bkz. İş Kan. M.25/I, İş Kan. M.25/III

[273] ENGİN, **İşletme Gerekleri ile Fesih**, s.12, Yazar, zorlayıcı nedenlerin ortaya çıkması halinde uygulanacak ve fesih hakkının doğumundan önce beklenmesi gereken askı sürelerini, "*işveren yönünden sözleşmeye devamın çekilmez hale gelmesinin objektif ölçüleri*" olarak nitelemektedir.

[274] ENGİN, **İşletme Gerekleri ile Fesih**, s.32; "*İş Kanunu m.18 vd. hükümlerinin açıklıkla ortaya koyduğu gibi, iş güvencesi sisteminde işverenin süreli fesih hakkı sözleşmenin kurulduğu anda doğmamakta, fesih hakkı ancak geçerli bir nedene bağlı olarak ortaya çıkmaktadır.*" Yazarın sözünü ettiği "geçerli neden", doktrinde kabul edilen görüş çerçevesinde BK m.352/2 anlamında rekabet yasağının yürürlüğe girebilmesi için işverenin fesih nedeni olarak kullanabileceği imkanlardan biridir. Feshin geçerli nedene dayandığının kabul edilebilmesi için, öncelikle ultima ratio ilkesinin uygulanmış olması ve fesihten daha hafif bir çarenin araştırılmış olması aranır. İşverenin RYS'nin yürürlüğe girmesi için kullanabileceği diğer fesih imkanı ise dar anlamda "haklı fesih" olup, işçinin kusuru ile iş akdinin devamının işveren için çekilmez hale gelmesi durumunda gündeme gelebilecektir.

[275] SOYER, s.102

diğer sonuçlar ile rekabet yasağının yürürlüğe girmesindeki "haklı fesih" ölçütü aynı olmalı ve işçi, kontrolü dışındaki etkenler nedeniyle rekabet yasağı gibi kişi haklarını kısıtlayıcı bir borç altına sokulamamalıdır[276]. Bu kanaatimiz, mehaz İBK'nın 1971'de değişikliğe uğrayan metninde yer alan "esaslı neden" kavramının, TBKT ile benimsenmemesi ve tasarı metninde işverenin feshi bakımından "haklı neden"in öngörülmesi ile de desteklenmektedir[277].

Doktrindeki hakim görüşün kabul edilmesi halinde dahi en azından, gerek zorlayıcı nedenler, gerekse süreli feshi geçerli kılacak kimi haller bakımından ikili bir ayrıma gitmekte fayda vardır. Zira uzun süreli kusursuz hastalık gibi beklenmeyen hallerde[278] ve işçinin şahsından değil de işverenden veya işletme gereklerinden[279] kaynaklanan süreli fesih hallerinde rekabet yasağının yürürlüğe girmemesi, işçiyi gözeten yaklaşıma daha uygun düşmektedir.

3.1.2. İş sözleşmesinin işçi tarafından işverenin feshi haklı gösteren bir kusuru olmaksızın feshedilmesi

Borçlar Kanunu m.352/2 ile öngörülen rekabet yasağı sözleşmesinin yürürlük şartlarından bir diğeri de iş sözleşmesinin işçi tarafından haksız surette feshedilmesidir. Buna göre işçi "işverenin feshi haklı gösteren bir kusuru" bulunmaksızın iş sözleşmesini feshetmişse, rekabet yasağı yürürlüğe girecektir. Bu

---

[276] Yargıtay da bu konuda aynı yönde içtihat oluşturmaktadır. Bu doğrultuda, **Yarg. 9. HD'nin 03.04.2007 tr., 2007/913E., 2007/9258K. sayılı ilamında**; "*Davacı işverenin rekabet yasağına aykırılık sebebiyle dava açabilmesi için işçinin kusuru ile haklı nedenle iş sözleşmesini feshetmiş olması gerekir. Somut olayda davacı işveren, davalı işçinin iş sözleşmesinin feshinde işçinin kusuruna dayanmamıştır. Davalının iş sözleşmesinin işçinin yasal hakları ödenmek suretiyle feshedildiği, işverenin de kabulündedir. Böyle olunca, Borçlar Kanunu hükmü (gereği) davacı işverenin rekabet yasağı sözleşmesi sebebiyle tazminat isteğinin reddine karar verilmesi gerekir.*" denilmek suretiyle RYS'nin yürürlüğe girebilmesi bakımından bizim de katıldığımız görüşü benimsemiştir.

[277] Bkz. TBKT m.446/2; "Sözleşme, haklı bir sebep olmaksızın işveren tarafından veya işverene yüklenebilen bir nedenle işçi tarafından feshedilirse, rekabet yasağı sona erer."

[278] OĞUZMAN, **Hizmet "İş" Akdinin Feshi**, s.264

[279] OĞUZMAN, **Hizmet "İş" Akdinin Feshi**, s.264; SOYER, **a.g.e.**, s.104; "*Yasal düzenlemenin sözünden de anlaşılacağı üzere, rasyonalizasyon, personel planlaması, maliyetlerin artması, iktisadi güçlük gibi işletmenin yönetim politikasını ilgilendiren ve işletme rizikosuna dahil bulunan nedenler dolayısıyla akdin işveren tarafından feshinde de işçiyi yasakla bağlı tutmak, hiç şüphesiz ki mümkün bulunmamaktadır.*"

olarak, işçinin iş sözleşmesini haklı bir sebebe dayanmadan veya kendi şahsından kaynaklanan bir sebeple feshetmesi halinde rekabet yasağı akdin feshi ile birlikte yürürlüğe girecektir. Doktrindeki hakim görüş, işçiye bildirimsiz fesih hakkı veren fakat işverenin kusuruna hasredilemeyecek durumlarda[280] dahi işçinin yasakla bağlılığının devam edeceğini savunmaktadır[281]. Ancak burada da, işçinin İş Kan. m.24/III çerçevesinde "işin durması" nedeniyle bildirimsiz fesih hakkını kullanarak iş akdini sonlandırması gibi hallerde işçinin rekabet yasağı ile yükümlü olmaya devam etmesi, işçinin ekonomik geleceğinin hakkaniyete aykırı biçimde tehlikeye düşürülmemesi ilkesine aykırılık teşkil edecektir. Bu bakımdan bir önceki başlıkta işçinin elinde bulunmayan nedenler bakımından öngörülen ikili ayrımın benimsenmesinin daha uygun olacağı kanaatindeyiz.

3.2. Rekabet Yasağı Sözleşmesinin İhlali

Rekabet yasağı sözleşmesi bir kere yürürlüğe girdikten sonra, sözleşme ile işçi ve işveren arasında kurulan tek taraflı veya iki taraflı borç doğuran sözleşmesel ilişki, tarafların sözleşme ile kararlaştırılan edimlerini ifa etmemeleri halinde ihlal edilmiş sayılacaktır. Sözleşmenin asli edimi olduğu kabul edilen "rekabet etmeme", yukarıda birinci bölümde incelendiği üzere şahsi bir yapmama borcuna karşılık gelmektedir.

Sözleşme ile kararlaştırılan koşullar altında, belirli bir süre boyunca, belirli bir yerde ve belirli bir faaliyet konusunda işverenle rekabet etmemeyi taahhüt eden işçi, bu taahhüdünü tanımlanan süre, yer ve faaliyet konusu içinde işverenle rekabet ederek ihlal edebilir. Bu ihtimale karşılık olarak yasa koyucu, BK genel hükümler

[280] Örn. İş Kan. m.24/I ve m.24/III

[281] OĞUZMAN, **Hizmet "İş" Akdinin Feshi**, s.265

çerçevesinde düzenlenmiş bulunan yapmama edimi ve bunun ihlaline ilişkin düzenlemeler karşısında bir özel düzenleme niteliğinde olan BK m.351'i öngörmüştür. Borçlar Kanunu m.351 metni, üç fıkra halinde sözleşmeye aykırılık sonucu işverenin uğrayabileceği zararların giderimi ve aynen ifa ihtimallerini düzenlemiştir. Yasa metninde işverenin karşı edimine ilişkin herhangi bir özel düzenleme öngörülmediğinden, sözleşme ile işverene bir karşı edim yüklenmişse, bunun ihlali ve yaptırımı genel hükümler çerçevesinde değerlendirilecektir.

3.2.1. İşçinin rekabet etmesi

İşçi, RYS ile yapmama borcu altına girmiş olabileceği, kendi adına iş yaparak, bir üçüncü kişi yanında çalışarak veya rakip bir müesseseye ortak veya sair sıfatla alakadar olarak rekabet etmeme edimini, kararlaştırılan süre, yer ve faaliyet konusu kapsamında ifa ederse sözleşmeye riayet etmiş olacaktır[282]. İşçinin sözleşmeye riayet etmemesi hali ise işveren tarafından isteme konu edilmesi durumunda, BK m.351 çerçevesinde iki temel yaptırımla karşılanmaktadır.

Bunlardan ilki, işçinin yasağa muhalefetinden doğan işveren zararını - sözleşmede açıkça kararlaştırılmış olması halinde cezai şartla kuvvetlendirilmiş biçimde - gidermeye yönelik tazminattır. İkinci yaptırım olan aynen ifa (ya da yasanın lafzıyla muhalefetin meni) ise, cezai şart gibi taraflar arasında kararlaştırılmış olması ve ayrıca birtakım özel koşulların gerçekleşmesi halinde istenebilecektir. Takip eden başlıklarda öncelikle işverenin zararlarının giderimine yönelik olan tazminat ve cezai şart, sonrasında ise aynen ifa yaptırımı ele alınacaktır.

---

[282] Bkz. Yuk. Bşl. 2.1. RYS Sözleşmesinin Konusu, Bşl. 2.1.1. İşçinin Borçları; İşçi BK m.348'in ikinci fıkrasında sayılan bu edimleri birbirinden bağımsız ve ayrı olarak, tümüyle veya bir kısmını yükümlenebilecektir. Geçerli bir RYS'nin varlığı kabul edildiğinde, sözleşmenin ifası veya ihlali bakımından işçi tarafından bu sayılanlar arasından hangi edimlerin borçlanıldığının öncelikle tespiti gerekecektir.

3.2.1.1. Tazminat

Borçlar Kanunu m.351'in birinci fıkrası, ilk bakışta BK m.97'nin ikinci fıkrasında düzenlenen "yapmama borçlarına muhalefet" kavramının RYS çerçevesinde yeniden vücut bulmasından ibaret bir düzenleme olarak değerlendirilebilir. Rekabet yasağı sözleşmesi tarafını oluşturan işçinin, sözleşme metninde özel olarak tazminat kararlaştırılmamış olsa dahi işverenin rekabet yasağına muhalefetten kaynaklanan zararlarını gidermesi gerekecektir. BK 97'nin ikinci fıkrası zaten bu imkânı vermekte iken BK m.351/1'in getiriliş amacı ne olabilir? SOYER, bu sorunun cevabını, aynı maddenin 3. Fıkrasında yer alan aynen ifa (muhalefetin meni) imkânının, RYS bakımından özel olarak sınırlandırılmış olmasında bulmaktadır[283].

Oysa ki, BK m.351'in birinci fıkrası hükmüne yasanın bu başlığında tekrar yer verilmesi, takip eden fıkralarda düzenlenen cezai şart ve aynen ifa ihtimallerinin yanında, genel hükümler çerçevesinde tazminat isteminin de caiz olduğunu vurgulamak amacını taşımaktadır. Zira niteliği gereği sözleşme özgürlüğüne sınır getiren BK m.348-352 kapsamında işçinin sorumluluk biçimine ilişkin bir tanım yer almasa idi, yorum yoluyla genişletilemeyecek bir alan söz konusu olduğundan genel hükümlere gidilmesi mümkün olmayacaktı. Buna göre BK m.351'in birinci fıkrasının temel işlevi, kanaatimizce BK m.97'nin ikinci fıkrasında yer alan "yapmama borçlarına muhalefette" tazminat yükümlülüğünü, RYS'nin işçi tarafından ihlalinde uygulanabilir kılmasıdır[284].

---

[283] SOYER, s.85; Yazar, BK m.351/1 kuralının BK m.97/3 hükmünün uygulanması imkanını bertaraf etmek düşüncesiyle yasaya konulduğunu tespit etmiştir. Buna göre BK m.351/3'de ayrıca düzenlenen aynen ifa ihtimali, bu düzenlemeyle getirilen özel şartlar çerçevesinde mümkün olduğu kadar sınırlandırılmak istenmiştir. Ancak, BK m.351/1 olmasa idi dahi, aynen ifa ihtimalinin BK m.351/3 hükmüyle aynı şekilde sınırlandırılabilecek olması bu bakımdan bir çelişki olarak değerlendirilebilir. Zira SOYER bu açıklamasını, BK m.351/1 hükmünün BK m.97/2 hükmü karşısında ne gibi bir farklılık arz ettiğini izah yönünde yapmıştır.

[284] TÜZÜNKAN, s.106; Yazar, doktrinde SOYER tarafından da benimsenmiş olan görüşü savunmuş, ancak diğer taraftan, (bkz. s. 106, dn.1, "*l'art. 351/1 COT renvoie a l'article 97/2 COT*" ifadesiyle,) BK m.351/1'in BK m.97/2'ye gönderme yaptığını ifade etmiştir.

Borçlar Kanunu m.351'in ikinci fıkrasında, RYS ile işverenin uğrayacağı zararların tazminine yönelik olarak bir cezai şart kararlaştırılmış olması ihtimali düzenlenmektedir. Burada da, işçinin ekonomik geleceği ve sözleşmenin zayıf tarafını koruma saikiyle genel hükümlerden farklılaşan bir düzenleme getirilmiştir. Gerek tazminat, gerek aynen ifa istemi ve gerekse cezai şartın varlığı durumunda RYS'nin genel hükümler karşısında arz ettiği özelliklerin tespit edilebilmesi için bu ihtimaller ayrı başlıklarda ele alınmaktadır.

3.2.1.1.1. Cezai şartın yokluğu halinde tazminat istemi

Borçlar Kanunu m.97'nin ikinci fıkrasına benzer biçimde, yasağa rağmen işverenle rekabet eden işçi, BK m.351'in birinci fıkrası çerçevesinde bunun karşılığında işverenin uğradığı zararları gidermekle yükümlüdür. Bu durumda işveren doğrudan doğruya ifayı talep edemez[285]. Tazminat yükümlülüğün doğabilmesi için de öncelikle işverenin zararın tazminini talep etmesi gerekecektir. Taleple birlikte işverenin, geçerli bir RYS ilişkisi bulunduğunu, işçinin bu sözleşme ile getirilen rekabet etmeme borcuna aykırı davrandığını, bu aykırılık nedeniyle kendisinin zarara uğradığını ve (belirli bir miktarda zarara uğradığını iddia ediyorsa) zararın miktarını[286] ispatlaması gerekecektir[287].

İşverenin uğrayabileceği zararın olumlu (müspet) zarar[288] olduğu, bunun fiili zarar (*damnum emergens*) ve kazanç kaybı (*lucrum cessans*) şeklinde ortaya çıkabileceği ifade edilir[289] [290]. Olumsuz zarar (menfi zarar) ise, pratikte RYS

---

[285] TUNÇOMAĞ, s.528; Yazar bu durumda BK m.97/3'ün uygulanmayacağını belirtmektedir. (Bkz. s.528, dn.1)

[286] İşveren uğradığı zararın miktarını tam olarak ispat edemezse, BK m.98/2'nin atfıyla uygulanacak haksız fiil esaslarından BK m.42/2 çerçevesinde Yargıç zarar miktarını adalete göre takdir edecektir.

[287] TÜZÜNKAN, s.106

[288] KARAHASAN Mustafa Reşit, **Sorumluluk Hukuku 2. Kitap Sözleşmeden Doğan Sorumluluk**, İstanbul: Beta Yayınları, 1996, s.949 vd.; Yazar olumlu zararı, "*Alacaklının malvarlığının, borcun yerine getirilmesi sonucu ulaşacağı durum ile borcun yerine getirilmemesinden ötürü göstereceği durum arasındaki fark*" olarak tanımlamaktadır.

[289] SOYER, s.78

bakımından uygulama alanı bulması hayli güç bir kavramdır. Zira olumsuz zarar, "*hüküm ifade ettiğine güvenilen bir akdin hüküm ifade etmemesi veya in'ikad edeceğine güvenilen bir akdin in'ikad etmemesi yüzünden uğranılan zarar*"[291] olduğundan, RYS'nin ihlali veya hükümsüz kalması durumunda olumsuz (*menfi*) zararın tazmini gündeme gelemeyecektir. İşveren, işçiyle imzaladığı ve işçinin riayet edeceğine inandığı RYS'ne güvenerek ona RYS olmasa idi açmayacağı iş sırlarını ve müşteri çevresi bilgilerini müsait kılmakta ise de, iş akdinin sonlanması ile rekabet unsuru teşkil eden bu durum, işçinin rekabet etmesi ile işveren bakımından "sözleşme yapılmamış olsa idi" arz edecek durumla hali hazırdaki durum arasındaki olumsuz farkı talep edebilme imkânı veremez[292]. Çünkü olumsuz zarar, sözleşmenin hüküm ifade etmemesi üzerine sözleşmeden dönme ihtimalini karşılamaktadır.

Rekabet etmeme edimi bir yapmama borcu olduğundan ve sözleşmenin hüküm ifade etmesi için işçinin aktif bir davranışı gerekli olmadığından, ancak sözleşmenin ihlalinden, borcun ifa edilmemesinden veya ifanın imkansızlığından söz edilebilecektir. Örneğin, RYS tarafı olan bir yönetici asistanına, işveren tarafından (rekabet yasağına güvenilerek) tüm müşteri bilgilerinin müsait kılınmış olması halinde, yönetici asistanının istifa ederek müşteri bilgilerini rakip işletmede kullanması ve işvereni bu yolla kazanç kaybı veya fiili zarara uğratması üzerine işveren, RYS imzalanmamış olsa idi arz edecek durumla fiili durum arasındaki farkın tazminini isteyemez[293].

Rekabet yasağı sözleşmesi bakımından olumlu zarar bağlamında fiili zarar, işçinin rekabet etmesi sonucu işverenin malvarlığının aktifinde bir azalma veya pasifinde bir artma meydana gelmesiyle söz konusu olacaktır. Bu hale örnek olarak, bir reklam şirketinde editör olarak çalışan işçinin işten ayrıldıktan sonra rakip bir

---

[290] TUNÇOMAĞ, s.528, Yazar kavramsal olarak farklı bir yaklaşım benimseyerek, kazanç kaybını "olumsuz (menfi) zarar" olarak nitelendirmekte ve aynı zamanda RYS çerçevesinde meydana gelebilecek zararların kural olarak kazanç kaybından ibaret olduğunu, kimi istisnai hallerde fiili zararın (yazarın benimsediği terminolojide "olumlu zararın") meydana gelebileceğini ifade etmektedir.

[291] OĞUZMAN / ÖZ, **Borçlar Genel**, s.239 vd.

[292] TÜZÜNKAN, s.107; Yazar olumsuz zararın istenebileceği görüşündedir.

[293] Bu durumda iş sahibinin menfi zararlarının tazminini talep etmesi durumunda, Yargıcın onun istemiyle bağlı olup olmayacağı ve menfi zararın tazmini talep edilmiş ise dahi müspet zarara hükmedilip hükmedilemeyeceği tartışmalıdır.

firmada işe girerek, eski işverenine ait olmakla birlikte henüz kamuya sunulmamış bir reklam stratejisini, bir metni veya bir sloganı yeni işinde kullanması gösterilebilir. Eski işveren, malvarlığının aktifinde bir değer olarak duran fikri mülkiyet unsurunu işçinin rekabet yasağını ihlali sonucu kaybetmiş olacak ve/veya kaybedilen unsurlara benzer ve eşdeğer unsurları yeniden üretmesi gerekeceğinden malvarlığının pasifinde bir artış meydana gelecektir[294].

Olumlu zarar bağlamında kazanç kaybı (*lucrum cessans*) ise, işçinin rekabet etmesi sonucu işverenin malvarlığının aktifinde çoğalma veya pasifinde azalma olanağını yitirmesi demektir. Pazarlama sorumlusu olarak çalışmakta olduğu şirketten ayrıldıktan sonra, aynı bölgede ve konuda faaliyet gösteren başka bir şirkette benzer bir göreve getirilen RYS tarafı işçinin, önceki işvereni yanında çalışırken edindiği potansiyel müşteri verilerini kullanarak yeni işverenine müşteri kazandırması halinde, eski işveren kazanç kaybına uğrayacaktır. Bu durumda, eski işveren potansiyel müşterileri kaybetmiş olmakla, ileride edinmesi muhtemel ticari kazançtan mahrum kalmış olacak, aynı zamanda bu müşterileri kazanmış olsa idi pazarlama bölümündeki faaliyeti bir süreliğine durdurup masrafları azaltması ve dolayısıyla malvarlığının pasifindeki potansiyel azalma engellenmiş sayılabilecektir[295].

İşveren tarafından RYS tarafı işçiden istenen tazminatın kaynağı olan zarar, işçinin yasağa aykırılığından doğmuş olmalıdır. Bu durumda sözleşmeyi ihlal eden işçi, BK m.96 çerçevesinde rekabet yasağını ihlalde kusurlu olmadığını ispatladığı oranda sorumluluktan kurtulabilecektir[296]. Diğer taraftan, işçinin zarar ile sözleşmeye

---

[294] Bu örnekte olduğu gibi, çoğu kez işçi tarafından götürülen fikri mülkiyet unsurları, aynı zamanda müşteri çevresini kaydırabilecek bir potansiyel taşıyacaktır.

[295] Fiili zarar veya kazanç kaybı şeklinde meydana gelebilecek zararların malvarlığının hem aktifine hem de pasifine etki etmeleri zorunlu değildir. Fiili zararın yalnızca aktifte azalma veya pasifte artma şeklinde ortaya çıkması ve kazanç kaybının da yalnızca aktifteki artış imkânının veya pasifte azalma imkânının ortadan kaldırılması şeklinde tezahür etmesi daha olasıdır.

[296] TUNÇOMAĞ, s.528, Yazar işçinin rekabet yasağına aykırı davranışta kusurlu bulunmaması ihtimalinin çok seyrek bazı durumlarda gerçekleşebileceğini ifade etmiştir. Yazar bu hallere, "*işçinin miras yoluyla kazandığı rakip işletmeyi devretmesi için yapılmış bir öneriyi kusuru olmadan (bir yanlış anlama sonucu) reddetmesi*" halini göstermiştir. Ancak kanaatimizce bu halde işçinin rekabet yasağını ihlal ettiği sonucuna varılması kolay değildir. Zira BK m.348/2 metninde sınırlı biçimde belirlenmiş "kendi adına rekabet etmeme", "rakip işveren yanında işe girmeme", "ortak ve sair sıfatla alakadar olmama" edimlerini ihlal için işçinin aktif olarak bir hukuki işlem yapması gerekmektedir. Zira bir yapmama borcu niteliğindeki rekabet yasağının, işçiye bir rakip işletmenin miras kalması halinde ihlal edileceğini kabul etmek, işçinin elinde olmayan nedenleri onun sorumluluğuna

aykırılık arasındaki illiyet bağına ve bizatihi zararın mevcudiyetine ve miktarına dair savunmaları da, ispatlandığı ölçüde onu sorumluluktan kurtarabilecektir.

Tazminatın belirlenmesi, özellikle RYS ile herhangi bir cezai şart kararlaştırılmadığı durumlarda, BK m.98/1 hükmü ve BK m.98/2 atfı gereği uygulama alanı bulacak zarar miktarının belirlenmesi ve indirilmesine ilişkin haksız fiil esasları[297] çerçevesinde Yargıcın takdir yetkisi içindedir. Bu durumda rekabet yasağını ihlal eden işçi, sözleşmeye aykırılıkta kusuru bulunmadığını ispat edemese dahi, zararın tümünden değil de takdir olunacak tutardan sorumlu olacaktır.

3.2.1.1.2. Cezai şart kararlaştırılması halinde

İşçi tarafından rekabet yasağına aykırı davranılması halinde işverenin "hissolunabilir bir zarara" uğrayacak olması, yukarıda ikinci bölümde incelendiği üzere RYS'nin geçerlilik şartıdır. Ancak, bu zararın tazmini gündeme geldiğinde, hissolunabilir zarar her zaman kolaylıkla ispat edilebilir ve miktarı tayin edilebilir bir zarar olmayacaktır. Zira müşteri çevresi kaybı, itibar kaybı veya iş sırlarının rakip işletmelerce öğrenilmesi gibi haller, çoğu kez malvarlığının belirsiz bir biçimde değer yitirmesine yol açacaktır.

3.2.1.1.3. Cezai şart ve rekabet yasağı sözleşmesi

İşvereni zararın varlığı ve miktarını ispat yükünden kurtarmak[298] ve aynı zamanda işçinin yasağa uymasını sağlayacak bir caydırıcılık unsuru tesis etmek işlevleri, RYS bünyesinde kararlaştırılabilecek bir cezai şart ile sağlanabilecektir.

---

bağlayarak hakkaniyete uygun olmayan bir sonuca götürebilecektir. Kanaatimizce bu durumda, olsa olsa işçinin rekabet etmeme ediminin kusursuz imkansızlık nedeniyle sukut ettiği kabul edilmelidir. Zira RYS çerçevesinde kararlaştırılabilecek "rekabet etmeme" edimlerinin niteliği gereği, işçiye "miras kalan işletmeyi devretme" gibi olumlu bir edim de yüklenememelidir.

[297] Bkz. BK. m.43, BK m.44

[298] OĞUZMAN / ÖZ, **Borçlar Genel**, s.897; "*Borcunu ifa etmeyen veya borca aykırı şekilde ifa eden borçlu alacaklının zararını tazmin ile yükümlüdür (BK m.96). Bunun için alacaklı zararını ispat zorundadır. Bu durumla karşılaşmak istemeyen alacaklılar, zararı ispat şartına bağlı olmayan bir müeyyideyi sözleşme ile borçluya kabul ettirebilirlerse kendilerini daha emniyette hissederler.*"

Temel bir edimin ifa edilmemesine bağlanan cezai şart, asıl borca bağlı bir yan borç niteliğindedir[299]. Hem tarafların uygun irade beyanları ile kararlaştırdıkları sözleşme olan "ceza kaydı" (ceza taahhüdü), hem de bu sözleşmenin edimi olan "sözleşme cezası" yasal düzlemde cezai şart olarak adlandırılmaktadır[300].

Genel hükümlerde BK m.158-161 çerçevesinde düzenlenmiş bulunan cezai şart, "*alacaklının ifayı elde edebilmek için borçluya karşı kullanabileceği bir baskı aracı*"[301] olarak değerlendirilmektedir. Buna göre cezai şartın temelde bir tazmin aracı değil, sözleşmeden doğan borcun ifasını sağlama ve asıl alacağı kuvvetlendirme aracı olduğu söylenebilir[302].

Borçlar Kanunu m.158 çerçevesinde ifa yerine istenebilecek (seçimlik) [303] ve ifa ile birlikte istenebilecek (ifaya eklenen) [304] iki türlü sözleşme cezası olduğu tespit edilir[305]. Borçlar Kanunu m.158/3 metni ise, esasen bir cezai şart değil de bir "*pişmanlık akçesi*"[306] olarak nitelendirilebilecek olan dönme cezasını (veya ifayı engelleyen cezai şartı) düzenlemektedir[307]. Rekabet yasağı sözleşmesi çerçevesinde cezai şarta bağlanabilecek temel edim olan "rekabet etmeme", sürekli bir borç ve bir yapmama borcu olduğuna göre, kural olarak BK m.158/2'den kaynaklanan, "*akdin*

---

[299] ERDEM Mehmet, **La Clause Pénale, Etude Comparative de Droit Suisse et de Droit Turc**, Ankara 2006, s.9

[300] OĞUZMAN / ÖZ, **Borçlar Genel**, s.898 vd.; Yazar, cezai şartın ek (yan) sözleşme ve yan edim anlamları arasındaki farklın, taraflar arasındaki anlaşmanın ceza kaydı (cezai şart), bununla ödenmesi kararlaştırılan ceza tutarının da "sözleşme cezası" olarak adlandırılması ile ortaya konulduğunu göstermiştir.

[301] GÜNAY Cevdet İlhan, **Cezai Şart (BK m.158-161)**, Ankara: Turhan Kitabevi, 2002, s.4

[302] EREN, **Borçlar Genel**, s.1133

[303] Bkz. BK m.158/1; "Akdin icra edilmemesi veya natamam olarak icrası halinde tediye edilmek üzere cezai şart kabul edilmiş ise, hilâfına mukavele olmadıkça, alacaklı ancak ya akdin icrasını veya cezanın tediyesini isteyebilir."

[304] Bkz. BK m.158/2; "Akdin muayyen zamanda veya meşrut mahalde icra edilmemesi halinde tediye olunmak üzere cezai şart kabul edilmiş ise, alacaklı hem akdin icrasını hem meşrut cezanın tediyesini talep edebilir. Meğer ki alacaklı bu hakkından sarahaten feragat etmiş veya kayıt dermeyan etmeksizin edayı kabul eylemiş olsun."

[305] OĞUZMAN / ÖZ, **Borçlar Genel**, s.904-907

[306] EREN, s.1138

[307] Bkz. BK m.158/3; "Borçlunun cezai şartı tediye ile akitten rücu etmek hakkını ispat edebilmek salâhiyeti mahfuzdur."

muayyen zamanda veya meşrut mahalde icra edilmemesi halinde tediye olunmak üzere" kararlaştırılmış ifaya eklenen bir sözleşme cezasından söz edilemeyecektir. Bu bakımdan genel hükümler çerçevesinde ve kural olarak, RYS bakımından yalnızca ifa yerine (seçimlik) cezai şarttan söz edebilmek gerekecekti. Ancak RYS'ne ilişkin yasal düzenlemede, cezai şarta ilişkin olarak getirilen BK m.351/2 hükmü genel kuraldan ayrılmış görünmektedir.

Cezai şartın RYS bakımından özel olarak düzenlendiği BK m.351/2 hükmü[308] gereği, yukarıda söz edilen seçimlik cezai şart yerine, işçiye tanınan bir seçim hakkından bahsedilebilecektir. Zira gerek rekabet etmeme ediminin niteliği gereği ve gerek edimin ilgili bulunduğu kişi hak ve hürriyetlerinin arz ettiği özellikler nedeniyle, işçiyi aynen ifaya zorlamak BK m.351/3'de sayılan istisnai haller haricinde mümkün olamamalıdır. Bu halde, BK m.351/2'nin, bir önceki paragrafta değinilen dönme cezası veya pişmanlık akçesi olarak tarif edilebilecek bir norma yaklaştığı saptanır[309]. Zira işverenin ifa veya cezai şartın ödenmesi yönünde bir seçim hakkı bulunmayıp, işçinin doğrudan doğruya cezai şart tutarını ödeyerek yasaktan kurtulması, kural olarak mümkün kılınmıştır. Borçlar Kanunu m.158/3 çerçevesinde tarif edilen dönme cezasından farklı olarak, bu kez işçinin böyle bir imkânı bulunduğu karine olarak kabul edilmiş ve BK m.158/3 çerçevesinde borçlu aleyhine kabul edilen "şartın ifayı engelleyen şart olmadığı" karinesi BK m.351/2 ile tersine çevrilerek, işveren aleyhine "şartın ifayı engelleyen şart olduğu" karinesine çevrilmiştir[310].

Ancak pişmanlık akçesi veya inhisari cezai şart kavramlarından farklı olarak, BK m.351/2 esası çerçevesinde, işçinin kararlaştırılan cezai şart tutarını aşan zararları da ödemesi gerekecektir. Oysa ki, dönme cezası veya ifayı engelleyen cezai

---

[308] Bkz. BK m.351/2; "Memnuiyete muhalif hareket hakkında cezai şart konulmuş ise işçi, kaideten meşrut ceza miktarını tediye ile memnuiyetten kurtulabilir. Fakat zarar bu miktarı mütecaviz ise, fazlasını da tazmin ile mükellef olur."

[309] SOYER, s.80; Yazar bu kavramı, "*inhisari cezai şart*" olarak tanımlamaktadır.

[310] SEROZAN Rona, **Sözleşmeden Dönme**, 2. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, s.217; Yazar bunun aynı zamanda bir fesih akçası olduğunu, şu şekilde savunmaktadır; "*Yasa koyucusu, her nasılsa BY mad. 351 II'de işçi-borçlu yararına bu kuralı baş aşağı çevirmiş ve kuşku durumunda akçanın hem "sözleşme cezası" hem "fesih akçası" sayılacağını kabul etmiştir. İmdi, BY mad.351 II çerçevesinde, işçinin rekabet yasağına aykırı davranışları için bir "sözleşme cezası" öngörülmüşse, "işçi kaideten meşrut ceza miktarını tediye ile memnuiyetten kurtulabilecek" eşdeyişle, rekabet yasağı sözleşmesini feshedebilecektir.*"

şart olarak tarif edilen ilişkiyi düzenleyen BK m.158/3 hükmü, genel hükümler çerçevesinde böyle bir şartın mevcudiyeti durumunda –özel olarak kararlaştırılmamışsa- borçlunun sözleşmeden kurtulabilmek için cezai şart tutarını aşan zararların ödenmesini öngörmemektedir. Genel hükümler çerçevesinde istisna olan bir durum, RYS bakımından BK m.351/2 esası ile kural kabul edilmiş olduğundan, aksi kararlaştırılmamış ise cezai şart tutarını aşan zararların da ödenmesi gerekecektir. Bu durumda, rekabet yasağı sözleşmesi bakımından, sözleşmenin özel nitelikleri dikkate alınarak kendine has bir cezai şart veya dönme cezası kuralı benimsenmiş olduğu söylenebilir.

Doktrinde SEROZAN tarafından rekabet yasağındaki cezai şart bakımından şu tespitler yapılmıştır; " *Bazan sözleşenler, "dönme akçası" ile "sözleşme cezası"nı, bu değişik görevli iki akçayı birleştirir, kaynaştırırlar. Öyle ki, bir "akça"ya, hem sözleşmeden dönmenin bedelini oluşturacak bir "dönme akçası" hem de sözleşme yükümlerine aykırılığın bedelini oluşturacak bir "sözleşme cezası" niteliği kazandırırlar. Böylesi çifte görevli, iki başlı bir karmaşık akçanın sözleşenlerce öngörülmüş bulunması durumunda, borçlunun, sözleşmeye aykırılık olasılığında yitireceği bir akçayı gözden çıkararak, sözleşmeden dönme hakkı vardır. BY mad. 351 II kuralı, rekabet yasağı sözleşmesinin borçlusu işçi yararına böyle bir "seçimlik, dönüştürülebilir akça"yı açıkça öngörmüş ve "fesih akçası" ile "sözleşme cezası"nı bileştirmiş bulunmaktadır*"[311].

Rekabet yasağı sözleşmesine bağlı cezai şarta ilişkin yasal düzenlemenin arz ettiği özellik, BK m. 351/2 kuralının cezai şarta ilişkin temel kalıplara uymamasından kaynaklanmaktadır. Bu durumda, BK m.351/2'nin ilk cümlesinde bir dönme akçası olarak tanımlanan cezai şartın, ikinci cümleyle, "karine olarak" ifaya eklenen cezai şarta dönüştürüldüğü de söylenebilecektir. Bu ikilem, ortada sözleşmenin ihlali ve buna bağlı bir zarar yok iken, rekabet yasağı sözleşmesini hükümsüz kılarak işverenle rekabet etmek düşüncesinde olan işçinin, cezai şartı ödeyerek yasak süresince yasakla bağlı olmaktan ileriye dönük olarak kurtulup kurtulamayacağı sorusunun cevaplandırılmasıyla daha net bir biçimde ortaya konulabilir.

---

[311] SEROZAN, s.221

Cezai şartın ödenmesinden sonra - fakat önceden kararlaştırılan RYS süresi henüz dolmadan önce - işçinin rekabet etmesi sonucu meydana gelecek zararlar, kanaatimizce esasen RYS ortadan kalkmış sayılamayacağı için BK m.351/2 çerçevesinde işçiden talep olunabilmelidir. Zira BK m.351/2'nin "*Fakat zarar bu miktarı mütecaviz ise, fazlasını da tazmin ile mükellef olur*" şeklinde kaleme alınmış bulunan ikinci cümlesi karşısında bunun aksi bir sonuç benimsemek mümkün olamamaktadır. Zira aksinin kabulü halinde, aşan zararların ayrıca işçi tarafından tazmin edileceğine ilişkin yasal düzenlemenin bir anlamı kalmayacaktır. Borçlar Kanunu m.351/2'nin birinci cümlesinin anlamı, ancak cezai şart miktarına kadar olan zararlar bakımından işçiden (özel olarak kararlaştırılmış olsa dahi) BK m.351/3 çerçevesinde aynen ifanın istenememesi durumunda ortaya çıkabilir.

Cezai şartın işçi tarafından peşin olarak ödenmesi, BK m.351/2 karşısında, tarif edildiği şekliyle bir fesih etkisi yaratmayacak veya rekabet yasağı süresi boyunca sözleşmeyi hükümsüz kılmayacak ise de, işçinin işveren ile anlaşarak cezai şartın ödenmesi halinde rekabet yasağının sona ereceğini kararlaştırmış olmaları veya ödeme sırasında rekabet yasağı sözleşmesini karşılıklı olarak sonlandırmaları her zaman mümkündür. Cezai şart tutarını aşan zararların tazmini yükümlülüğünün BK m.158/3 hükmünden ayrılarak RYS bakımından kural haline getirilmiş olması, kanaatimizce yasa koyucunun RYS ile işverene tanınan korumanın etkinliğini sağlamayı hedeflendiğinin bir göstergesidir.

3.2.1.1.4 Cezai şartın miktarı

Rekabet yasağı sözleşmesi bakımından cezai şartın miktarına veya Yargıç tarafından indirilmesine ilişkin herhangi bir özel hüküm öngörülmemiştir. Bu durumda, RYS çerçevesinde kararlaştırılan cezai şartın miktarına ilişkin tartışma, genel hükümler ve özel olarak BK m.161 ışığında yapılmalıdır. Genel hükümler çerçevesinde bu konu, kural olarak taraf iradelerini belirleyici sayan BK m.161/1

hükmü[312] karşısında, BK m.161/3[313] ile fahiş cezai şarta Yargıç müdahalesi ikileminde çözümlenmektedir[314].

Gerçekten de RYS'nin Yargıç tarafından sınırlandırılması düşüncesine paralel olarak, 'işçinin ekonomik geleceğinin hakkaniyete aykırı biçimde tehlikeye düşmemesi', cezai şart bakımından ayrıca ve özellikle gözetilmelidir[315]. Bu durumda özellikle işveren tarafından ödenebilecek karşı edim tutarı ve rekabet yasağının derinliği[316] de dikkate alınarak, cezai şart ile işçi üzerinde yaratılan baskının, işverenin karşı edimi ve korunmaya değer menfaatleri ile örtüşüp örtüşmediği tahlil edilmelidir. Hakkaniyet ölçütü ve tarafların korunmaya değer menfaatlerinin tartılması sonucunda cezai şart "fahiş" bulunursa, miktarı Yargıç tarafından hakkaniyete uygun bir düzeye indirilecektir.

Diğer taraftan, BK m.159/2 çerçevesinde borçlunun kusursuzluğu halinde cezai şart tutarını aşan zararların istenemeyeceği yönündeki kuralın, BK m.351/2 ile RYS bakımından bertaraf edilip edilmediği sorusu doğmaktadır. Zira BK m.351/2, cezai şart ödemekle yükümlü olacak işçinin zarardaki kusurunu tartışmaya imkân vermeksizin, aşan zararların da tazmin edilmesi gerektiğini vazeder niteliktedir. Buna karşın, gerek yasal düzenlemenin lafzının rekabet yasağı sözleşmesindeki cezai şarta ilişkin tüm unsurları düzenlemekten ziyade, cezai şartın kendine has niteliğini belirleyerek geri kalan hususlarda genel hükümlere (zımni olarak) atıfta

---

[312] Bkz. BK m. 161/1; "Akitler, cezanın miktarını tayinde serbesttirler."

[313] Bkz. BK m.161/3; "Hâkim, fahiş gördüğü cezaları tenkis ile mükelleftir."

[314] OĞUZMAN / ÖZ, **Borçlar Hukuku,** , s.911; "*Sözleşme cezası tutarının ne zaman aşırı sayılacağı ve ne miktara indirileceğini hakim tayin edecekse de, bu değerlendirmeyi yaparken olayın bütün özelliklerini adalet ve hakkaniyet çerçevesinde değerlendirecektir. Özellikle alacaklının edimi elde etmedeki menfaatini, borçlunun davranışını, tarafların ekonomik durumunu göz önünde tutmalıdır.*" Ayrıca bkz. Soyer, a.g.e., s.82; Yazar, hakimin cezai şart tutarını tenkis etmesi ile, RYS'ne ilişkin yasal düzenlemeye uygun olarak işçinin iktisadi geleceğinin korunmuş olacağını ifade etmektedir. Bu yaklaşım, "*olayın bütün özelliklerinin adalet ve hakkaniyet çerçevesinde değerlendirilmesi*" gerekliliğine uygundur.

[315] KARAGÖZ Veli, **İş Sözleşmesinde Cezai Şart**, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2006, s.247

[316] Rekabet yasağı sözleşmesinin derinliği ile kastedilen, sözleşme ile getirilen rekabet yasağının faaliyet alanı, süre ve coğrafi alan bakımından bir bütün olarak işçinin ekonomik geleceğine etkilerinin derecesidir. Cezai şarttan bağımsız olarak değerlendirildiğinde geçerli veya bağlayıcı sayılabilecek bir rekabet yasağı, cezai şart gündeme geldiğinde bir kez daha, ancak bu kez yasağın bağlayıcılığı yönünden değil fakat cezai şartın adaletli olup olmadığı yönünden incelenecektir. Yasağın arz ettiği derinliğin, onun geçerli veya bağlayıcı sayılmasını engellememiş olması, cezai şartın tenkis edilmeyeceği anlamına gelmemelidir.

bulunması[317], gerekse rekabet yasağı sözleşmesine ilişkin düzenlemelerin bir bütün olarak işçiyi korumaya yönelik hükümler olması[318] nedeniyle, aşan zararlar bakımından BK m.159/2 çerçevesinde işçinin kusuru aranmalıdır.

Yargıcın cezai şart tutarını indirme konusunda taleple bağlı olup olmadığı da doktrinde tartışmalı bir konudur[319]. Bu konu ele alınırken, öncelikle BK m.161/3'ün "*Hâkim, fahiş gördüğü cezaları tenkis ile mükelleftir*" şeklinde kaleme alınmış lafzı dikkate alınmalıdır. Yasanın lafzında açıkça ifade edildiği üzere, aşırı sözleşme cezasının indirilmesi bakımından Yargıca bir "mükellefiyet" getirilmiştir. Yargıç, somut olayın özelliklerine göre uygulayacağı hakkaniyet ölçütünde aşırı olarak değerlendireceği ceza tutarını, tıpkı BK m.349 ile Yargıca verilen sınırlandırma görevinde olduğu gibi, sınırlandırarak aşağı çekmekle görevlidir. Dolayısıyla sözleşme cezasının indirilmesi Yargıç tarafından re'sen ele alınacak bir hususdur[320].

Rekabet yasağı sözleşmesi bakımından aşırılığın tespiti ise, rekabet yasağının derinliği, işverenin karşı edimi, işçinin ekonomik durumu ve işçinin ekonomik geleceğinin hakkaniyete aykırı biçimde tehlikeye girmesi gibi somut olayın özellikleri doğrultusunda işçi perspektifinden ele alınacak faktörler ile, işverenin menfaatinin cezai şart tutarı karşısında korunmaya değer bir menfaat olup olmadığı ve işverenin işçinin rekabet yasağını ihlali ile uğrayabileceği zararın derecesi gibi işveren perspektifinden ele alınacak faktörlerin bir bütün olarak değerlendirilmesini gerektirir. Ancak bu yaklaşım ile rekabet yasağı sözleşmesine ilişkin yasal

---

[317] TUNÇOMAĞ, s. 529, Yazar, cezai şartla ilgili genel hükümlerden birini koyan BK m.159/2'nin uygulanması gerektiğini savunmaktadır.

[318] SEROZAN, s. 227, dn.58; "*BY mad. 351 II'nin istisnai kuralına göre ise, borçlu-işçi, işverenin, kararlaştırılmış akça tutarını aşan zararını da gidermekle yükümlüdür. Her ne kadar, BY mad. 351 II kuralında, işçinin bu zarar-giderim ödeme yükümü bakımından, zarar vermede kusuru bulunması gereğine işaret edilmemişse de, BY mad. 159 II kuralındaki gibi, onun kusurunu, sorumluluğunun şartı kılmak, her şeyden önce, bizatihi BY mad. 351 II kuralının işçiyi himaye amacının bir gereği olur.*"

[319] OĞUZMAN / ÖZ, **Borçlar Hukuku**, s.912; "*Bir görüşe göre, hakim aşırı ceza tutarını sadece borçlunun talebi üzerine indirebilir. Diğer görüş bakımından, hakim, aşırı cezayı önüne gelen davada hiçbir talep olmadan kendiliğinden indirmekle yükümlüdür.*"

[320] Yarg. HGK'nun 22.09.2008 tr. 2008/9-517E., 2008/566K. Sayılı ilamında, RYS'nde kararlaştırılan cezai şartın istenebilmesi için işverenin uğramış olduğu zararın miktarının, cezai şartın indirilmesinde dikkate alınması gerektiğine hükmedilmiştir. http://kazanci.com.tr, (erişim tarihi 31.01.2009)
Yarg. 9.HD 29.5.1997 tr. 1997/6252E., 1997/10506K. Sayılı ilamında da, fahiş görülen cezai şart miktarının BK m.161/son hükmünce indirilerek, hakkaniyete uygun bir miktara çekilmesi gerektiğine hükmedilmiştir. http://kazanci.com.tr, (erişim tarihi 29.11.2008)

düzenlemelerin ve BK m.349 çerçevesinde kabul edilmiş "işçinin ekonomik geleceğinin hakkaniyete aykırı biçimde tehlikeye düşürülmemesi" esası ile bütünlük arz eden bir sonuca ulaşılabilir.

3.2.1.2. Aynen ifa istemi

Genel hükümler çerçevesinde, yapmama borcu yüklenmiş olan borçlunun bu edimi yerine getirmemesi ve yapmaması gereken şeyi yapması halinde aynen ifa veya muhalefetin meni ihtimalini düzenlenmemiştir. Ancak yapılmaması gereken şeyin yapılmasından doğacak zararın tazmini imkânı tanınmıştır [321]. Zira yapmama borçlarının cebri icraya konu edilmesi kural olarak mümkün olmadığı gibi, bu borçlara aykırılığın bir imkânsızlık yaratacağı tespit olunmaktadır[322]. Doktrinde SOYER tarafından savunulan görüşün[323] aksine, BK m.97/3 hükmü, kanaatimizce yapmama borçlarında sözleşmeye aykırı durumun sona erdirilmesine değil fakat, sözleşmeye aykırılığın sonuçlarının (mümkünse) ortadan kaldırılmasına (ref) ilişkindir[324].

Buna karşın, yapmama borcu, rekabet yasağı sözleşmesindeki rekabet etmeme borcu gibi devamlılık arz eden bir nitelik taşıyorsa ve borçlunun her borca aykırı davranışı, aykırılığın devam ederek kalıcı hale gelmesi tehlikesini doğuruyorsa, BK m.97/3 hükmü çerçevesinde ihlalin giderilmesinin istenebileceği ifade edilmiştir[325]. Ancak kanaatimizce, devamlılık arz eden rekabet etmeme

---

[321] Bkz. BK m.97/2; *"Bir şeyin yapılmamasına taallûk eyleyen borca muhalif surette hareket eden kimse mücerret muhalefet ile zarar ve ziyan tediyesine mecburdur."*

[322] OĞUZMAN / ÖZ, **Borçlar Hukuku**, s.302; "*Yapmama borçlarına aykırı davranış, ... esas itibariyle bir imkansızlık yaratır. Mesela bir imalat sırrını açıklamama borcu altındaki kimse, bu sırrı açıkladığı anda artık açıklamama borcu imkansızlaşmış olur.*"

[323] SOYER, s.85; Yazar, borçlunun bir menfi edim üstlenmiş olduğu hallerde, alacaklının BK m.97/3'ün birinci cümlesi çerçevesinde aykırı durumun sona erdirilmesini isteme imkanına sahip bulunduğunu savunmaktadır.

[324] Bkz. BK m.97/3; "*Bundan başka alacaklı taahhüde muhalif olarak yapılan şeyin ref'ini isteyebilir. Alacaklı, masrafları borçluya ait olmak üzere, kendisi tarafından ref'a izin verilmesini de isteyebilir.*"

[325] OĞUZMAN / ÖZ, **Borçlar Hukuku**, , s.335, s.376-377, Ayrıca Bkz. s.302 (Yuk. 299 nolu dipnotta yapılan alıntının devamında); "*Mamafih bazen yapmama borcu devamlı bir şekilde borçlanılmıştır. Mesela beş yıl süre ile rekabet etmeme borcu yüklenilmiş ise durum böyledir. Bu borca her aykırı davranış, bu borcun müsbet ihlalini teşkil eder.*"

ediminde dahi ihlalin giderilmesi (genel hükümler çerçevesinde) ancak tazminat yolu ile olabilecektir. Zira borç devamlılık arz etse dahi, bir kişiyi sözleşmesel yükümlülükleri nedeniyle cebri icra yoluyla belirli bir menfi davranış biçimine yöneltmek kişi hak ve hürriyetleri ile bağdaşmayacaktır. Rekabet yasağına uymayan işçi hakkında bu yasağa uymasını sağlamak amacıyla BK m.97 çerçevesinde genel hükümlere başvurma imkânı (kanaatimizce) bulunmamakla birlikte, özel hüküm niteliğindeki BK m.351/3,[326] alacaklıya bu imkânı belirli koşulların varlığı ile halinde tanımaktadır[327].

Bu koşullardan ilki, RYS kapsamında işçinin rekabet yasağını ihlal sonucunda "ihlalin durdurulması" istemine muhatap olabileceğinin kararlaştırılmış olması, diğer bir deyişle işçinin işveren tarafından yöneltilecek olan "ihlalin durdurulması" (muhalefetin meni) yönündeki talebe uyacağını taahhüt etmiş olmasıdır. Bu kararlaştırma veya taahhüt, RYS kapsamında veya ekinde yazılı olarak düzenlenmiş olmalıdır.

Rekabet yasağı sözleşmesinin tabi olduğu şekil ve ehliyete ilişkin geçerlilik şartlarını taşımayan bir aynen ifa taahhüdü, hukuken sonuç doğurmayacaktır. Bunun yanında, rekabet yasağı sözleşmesinin herhangi bir nedenle geçersiz sayılması durumunda, aynen ifa taahhüdünün de geçersiz sayılması gerekeceği açıktır. İşçinin rekabet yasağını ihlal etmesi durumunda, işverenin talebi üzerine ihlali durdurmaya ilişkin taahhüdü, hiçbir şüpheye yer bırakmayacak açıklıkta ve işçi tarafından anlaşılabilecek biçimde kaleme alınmış olmalıdır. Diğer bir deyişle işçi, rekabet yasağını ihlal ederek kuracağı işyerini kapatmak veya devretmek zorunda

---

[326] Bkz. BK m.351/3; "*İşçinin hareketi tarzı ve ihlâl veya tehdit edilen menfaatlerin ehemmiyeti haklı gösteriyorsa ve tahriri bir mukavele ile sarahaten bu hak muhafaza edilmiş ise, iş sahibi, müstesna olarak meşrut olan cezanın tediyesinden ve onu mütecaviz olan zararın tazmininden başka muhalefetin menini de talep edebilir.*"

[327] Bkz. SOYER, s.85, Yazar, esasen BK 97/3 hükmünün yapmama borçlarında aynen ifa imkanı tanıdığını, BK m.351/3 hükmünün RYS bakımından bunun uygulaması imkanını bertaraf etmek düşüncesiyle yasaya konulmuş olduğunu ve özel koşullarla bu imkanın mümkün olduğu kadar sınırlandırılmak istenildiğini ifade etmiştir. Ancak yasanın lafzı, BK m.97/3 ve BK m.351/3 hükümlerinin bir arada değerlendirilmesi –BK m.97/3'de bu imkanın tanınmamış olduğu, BK m.351/3 ile istisna olarak düzenlendiği- yönünde SOYER'den farklı bir sonuca ulaşmamıza yol açmıştır.

kalabileceğini, yeni işini terk etmeye zorlanabileceğini sözleşme metninden anlayabilmelidir[328].

Borçlar Kanunu m.351/3'ün muhalefetin meni imkânı için öngördüğü diğer koşul ise, "*işçinin hareket tarzı ve ihlal veya tehdit edilen menfaatlerin ehemmiyeti*" derecesinin, muhalefetin meni için haklı görülebilecek bir önem derecesinde olmasıdır. Buna göre, öncelikle işçinin rekabet yasağını ihlal eden davranışının, devamlı surette işverene zarar vermesi veya zarar verme potansiyeli taşıması aranmalıdır.

Potansiyel tehlike, geçerli bir RYS için zorunlu olduğunu kabul ettiğimiz müşteri çevresine ve esrara nüfuz şartlarını karşılayan işçinin, sözleşme ile belirli biçimlerde kararlaştırılmış olan olumsuz rekabet etmeme edimini ihlal etmeye devam etmesi durumunda, işverenin müşteri çevresi bakımından uğradığı zararın büyüyecek olmasıdır[329]. İşverenin ihlal veya tehdit edilen menfaatlerinin önem derecesi ise, işçinin kişilik haklarından çalışma ve sözleşme hürriyetini, sözleşmesel bir borcun ifasına yönelik olarak cebri icra yoluyla sınırlandırmayı haklı gösterebilecek ve özellikle tazminat yoluyla telafisi güç olan menfaatlerin dikkate alınmasını gerektiren bir ölçüdür.

3.2.2. İşverenin karşı edimini yerine getirmemesi

Rekabet yasağı sözleşmesi ile ilgili BK düzenlemesinde işverenin yükümlüsü olacağı bir karşı edim yer almamaktadır. Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nda ise, yine işverenin karşı edimine ilişkin somut bir düzenleme veya karşı edim zorunluluğu bulunmamakla birlikte, TBKT 444. maddesinde rekabet yasağı karşısında işveren tarafından ödenen karşı edimin, hakkaniyet ölçütüne göre işçinin ekonomik geleceğinin tehlikeye düşüp düşmediği takdir olunurken dikkate alınması gereken bir

---

[328] SOYER, s.87

[329] SOYER, s.88; "*Öğretide, cezai şartın yeni işveren tarafından ödenmesi, bu konuda bir örnek olarak gösterilmektedir*" Ancak yazar bunu aynen ifanın istenebilmesi için yeterli ve doğru bir bağlantı olarak görmemekte ve işçinin yüksek bir karşı edim almasına rağmen yasağa aykırı davranması, müşteri çevresini yanıltacak şekilde eski işverene ait malzemeleri kullanmaya devam etmesi gibi doğrudan doğruya işçiden kaynaklanan ve dürüst ticaret kurallarını ağır biçimde ihlal eden davranışların varlığını aramaktadır.

faktör olarak düzenlendiği görülmektedir. Borçlar Kanunu m.349 hükmünün rekabet yasağının Yargıç tarafından sınırlandırılmasında esas alınacak "işçinin ekonomik geleceği" kıstası gereği, kural olarak işverenin karşı ediminin rekabet yasağının derinliği bakımından etken sayılması gerekmektedir.

Yasal düzenlemede işverenin karşı edim borçlusu olması ihtimali düzenlenmemiş olduğundan, sözleşmede kararlaştırılmış olması durumunda işverenin bu borcu ifa etmemesi veya temerrüde düşmesi hallerinde sözleşmenin akıbeti ve işçinin elindeki imkânlar genel hükümler çerçevesinde belirlenecektir. İşverenin karşı edimi, işçiye rekabet etmemesi karşılığında bir miktar para ödenerek ifa edilebilir. Bu ödeme, iş akdi sonlandıktan sonra her ay belirli bir ücret şeklinde kararlaştırılabileceği gibi, karşı edimin belirli bir tarihte, örneğin rekabet yasağının sona ereceği tarihte peşin olarak ifası da kararlaştırılabilecektir. Bunun yanında, iş sözleşmesinde açıkça kararlaştırılmışsa, yapılacak iş karşılığı ödenen ücretle birlikte, iş akdinin sona ermesini müteakiben geçerli olacak (yine taraflarca açıkça kararlaştırılmış) rekabet yasağının karşı edimi, aylık ücrete eklenerek dahi ifa edilebilmelidir[330].

İşverenin kararlaştırılan karşı edimi ifa etmemesi halinde işçinin rekabet etmeme borcu ortadan kalkacak mıdır? Doktrinde işverenin karşı edimi ifa etmemesi halinde dahi işçinin sözleşmeyle bağlılığının devam edeceği tespit edilmektedir[331]. Buna göre, BK m.81 hükmüne[332] dayanılarak rekabet yasağına aykırı davranılması, yasal düzenleme çerçevesinde tanımlanan edimin ifasındaki sıraya veya ödemezlik def'ine (*exceptio non adimpleti contractus*)[333] ilişkin bir sorun olmayıp, yapmama borcunun ihlali ile ifanın tümüyle değerini kaybetmesi anlamını taşıyacaktır. Aynı doğrultuda, ödemezlik def'inin kullanılması, ancak ifayı anlamsızlaştırmayacak sınırlar içinde dürüstlük kuralına uygun sayılacaktır[334].

---

[330] Bkz. yuk. bşl. 2.1.2.

[331] SOYER, s. 92

[332] Bkz. BK m.81; "Mütekabil taahhütleri muhtevi olan bir akdin ifasını talep eden kimse, akdin şartlarına ve mahiyetine nazaran bir ecelden istifade hakkını haiz olmadıkça kendi borcunu ifa etmiş veya ifasını teklif eylemiş olmak lâzımdır."

[333] EREN, **Borçlar Genel**, s.945-955

[334] SOYER, s.92

Buna karşın, işçinin rekabet yasağını ihlal etmesi durumunda işverenin karşı edimi ifadan kaçınması ödemezlik def'inin dürüstlük kuralına uygun biçimde kullanımı sayılmaktadır[335]. Zira karşı edim bir miktar para veya ücretin ödenmesi ise, kural olarak bunun ifasındaki gecikme veya temerrüt karşı edimi anlamsız kılmayacak ve para borçlarında temerrüt hükümleri çerçevesinde işverenden tahsil olunabilecektir.

Rekabet yasağı sözleşmesinde işçinin edimi olan ve sözleşmeye karakteristik özelliğini veren rekabet etmeme edimi ihlal edilmekte ise, ihlalin giderilmesi halinde işçinin rekabet etmeme borcunu ifaya devam etmesi mümkün ve anlamlı ise işverence ödemezlik def'ine başvurulabilir. Diğer taraftan, rekabet etmeme borcu bir kez ihlal olunmakla edim imkânsızlaştırılmış ise kusurlu imkânsızlığa ilişkin hükümler çerçevesinde işverenin karşı edim yükümlülüğünden kurtulması söz konusu olacaktır. Çoğu halde, işçinin rekabet yasağını ihlal etmesi işverenin sözleşmedeki menfaatini anlamsız kılacağından, özellikle aynen ifa istenemeyecek hallerde karşı edim yükünün -işçinin rekabet yasağını ihlal ettiği süre oranında- ortadan kalktığı kabul olunmalıdır[336].

Bu durumda, ihlalden önce ödenmiş olan karşı edimin tümü değil fakat yasağın süresi ile ihlalin meydana gelmesine kadar geçen süre karşılaştırılarak, işçinin yasağa riayet ettiği sürenin rekabet yasağı sözleşmesi ile kararlaştırılan süreye oranına göre işverenin karşı edim borcundan kurtulacağı kabul olunmalıdır. Karşı edimin aylık ücret şeklinde ödendiği hallerde, ihlalden itibaren bunun ödenmemesi, peşin ödenmişse BK m.117'nin atfıyla, sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde iadesi gündeme gelecektir. İşverenin ihlal nedeniyle uğradığı zararların tazminini isteme hakkı saklıdır.

---

[335] SOYER, s.91

[336] Zira işçinin rekabet etmeme borcuna aykırı davranmış olması, kural olarak ortadan kaldırılabilir bir ihlaldir ve borç sukut etmez. İşçi bu ihlali sona erdirdiğinde, sözleşme çerçevesinde kararlaştırılan karşılıklı edimlerin ifasına devam edilmelidir. Ancak işverenin işçinin rekabet yasağına aykırı davranışından dolayı uğradığı zararı ayrıca talep etmesi mümkündür.

İşçinin rekabet etmeme edimini ifa etmesine karşın, işveren sözleşmeyle kararlaştırılan karşı edimini yerine getirmez ise, işçinin istemi halinde borçlu temerrüdüne ilişkin hükümlerin uygulanması söz konusu olacaktır. Para borcu[337] olarak kararlaştırılabileceği kabul edilen işverenin karşı edimi, sözleşme hükümleri çerçevesinde kararlaştırıldığı şekilde ödenmemişse, kural olarak işçinin ihtarı ile borçlunun temerrüdüne[338] ilişkin BK m.101 vd. hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Borçlu temerrüdünün şartlarını düzenleyen BK m.101'in birinci fıkra hükmü[339], muacceliyet ve ihtar şartlarını öngörmektedir.

Rekabet yasağı sözleşmesi bakımından karşı edimin muaccel hale gelmesi, sözleşmedeki esaslar çerçevesinde karşı edimin ödeme biçimine göre belirlenecektir. Sözleşmede bu yönde bir kararlaştırma bulunmuyor ise, kural olarak bir vadesiz borcun varlığı ve alacaklı işçinin ifayı her an talep edebileceği kabul edilmelidir[340]. Sözleşmede karşı edimin ifası belirli bir vadeye bağlanmışsa, bu kararlaştırmaya göre karşı edimin ödenmesi lazım gelen zamanda borç muaccel olacaktır. Muaccel olan karşı edim işveren tarafından ödenmez ise, alacaklı işçi bunun ödenmesi yönünde bir ihtarda bulunur. Temerrüt, ihtarın borçlu işverene ulaştığı gün oluşmuş sayılacaktır[341]. Rekabet yasağı sözleşmesi metninde işverenin karşı edimi için taraflarca kararlaştırılmış bir kesin vade bulunması halinde ise BK m.101'in ikinci fıkrası[342] çerçevesinde ihtar gerekmeksizin temerrüt oluşacaktır.

---

[337] Para Borcu kavramı için Bkz. BARLAS Nami, **Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar**, İstanbul: Kazancı Yayınları, 1992, s.10 vd.

[338] BARLAS, **Para Borçları**, s.15; Yazar borçlu temerrüdünü şu şekilde tanımlamıştır; "*Borçlu temerrüdü, borçlunun ifa etmekten kaçınamayacağı muaccel edimi zamanında yerine getirmeyerek ifada gecikmesi ve borcun ifasının hala mümkün bulunması durumunda belirli şartlara bağlı olarak gerçekleşen bir sorumluluk nedenidir.*" Bu tanım, aynı zamanda bir önceki paragrafta işverenin ödemezlik def'i bakımından yapılan açıklamaları doğrular niteliktedir.

[339] Bkz. BK m.101/1; "Muaccel bir borcun borçlusu, alacaklının ihtariyle, mütemerrit olur."

[340] BARLAS, **Para Borçları**, s.27-28

[341] BARLAS, **Para Borçları**, s.103

[342] Bkz. BK m.101/2; "Borcun ifa edileceği gün müteffikan tâyin edilmiş veya muhafaza edilen bir hakka istinaden iki taraftan birisi bunu usulen bir ihbarda bulunmak suretiyle tesbit etmiş ise, mücerret bugünün hitamı ile borçlu mütemerrit olur.

İşverenin temerrüde düşmesi, işçinin BK m.103 hükmü çerçevesinde gecikme faizi ve BK m.105 çerçevesinde temerrüt nedeniyle faiz miktarını aşan zararlarını talep hakkını doğuracaktır. Buna karşın, BK m.106'nin ikinci fıkrasında tanınan seçimlik haklardan sözleşmeden dönme hakkının, RYS bakımından söz konusu olmayacağı ve dolayısıyla işçinin "menfi zararının" tartışma konusu edilemeyeceği söylenebilir[343]. Zira RYS, belirli bir süre ile sınırlı olsa da sürekli bir sözleşmesel ilişkidir ve iş sözleşmesinin sona ermesinden rekabet yasağı süresinin dolmasına kadar geçen zaman içinde, rekabet etmeme borcu sürekli olarak ifa edilecektir.

İşverenin borcu süreklilik arz etmese de, sürekli nitelikteki işçinin rekabet etmeme borcu bir kez ifa sürecine girdikten sonra bunun sözleşmeden dönme yoluyla geri alınması imkânsız hale gelmektedir[344] [345]. Bu durumda, karşı edimin ifasından vazgeçen işçinin, sözleşmeyi feshettiğinin kabulü gerekecektir. İşçi rekabet yasağı sözleşmesini feshederek aynı zamanda ifadan vazgeçtiği durumda, rekabet yasağıyla bağlı olmaktan kurtulur. Ancak işçi BK m.106/2 çerçevesinde ifa ve gecikme nedeniyle meydana gelen zararın tazminini isterse, bu kez yasakla bağlı kalmaya devam edecektir[346].

3.3. Rekabet Yasağı Sözleşmesinin Sona Ermesi

Rekabet yasağı sözleşmesi bakımından ilk akla gelecek sona erme sebebi yasağın sözleşme ile kararlaştırılmış süresinin dolmasıdır. Borçlar Kanunu m.349 çerçevesinde işçinin ekonomik geleceğini hakkaniyete aykırı biçimde tehlikeye

[343] ENGİN E. Murat, **İşletme Gerekleri İle Fesih**, s.11; "*İş sözleşmesinden doğan karşılıklı edimlerin ifası sürecine girildikten sonra dönme hakkının kullanılması olanaksız hale geldiğinden, dönmenin yerini ileriye etkili fesih alır.*"

[344] SEROZAN, s.162-177, Ayrıca Bkz. s.167; "*Bir sürekli sözleşme ilişkisi, bir kere ifa sürecine (icra safhasına) girdimiydi, artık bu ilişki, sözleşme öncesi durumun yeniden kurulması amacına yönelik bir çözülme ilişkisine dönüştürülemez. İfası sürecine girilmiş olan bir sürekli sözleşme ilişkisinin "iptal", "geri alma" ya da "dönme" eliyle çözülmesi, hem hukuksal güvenliğe hem de yerindeliğe aykırı olur.*"

[345] BUZ Vedat, **Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme**, Ankara: Yetkin Yayınları, 1998, s.320-321; Yazar kısmen karşı görüştedir.

[346] SOYER, s.92

düşürmeyecek derecede "süre", "coğrafi alan" ve "faaliyet alanı" bakımından sınırlı olması gereken rekabet yasağı, geçerlilik ve bağlayıcılık şartı gereği içermek zorunda olduğu sürenin hitamı ile birlikte sözleşme gereği kendiliğinden sona erecektir. Sözleşmesel süre, başlangıçta taraflar arasında kararlaştırılmış süre olabileceği gibi, BK m.349 çerçevesinde Yargıcın sözleşmeye müdahalesi sonucunda tayin edilmiş süre de olabilir.

3.3.1. Genel olarak borcu sonlandıran sebepler

Sözleşmesel sürenin dolması dışında, taraflar birbirine uygun irade beyanlarıyla karşılıklı anlaşmak suretiyle sözleşmeyi sonlandırabileceklerdir. Rekabet yasağı sözleşmesinin tek taraflı bir taahhüt olarak düzenlendiği ve işverene karşı edim yüklenmediği hallerde, işverenin tek taraflı feragat beyanı da aynı işlevi görecektir. Tarafların anlaşması veya feragat dışında, sözleşmenin konusuz kalması genel bir sona erme nedeni olarak karşımıza çıkar. Rekabet etmeme ediminin süjesi olan işçinin ölümü veya temyiz kudretini yitirmesi gibi hallerde, sözleşmenin karakteristik edimi olan rekabet etmeme edimi de artık söz konusu olamayacağından sözleşme sona erecektir.

3.3.2. İşverenin rekabet yasağında önemli bir menfaatinin kalmaması

Borçlar Kanunu m.352/1 hükmü[347] ile, rekabet yasağı sözleşmesinin devamında işverenin önemli bir menfaatinin bulunmadığının sabit olması halinde, rekabet yasağının sona ereceği öngörülmüştür. Yasa ile benimsenen bu esas, yukarıda RYS'nin geçerliliği başlığında ele alınan "hissolunabilir zarar" kavramı ve iş sahibinin korunmaya değer bir menfaati bulunması şartı ile örtüşmektedir. Bu doğrultuda, rekabet yasağının geçerliliği bakımından kabul edilen haklı menfaat şartının, sözleşmenin devamında ve sona ermesinde de belirleyicilik arz ettiği söylenebilecektir. Diğer taraftan, kişilik haklarından çalışma ve sözleşme hürriyetine sınırlama getiren bir sözleşmenin geçerliliğinde olduğu kadar, devamında da karşı

[347] Bkz. BK m.352/1; "Rekabet memnuiyetinin bakasında iş sahibinin hakiki menfaati bulunmadığı sabit olursa, bu memuniyet nihayet bulur."

tarafın önemli bir menfaati bulunması gerekliliği, yasağın istisnai niteliğine uygun düşmektedir.

Yasağın istisnai niteliği, burada (MK m.2/2) hakkın kötüye kullanılmasına dair esasların özel düzenleme gereği kural olarak uygulanmasını beraberinde getirmiştir. Zira bir hakkın varlığı bir menfaate bağlı bulunmadığı gibi, borçlu tarafından alacaklının ifada menfaati bulunmadığı ileri sürülerek borçtan kurtulmak kural olarak mümkün değildir. Borçlar Kanunu m.352/1 hükmü ise, işverenin rekabet yasağı sözleşmesi kapsamındaki hakkını açık bir biçimde onun yasağın devamındaki menfaatine bağlamıştır. Bu nedenle, işverenin yasağın devamında menfaati olmadığı, işçi tarafından ileri sürülerek yasağın hükümden düşürülmesi ve sona erdirilmesi mümkündür.

İşverenin rekabet yasağındaki menfaati çok çeşitli kıstaslara tabi tutulabilir ve bu konuda kesin bir ölçüt belirlemek kolay değildir. Ancak burada da somut olayın özelliklerine göre "işçinin ekonomik geleceğinin hakkaniyete aykırı biçimde tehlikeye düşürülmemesi" ölçütüne benzer bir yaklaşım benimsenmelidir. Zira BK m.352/1 hükmü, sözleşmenin geçerliliğine ilişkin olan BK m.348/2 hükmü ile örtüştüğü gibi, bununla korunan menfaat de sözleşmenin sınırlandırılması ve bağlayıcılığına ilişkin BK m.349 çerçevesinde Yargıcın sözleşmeye müdahalesini gerektiren menfaat ile aynıdır. Bu bakımdan, işverenin rekabetten yasaklı eski işçisinin müşteri çevresi ile ilişki kurduğu birimini kapatması veya müşteri çevresinin herhangi bir diğer sebeple değişmesi gibi hallerde, BK m.352/1 hükmü uyarınca işverenin menfaatinin ortadan kalktığı kabul edilebilir. Ancak işverenin menfaatinin ortadan kalkması, kalıcı biçimde olmalıdır. Faaliyetini geçici olarak durduran bir işletme bakımından işverenin rekabet yasağındaki menfaatinin faaliyetin tekrar başlaması ile devam etmesi mümkündür.

3.4. Rekabet Yasağı Sözleşmesinden Kaynaklanan Uyuşmazlıkların Yargı Yerlerinde Çözülmesinde Görevli Mahkeme Sorunu

Usul Hukuku bakımından görev, belirli bir davaya belirli bir yerdeki hüküm mahkemelerinden hangisi tarafından bakılacağını belirler[348]. Görevli mahkeme tespit edilirken, sorun öncelikle genel mahkeme-özel mahkeme ayrımı bakımından ele alınmalı, bundan sonra HUMK'un genel hükümlerine gidilmelidir. HUMK metninde düzenlenen genel mahkemeler, Asliye Hukuk ve Sulh Hukuk Mahkemeleridir. Asliye Hukuk ve Sulh Hukuk mahkemelerinin görevi, dava konusuna ve gerek HUMK, gerekse diğer kanunlarda yer alan özel görev kurallarına göre belirlenir.

Yalnızca belirli illerde kurulu bulunan Asliye Ticaret Mahkemeleri ise, ihtisas mahkemesi olmakla birlikte, özel mahkeme niteliğinde olmayıp kurulu bulundukları il veya ilçelerde bulunan Asliye Hukuk Mahkemelerinin daireleri olarak değerlendirilir. Asliye Hukuk ve Asliye Ticaret Mahkemeleri arasındaki ilişki bir görev ilişkisi değil, fakat bir iş bölümü ilişkisidir ve görev ilişkisinden farklı hükümlere tabidir[349]. Buna karşın, özel mahkeme ve ihtisas mahkemesi niteliğindeki İş Mahkemeleri ile Asliye Hukuk veya Asliye Ticaret Mahkemeleri arasındaki ilişki, bir işbölümü ilişkisi olmayıp, doğrudan doğruya görev kuralları ile düzenlenmiş olması gereken bir alandır.

Rekabet Yasağı Sözleşmelerinden kaynaklanan davalarda görevli mahkemenin tespiti, yakın zamana kadar doktrinde ve –yakın tarihli bir Yarg. HGK kararına[350] kadar- içtihatlarda üzerinde fikir birliği bulunmayan bir sorun idi. Bu sorunun temel nedeni, RYS uygulamasının ülkemizde yakın zamana kadar sıklıkla

---

[348] KURU Baki / ARSLAN Ramazan / YILMAZ Ejder, **Medeni Usul Hukuku,** 12. Bası, Ankara: Yetkin Yayınları, 2000, s. 131

[349] Görev, kamu düzenine ilişkin olup, Yargıç davadan el çekene kadar yargılamanın her aşamasında görevli olup olmadığını re'sen dikkate alabilir. İşbölümü ise, usul hukukunda bir ilk itiraz niteliğindedir. Buna göre davalı taraf esasa cevap süresi içinde işbölümü itirazında bulunmazsa Yargıç işbölümü itirazını re'sen dikkate alamayacağı gibi, süresinden sonra yapılan işbölümü itirazları da süre aşımı nedeniyle reddedilecektir. Bkz. KURU / ARSLAN / YILMAZ, s.225

[350] Bkz.Yarg.**HGK, 2008/9-517 E., 2008/566 K.** Sayılı, 22.09.2008 tarihli ilamı, http://kazanci.com.tr, erişim tarihi 31.01.2009

görülmemesi, buna bağlı olarak da yargı yerlerinde içtihat oluşturulmasına uygun bir dava çeşitliliğinin sağlanamamış olmasıdır. Bunun yanında, sorunun normatif kaynağı da 6762 sayılı TTK'nın 4. Maddesi[351] ile 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 1. Maddesi[352] arasındaki çelişkidir.

3.4.1. Yasal düzenlemeler ve doktrindeki görüşler

Türk Ticaret Kanunu m.4/1'in 3. bendinde rekabet yasağı sözleşmesinden kaynaklanan davalar mutlak ticari dava sayılmıştır. Bu tanımlama TTK Tasarısı'nın m.4/1'in c. bendinde[353] de aynı şekilde kabul edilmiştir. Tasarı gerekçesinde buna ilişkin bir açıklık yer almadığından, 6762 sayılı TTK'da benimsenmiş bulunan gerekçe çerçevesinde bu kabulün devamının yerinde görüldüğü düşünülebilir. Buna göre, rekabet yasağı kavramının ticaret mahkemelerince daha isabetli değerlendirileceği gerekçesiyle bu kapsamdaki davaların ticari dava sayıldığı[354] ve yasa koyucunun bu düzenlemeyi, rekabet yasağı sözleşmesinin ticari işletmeyi ilgilendirmesi nedeniyle getirmiş olduğu[355] ifade olunmaktadır.

Doktrinde ARKAN[356], rekabet yasağı sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıkların ticari dava sayılmasını isabetli görmemiştir. Ancak ARKAN'ın bu düzenlemeye muhalefeti, BK m.348-352'den kaynaklanabilecek tüm uyuşmazlıkların mutlaka bir ticari işletmeyi ilgilendirdiğinin kabul edilemeyeceği ve bir esnafla yanında çalışan işçisi arasındaki RYS'nin dahi ticari dava sayılmasının

---

[351] Bkz. TTK m.4/1'in 3. Bendi; "... tarafların tacir olup olmadıklarına bakılmaksızın...; Borçlar Kanunu'nun, ... rekabet memnuiyetine dair 348 ve 352 nci maddelerinde; ... tanzim olunan hususlardan doğan hukuk dâvaları ticari dâva sayılır"

[352] Bkz. İş Mahk. Kan. m.1; "İş Kanunu'na göre işçi sayılan kimselerle (o Kanunun değiştirilen ikinci maddesinin C, D ve E fıkralarında istisna edilen işlerde çalışanlar hariç) işveren veya işveren vekilleri arasında iş aktinden veya İş Kanunu'na dayanan her türlü hak iddialarından doğan hukuk uyuşmazlıklarının çözülmesi ile görevli olarak lüzum görülen yerlerde iş mahkemeleri kurulur."

[353] TTKT m.4/1'in c. Bendi; "... tarafların tacir olup olmadıklarına bakılmaksızın; 22/4/1926 tarihli ve 818 sayılı Borçlar Kanununun, ... rekabet yasağına ilişkin 348 ve 352 ... nci maddelerinde; öngörülen hususlardan doğan hukuk davaları ticarî dava sayılır."

[354] POROY / YASAMAN, **Ticari İşletme Hukuku,** s.104

[355] SOYER, , s.25

[356] ARKAN Sabih , **Ticari İşletme Hukuku**, 5.Bası, Ankara: BTHAE, 1999, s.92

anlamsız olduğu noktasında yoğunlaşmaktadır. Doktrinde bunun aksine, rekabet yasağı sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıkların mutlak ticari dava sayılmasının yerinde olduğu fikri de savunulurken, bu konunun yasa koyucu tarafından "rekabet" bağlamında ticaret hayatıyla yakından ilgili sayıldığı ve yalnız tacirler bakımından değil esnaflar bakımından da mutlak ticari dava kabulünün yerinde olduğu savunulmaktadır[357].

SOYER ise BK m.348-352 çerçevesinde rekabet yasağı sözleşmesinden kaynaklanacak uyuşmazlıkların ticari dava sayılmaması gerektiğini, BK düzenlemesinin bunların ticaret mahkemelerinde çözülmesini gerektiren bir içerik taşımadığını ve iş sözleşmesinin devamında ortaya çıkabilecek rekabet yasağına aykırılık davaları iş mahkemesinde görülürken, iş sözleşmesinin sonlanmasından sonraki rekabet yasağına aykırılık davalarının ticaret mahkemesinde çözülecek olmasının haklı bir ayrım olmadığını ifade etmektedir[358]. Ancak yazar, bu sorunun çözümü için yasa değişikliğine gidilmesini önermekle, hali hazırdaki durumda iş mahkemelerinin değil ticaret mahkemelerinin görevli olacağını kabul etmiş görünmektedir.

Mutlak ticari iş olarak nitelendirilmiş olmalarına karşın, rekabet yasağı sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıkların sırf bu özellikleri nedeniyle ticaret mahkemelerinde görülüp görülmeyeceği, TTK 4/1'in 3. bendinin açık hükmüne rağmen yukarıdaki açıklamalarda görüldüğü üzere tartışmalı bir konudur. Tartışmanın ortaya çıkma nedeni, ticaret kanununda benimsenen esasın ilkesel olarak işçiyi koruyucu bir düzenleme olan BK 348 vd. hükümleri ve aynı zamanda iş sözleşmesinden kaynaklanan her türlü uyuşmazlığı çözmede iş mahkemelerini görevli kılan İş Mahk. Kan. ile karşıt bir durumda değerlendirilmesidir.

Burada ortaya çıkan karşıtlık, esas olarak rekabet yasağı sözleşmesinin BK'da ayrı bir başlık altında ve sınırlayıcı hükümlerle düzenlenmiş olması ve diğer yandan İş Kan. ve İş Mahk. Kan. çerçevesinde iş sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıkların ihtisas mahkemesi ve özel mahkeme niteliğindeki iş

---

[357] KAYA Arslan / ÜLGEN Hüseyin / TEOMAN Ömer / HELVACI Mehmet / KENDİGELEN Abuzer / NOMER ERTAN N. Füsun , **Ticari İşletme Hukuku**, İstanbul: Vedat Kitabevi, 2006, s.117

[358] SOYER, s.25

mahkemelerinde görülmesi gerekliliği ile, ticari işlerin gerektirdiği uzmanlığın ancak ticaret mahkemesince sağlanabileceğinin kabulü arasında ortaya çıkmaktadır. Söz edilen her iki yaklaşım da, tartışma konusu bakımından yasal dayanağı olan ve doğrulanabilir yaklaşımlar olmakla birlikte, bu durumun hukuki belirliliğe katkı sağladığı söylenemez.

Borçlar Kanunu m.348 vd. daki rekabet yasağı sözleşmesi, iş sözleşmesi ile doğrudan doğruya bağlantılı ve iş ilişkisi devam ederken işçinin yükümlü olduğu sadakat borcundan kaynaklanan rekabet etmeme borcunun, iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra da bir süre devam etmesini sağlamaya yönelik bir sözleşmedir. Bu çerçevede, iş sözleşmesinin devamı sırasında da rekabet etmeme borcu altında bulunan bir işçinin bu borcu ihlal etmiş olması durumunda iş mahkemesinde görülecek olan bir davanın, salt iş sözleşmesinin sonlanmış olması nedeniyle ticaret mahkemesinde görülecek olması da kabul edilemez.

İş sözleşmesi süresince işverene karşı zayıf durumda bulunan ve geçimini devam ettirebilmek umuduyla işverenle RYS imzalayan işçinin, sözleşmenin güçlü tarafı olan işverene karşı korunması gerekmektedir. Bu bakımdan, RYS kökenli uyuşmazlıkların İş Kan. m.1 çerçevesinde görevli olan İş Mahkemelerinde görülmesi, bu mahkemelerin uyguladığı yargılama usulü ve işçinin korunması ve iş hukukuna hakim esasların uygulanması bakımından daha yetkin İş Hakimlerince ele alınmasını sağlayacağından, normun getiriliş amacına daha uygun olacaktır.

3.4.2. Yargısal içtihatlarla varılan nokta

Bu konuda yakın zamana kadar görevli mahkemeyi tespite yönelik bir içtihat oluşamamıştı. Ancak Yarg. HGK yakın zamanda, üstelik somut olayda göreve ilişkin bir temyiz nedeni dermeyan olunmamış iken, RYS konulu bir uyuşmazlıkta "görevli mahkeme" sorunun ön mesele yaparak ve konuyu derinlemesine ele alarak, bu konudaki içtihadi belirsizliği ortadan kaldırmış görünmektedir[359].

[359] Yarg.**HGK 2008/9-517 E. 2008/566 K.,** 22.09.2008 tarihli kararı, http://kazanci.com.tr, erişim tarihi 31.01.2009; "...Hukuk Genel Kurulundaki görüşme sırasında, işin esasına geçilmeden önce, davanın yasal dayanağını oluşturan Borçlar Kanununun 348. ve devamı maddelerinden kaynaklanan davaların, Türk Ticaret Kanununun 4. maddesinde sayılan mutlak ticari dava olmaları ve aynı

Yargıtayca benimsenen esas, yukarıdaki açıklamalar çerçevesinde ifade edilmeye çalışılan esas ile aynı koruma amacına yöneliktir. Bu amaç doğrultusunda iş uyuşmazlıklarının çözümünün genel yargıdan ayrılarak uzman iş mahkemelerinde görülmesi gerekliliği ortaya konulmuştur. Diğer taraftan, 5521 sayılı İş Mahk. Kan. m.1'de iş mahkemelerinin görev alanına gireceği düzenlenen hukuk uyuşmazlıkları olarak iş uyuşmazlıkları, tarafları işçi ve işveren olan ve ayrıca konusu kanunla belirlenmiş davalardır. İş Mahk. Kan. m.1'de söz edilen *"işçi sayılan"* ifadesi İş Kanunu kapsamındaki işçileri kapsayacaktır. Buna göre Yargıtay; *"Yukarıdaki açıklamalar uyarınca; Borçlar kanununun 348 ve devamı maddelerine dayalı olarak iş Kanunu kapsamında işçi sayılan kişinin, rekabet yasağı sözleşmesinin ihlali nedeniyle açılan cezai şartın tahsiline ilişkin davalarda iş mahkemelerinin görevli olduğu kabul edilerek ..."* hükmüyle, soruna ilişkin belirsizliği iş mahkemeleri lehine bir çözüme kavuşturmuştur[360].

Kanunun 5. maddesi uyarınca eldeki davaya bakma görevinin ticaret mahkemesine ait olup olmadığı hususu ön sorun olarak tartışılmıştır... Borçlar Kanununun 348. maddesinde düzenlenen rekabet yasağı asli yükümlülük doğuran bir sözleşme değildir, iş akdine bağlı olarak fer'i nitelikte bir yükümlülük doğurmaktadır. İş ilişkilerinden doğan rekabet yasağının düzenlenmesinin dayanağı iş ilişkisidir...
Bu bağlamda, dava konusu rekabet yasağının dayanağı, işçinin hizmet akdinden kaynaklanan sadakat borcundan kaynaklanmakta olup, hizmet akdinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda görevli mahkeme iş mahkemesidir... "

[360] Ayrıca aynı yönde Bkz. Yarg.13.HD. 2007/14393E., 2008/3693K. Sayılı, 17.03.2008 tarihli ilamı, http://kazanci.com.tr, erişim tarihi 28.10.2008; *"rekabet yasağına aykırılıktan doğan davalar hizmet akdinden kaynaklandığından uyuşmazlığın iş mahkemesinde çözülmesi gerekir"*

SONUÇ

Borçlar Kanunu m.348-352 hükümleri ile düzenlenen rekabet yasağı sözleşmesi konulu tezimizin ortaya çıkabilmesi için yapılan çalışmalar sırasında, sözleşmenin borçlar hukuku, iş hukuku, ticaret hukuku, rekabet hukuku, fikri mülkiyet hukuku gibi birçok disipline ilişkin alanlara yayılan, etkileri ve hukukun genel ilkeleriyle etkileşimi nedeniyle adeta disiplinler arası bir dizi problemin çözümüne çalışıldı. Problemlerin çözümü sırasında, incelenen eserlerde ve doktrinde bu yönde daha önce yapılmış çalışmalarda yeknesak biçimde genel kabul gören esaslara sıkı sıkıya bağlı kalmaktansa, özellikle çalışmanın birinci ve ikinci bölümlerinde incelenen mukayeseli hukuktaki güncel gelişmeler paralelinde, ancak bunlardan bağımsız olarak alternatif görüş ve çözüm önerileri üretilmeye çalışılmış ve bunların tümüyle tutarlı ve sistematik olmaları hedeflenmiştir. Bu başlıkta da, tezimizde ulaştığımız sonuçları uygulama bakımından kimi önerilerle birlikte aktarmaya çalışacağız.

Rekabet yasağı sözleşmesine meşruiyetini veren temel unsur, iş sözleşmesinin kişisel ilişki kuran niteliği çerçevesindeki sadakat borcunun bir süre daha devam etmesinde işverenin haklı menfaati bulunmasıdır. İş sözleşmesinin doğasındaki güven ilişkisi ve sadakat, müşteri çevresi ile ilişki kuran işçinin ileride müşteri çevresini kaydırabilecek olması ihtimaline karşılık, işverene bir güvence tesis edilmesini meşru kılmaktadır. Bu meşruiyet, tarafların iş sözleşmesi çerçevesinde birbirine duyacakları güven neticesinde iş ilişkisinin iki taraf için de daha verimli yürüyeceği varsayımına dayanmaktadır.

İşçinin temel özgürlükleri arasında yer alan çalışma ve girişim özgürlüklerinin sınırlanması konulu rekabet yasağı sözleşmesi, istisnai karakterde bir hukuki ilişkidir. Sözleşmenin istisnai niteliği, borçlar hukukuna hakim bulunan sözleşme serbestisi ilkesinin, işçinin anılan temel özgürlüklerinin önemi nedeniyle sınırlandırılabilmesine el vermiştir. Bu doğrultuda, rekabet yasağı sözleşmesiyle korunan menfaatlerin haksız rekabet hükümlerinden farklı bir alana ilişkin olduğu

tespiti önem taşımaktadır. Rekabet yasağı sözleşmesinin temelinde iş sözleşmesinden kaynaklanan güven ve sadakat ilişkisi yer alırken, haksız rekabet hükümleri, aralarında güven ve sadakat ilişkisi bulunmayan kişiler arasındaki doğru ve dürüst rekabetin devamını konu alır. Uygulamada sıkça yer bulan sır saklama sözleşmelerinin de varlığı göz önüne alındığında, rekabet yasağı sözleşmesinin kapsayabileceği alan ve istisnai niteliği öne çıkar ve böylelikle, rekabet yasağı sözleşmesine ilişkin geçerlilik şartlarının dar yorumlanmasının önü açılır.

Tezimizde varılan temel sonuçlardan biri de, yasa koyucunun rekabet yasağı sözleşmesi ile işçinin genel bir rekabet etmeme borcu altına girebilmesine cevaz vermediğidir. Buna göre işçinin kendi adına rekabet etmeme, rakip firmada çalışmama ve rakip firmaya ortak veya diğer bir sıfatla ilgili olmama edimleri birbirinden bağımsız ve ayrı olarak sözleşmenin konusunu oluşturabilecektir. Yasal düzenlemede işverenin karşı edimine ilişkin bir hüküm yer almamaktadır ve bu konu içtihatlarda da konu edilmemiştir. Buna karşın tezimizde mukayeseli hukuktaki, özellikle Fransız Hukuku ve Belçika Hukuku'ndaki gelişmeler paralelinde, karşı edimin rekabet yasağı sözleşmesi bakımından ifade ettiği anlam ve işlevi vurgulanmıştır. Kanaatimizce işverenin karşı edimi, her ne kadar yasal düzenlemede ve içtihatlarımızda henüz yer bulmasa da, rekabet yasağının meşru sayılabilmesi için veya en azından yasağın işçinin ekonomik geleceğine etkilerinin hakkaniyete uygun kılınması bakımından sözleşmede yer alması gereken bir unsurdur.

Sözleşmenin geçerliliğine ilişkin başlıkta, BK m.348/1 ile BK m.348/2'nin farklı bağlam noktaları olduğu yönünde bir görüş geliştirilmiş ve görüşümüzü desteklemek için "müşteri çevresi veya iş sırlarına nüfuz etmesine müsait bir iş akdi" kavramı işlenmeye çalışılmıştır. Bu noktada, doktrinde bir tercüme hatasından ibaret olduğu söylenen BK m.348/2 "müşteri çevresini tanıma ve esrara nüfuz" kalıbındaki "ve" bağlacı, tezimizde savunduğumuz farklı görüşlerden birine dayanak oluşturmuştur. Rekabet yasağı sözleşmesine ilişkin yasal düzenlemeler ile gözetilen menfaatler gereği, yasanın lafzına öncelik verilmesi ve BK m.348/1 hükmünün bir ön koşul, BK m.348/2 hükmünün de iş ilişkisinin niteliğini konu alan bir geçerlilik şartı olarak değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Rekabet yasağı sözleşmesine ilişkin yasal düzenlemede, iş ilişkisi devam ederken işveren karşısında zayıf konumdaki işçinin kabul ettiği şartların, yerinde bir biçimde onun ekonomik geleceğini hakkaniyete aykırı biçimde tehlikeye sokamaması esası kabul edilmiştir. Sözleşmenin objektif sınırları başlığında incelenen süre, faaliyet konusu ve coğrafi alan kayıtları da bununla birlikte değerlendirilmelidir. Somut olayın özellikleri çerçevesinde hakkaniyet ölçütüne göre belirlenecek bu sınırların ayrı ayrı değil fakat bir bütün olarak değerlendirilmesi gerekir. Ancak yasanın lafzı gereği, sayılan üç konudan birinde hiçbir sınırlama yoksa somut olayın özellikleri haklı göstermedikçe rekabet yasağı sözleşmesi geçersiz sayılabilecektir.

Rekabet yasağının sona ermesi başlığı altında düzenlenmiş BK m.352/2 hükmünün, esasen yasağın yürürlüğe girebilmesi için gerekli şartları belirlediği savunulmuştur. İşverenin haklı feshi veya işçinin haksız feshi olgularının gerçekleşmesiyle yürürlüğe giren rekabet yasağı sözleşmesinin ihlaline bağlanan ve BK m.351'de üç fıkra halinde düzenlenmiş yaptırımlar da, yasağın istisnai niteliği gereği özellik arz etmektedir. Temel olarak sözleşmenin ihlalinden kaynaklanan zararların giderimi ve aynen ifa ihtimallerini düzenleyen yasa hükmü, içerdiği kendine has cezai şart düzenlemesiyle sözleşmenin ve sözleşmeye ilişkin hükümlerin istisnai niteliğini pekiştirmektedir. Kural olarak cezai şart miktarını ödeyerek yasaktan kurtulabilecek olan işçinin, cezai şart miktarını aşan zararları da tazmin etmesi gerekeceği yönündeki yasal düzenleme, uygulamada ciddi sıkıntılar yaratabilecek bir belirsizlik içermektedir. Kanaatimizce, aşan zararları tazmin etmek zorunda olan işçi, cezai şart miktarını peşinen ödeyerek yasakla bağlı olmaktan kurtulamayacaktır.

Türk Borçlar Kanunu Tasarısı ile getirilen yeni esaslar da, mevcut durumdan farklılık arz ettikleri ölçüde tezimizde işlenmiştir. Bu çerçevede, karşılaştırmalı hukukta özellikle Fransız ve Belçika hukuklarında, ayrıca mehaz İsviçre Borçlar Kanunu'nun 1971 revizyonuyla kabul edilmiş olan süre sınırının Tasarı metninde de yer alması olumlu bir gelişme olarak değerlendirilmiştir. Ancak Tasarının İsviçre Borçlar Kanunu'nun revize metnini bir iki küçük değişiklik dışında bire bir tercümesinden ibaret olması ve bu tercümenin dahi esasa etkili birtakım hatalar

içermesi eleştirilebilecektir. Somut olarak eleştirilmesi gereken bir diğer önemli husus da, İsviçre hukuku dışında incelenen tüm hukuk sistemlerinde bir geçerlilik şartı olarak kabul edilen, hatta Belçika hukukunda tarifeye bağlanan işverenin karşı edim yükümlülüğüne, yasağın sınırlandırılmasında dikkate alınabilecek bir ölçü olma dışında bir fonksiyon tanınmamış olmasıdır.

Rekabet yasağı sözleşmesi, yerinde ve anlamlı biçimde kullanıldığında, işçi ve işverenin menfaatlerini bir arada gözeten bir yaklaşımla düzenlendiğinde, sözleşmenin her iki tarafı bakımından da faydalı ve güvenli bir araç olabilir. İşveren rekabet riskinden uzak biçimde faaliyetine devam ederken, işçi de alacağı karşı edimle belirli bir süre tembellik hakkını kullanabilecek veya yeni bir sektörde deneyim kazanabilecektir. Buna karşın, rekabet yasağı sözleşmesi yalnızca işverenin menfaatlerini sağlamak ve onu güvence altına almak amacıyla düzenlenirse, esasen işverenin en istemeyeceği sonuç olan geçersizlik yaptırımı ortaya çıkacaktır. Bu durumda, ileride işten ayrılabilecek işçilerinin edindikleri müşteri çevresi ilişkisi ve iş sırlarını aleyhlerine rekabet riski yaratacak şekilde kullanamamalarını arzulayan işverenler, bir miktar fedakârlık yapmayı göze alarak tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme yerine, kendilerinin de karşı edim yükümlüsü olacağı iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmeyi tercih etmelidirler. Bu şekilde gerek sözleşmenin kurulmasını haklı gösteren sebepler, gerek Yargıcın sözleşmeye müdahalesi sözleşmeyi ayakta tutmaya yönelik olarak sınırlayıcılıktan uzaklaşacaktır. Zira işçinin ekonomik geleceği hakkaniyete aykırı biçimde tehlikeye düşmesi ihtimali, karşı edim oranında azalmış olacaktır.

KAYNAKLAR

AKYİĞİT Ercan, **Hizmet Akdinin Kesin Hükümsüzlüğü ve İptal Edilebilirliği,** İstanbul: Kazancı Yayınları, 1990

AMIEL-DONAT Jacqueline, **Les Clauses de Non-Concurrence en Droit du Travail,** Paris: Litec, 1988

ARKAN Sabih, **Ticari İşletme Hukuku**, 5.Bası, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 1999

ATAMER Yeşim, **Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, 2. Bası,** İstanbul: Beta Yayınları, 2001

AUGUET Yvan, **Concurrence et Clientèle – Contribution A l'Etude Critique du Role des Limitations de Concurrence pour la Protection de la Clientèle,** Paris: L.G.D.J, 2000

AUGUET Yvan, **Droit de la Concurrence**, Paris: Ellipses Edition, 2002

AYDOĞAN Fatih, **Ticaret Ortaklıklarında Rekabet Yasağı**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2005

BARLAS Nami, **Makalelerim C.1,** İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2008

BARLAS Nami, **Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri,** 1.Basım İstanbul: Beta Yayınları, 1998

BARLAS Nami, **Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar**, İstanbul: Kazancı Yayınları, 1992

BUZ Vedat, **Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme**, Ankara: Yetkin Yayınları, 1998

ÇELİK Nuri, **İş Hukuku Dersleri**, Yenilenmiş 21.Bası, İstanbul: Beta Yayınları, Ağustos 2008

DİNLER Zeynel, **İktisada Giriş**, 4.Basım, Bursa: Ekin Yayınları, Eylül 1998

EDİS Seyfullah, **Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri**, 2.Basım, Ankara: A.Ü.H.F Yayınları, 1983

ENGİN E. Murat, **İş Sözleşmesinin İşletme Gerekleri İle Feshi**, İstanbul: Beta Yayınevi, 2003

ENGİN E. Murat, **Türk İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda İşveren**, Ankara: Basisen Eğitim ve Kültür Yayınları, 1993

ERDEM H. Ercüment, **Rekabet Hukuku ile İlgili Makaleler**,1.Bası, İstanbul: Beta Yayınları, Ekim 2007

ERDEM Mehmet, **La Clause Pénale, Etude Comparative de Droit Suisse et de Droit Turc**, Ankara: 2006

EREN Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 10. Basım, İstanbul: Beta Yayınevi, 2008

ERTAŞ Kudret, **Türk Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu**, Ankara: Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Yayın No:211, 1982

ERTÜRK Şükran, **İş İlişkisinde Temel Haklar**, 1.Basım, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2002

FRANCO April / MITCHELL Matthew F., **Covenants Not to Compete, Labor Mobility, and Industry Dynamics**, Journal of Economics & Management Strategy, Vol. 17, Issue 3, pp. 581-606, Fall 2008

GAUDU François / VATINET Raymonde, **Traité des Contrats, Les Contrats de Travail**, Paris: L.G.D.J, 2001

GÖKÇEOĞLU BALCI Şebnem, **Tutunamayanlar ve Hukuk**, Ankara: Dost Kitabevi Yayınları, Mart 2007

GÖREN Zafer, **Sosyal Devlet**, Prof.Dr.Seyfullah EDİS'e Armağan, İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, 2000

GÜNAY Cevdet İlhan, **Cezai Şart (BK m.158-161)**, Ankara: Turhan Kitabevi, 2002

KARAGÖZ Veli, **İş Sözleşmesinde Cezai Şart**, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2006

KARAHASAN M. Reşit, **Sorumluluk Hukuku 2. Kitap Sözleşmeden Doğan Sorumluluk**, İstanbul: Beta Yayınları, 1996

KAYA Arslan / ÜLGEN Hüseyin / TEOMAN Ömer / HELVACI Mehmet / KENDİGELEN Abuzer / NOMER ERTAN N. Füsun, **Ticari İşletme Hukuku**, İstanbul: Vedat Kitabevi, 2006

KURU Baki / ARSLAN Ramazan / YILMAZ Ejder, **Medeni Usul Hukuku,** 12. Bası, Ankara: Yetkin Yayınları, 2000

MALAURIE-VIGNAL Marie, **Droit de la Concurrence interne et communautaire**, 4.Bası, Paris: Sirey, 2008

MAZEAUD Antoine, **Droit du Travail**, Paris: Domat, 2006

MOLLAMAHMUTOĞLU Hamdi, **İş Hukuku**, 3. Bası, İstanbul: Turhan Kitabevi 2008

OGIER-BERNAUD Valérie, **Les Droits Constitutionnels des Travailleurs**, Paris: Presses Universitaires D'Aix Marseille - Economica, 2003

OĞUZMAN M. Kemal, **Hizmet "İş" Akdinin Feshi**, İstanbul: İ.Akgün Matbaası, 1955

OĞUZMAN M. Kemal / BARLAS Nami, **Medeni Hukuk**, 14.Basım, İstanbul: Arıkan Yayınları 2007

OĞUZMAN M. Kemal / ÖZ M. Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 6. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2009

PELISSIER Jean / LYON-CAEN Antoine / JEAMMAUD Antoine / DOCKES Emmanuel, **Les grands arrets du droit du travail**, 3. Bası, Paris: Dalloz, 2004

POROY Reha / YASAMAN Hamdi, **Ticari İşletme Hukuku**, 12. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2007

POROY Reha / TEKİNALP Ünal / ÇAMOĞLU Ersin, **Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku**, 7.Bası, İstanbul: Beta Yayınları, 1997

POSNER Eric A. / TRIANTIS George G. / TRIANTIS Alexander J., **Investing in Human Capital: The Efficiency of Covenants Not to Compete**, U Chicago Law & Economics, Olin Working Paper No. 137; Univ. of Virginia Law & Econ Research Paper No. 01-08, Ocak 2004

REHBINDER Manfred, **Droit Suisse du Travail**, Almanca'dan Fransızca'ya çev. Bernard Schneider, Berne: Editions Staempfli & CIE SA, 1979

REİSOĞLU Safa, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 20. Bası, İstanbul: Beta Yayınları, 2008

SAVAŞ Fatma Burcu, **Rekabet Yasağı Sözleşmeleri (Türk ve Fransız Hukuklarına İlişkin Mukayeseli Hukuk Çalışması),** Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 13. Sayı, Ocak 2007

SEROZAN Rona, **Sözleşmeden Dönme**, 2. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, Ağustos 2007

SEROZAN Rona, **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, 2.Bası, İstanbul: Filiz Kitabevi, Kasım 2006

SOYER M. Polat, **Rekabet Yasağı Sözleşmesi**, Ankara: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1994

SERRA Yves, **L'Obligation de non-concurrence dans le droit des contrats**, Sirey, 1970

SÜZEK Sarper, **İş Hukuku**, Yenilenmiş 4. Bası, İstanbul: Beta Yayınları, Eylül 2008

SÜZEK Sarper, **İş Akdini Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması**, Ankara: Kazancı Yayınları, 1976

ŞAHLANAN Fevzi, **Rekabet Yasağı Sözleşmesi, Kurulması, Geçerlilik Şartları Hükümleri ve Sonuçları**: İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 11.Yıl Toplantısı, İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2008

TUNCAY A. Can, **İşçinin Sadakat (Bağlılık) Yükümlülüğü**, Prof. Dr. Hayri DOMANİÇ'e 80. Yaş Günü Armağanı, İstanbul: Beta Yayınları, Haziran 2001, II.Cilt

TUNÇOMAĞ Kenan / CENTEL Tankut, **İş Hukukunun Esasları**, 5.Bası, İstanbul:Beta Yayınları, Ocak 2008

TUNÇOMAĞ Kenan, **Türk İş Hukuku C.I., Genel Kavramlar - Hizmet Sözleşmesi - Rekabet Yasağı Sözleşmesi**, 2.Bası, İstanbul: İÜHF Yayınları No.451, 1975

TÜZÜNKAN E. Işıl, **La prohibition de concurrence dans le contrat de travail – Etude de droit français et de droit turc**, Montreux: Imprimerie Ganguin et Laubscher S.A.,1972

UŞAN M.Fatih, **İş Sırrının Korunması Sır Saklama ve Rekabet Yasağı**, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2003

ÜSTÜNEL Aslı E. Gürbüz, **Türk Hukukunda Özellikle Anonim Şirketlerde Ticari Sırrın Korunması**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 1. Bası, 2009

VANNES Viviane, **Le Contrat de Travail: Aspects Théoriques et Pratiques**, Bruxelles: Bruylant, 2003

WANTIEZ Claude, **Les Clauses de non-concurrence et le contrat de travail**, 2. Bası, Bruxelles: Larcier, 2001

YAVUZ Cevdet, **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 5.Bası, İstanbul: Beta Yayınları 1997

YENİSEY K.Doğan / ÖZTÜRK Özgür, İşçinin Sözleşme Sonrası Ticari Sırları Saklama Yükümlülüğü, **Devrim Ulucan'a Armağan**, İstanbul: Legal Yayınevi, 2008, s.399-457

YENİSEY K. Doğan, **İş Hukukunda İşyeri ve İşletme**, İstanbul: Legal Yayınevi, 2007