

**REKABET YASAĞI SÖZLEŞMESİNDE
CEZAI ŞART
(KARAR İNCELEMESİ)**

*Yrd. Doç. Dr. Veli KARAGÖZ**

T.C. YARGITAY

HUKUK GENEL KURULU¹

E. 2008/9-517

K. 2008/566

T. 22.9.2008

- **REKABET YASAĞI SÖZLEŞMESİ (Cezai Şartın Ödetilmesi İstemi - İŞçi Sayılan Kişinin Rekabet Yasağı Sözleşmesinin İhlali Nedeniyle Açılan Cezai Şartın Tahsiline İlişkin Davalarda İŞ Mahkemelerinin Görevli Olduğu)**
- **CEZAI ŞART (İŞçi Sayılan Kişinin Rekabet Yasağı Sözleşmesinin İhlali Nedeniyle Açılan Cezai Şartın Tahsiline İlişkin Davalarda İŞ Mahkemelerinin Görevli Olduğu)**
- **GÖREVLİ MAHKEME (İŞçi Sayılan Kişinin Rekabet Yasağı Sözleşmesinin İhlali Nedeniyle Açılan Cezai Şartın Tahsiline İlişkin Davalarda İŞ Mahkemelerinin Görevli Olduğu)**
- **ZARAR MİKTARI (Rekabet Etmeme Sözleşmesinde Yer Alan Cezai Şartın İstenebilmesi İçin İŞverenin Uğramış Olduğu Zarar Miktarı Cezai Şartın İndirilmesinde Dikkate Alınması Gerektiği)**
- **TİCARİ SIRRA VAKIF OLMA (Davacı Bankada Müfettiş Yardımcısı Olarak Görev Yapan Davalının Ne Tür Bir Ticari Sırra Vakıf Olduğu ve Bu Bilgilerin Kullanılmasının İŞverene Önemli Bir Zarar Verip Vermediği Hususunun Açıklığa Kavuşturulması Gerektiği)**

5521/m.16762/m.4 818/m.161, 348

* Erzinçan Üniversitesi Hukuk Fakültesi İŞ ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı.

¹ Karar Kazancı İçtihat Bilgi Bankasından alınmıştır.

ÖZET: Dava, rekabet yasağı sözleşmesinden kaynaklanan cezai şartın ödetilmesi istemine ilişkindir. Borçlar kanununun 348 ve devamı maddelerine dayalı olarak İş Kanunu kapsamında işçi sayılan kişinin, rekabet yasağı sözleşmesinin ihlali nedeniyle açılan cezai şartın tahsiline ilişkin davalarda iş mahkemelerinin görevli olduğu kabul edilmelidir.

Rekabet etmeme sözleşmesinde yer alan cezai şartın istenebilmesi için, işverenin uğramış olduğu zarar miktarı, cezai şartın indirilmesinde dikkate alınmalıdır.

Somut olayda, davacı bankada müfettiş yardımcısı olarak görev yapan davalının, ne tür bir ticari sır vakıf olduğu ve bu bilgilerin kullanılmasının işverene önemli bir zarar verip vermediği hususunun açıklığa kavuşturulması için araştırma yapılması gereklidir.

DAVA: Taraflar arasındaki "rekabet yasağı sözleşmesine dayalı cezai şart" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; İstanbul 4. İş Mahkemesince davanın reddine dair verilen 21.09.2006 gün ve 2006/394-734 sayılı kararın incelenmesi davacı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 06.06.2007 gün ve 2006/31990-2007/18182 sayılı ilamı ile;

(... Davacı banka tarafından davalı işçi hakkında açılan bu davada, taraflar arasında imzalanmış olan rekabet yasağı sözleşmesinden kaynaklanan cezai şartın ödetilmesi talep olunmuştur.

Mahkemece isteğin kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Davalı işçi ile iş ilişkisinin kurulduğu 17.3.2003 tarihinde taraflar arasında düzenlenen rekabet yasağı sözleşmesinde, işçinin müfettiş yardımcısı olarak görev yaptığı belirtilmiş ve davacı işçinin teknik, ticari ve personele ilişkin iş sırlarına ve müşteri çevresine nüfuz eden konumu sebebiyle asgari 4 yıl süreyle çalışması şartı öngörülmüştür, işçinin 4 yıllık süre dolmadan ayrılması halinde diğer bankalar ile finans sektöründe faaliyet gösteren mali kuruluşlarda çalışmayacağı taahhüt edilmiş, bu süre 2 yıl ile sınırlandırılmış ve Marmara, Ege ve İç Anadolu Bölgesi kapsamına giren illerde geçerli olduğu hükme bağlanmıştır.

Borçlar Kanununun 348. maddesinin 2.fıkrasında, "Rekabet memnuniyetine dair olan şart, ancak işçinin müşterileri tanimasından ve esrara müfuzundan istifade ederek iş sahibine hissölunacak derecede bir zarar husulüne sebebiyet verebilecek ise, caizdir" şeklinde kurala yer verilmiştir. Somut olayda işyerinde müfettiş yardımcısı olarak çalışan davalının müşterileri tanıma, işin sırrına vakıf olma ve en niyayet işverenin hissölunabilecek bir zararına neden olabilmesi yönlerinden gerekli inceleme

yapılmamıştır. Konunun uzmanı olan bir bankacı bilirkişiden rapor alınmalı ve davalı işçinin davacı bankadaki çalışma sistemi belirlenerek Borçlar Kanununun 348/2.fıkrası hükmü doğrultusunda cezai şartın geçerli olup olmayacağı mahkemece bir değerlendirmeye tabi tutulmalıdır. Eksik incelemeyle karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir...),

Gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekte,yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

KARAR: Dava, rekabet yasağı sözleşmesinden kaynaklanan cezai şartın ödetilmesi istemine ilişkindir.

Yerel Mahkemece davanın reddine dair verilen karar davacı vekilinin temyizi üzerine Özel Dairece, metni yukarıya aynen alınan ilamla mahkemece yapılan araştırmanın eksik olduğu gerekçesiyle oyçokluğu ile bozulmuş, karşı oylarda araştırmanın yeterli olduğu ve davanın esastan reddi gerektiği bildirilmiştir. Mahkemece önceki kararda direnilerek davanın reddine karar verilmiş, hükmü davacı vekili temyize getirmiştir.

Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; davalının müfettiş yardımcılığı görevinin müşterileri tanımasını sağlayacak ve işin esrarına nüfuz ederek iş sahibinde bir zarar meydana getirecek nitelikte olup olmadığı, cezai şart içeren rekabet yasağı sözleşmesinin; zaman, mahal ve nev'i noktasından sınırlandırma içerip içermediği yönünde mahkemece yapılan araştırmanın yeterli olup olmadığı, bilirkişi incelemesi gerekip gerekmediği noktalarında toplanmaktadır.

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 Kanunun 5. maddesi uyarınca eldeki davaya bakma görevinin ticaret mahkemesine ait olup olmadığı hususu ön sorun olarak tartışılmıştır.

Ön sorunun değerlendirilmesi :

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

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

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

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

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

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

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

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

Prof. Dr. S. Süzek, İş Hukuku, Beta Yayınları, 2005, S:277). Hizmet sözleşmesinde işçi, diğer tarafa (iş sahibine) nazaran zayıf durumda bulunduğu için, kanun, iş sahibinin haksız menfaatler sağlayarak işçiyi ezmesini önlemek amacıyla hizmet sözleşmesine eklenecek rekabet yasağı hakkındaki hükümleri özel bir şekilde düzenleme gereğini duymuştur. Borçlar Kanunu 348-352 düzenlemesinin getirdiği hükümler, sadece hizmet sözleşmesi zımında yapılan rekabet yapmama sözleşmelerine uygulanabilirler. (Prof. Dr. C. Yavuz, Borçlar Hukuku Dersleri-Özel Hükümler, Beta Yayınları, 2006, S:276). İşçiyi korumaya yönelik olan bu maddede yazılı olan sınırlamalar, bu durumda öteki sözleşmelere uygulanamazlar. (Ord. Prof. Dr. H. V. Velidedeoğlu, Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Yargıtay Yayınları, 1987, S:561). Her hizmet sözleşmesinin mutlaka bir ticari işletmeyi ilgilendireceğini kabul etmek mümkün değildir. Dolayısıyla esnaf düzeyindeki kişinin yaptığı hizmet sözleşmesinde yer alan rekabet yasağının ihlalinden doğan davanın da bu hüküm gereğince mutlak ticari dava sayılması anlamsızdır. Bu tür bir sözleşmeden doğan uyuşmazlık “öz ticaret hayatına” ilişkin olmadığı gibi çözümü de ayrı bir uzmanlığı gerektirmez (S. Arkan, Ticari İşletme Hukuku, 9. Baskı, Banka Ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2005, S:94-95).

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

Devletin, iş ilişkilerini düzenlerken nasıl işçiyi koruma amacıyla özel mahiyette maddi hukuk kuralları vasetmesi gerekiyorsa, bir hukuk uyuşmazlığı olarak iş uyuşmazlıklarının çözümünü de genel yargıdan ayırmış, İş Hukukuna has yani bu hukukun amacına hizmet edecek şekilde kolay, hızlı ve ekonomik usul kurallarıyla yargılayan uzman özel (spesifik) bir yargıya bırakması gerekmektedir. İşte bu gerek, çoğu ülkede olduğu gibi Türkiye’de de iş davalarının, bu alanda uzman, özel mahkemelerde; iş mahkemelerinde ve genel yargılama usullerinden farklı bir usule göre görülmesini, yani bir iş yargısının varlığını, zorunluluğunu ifade eder (Prof. Dr. H. Mollamahmutoğlu, İş Hukuku, Turhan Yayınları, 2004, S:103). Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu’nun 29.06.1960 gün, 1960/13 ve 1960/15 sayılı kararına göre; “...İş mahkemeleri iş akdinden doğan münasebetlerden çıkan davaların bu konularda özel bilgiye sahip mahkemelerde görülmesi amacıyla...” kurulmuştur, işçi sayılan kimselerle (Kanunla değiştirilen 2. maddesinin C, D ve E fıkralarında istisna edilen işlerde çalışanlar hariç) işveren arasında iş akdinden veya iş kanununa dayanan her türlü hak iddialarından doğan hukuki uyuşmazlıkların bu

mahkemelerde çözümleneceği karara bağlanmıştır. Bu kapsamda çıkarılan ve 1950 yılında yürürlüğe giren 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu uyarınca; bir uyuşmazlığın iş mahkemelerinde görülebilmesi için işçi sayılan kişilerle işveren arasında iş akdinden veya iş kanununa dayanan her türlü hak iddialarından doğan hukuki uyuşmazlığın bulunması gerekir (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 05.02.2003 gün, 2003/82-65 sayılı kararı).

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

Öte yandan; iş uyuşmazlıkları, özel nitelikte hukuk uyuşmazlıklarıdır. 5521 sayılı Kanunun 1. maddesinde iş mahkemelerinin görev alanına giren hukuk uyuşmazlıkları olarak iş uyuşmazlıkları, “İş kanununa göre işçi sayılan kimselerle ... işveren veya vekilleri arasında iş akdinden veya İş Kanununa dayanan her türlü hak iddialarından doğan hukuk uyuşmazlıkları ... ” olarak belirtilmektedir. Şu halde iş mahkemelerinin görev alanına giren hukuk uyuşmazlıkları olarak iş uyuşmazlıkları, tarafları ve konusu kanunla belirlenmiş; yani belirli nitelikte uyuşmazlıklar olup, görev kuralları kamu düzenine ilişkin olduğunda, içeriği keyfi surette doldurulamayacak uyuşmazlıklardır. Bu nedenle bir hukuk mahkemesi olarak iş mahkemeleri, iş sözleşmesi veya İş Kanunundan doğmuş olsa dahi idari ve cezai uyuşmazlıklara doğal olarak bakamayacağı gibi İş Kanunu kapsamı dışında kalan işçilerle onları çalıştıran işverenler arasındaki uyuşmazlıklara da, iş sözleşmesinden kaynaklanmış olsalar dahi, bakamayacaktır. Bu sonuncu türden uyuşmazlıklar, tarafları işçi ve işveren, kaynağı iş sözleşmesi olduğu halde iş uyuşmazlığı olarak nitelenemez ve bu itibarla da bu uyuşmazlıkları konu edinen davalar iş davası olarak değerlendirilemez; genel olarak hukuk uyuşmazlıkları ve hukuk davaları içinde yer alırlar (Prof. Dr. H. Mollamahmutoğlu, İş Hukuku, Turhan Yayınları, 2004, S:104-105).

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

belirtilen işlerde çalışanlar tarafından açılacak davalarda iş mahkemeleri değil, genel mahkemeler görevlidir.

Yukarıdaki açıklamalar uyarınca; Borçlar kanununun 348 ve devamı maddelerine dayalı olarak İş Kanunu kapsamında işçi sayılan kişinin, rekabet yasağı sözleşmesinin ihlali nedeniyle açılan cezai şartın tahsiline ilişkin davalarda iş mahkemelerinin görevli olduğu kabul edilerek ön sorun oyçokluğu ile aşıldıktan sonra işin esasının incelenmesine geçilmiştir.

İşin esasının incelenmesinde;

Yasa koyucu, hizmet sözleşmelerine konulan rekabet yasaklarına cezai şart eklenmesi durumunda, hizmet sözleşmelerinin özelliğini göz önünde bulundurarak, bunlara eklenen cezai şartlar için, Borçlar Kanununun cezai şartı düzenleyen 161 ve devamı maddelerinden ayrı hükümler koymuştur.

Rekabet etmeme sözleşmesi eski işverenin korunmasını amaçladığından işverenin korunmaya değer bir menfaatinin bulunması gerekir. Bu nedenle, rekabet etmeme taahhüdü, ancak işçinin, işverenin müşteri çevresine veya iş ve üretim sırlarına ait bilgileri kullanarak işverene önemli bir zarar verebilme ihtimalinin bulunduğu hallerde geçerlidir. O halde, işçi işverenin müşteri çevresi veya iş ve üretim sırlarına sahip olsa bile bu bilgilerin kullanılması işverene önemli bir zarar verebilecek nitelikte değilse yapılan rekabet yasağı sözleşmesi geçerli sayılamaz (Prof. Dr. S. Süzek, İş Hukuku, Beta-2005).

Cezai şartın istenebilmesi için, işverenin uğramış olduğu zarar miktarı, cezai şartın indirilmesinde dikkate alınmalıdır. (Yard. Doç Dr. V. Karagöz, İş Sözleşmesinde Cezai Şart, Seçkin-2006).

Somut olayda, davacı bankada müfettiş yardımcısı olarak görev yapan davalının, ne tür bir ticari sır vakıf olduğu ve bu bilgilerin kullanılmasının işverene önemli bir zarar verip vermediği hususunun açıklığa kavuşturulması için araştırma yapılması gereklidir.

Yerel Mahkemece bu gerekliliğe işaret eden Özel Daire bozma ilamına uyulması gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Direnme kararı açıklanan bu gerekçeyle bozulmalıdır.

SONUÇ: Davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının yukarıda ve Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı H.U.M.K.nun 429. maddesi gereğince BOZULMASINA, 22.09.2008 gününde oybirliği ile karar verildi.

KARARIN İNCELENMESİ

I- Yargıtay Kararına Genel Bakış ve Olayın Özeti

İnceleme konumuzu oluşturan Hukuk Genel Kurulu kararından anlaşıldığı kadarıyla, davacı banka ile davalı işçi arasında müfettiş yardımcısı olarak çalıştırılmak üzere 4 yıl süreli iş sözleşmesi yapılmıştır. Yapılan sözleşme ile, işçinin 4 yıllık süre dolmadan iş yerinden ayrılması halinde 2 yıl süre ile Marmara, Ege ve İç Anadolu bölgesinde mali konularda faaliyet gösteren banka ve finans kuruluşlarında çalışmayacağı hüküm altına alınmıştır. Ayrıca “rekabet yasağı sözleşmesi” olarak adlandırdığımız anılan sözleşme hükümlerine aykırı davranışların yaptırımını cezai şart öngörülmüştür.

Olaydan anlaşıldığı kadarıyla, işçi tarafından iş sözleşmesi süresinden önce feshedilmiş ve işçi başka bir finans kuruluşu veya bankada çalışmaya başlamıştır. Bunun üzerine işveren tarafından rekabet yasağı sözleşmesinde öngörülen cezai şartın ödenmesi talebiyle İş Mahkemesinde dava açılmıştır. İlk derece mahkemesi olan İstanbul 4. İş Mahkemesi tarafından davanın reddine karar verilmiştir.

Kararın temyizi üzerine Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, rekabet yasağı sözleşmesinin Borçlar Kanunu m.348/2 hükmü kapsamında geçerli olup olmadığı yönünde eksik inceleme yapılmış olmasını gerekçe göstererek ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur. İlk derece mahkemesince direnme kararı verilmesi üzerine dava dosyası Yargıtay Hukuk Genel Kurulunca ele alınmıştır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, ilk derece mahkemesi ile 9. Hukuk Dairesi arasında bu konuda bir görüş ayrılığı olmamasına rağmen uyumsuzluğu öncelikle ön sorun olarak görev açısından ele almış ve rekabet yasağı sözleşmesinden doğan davalarda uyumsuzluğun iş ilişkisinden kaynaklanması nedeniyle, İş Mahkemesinin görevli olduğu sonucuna varmıştır.

Hukuk Genel Kurulu esasa ilişkin değerlendirmesinde ise, davalı işçinin işverene ait ne türlü ticari sırlara vakıf olduğu ve bu bilgilerin kullanılmasının işverenin ne derecede zarara uğramasına sebep olduğu hususlarının açıklığa kavuşturulması gereğine işaret ederek, direnme kararının kaldırılması yönünde karar vermiş, dolayısıyla 9. Hukuk Dairesi ile aynı görüşü paylaşmıştır.

Her üç mahkemenin kararında da, rekabet yasağı sözleşmesinde öngörülen süre üzerinde durulmadığını görüyoruz. Bu nedenle, sözleşmede öngörülen 2 yıllık sürenin örtülü olarak makul bir süre olduğunun kabul edildiği sonucuna varabiliriz.

Kararda, rekabet yasağı sözleşmesine aykırılık halinde öngörülen cezai şart miktarının aşırı olup olmadığı konusu üzerinde de durulması gerektiği örtülü olarak ifade edilmiş ve bu konuda işverenin uğramış olduğu zarar miktarının cezai şartın aşırılığında kriter olarak kullanılabilmesine işaret edilmiştir.

II- Çözümü Gereken Hukuki Problem

İnceleme konumuzu oluşturan Yargıtay Hukuku Genel Kurulu kararına da konu olduğu gibi, iş ilişkisinin devamı süresince işçinin iş organizasyonu, işverenin müşteri çevresi, üretim veya pazarlama teknikleri gibi pek çok konuda bilgi sahibi olma olasılığı bulunmaktadır. İşverenin iş sırlarına sahip olan işçinin, iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra bu bilgileri kullanarak eski işvereni zarara uğratma olasılığı genellikle mevcuttur. Bu türlü endişeleri taşıyan işverenler iş sırlarına sahip olan işçisinin işyerinden ayrılmasını istemeyecektir. Bu amaçla uzun süreli iş sözleşmesi yapılabileceği düşünülse dahi, belirli süreli iş sözleşmelerinin ancak objektif koşullara bağlı olarak yapılabileceğine ilişkin İş K. m.11 hükmü bu konuda engel veya zorluk oluşturacaktır². Anılan zorluk ve endişeleri aşmanın en uygun yolu ise, işçi ile rekabet yasağı sözleşmesi yapmaktır³. Ancak, işçinin iş sözleşmesinin zayıf tarafı olması nedeniyle işverence, işçiye çok ağır şartları içeren rekabet yasağı sözleşmesi yaptırılması olasılığı da göz ardı edilmemelidir. İşçinin rekabet yasağına ilişkin şartları kabul etmek istememesi durumunda ise işe alınmamak gibi bir tehlike ile karşılaşacağı kesindir⁴.

² İş K. m.11. “.....Belirli süreli işlerde veya belli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif koşullara bağlı olarak işveren ile işçi arasında yazılı şekilde yapılan iş sözleşmesi belirli süreli iş sözleşmesidir”.

³ Bu konuda bkz. SOYER, Polat, Rekabet Yasağı Sözleşmesi, Ankara 1994, s.4; ENGEL, Oliver, Konventionalstrafen im Arbeitsrecht, Bayreuth 1990, s.32-33; UŞAN, Fatih: İş Hukukunda İş Sırrının Korunması, Ankara 2003, s.47 vd.; KARAGÖZ, Veli., İş Sözleşmesinde Cezai Şart, Ankara 2006, s.239.

⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. SOYER, s.5 vd.

Anlatılan gerekçelerle ve konunun önemi gereği, Borçlar Kanunumuzun 348 ila 352. maddelerinde rekabet yasağı sözleşmesi özel olarak düzenlenmiş bulunmaktadır. Kanun koyucu bu düzenlemelerde, sözleşmenin tarafları arasında denklik bulunmadığı düşüncesinden hareketle, rekabet yasağı sözleşmesinin şartlarını ayrıntılı olarak düzenlemiş bulunmaktadır. Yine kanun koyucu hukukumuz açısından istisna oluşturan yazılı şekli, rekabet yasağı sözleşmesi bakımından şart koşmuştur (BK. m.350). Anılan yazılı şekil şartının, rekabet yasağı sözleşmesinin hükümleri hakkında bilgi sahibi olması açısından işçi lehine olduğu söylenebilir.

Kanunun anılan düzenlemeleri amaca hizmet eder nitelikte olmakla birlikte, çalışma hayatında pek çok farklı olayla karşılaşılması, bu konuda hakime takdir yetkisi tanınmasını da zorunlu kılmaktadır. Uyuşmazlığı çözmekle görevli olan hakim, somut olayda rekabet yasağı sözleşmesinin geçerlilik şartlarını taşıyıp taşımadığını, geçerli ise öngörülen cezai şart miktarının aşırı olup olmadığını kendisi takdir edecektir. Bu durum ise somut olayımızda olduğu gibi, yargı organları arasında farklı kararlar verilmesine neden olabilmektedir. Biz bu çalışmamızda Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararını değerlendirirken aynı zamanda konuya ilişkin bazı objektif kriterleri de ortaya koymaya çalışacağız.

Kararda rekabet yasağı sözleşmesinde öngörülen cezai şartın aşırı olup olmadığı konusu üzerinde de durulması gereğine örtülü olarak işaret edilmiş olması nedeniyle, cezai şartın hangi hallerde aşırı sayılabileceğine ilişkin kriterler üzerinde de kısaca durulacaktır.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararına konu olan somut uyuşmazlığın çözümünde, iş mahkemesinin görevli olduğu belirtilmiş ve görev konusu üzerinde teori ve uygulama açısından ayrıntılı olarak durulmuştur. Bu nedenle rekabet yasağı sözleşmesinden doğan davalarda görevli mahkemeye ilişkin kısa açıklamalarla yetinecek ve asıl olarak rekabet yasağı sözleşmesinin geçerlilik şartları ve cezai şart üzerinde duracağız.

III- Değerlendirme

1- Görev Konusu

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında görev konusunun ön sorun olarak ele alınmasının temel nedeni, göreve ilişkin olarak TTK.m.4/3

hükmünün mü yoksa, 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu m.1 hükmünün mü uygulanacağı noktasında tereddüt bulunmasıdır.

Konuyla ilgili açıklama yapmadan önce, her iki düzenlemeyi de aynen aktarmakta yarar görüyoruz. İş Mahkemeleri Kanunu m.1 hükmüne göre, “İş Kanununa göre işçi sayılan kimselerle (o kanunun değiştirilen ikinci maddesinin Ç, D ve E fıkralarında istisna edilen işlerde çalışanlar hariç) işveren veya işveren vekilleri arasında iş akdinden veya İş Kanununa dayanan her türlü hak iddialarından doğan hukuk uyuşmazlıklarının çözülmesi ile görevli olarak lüzum görülen yerlerde iş mahkemeleri kurulur”⁵.

Bu konudaki diğer düzenlemenin yer aldığı TTK. m.4 hükmüne göre, “..... tarafların tacir olup olmadıklarına bakılmaksızın Borçlar Kanununun rekabet memnuiyetine dair 348 ve 352. maddelerinde tanzim olunan hususlardan doğan hukuk davaları ticari dava sayılır”.

Konuya ilişkin düzenlemeleri aktardıktan sonra görevle ilgili hususlar üzerinde ana hatlarıyla durmak gerekirse, öncelikle görev kuralları kamu düzenine ilişkindir. Bu nedenle, mahkeme davanın görülmesi sırasında kendisinin görevli olup olmadığını re’sen dikkate alabilir ve görevsizlik kararı verebilir. Görev kurallarının kamu düzeninden olmasının bir başka sonucu ise karar kesinleşinceye kadar yargılamanın her aşamasında da re’sen dikkate alınabilmesidir⁶. Bu nedendir ki, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu uyuşmazlığı, bu noktada bir uyuşmazlık olmamasına rağmen görev yönünden de re’sen ele almış ve tartışmıştır.

Görevli mahkeme belirlenirken öncelikle davanın genel mahkemelerin mi yoksa özel mahkemelerin mi görev alanına girdiği konusu üzerinde durulmalıdır. Özel mahkemelerin görevi genel mahkemelerin görevine

5

İş mahkemelerinin görevi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. ÇENBERCİ, Mustafa., İş Mahkemeleri Kanunu Şerhi, Ankara-1969, s. 14 vd.; BOZKURT, H. Argun., İş Davaları, Ankara-2001, s. 147 vd.; KURUCU, Oğuz., İçtihatlarla İş Yargısı, Ankara-1994, s.36 vd.; GÜNAY, C. İlhan., İş Mahkemeleri Kanunu Şerhi, Ankara-2000, s. 52 vd.; MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi., İş Hukuku, 2. Baskı, Ankara-2005, s. 105 vd.; KURU, Baki – ARSLAN, Ramazan – YILMAZ, Ejder., Medeni Usul Hukuku, 18. Baskı, Ankara-2007, s. 808-809; SÜZEK, Sarper: İş Hukuku, 2. Baskı, İstanbul 2005, s.89 vd.

6

ARSLAN-KURU-YILMAZ, s.121.

nazaran önceliklidir. Bu nedenle ancak özel mahkemelerin görev alanına girmeyen konularda genel mahkemeler yetkilidir⁷.

Olayımız açısından bakıldığında ise, ticaret mahkemeleri ve iş mahkemeleri adli yargı içerisinde yer alan özel mahkemelerdir. Bu nedenle, özel mahkeme genel mahkeme ilişkisi olayımız açısından söz konusu değildir. Tartışma noktası, iki özel mahkemeden hangisinin görevli olduğu konusunda toplanmaktadır. Daha yeni tarihli olması sebebiyle TTK. m.4 hükmünün uygulanması gerektiği teorik olarak söylenebilir ise de, bu tamamen İş Mahkemeleri Kanununun amacının ve 1. maddesi hükmünün tamamen göz ardı edilmesi sonucu doğurur.

Kararda da ifade edildiği üzere TTK. m.4 hükmü, uyuşmazlık konusu hukuki ilişkinin dayanağına bakmaksızın, BK.da düzenlenen rekabet yasağı sözleşmesini ticari iş saymakta ve ticaret mahkemelerinin görev alanına girdiğine ilişkin düzenleme içermektedir. Anılan düzenleme öğretilerde, her hizmet sözleşmesinin mutlaka ticari bir işletmeyi ilgilendirmesinin mümkün olmadığı, iş ilişkisinden kaynaklanan her rekabet yasağına ilişkin davanın ticari dava olarak kabul edilmesinin anlamsız olduğu, bu tür bir uyuşmazlığın “öz ticaret hayatına” ilişkin olmadığı ifadeleriyle eleştirilmiştir⁸.

Ticaret Kanununun anılan hükmü SOYER tarafından da şu gerekçelerle eleştirilmiştir: Bu düzenleme ile rekabet yasağı sözleşmesi ile iş sözleşmesi arasındaki yakın ilişki gözden kaçırılmış ve hükmün isabeti konusunda şüphe doğmasına neden olunmuştur. Borçlar Kanununun rekabet yasağına ilişkin hükümlerinin içeriğine bakıldığında, ticaret mahkemelerinden daha çok iş mahkemelerinin görevli kılınmasını haklı gösterdiği, iş sözleşmesinin devamı sırasında rekabet teşkil eden davranışlardan dolayı ortaya çıkacak uyuşmazlıkların iş mahkemelerinde, rekabet yasağı sözleşmesinden doğan davaların ise ticaret mahkemelerinde görülmesi haklı gerekçeye dayanmayan bir ayırmadır. Gene yazara göre, rekabet yasağı sözleşmelerinden doğan davalarda görevli mahkeme olarak İş mahkemelerinin belirlenmesi, hem

7

KURU-ARSLAN-YILMAZ, s. 13-14.

8

ARKAN, Sabih. Ticari İşletme Hukuku, 13. Baskı, Ankara 2009, s.98-99; Benzer yönde eleştiriler için bkz. KARAYALÇIN, Yaşar., Ticaret Hukuku, 3. Baskı, Ankara-1968, s. 252.

uyuşmazlığın içeriğine hem de iş mahkemelerinin kurulması gerekçelerine⁹ uygun olacaktır¹⁰.

Görüldüğü üzere, TTK. m.4/3 hükmü, öğreti tarafından da eleştirilmekte ve hükmün isabetsiz olduğu ifade edilmektedir. Sonuç olarak, rekabet yasağı iş ilişkisinden kaynaklanan bir borçtur. Bu nedenle İş Mahkemeleri Kanununun 1. maddesinin açık hükmü karşısında, iş mahkemelerinin rekabet yasağı sözleşmesinden kaynaklanan davalarda görevli olduğu sonucuna varılmalıdır¹¹. Dolayısıyla Hukuk Genel Kurulunun göreve ilişkin ulaştığı sonuç yerindedir.

2- İşçinin Rekabet Etmeme Borcu

a) İş İlişkisinin Devamı Sırasında Rekabet Etmeme Borcu

İşçi ile işveren arasında iş sözleşmesi ile kurulan ilişkiden doğan borçlar sadece iş görme ve karşılığında ücret ödeme borcu değildir. İş sözleşmesinin aynı zamanda taraflar arasında kişisel ilişki kurması bazı ek yükümlülükleri de beraberinde getirmiştir¹². İnceleme konumuz açısından ana hatlarıyla işçinin sadakat borcu üzerinde durmak gerekirse, sadakat borcu kısaca, işçi tarafından işverenin çıkarlarını koruma ve gözetme borcu olarak tanımlanabilir. O halde bu borcun kapsamı, işverenin meşru çıkarlarını korumak için dürüstlük kuralının gereklerine uygun davranmak ve bu çıkarları ihlal edici davranışlardan kaçınmak şeklinde özetlenebilir¹³.

⁹ İş mahkemelerinin kurulmasının gerekçeleri hakkında bkz. ÇENBERCİ, s. 1-2; NARMANLIOĞLU, Ünal., İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri, 3. Baskı, İzmir-1998, s. 56.

¹⁰ SOYER, s.24.

¹¹ Türkiye Büyük Millet Meclisi Adalet Komisyonu tarafından kabul edilen Türk Ticaret Kanunu Tasarısında öğretilerdeki eleştirilere rağmen TTK. m.4/3 hükmü muhafaza edilmiş ve Borçlar Kanununda düzenlenmiş olan rekabet yasağı sözleşmesi yine ticari iş olarak sayılmıştır. Hatta “ila” olması gereken maddeler arasındaki mevcut “ve” bağlacı dahi düzeltilmemiştir.

¹² Ayrıntılı bilgi için bkz. ERTAŞ, Kudret., Türk Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu, Ankara 1982, s.20 vd.

¹³ Ayrıntılı bilgi için bkz. ERTAŞ, s. 20 vd; YAVUZ, Cevdet., Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul-2007, s.457.

Rekabet yasağı sözleşmesi hükümlerini iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra doğurmakla birlikte, iş ilişkisinin devamı süresince de işçi, işverenle rekabet teşkil edecek davranışlardan kaçınmakla yükümlüdür. Dolayısıyla işçi iş ilişkisinin devamı süresince, aynı türden başka bir işletmede çalışamayacağı gibi, kendi adına da benzer faaliyette bulunamaz¹⁴. Bu türlü rekabet teşkil edecek davranışlar sadakat borcuna aykırılık oluşturur¹⁵ ve işverene İş K. m.25/2e hükmünce haklı nedenle derhal fesih hakkı verir. İşveren, iş sözleşmesini haklı nedenle feshettikten sonra ayrıca, uğramış olduğu zararların tazmini amacıyla genel hükümler çerçevesinde dava açılabilir. Zira İş K. m.26/2 hükmü, haklı nedenle iş sözleşmesini fesheden tarafın, diğer taraftan tazminat hakkının saklı olduğu hükmünü içermektedir.

İşçinin iş sözleşmesinin devamı sırasında işverenle rekabet teşkil edecek davranışlarda bulunmamakla birlikte, işverene ve işyerine ait sırları açıklamak suretiyle de işverenin zarara uğramasına neden olması mümkündür. Bu nedenle işçi, işveren veya işyeri ile ilgili öğrenmiş olduğu sır teşkil eden ve saklanması gerekli bilgileri üçüncü kişilere açıklamamakla yükümlüdür¹⁶. Sır saklama borcuna aykırı davranışlar sadakat borcuna aykırılık teşkil edeceğinden, işveren açısından haklı nedenle derhal fesih nedeni oluşturacaktır. Ayrıca, iş sözleşmesinin yapılması ile işçinin fiilen işe başlaması arasında geçen sürede dahi, şayet işçi bazı iş sırlarına vakıf olmuş ise, yine sır saklama yükümlülüğü söz konusu olacaktır¹⁷.

¹⁴ ERTAŞ, s.66 vd; TUNCAY, s.1062.

¹⁵ TUNCAY, s.1060; ÇELİK, Nuri., İş Hukuku Dersleri, 22. Baskı, İstanbul 2009, s.139; NARMANLIOĞLU, s.207; YAVUZ, s.457; UŞAN, s.119-120; AKYİĞİT, Ercan., İsviçre ve Türk İş Hukukunda İşçinin Hizmet Akdi Sonrasına Yönelik Rekabet Yasağı, KAMU-İŞ, Ocak 1991, s.4 vd.

¹⁶ ERTAŞ, s.50; SÜZEK, s.276; TUNCAY, s.1067; UŞAN, s.36; KARAGÖZ, s.241.

¹⁷ UŞAN, s.87 vd; DOĞAN YENİSEY, Kübra / ÖZTÜRK, Özgür., İşçinin Sözleşme Sonrası Ticari Sırları Saklama Yükümlülüğü, Devrim ULUCAN'a Armağan, İstanbul 2008, s.423

b) İş İlişkinin Sona Ermesinden Sonra Rekabet Etmeme Borcu¹⁸**aa) Genel Olarak**

Borçlar Kanununun 348 ila 352. maddeleri arasında düzenlenmiş olan rekabet yasağı sözleşmesi, iş sözleşmesinin sona ermesinden sonrasını esas almaktadır. Rekabet yasağı, iş sözleşmesinden kaynaklanan doğal bir borç değildir. Bu nedenle, rekabet etmeme borcunun kaynağını mutlaka bir sözleşme hükmü oluşturmaktadır. Rekabet yasağına ilişkin hüküm, ayrı bir sözleşmeye konu olabileceği gibi, iş sözleşmesi içerisinde sözleşme kaydı olarak da yer alabilir¹⁹.

Rekabet yasağı sözleşmesi ile sözleşmenin üstün tarafı olan işveren tarafından ağır şartların kabul ettirilmesi olasıdır. Bu nedenle Borçlar Kanununda rekabet yasağı sözleşmesinin geçerlilik şartlarının ayrıntılı sayılabilecek şekilde düzenlendiğini görüyoruz. Bu şartları kısaca ele almakta fayda görüyoruz.

bb) Geçerlilik Şartları

Rekabet yasağı sözleşmesinin öncelikle, yazılı yapılması gerekir. Konuya ilişkin BK. m.350 hükmüne göre: “*Rekabet memnuiyeti, sahih olmak için tahriri mukaveleye merbut olmak lazımdır*”. Anılan düzenleme ile işçinin sözleşmenin içeriği konusunda bilgi sahibi olmasının sağlanması suretiyle korunması amaçlanmıştır²⁰. Rekabet yasağı sözleşmelerinin yazılı yapılmasına ilişkin yazılı şekil şartının, ilgili düzenlemenin (..sahih olmak için..) ifade tarzı karşısında, geçerlilik şartı olduğu açıktır²¹. Kanunun

18 Şu anda meclis gündeminde bulunan Borçlar Kanunu tasarısında özü itibarıyla eski düzenlemelerin korunmuş olduğunu görüyoruz. Bkz. Borçlar Kanunu Tasarısı m.443-447.

19 AKYİĞİT, s.7 vd.; SÜZEK, s.277; TUNCAY, s.1065; NARMANLIOĞLU, s.208; KARAGÖZ, s.243. Basın İş K. m.13/2 hükmü, gazetecilerle rekabet yasağı sözleşmesi yapılamayacağına ilişkin açık hüküm içermektedir.

20 AYİTER, Nuşin: Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Fer’i Rekabet Memnuiyeti Muka-velesi, A. Esat ARSEBÜK’e Armağan, Ankara-1958, s.470; SOYER, s.41-42; UŞAN, s.59.

21 SOYER, s.44; UŞAN, s.59; KARAGÖZ, s.248.

aradığı şekil, adi yazılı şekildir²². Rekabet yasağına ilişkin hükümlerin bağımsız bir sözleşmenin konusunu oluşturmayıp, iş sözleşmesinin hükümleri arasında yer alması durumunda da yine yazılılık şartının aranması gerekir.

Borçlar Kanununda rekabet yasağı sözleşmesinin geçerliliği açısından öngörülen diğer bir şart ise, işçinin sözleşmeyi yaptığı sırada reşit olmasıdır. BK. m.348/3 hükmüne göre: “İşçi, akdin yapıldığı zamanda reşit değil ise rekabet memnuiyetine dair olan şart batıldır”. Düzenlemenin yapılmasında, reşit olmayan kimselerin rekabet yasağı sözleşmesinin kendileri aleyhine doğurabileceği sakıncaları yeterince kavrayamayacakları düşüncesi etkilidir²³. Kanun, yaş sınırı aramadığından, işçinin evlenme veya hakim kararıyla on sekiz yaşından önce reşit olması durumunda da, rekabet yasağı sözleşmesi yapılabilir²⁴.

İnceleme konumuzu oluşturan HGK. Kararına konu olan rekabet yasağına ilişkin hükümlere bağımsız bir sözleşmede değil, iş sözleşmesinde yer verildiğini görüyoruz. İş sözleşmesinin yazılı yapılmış olması nedeniyle, rekabet yasağı sözleşmesinin geçerliliği açısından gerekli olan şekil şartına uyulmuştur. Aynı şekilde işçinin sözleşmenin yapıldığı sırada reşit olup olmadığı konusunun gündeme getirilmemiş olmasından bu konuda da bir problem olmadığı sonucuna varıyoruz.

İşçi ile rekabet yasağı sözleşmesi yapabilmek için, işverenin hukuken korunmaya değer haklı bir menfaatinin olması gerekir. Rekabet yasağı sözleşmesinin amacı, işçinin iş ilişkisinin devamı sırasında öğrenmiş olduğu bilgileri, daha sonra işverene zarar verecek tarzda kullanmasının engellenmesidir²⁵. Nitekim Borçlar Kanununun 348/2. maddesinde düzenlenen; “Rekabet memnuiyetine dair olan şart, ancak işçinin müşterileri tanımasından ve esrara nüfuzundan istifade ederek iş sahibine hiss olunacak derecede bir zarar husulüne sebebiyet verebilecek ise, caizdir”. hükmü ile bu düşünce dile getirilmiş olmaktadır. O halde, işçinin işverene ait müşteri çevresini veya iş sırlarını öğrenme olanağına sahip olması ve işverene

22 AYİTER, s.470; SOYER, s.42; UŞAN, s.59.

23 SOYER, s.44.

24 Bkz. AYİTER, s.467; AKYİĞİT, s.10; SOYER, s.45; KARAGÖZ, s.250.

25 SOYER, s.47; UŞAN, s.228-229.

önemli bir zarar verme olasılığının bulunması durumunda rekabet yasağı sözleşmesi yapılabilir²⁶.

İnceleme konumuzu oluşturan Hukuk Genel Kurulu kararında da anılan husus vurgulanmıştır. Kararda, işçinin müşteri çevresi veya iş ve üretim sırlarına sahip olmasının tek başına yeterli olmadığı, bu bilgilerin işçi tarafından kullanılması durumunda işverene önemli zarar verebilecek nitelikte bilgiler olması gereği üzerinde durulmuş, aksi takdirde rekabet yasağı sözleşmesinin geçersiz olduğu ifade edilmiştir.

Her somut uyuşmazlıkta, rekabet yasağı sözleşmesi yapılmasını haklı kılan nedenlerin bulunup bulunmadığı hususunun hakim tarafından ortaya konması gerekir ki, bu konuya da kararda işaret edilmiştir. Ancak konunun uzmanlık gerektirdiği de açıktır. Bu nedenle Daire kararının bozma gerekçesinde konunun uzmanı olan bir bankacı bilirkişiden rapor alınması²⁷, Genel Kurul kararında ise konunun araştırılarak açıklığa kavuşturulması gereğine işaret edilmiştir.

Sonuç olarak, konunun uzman bilirkişiler aracılığıyla tespit ettirilmesine ilişkin Yargıtay uygulamasının yerinde olduğunu söyleyebiliriz.

Rekabet yasağı sözleşmesinin esasa ilişkin diğer bir geçerlilik şartı Borçlar Kanununun 349. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre: “*Rekabet memnuiyeti ancak işçinin iktisadi istikbalinin hakkaniyete muhalif olarak tehlikeye girmesini menedecek surette zaman, mahal ve işin nevi noktasından hal icabına göre münasip bir hudut dahilinde şart edilmiş ise muteberdir*”. Rekabet yasağı sözleşmesi şüphesiz ki, işçinin ekonomik açıdan zorda kalması sonucunu doğurmaktadır. Burada önemli olan husus, işçinin sözleşme sona erdikten sonra çalışma imkanının tamamen elinden alınmaması ve ekonomik geleceğini sürdürme şansının tanınmasıdır. O halde, rekabet yasağı sözleşmesi ile yapılacak olan sınırlandırma hakkaniyete aykırı olmamak kaydıyla geçerlidir²⁸. Anılan düşünce ile kanun

²⁶ Müşteri çevresi ve iş sırlarına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. SOYER, s.50 vd.; UŞAN, s.230 vd.

²⁷ Benzer yönde Yargıtay kararı için bkz.Y. 9.HD, 08.06.2004 T, E.2004/18581, K.2004/14299 Sayılı kararı, Legal İHD, 2005/5, s.331-332.

²⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. SOYER, s.59 vd.; UŞAN, s.235 vd.

koyucu, rekabet yasağı sözleşmesinin geçerliliğini zaman²⁹, yer ve konu itibariyle sınırlandırılmış olmasına bağlamıştır. O halde, rekabet yasağı sözleşmesinde işçinin ne kadar süre ile hangi türden işleri nerede veya nerelerde yapamayacağı konuları düzenlenmiş olmalıdır. Sözleşmenin sayılan sınırlamaları içermesi, geçerliliği açısından tek başına yeterli değildir. Ayrıca bu sınırlamaların hakkaniyete aykırı olmaması, diğer deyişle amaca uygun nitelikte olması gerekir³⁰. Sözleşmede yer alan sınırlandırmaların hakkaniyete aykırı olup olmadığı her somut olayda hakim tarafından ele alınıp değerlendirilecektir³¹.

İncelediğimiz karara konu olan uyuşmazlığı ele alacak olursak, sözleşmede konu yönünden yapılan sınırlandırma “bankalar ile finans sektöründeki faaliyet konuları” bakımından yapılmıştır. Kararda bu husus tartışılmadığına göre, konu bakımından yapılan sınırlandırmanın geçerli olduğu örtülü olarak ifade edilmiştir. Sözleşmede öngörülen iki yıllık süre konusunda da aynı sonuca varılmıştır³². Yine sözleşmede, rekabet yasağının Marmara, Ege ve İç Anadolu Bölgesi kapsamına giren illerde geçerli olduğu hükme bağlanmıştır. Yer itibariyle yapılan bu sınırlandırma da Yargıtay

29 Borçlar Kanunumuz süre konusunda herhangi bir hüküm içermemektedir. Dolayısıyla makul süreyi belirleme yetkisi tamamen hakime bırakılmıştır. Şu anda meclis gündeminde olan Borçlar Kanunu tasarısında ise, rekabet yasağı sözleşmesinin süresinin özel durumlar dışında iki yılı aşamayacağı ifade edilmektedir (m.444/1). Bu düzenleme oldukça yerindedir. Özellikle kesin süre öngörülmemiş olması, hakime somut olayın özelliklerini dikkate alarak makul süreyi belirleme yetkisi tanınması anlamına gelir ki, bu çözüm tarzı hakkaniyete daha uygundur. Ancak hakim makul süreyi belirlerken iki yıllık süreden ayrılmasını gerektiren gerekçeleri de ortaya koymalıdır.

30 SOYER, s.59; UŞAN, s.236.

31 Borçlar Kanunu Tasarısında, hakimin aşırı nitelikte sınırlandırmalar içeren rekabet yasağını, tüm koşulları birlikte değerlendirerek hakkaniyete uygun olarak sınırlandırabileceği ifade edilmiştir. O halde tasarıya göre, hakim rekabet yasağı sözleşmesine müdahale etmek suretiyle, sözleşme şartlarını işçi lehine olmak üzere değiştirebilecektir (Tasarı m.444/2).

32 Yargıtay başka bir kararında da iki yıl süre ile yapılan sınırlandırmayı geçerli kabul etmiştir (Y. 9.HD, 29.5.1997 T, E.1997/6252, K.1997/10506, GÜNAY, Cevdet İlhan, Şerhli İş Kanunu C.II, 2.Baskı, Ankara 2001, s.1437). Başka bir olayda ise, altı aylık süre içeren sözleşme hükmünü geçerli kabul etmiştir (Y. 9.HD, 18.5.1999 T, E.1999/5784, K.1999/9049, KAZANCI İBB).

tarafından hukuka aykırı bulunmamış olmalıdır ki, kararda konu üzerinde durulmamıştır³³.

3- Rekabet Yasağı Sözleşmesinde Cezai Şart

a) Genel Olarak

Borçlar Kanunu m.351 hükmü gereğince, rekabet yasağına aykırı davranışta bulunmak suretiyle işverenin zarara uğramasına neden olan işçinin, işverenin uğramış olduğu zararı tazmin etmesi gerekir. Rekabet yasağına aykırılık nedeniyle işçi aleyhine dava açılması durumunda, tazminat hukukunun genel prensipleri uygulama alanı bulacaktır³⁴. Bunun sonucu olarak işverenin öncelikle rekabet yasağına aykırı davranışlar sonucunda zarara uğradığını ve miktarını ispat etmesi gerekir. Ancak pratikte işverenin uğramış olduğu somut zararları ispat edebilmesi büyük zorluk gösterecektir. Bu nedenle tazminat hukukunun güçlüklerinden kurtulmak isteyen işverenler, rekabet yasağı sözleşmesini cezai şart yoluyla güvence altına almak isteyeceklerdir³⁵.

Nitekim Yargıtay kararına konu olan somut olayda, rekabet yasağı sözleşmesine aykırılığın yaptırımını olarak cezai şart öngörülmüştür.

b) İşverence Cezai Şartın İstenebilmesi

“Cezai şart, borçlunun alacaklıya karşı mevcut bir borcu hiç veya gereği gibi ifa etmemesi halinde ödemeyi vaad ettiği, hukuki işlem ile belirlenmiş ekonomik değeri olan bir edimdir³⁶”. Cezai şartın istenebilmesi için alacaklının sözleşmeye aykırı davranış nedeniyle zarara uğraması gerekmez (BK. m.159/1). Aksi sözleşmede öngörülmedikçe, cezai şartın muaccel

³³ Yargıtay, benzer bir olayda, işçinin tüm Türkiye çapında hiçbir bankada çalışamayacağına ilişkin sözleşme hükmünü; yer itibarıyla sınırlandırmanın mahal ve banka açısından yapılması gerektiği, tüm ülkeyi kapsar şekilde yapılamayacağı ve aksinin kabulünün işçinin ekonomik geleceği bakımından ağır sonuçlar doğuracağı gerekçesiyle, anılan kararlaştırmanın geçersiz olduğuna hükmetmiştir. Yine aynı kararda iki yıllık süreye ise karşı çıkılmamıştır (Y. 9.HD, 6.7.1999 T, E.1999/8262, K.1999/12073, EKONOMİ, Emsal Kararlar 1999, s.30-31).

³⁴ SANTORO, Dimitri, Die Konventionalstrafe im Arbeitsvertrag, Bern 2001, s.56; Ayrıntılı bilgi için bkz. SOYER, s.77 vd.; UŞAN, s.265-266; KARAGÖZ, s.244 vd.

³⁵ AYİTER, s.475; SOYER, s.80; UŞAN, s.267; ENGEL, s.33.

³⁶ KARAGÖZ, s. 23-24.Cezai şartın unsurları konusunda bkz. Aynı yazar, s. 24 vd.

olabilmesi için borçlunun borca aykırı davranışta kusurlu olması gerekir. Ancak sözleşme ile aksinin kararlaştırılması mümkündür (BK. m.161/2). O halde, borçlunun sorumluluğunun ortadan kalkması, sözleşmeye aykırı davranışta kusursuz olduğunu ispat etmesi şartına bağlıdır³⁷.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, rekabet yasağı sözleşmesinde yer alan cezai şartın muaccel olabilmesinin ön şartlarından birisi de, işçinin rekabet yasağının konusuna giren bir faaliyette bulunmasıdır. Dolayısıyla cezai şart talebi karşısında, hakim tarafından bu konunun da dikkate alınması gerekir. Nitekim bir Yargıtay kararında, sonradan çalışılan işin sözleşme kapsamında olup olmadığının belirlenmesi gerektiğine hükmedilmiştir³⁸.

Kural olarak bir sözleşmede kararlaştırılan cezai şart, seçimlik cezai şarttır (BK. m.158/1). Yani sözleşmeye aykırılık halinde alacaklı ya borcun ifasını ya da cezai şartı talep edebilir. Ancak kanun koyucu BK. m.351/2 hükmü ile, genel kuraldan ayrılmış ve rekabet yasağı sözleşmesinde öngörülen cezai şartın kural olarak dönme cezası olduğu yönünde düzenleme yapmıştır. O halde işçi, cezai şartı ödemek suretiyle, rekabet etmeme borcundan kurtulabilir³⁹. Ayrıca, işverenin uğramış olduğu zarar, cezai şart miktarını aştığı takdirde işveren fazla zararın tazmin edilmesini de isteyebilir (BK. m.351/2). Bu düzenleme ile, dönme cezası kararlaştırılan durumlarda, cezai şart miktarını aşan zararların istenemeyeceğine ilişkin kurala istisna tanınmış olmaktadır⁴⁰. İşverenin cezai şartı aşan fazla zararını tazmin ettirebilmesi için, hem işçinin sözleşmeye aykırı davranışta kusurlu olduğunu, hem de cezai şart tutarını aşan zarara uğramış olduğunu ve tutarını ispat etmesi gerekir⁴¹.

³⁷ Cezai şartın kusur ve zararlar ilişkisi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. KARAGÖZ, s.46 vd.

³⁸ Y. 9.HD, 13.9.1999 T. E.1999/11359, K.1999/12864, YKD, Mart 2002, s.383-384.

³⁹ TUNÇOMAĞ, Kenan, Türk Hukukunda Cezai Şart, İstanbul 1963, s.47; AYİTER, s. 475; SOYER, s.80-81; UŞAN, s.267; KARAGÖZ, s.244.

⁴⁰ TUNÇOMAĞ, s.47; KOCAAĞA, Köksal., Türk Özel Hukukunda Cezai Şart, Ankara 2003, s.156; KARAGÖZ, s.244-245.

⁴¹ SOYER, s.85; KOCAAĞA, s.157; UŞAN, s.268; KARAGÖZ, s.245.

c- Rekabet Yasağına Aykırılık Halinde Aşırı Cezai Şartın İndirilmesi**aa- Genel Olarak**

Rekabet yasağı sözleşmesinin yukarıda bahsedilen geçerlilik koşullarına sahip olması mutlak anlamda sözleşme hükümlerine geçerlilik tanınacağı anlamı taşımamalıdır. Özellikle, sözleşmede yer verilen cezai şarta ilişkin kayıtların da hakim tarafından denetlenmesi gerekir. Çünkü, iş sözleşmesinin üstün tarafı olan işveren tarafından, işçiye aşırı tutarda cezai şart hükümlerinin kabul ettirilmesi olasıdır. Bu nedenle, hakime aşırı gördüğü cezai şartı indirme görevi veren BK. m.161/3 hükmü, sözleşmenin işçi bakımından taşıdığı tehlikelerin ortadan kaldırılması ve işçinin ekonomik yönden zor duruma düşmesinin engellenmesi bakımından önemlidir⁴².

Öncelikle ifade etmek gerekir ki, BK. 348 ila 350. maddelerinde düzenlenmiş olan rekabet yasağına ilişkin geçerlilik şartlarının bulunmaması durumunda, diğer deyişle sözleşmenin geçersiz olması durumunda artık cezai şartın aşırı olup olmadığı konusu üzerinde durmaya gerek yoktur. Çünkü, bu durumda asıl sözleşmeye bağlı olarak fer'i nitelik taşıyan cezai şartta geçersiz olup, işverence talep edilmesi mümkün değildir. O halde, rekabet yasağı sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklar öncelikle geçerli olup olmadıkları yönünden ele alınmalı, geçerli olduğuna hükmettikten sonra ise, cezai şart miktarının aşırı olup olmadığı konusu üzerinde durulmalıdır.

bb) Aşırılığın Belirlenmesinde Dikkate Alınabilecek Hususlar

Sözleşmede öngörülen cezai şart miktarının aşırı olup olmadığının belirlenmesine ilişkin olarak önceden kesin kriterler belirlenemez. Hakim, somut olayın özelliklerini dikkate almak ve aşağıda ifade edeceğimiz kriterlerden de yararlanmak suretiyle bu konuda takdir yetkisini kullanmak suretiyle karar verecektir⁴³. Hakime cezai şartın aşırılığının belirlenmesinde yardımcı olabilecek kriterler; alacaklının çıkarları yani uğranılan zararın

⁴² KARAGÖZ, s.246; Ayrıca bkz. BOHNY, Peter, Das Arbeitsvertragliche Konkurrenzverbot, Zürich 1989, s.155; SOYER, s.82.

⁴³ TUNÇOMAĞ, s.144; SOYER, s.82-83; KARAGÖZ, s.246.

miktarı, borca aykırılığın ağırlığı, borçlunun kusurunun ağırlığı ve tarafların ekonomik durumu gibi hususlar olabilir⁴⁴.

Burada aşırılığın belirlenmesinde sadece rekabet yasağı sözleşmesi açısından dikkate alınabilecek bazı somut olgular üzerinde duracağız. İşçinin sözleşmeye aykırı davranışta kusurunun ağır olması durumunda cezai şartın indirilmemesi mümkündür. Eski işyerine yakın bir yerde aynı türden işyeri açmak⁴⁵, eski işverene rakip işletmede çalışmak⁴⁶, işverenin müşteri çevresini kaybetmesi için aktif çaba harcamak⁴⁷ gibi davranışlar öğretide konuya ilişkin örnekler olarak gösterilmiştir.

Rekabet yasağı sözleşmesinin geçerlilik koşullarından birisi de süre itibariyle sınırlandırılmış olmasıdır. Sözleşmede öngörülen yasağa aykırı davranışın sözleşmenin süresinin hangi anında ortaya çıktığı konusu üzerinde de durulabilir. Özellikle, sözleşmeye aykırı davranışın sözleşmede öngörülen sürenin sonuna doğru ortaya çıkmış olması durumunda cezai şartın indirilmesi mümkündür⁴⁸.

BK. m.159/1 hükmüne göre, cezai şartın istenebilmesi için alacaklının zarar uğraması gerekmez ise de, sözleşmenin tarafları dikkate alındığında, işverenin uğramış olduğu zarar miktarı da indirimde dikkate alınabilir. Çünkü, uğranılan zararın miktarı, işçinin sözleşmeye uygun davranmasında işverenin ne ölçüde menfaati olduğunun belirlenmesi açısından önemli olabilir⁴⁹.

Tarafların ekonomik durumu, cezai şartın aşırılığının belirlenmesinde, özellikle işçinin ekonomik durumu dikkate alındığında öncelikle başvurulabilecek kriterdir. Çünkü, rekabet yasağı sözleşmesine ilişkin düzenlemelerin temelinde, işçinin ekonomik geleceğinin tehlikeye düşürülmemesi düşüncesi bulunmaktadır. Bu nedenle somut olayda hakim,

⁴⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. TUNÇOMAĞ, s.145 vd; KARAGÖZ, s.52 vd.

⁴⁵ TUNÇOMAĞ, s.47. Yazarca, işçinin sözleşmeye aykırı davranışının kendisine menfaat sağlamayıp, sadece başkasına yardım etmekte iken ortaya çıkması halinde, hafif kusurlu sayılacağı ve bu hususun indirimde dikkate alınabileceği ifade edilmektedir. Aynı yer.

⁴⁶ SOYER, s.83.

⁴⁷ BOHNY, s.156, dn.67.

⁴⁸ BOHNY, s.158.

⁴⁹ BOHNY, s.156; SOYER, s.84; KARAGÖZ, s.247.

cezai şart miktarının işçinin ekonomik geleceğini hakkaniyete aykırı olarak tehlikeye düşürüp düşürmediği üzerinde durmalıdır. Bu hususun belirlenmesinde, işçinin rekabet yasağına aykırı faaliyetleri sonucunda elde etmiş olduğu menfaatler de dikkate alınmalıdır⁵⁰.

İncelediğimiz Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında, cezai şartın aşırılığında dikkate alınabilecek kriterlerden sadece işverenin uğramış olduğu zarar miktarı üzerinde durulmuştur. Aşırılığın belirlenmesinde yalnızca bu kriterden yararlanmak, ancak işverenin uğramış olduğu zarar miktarının cezai şarttan daha az olması durumunda işçi lehine sonuç doğurabilir. Aksi durumda ise, cezai şartın aşırı olmadığı gibi bir sonuca varılabilecektir. Dolayısıyla, aşırılığın belirlenmesinde, diğer kriterler üzerinde de durulması gerekir. Kısaca ifade etmek gerekirse, tüm unsurlar birlikte değerlendirilerek sonuca ulaşılmalıdır. Şunu da önemle ifade etmek gerekir ki, rekabet yasağı sözleşmesinde öngörülen cezai şart miktarında aşırı indirim yapılmak suretiyle, işverenin haklı menfaatleri diğer deyişle cezai şart kurumunun temel esprisi de gözden kaçırılmamalıdır. Özellikle de cezai şart ile, öncelikle sözleşmenin ifasının güvence altına alınmasının amaçlandığı unutulmamalıdır.

SONUÇ

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararında, rekabet yasağı sözleşmesinin iş ilişkisinden doğması nedeniyle, sözleşmeden kaynaklanan cezai şart talepleri bakımından da iş mahkemelerinin görevli olduğu sonucuna varılmıştır. Kararın gerekçesi İş Mahkemeleri Kanunu m.1 hükmüne dayandırılmış olup, TTK. m.4/3 hükmünün görev açısından olayda uygulanamayacağına, dolayısıyla ticaret mahkemesinin görevsiz olduğuna hükmedilmiştir. Kararın göreve ilişkin kısmına tamamen katıldığımızı ifade edelim. Ayrıca bu sonuç yerindelik açısından da doğrudur. Ancak görev konusundaki tartışmaların sona ermesi açısından, bu konuda açık düzenleme yapılarak, rekabet yasağı sözleşmesinden doğan davalarda münhasıran iş mahkemeleri görevli kılınmalıdır. Anılan açık düzenlemenin yapılması, işçinin korunması ilkesine uygun düşeceği gibi, bu konudaki ikililiği de ortadan kaldıracaktır.

⁵⁰ BOHNY, s.156; SOYER, s.84; KARAGÖZ, s.247.

Kararda, rekabet yasağı sözleşmesinin yapılmasında, işverenin korunmaya değer menfaatinin bulunması gerektiği ifade edilerek, işçinin işverene ait sırları elde etmesi ve bu bilgileri kullanarak işverene önemli zarar verme olasılığının bulunması durumunda ancak sözleşme yapılabileceği isabetle ifade edilmiştir.

Kararda, işçinin yeni işyerinde ne türlü faaliyette bulunduğu, bu faaliyetlerin eski işyerindeki görevi nedeniyle öğrenmiş olduğu bilgileri kullanmaya elverişli olup olmadığı noktaları üzerinde durulmamış olması eksiklidir. Yine, rekabet yasağı sözleşmesinde konu yönünden yapılan (somut olayda yapılmayan) sınırlandırmanın tartışılmamış olması, örtülü olarak, “banka ve finans sektöründe yapılan tüm işler” in yasağın konusu olduğuna ilişkin düzenlemeye örtülü olarak geçerlilik tanındığı anlamına gelmektedir ki, bu sonucun hakkaniyete aykırı olduğu açıktır.

Rekabet yasağı sözleşmesinde öngörülen cezai şartın aşırı olup olmadığının belirlenmesinde, işverenin uğramış olduğu zarar miktarının dikkate alınması, bu amaçla da rekabet yasağına aykırı davranışın işverene önemli derecede zarar verip vermediği konusunda araştırma yapılması gereğine isabetle işaret edilmiştir. Ancak, cezai şartın aşırılığının belirlenmesinde, yukarıda ifade etmiş olduğumuz diğer kriterler üzerinde durulmamış olması eksiklidir.

Sonuç olarak, karara sonucu itibarıyla katıldığımızı ifade etmekle birlikte, gerekçelerinin biraz daha ayrıntılandırılması ve kuvvetlendirilmesi yerinde olurdu. Son olarak ifade etmek gerekir ki, kararın gerekçesi hazırlanırken öğretideki görüşlerden de geniş ölçüde yararlanılmış olması memnuniyet vericidir.