

**ACENTELERİN REKABET ETME YASAĞI -  
SÖZLEŞME TARAFLARI ARASINDA  
GÜÇ DENGESİNİN BULUNMADIĞI HALLERDE  
MESLEK SEÇME ÖZGÜRLÜĞÜNÜN SÖZLEŞMESEL  
SINIRLAMALARA KARŞI KORUNMASI**

Alman Anayasa Mahkemesi'nin 7 Şubat 1990 tarihli kararı\*

Çeviren: Yeşim M. ATAMER\*\*

OLAY VE ALT DERECE MAHKEMELERİNİN KARARLARI: Şikayetçi 1 Temmuz 1977 - 31 Aralık 1979 tarihleri arasında şarap ve şampanya üreticisi olan ve ilk derece mahkemesinin davacısı konumundaki işletme sahibi için acente olarak faaliyet göstermiştir. Matbu acente sözleşmesi uyarınca ve işletmenin "dış hizmetlerde görevli olanlara ilişkin talimatları" çerçevesinde kendisi, yalnızca davacı için faaliyet göstermeyi ve müşteri adresleri dahil her türlü işletme sırrını gizlemeyi yükümlenmişti. Ayrıca sözleşmenin 13. maddesi aşağıdaki rekabet yasağını içeriyordu:

"Sözleşme ilişkisinin çalışanın kusurlu davranışı sonucu haklı nedenle sona ermesi hali için taraflar aşağıdakileri kararlaştırmışlardır:

Sözleşmenin sona ermesinden itibaren iki yıllık bir süre içinde çalışanın, her türlü rakip işletme için, bir tabiyet ilişkisi içinde veya bağımsız olarak veya bir aracı vasıtasıyla faaliyet göstermesi yasaktır.

\* BVerfGE 81,242 = NJW 1990, 1469 (Karardan sadece önemli görülen bölümler çevrilmiştir)

\*\* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi

Çalışanın belirtilen bu süre içinde böyle bir işletmeye doğrudan veya dolaylı olarak ortak olması veya herhangi bir şekilde bu işletmeyi desteklemesi yasaktır.

Taraflar çalışanın kusuru sonucu sözleşmenin sona ermesi hali için kararlaştırılmış rekabet yasağının getirdiği kısıtlamalar nedeniyle işletmenin bir tazminat ödemeyeceği konusunda mutabıktır."

Şikayetçi, 11 Kasım 1979 tarihinde bildirim önellerine uyararak akdi feshetmiş ve davacının rakibi olan bir işletme ile 21 Kasım 1979'da bir sözleşme akdetmiştir. Daha sonra davacının bir dizi terfi vaadi sonucu şikayetçi fesih bildirimini geri almış ancak buna rağmen rakip işletme ile akdedilmiş sözleşmeyi feshetmeyerek 2 Ocak 1980 tarihinde burada da göreve başlamıştır.

Bu gelişme karşısında davacı, 7 Ocak 1980 tarihinde, acente sözleşmesini haklı nedenle feshettiğini bildirmiş ve şikayetçinin Ocak 1982 tarihine kadar Federal Almanya ve Batı Berlin'de şarap satımı ile uğraşmaktan men edilmesi için dava açmıştır. Alt derece Mahkemesi bu davayı reddetmiştir. Buna karşılık İstinaf Mahkemesi haklı nedenle feshin şikayetçinin kusurlu davranışları sebebiyle gerçekleştiğini tespit etmiş ve rekabet etmeme yükümünün ön şartlarının gerçekleştiğine karar vermiştir. Ayrıca Mahkeme bir mahrumiyet tazminatının ödenmeyeceğinin kararlaştırılmasını Alman Ticaret Kanunu m.90a/II, c.2 uyarınca geçerli saymıştır.

Alman Federal Mahkemesi aynı yönde karar vererek 6 Ekim 1983 tarihinde şikayetçinin temyiz talebini reddetmiştir. Mahkeme acente sözleşmesinin 13. maddesi uyarınca şikayetçinin iki yıl süreyle herhangi bir mahrumiyet tazminatı talep etmeksizin rekabet etmeme yükümünün bulunduğu ve tartışmalı olan bu klozun hem şeklen hem de içerik olarak hukuka uygun olduğunu tespit etmiştir. Mahkeme bu klozun hukuki dayanağı olan Alman Ticaret Kanunu m.90a/II,2'nin Anayasaya aykırı olduğu yönünde doktrinde hakim görüşün ise bu dava açısından önem taşımadığına karar vermiştir. Zira bu maddenin kapsadığı haller için mahrumiyet tazminatı ödenmemesi Anayasa'ya aykırılık teşkil etse dahi tarafların iradi olarak kararlaştırdıkları rekabet yasağı geçerliliğini koruyacaktır. Alman Federal Mahkemesi'ne göre davacıdan mesleki ve ekonomik açıdan bağımsız olan şikayetçinin, sözleşmenin akdi anında içerdiği risk ve menfaatleri tartarak karar vermesi mümkün olduğundan, kendisinin acente sözleşmesinde kararlaştırılmış olan rekabet yasağına uyması gerekir.

Şikayetçi, Anayasa'nın 1, 2, 3, 12 ve 14. maddelerinde yer alan temel haklarının ihlal edildiği gerekçesi ile Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuştur. Dava dilekçesinde İstinaf Mahkemesi'nin ve Alman Federal Mahkemesi'nin, kendisinin iktisadi ve mesleki açıdan bağımsız bir tacir olduğu yönündeki görüşlerinin, sözleşme akdedildiği tarihte kendisinin henüz 25 yaşında olması ve o tarihe kadar yalnızca bağımlı olarak faaliyet gös-

termiş olması nedeniyle dayanaksız olduğunu ileri sürmüştür. Şikayetçi ayrıca kendisine matbu bir sözleşme metninin imzalanmak üzere verilmesi nedeniyle kendisi için her türlü pazarlık olanağının ortadan kalktığını ve o tarihte rekabet yasağının etkisini ölçemediğini belirtmiştir. Var olma olanağının elinden alınması anlamına gelebilecek olan bu yasağın ise şikayetçiye göre Alman Medeni Kanunu § 138 doğrultusunda ahlaka aykırı bir cendere hükmü olarak nitelendirilmek gerekir. Dava dilekçesinde ayrıca mesleki faaliyetlerin icrasını engellemek amacıyla güden bu yaptırımın şikayetçinin kişilik haklarına, çalışma özgürlüğüne ve sınıai müessesesi üzerindeki haklarına (Alman Anayasası m.14/I, 1) aykırı olduğu ve sosyal devlet ilkesinin ihlal edildiği görüşüne yer verilmiştir (...)

### KARAR:

Şikayetçinin rekabetten içtinap etmeye mahkumiyetinin Anayasaya aykırılık oluşturduğu yönündeki iddia yerindedir. Temyiz edilen kararlar şikayetçinin, Anayasa'nın 12. maddesinden doğan haklarını ihlal etmektedir. Bu kararlar bir mahrumiyet tazminatının ödenmesi olanağını bertaraf eden sözleşmesel bir rekabet klotuna dayanmaktadır. Ancak Alman Ticaret Kanunu m.90a/II,2'nin sınırsız bir rekabet yasağına olanak vermesi nedeniyle Anayasa m.12/I ile bağdaştırılması mümkün değildir. Bu sorunu İstinaf Mahkemesi yanlış yorumlamış, Alman Federal Mahkemesi ise haksız yere çözümsüz bırakmıştır.

### .I.

İtiraz edilen kararlar şikayetçinin meslek özgürlüğünü kısıtlamaktadır (GG m.12/I). Bu kararlar anayasal denetime tabidir zira yargı da, bütün devlet erkleri gibi temel haklarla bağlıdır (GG m.1/III). Ancak Anayasa Mahkemesi hukukun uzman mahkemelerce uygulanması ve yorumlanmasını sadece sınırlı ölçüde denetime tabi tutabilir. Görevi, genel ve kapsamlı bir hukuk denetimi yapmak değil, sadece mahkemelerin Anayasa Hukukunu ihlal edip etmediklerini denetlemektir. Hukuk mahkemelerinin bir temel hakkın anlamı ve özellikle koruma alanının kapsamı konusunda yanlış bir kanaate sahip olması nedeniyle yorum hatası yapmaları ve bunun somut olayda önemli sonuçlar doğurması halinde Anayasa Mahkemesi tarafından düzeltilmesi gereken bir anayasa ihlali söz konusudur<sup>3</sup>.

İstinaf Mahkemesi ve Alman Federal Mahkemesi'nin kararları, şikayetçinin çalışma özgürlüğünü, meslek seçimini zedeleyecek şekilde kısıtlamaktadır. Şikayetçinin rekabet etmemeye mahkum edilmesiyle mesleki faaliyetlerine, var olma olanaklarını etkileyecek şekilde sınır çekilmektedir. Rekabet etmeme yükümü mekan ve konu itibarıyla o kadar geniş tutulmuştur ki, şikayetçinin iki yıl süresince kendi dalında çalışma olanağı ortadan kaldırılmaktadır. Bir acente olarak yalnızca üzüm ticareti alanında faaliyet gös-

3 karşı. BVerfGE 18,85

termiş ve bu konuda uzmanlaşmış olduğundan kendisinin buna denk bir temsilcilik faaliyeti bulması beklenemez. Rekabet yasağının kapsamına bakılacak olursa bir meslek değiştirme zorunluluğu en azından olanak dahilindedir. Buna rağmen bu kısıtlamalardan doğan mesleki mahzurların giderilmesi olanağı sözleşmede bertaraf edilmiştir.

Ancak bu geniş kapsamlı sınırlamanın hukuki temelini bir devlet tasarrufu oluşturmamaktadır. Aksine şikayetçinin kendisi bir sözleşme ile böyle bir yüküm üstlenmiştir. Bir hukuki işlemle kendi kendini sınırlama, belki mesleki devingenliği azaltır; ancak aynı zamanda bireysel özgürlüklerin kullanılması anlamını da taşır.

(...) Özgürlükçü bir toplum düzeninin yapı taşlarından olan irade özerkliği ilkesi uyarınca taraflar hukuki ilişkilerini bizzat düzenleyip biçimlendirir ve bunun sorumluluklarını taşırlar. Karşılıklı çıkarlarının en iyi nasıl tatmin edileceğine kendileri karar verir ve bu yolla anayasal koruma altında olan statüleri üzerinde devlet zoru olmaksızın tasarruf ederler. Devletin kural olarak irade özerkliği ilkesi çerçevesinde alınmış kararlara saygı göstermesi gerekir. Tartışma konusu kararlar haklı olarak bu ilkedен hareket etmektedir.

Ancak sözleşme içeriğinin tespit edilmesi ve yalnızca bunun dikkate alınması rekabet etmemeye mahkumiyeti gerekçelendirmeye yetmez. İrade özerkliği yalnızca, dayanaklarını temel haklarda bulan, yürürlükteki yasalar çerçevesinde mevcuttur. Anayasamız ise değerlere yabancı bir düzen oluşturmak istememiştir, aksine temel haklar başlığı altında hukukun bütün dalları için ve bu nedenle özel hukuk için de geçerli olan temel ilkeler tespit etmiştir. Bu açıdan hiçbir Medeni Hukuk kuralı temel haklarda ifadesini bulan genel ilkelere aykırı olamaz. Bu herşeyden önce sözleşme serbestisinin sınırlarını tespit eden emredici hükümler açısından geçerlidir<sup>4</sup>.

Bu tür sınırlar vazgeçilmezdir, zira irade özerkliği kendi geleceğini bizzat belirleme ilkesi üzerine kurulmuştur ve bunun için gerekli ön koşulların varlığı irade özerkliğinin varlığı için de zaruridir. Sözleşme taraflarından birinin fiilen tek taraflı olarak sözleşme şartlarını tespit edecek üstünlüğe sahip olması halinde bu diğer taraf için irade özerkliğinin ön koşulunun ortadan kalktığı anlamına gelir. Taraflar arasında tahminî bir güç dengesinin mevcut olmadığı hallerde yalnızca sözleşme hukukunun vasıtaları ile menfaatler arasında bir denge oluşturmak mümkün olmayacaktır. Anayasal güvence altına alınmış statüler üzerinde tasarruf edilmesi halinde devlet temel hakların korunmasını temin amacıyla çeşitli düzenlemelerde bulunmalıdır<sup>5</sup>. Sosyal ve ekonomik eşitsizlikleri dengelemeyi amaç edinen bu yasal düzenlemeler temel haklar bölümünde yer alan objektif temel ilkelerin ve aynı zamanda anayasal sosyal devlet ilkesinin gerçekleştirilmesine hizmet etmektedirler (GG m.20/I, m.28/I).

4 karşı. BVerfGE 7,198

5 karşı. Hesse, *Verfassungsrecht und Privatrecht* 1988, 37vd.; Badura, *Arbeit als Beruf - Art.12/I GG-*, in: *Festschrift für Wilhelm Herschel*, 1982, 21

Anayasa metninden, eşitsizliklerin ne zaman sözleşme serbestisinin emredici hukuk kuralları ile sınırlandırılmasını veya tamamlanmasını gerektirecek kadar önemli olduğunu anlamak mümkün değildir. Yasakoyucu bu alanda geniş bir takdir ve düzenleme yetkisine sahiptir. Ancak bu durumda bir tarafı korumak amacıyla sözleşme serbestisine getirilen kısıtlamaların diğer tarafın özgürlüğüne bir müdahale teşkil ettiğini her zaman göz önünde bulundurmak gerekir. İşte yasakoyucu çatışan bu menfaatleri en uygun şekilde dengelemek zorundadır.

Yasakoyucunun belli hayat alanları veya belli sözleşme tipleri için emredici sözleşme hukuku yaratmaktan kaçınması, hiçbir şekilde, sözleşme tatbikatının tamamıyla güçlerin sınırsız çatışmasına terkedildiği anlamına gelmez. Aksine böyle durumlarda özellikle BGB § 138, 242, 315 gibi, ölçüsüzlükleri engelleme işlevine sahip özel hukukun çerçeve kuralları müdahale etmektedir. Özellikle bu çerçeve kuralların somutlaştırılması ve uygulanmasında temel haklar dikkate alınmalıdır. Anayasa'nın ilgili koruma ödevi, burada, temel hakların içerdiği temel ilkeleri, sözleşme eşitliğinin zedelenmiş olduğu durumlarda özel hukukun araçları ile hayata geçirmeye çalışan hakime yüklenmiştir.

Bu temel esaslar uyarınca hukuk mahkemelerinin, tartışmalı olan rekabet yasağı klozunun somut olayda kararlaştırılmasının mümkün olup olmadığını incelemeleri zorunluydu. Bu özel hukuk sorunu, bir temel hak teşkil eden meslek seçme özgürlüğünün ışığında değerlendirilmek gerekirdi.

## .II.

Yasakoyucu işletmeler ve onlar için faaliyet gösteren acenteler arasındaki hukuki ilişkilerin yalnızca sözleşmelerle düzenlenmesine izin vermemiştir. (...) Özellikle sözleşme sonrası rekabet yasakları hakkında Alman Ticaret Kanunu m.90a bir dizi emredici hüküm içermektedir. (...) Acentelerin korunma ihtiyacı özellikle, daha sözleşme ilişkisi kurulmadan veya devamı süresince, acentalık sözleşmesinin sona ermesi durumu için kendilerini bağlamaları halinde ortaya çıkmaktadır. Bu dönemde çoğunlukla, sözleşmesel işbirliğinin nasıl gelişeceğini ve gelecekteki mesleki olanaklarının neler olacağını değerlendirmek acenteler açısından mümkün olmadığından, rekabet yasağı klozunun etkileri de ölçülememektedir. Bu durumlarda işletme, acente sözleşmesinin geçerliliğini veya devamını böyle bir rekabet yasağı klozunun kabul edilmesine bağlarsa acentenin çokluk pazarlık olanağı kalmayacaktır. Bu, özellikle tek işletme acenteleri olarak adlandırılan, işgücünü yalnızca bir işletmenin hizmetine sunan acenteler için geçerlidir. Öte yandan işletmenin de, sözleşme ilişkisinin sona ermesi halinde acentesinin, işletme sırlarını açıklamasını engellemek konusunda haklı bir menfaati vardır.

Bu çıkar çatışmasını çözmek amacıyla Alman Ticaret Kanunu m.90a/I sözleşme özgürlüğünü üç şekilde sınırlandırmıştır: Öncelikle sözleşme sonrası rekabet yasakları yalnızca yazılı şekil şartına uyulması ve işletme tarafından imzalanacak bir bel-

genin acenteye teslim edilmesi ile geçerlilik kazanabilir (cümle 1). Rekabet yasağı, sözleşmenin sona ermesinden itibaren en fazla iki yıl için kararlaştırılabilir (cümle 2). Ve herşeyden önce, işletme sahibi acenteye bu dönem için uygun bir tazminat ödemekle yükümlüdür (cümle 3). Acenteyi mağdur edecek farklı düzenlemelerin kabulü mümkün değildir (m.90a/IV). (...)

Ancak yasanın kendisi m.90a/II,2'de bu kurala bir istisna getirmiştir: İşletme sahibi acentenin kusurlu davranışı yüzünden sözleşmeyi haklı nedenle feshederse tazminat talebi düşecektir. (...)

Tarafların kararlaştırmış oldukları rekabet yasağı Alman Ticaret Kanunu m.90a/II,2'de düzenlenmiş istisna hükmü olmaksızın anlaşılamayacak iki husus içermektedir. Bir yandan rekabet yasağının sadece Alman Ticaret Kanunu m.90/II,2'nin şartları gerçekleştiğinde işlerlik kazanacağı, yani sözleşmenin normal yollardan sona ermesi halinde uygulanmayacağı kararlaştırılmış; diğer yandan da yine Alman Ticaret Kanunu'nun bu hükmüne paralel olarak tazminat yükümü açıkça kaldırılmıştır. Bu iki özellik de birbiriyle bağlantılıdır ve itiraz edilen mahkeme kararına göre, rekabet yasağının sadece tazminat yükümünün kaldırılması hükmü ile birlikte geçerli olduğundan yola çıkılabilecektir (Alman Medeni Kanunu m.139).

Bu nedenle rekabet yasağının geçerliliği doğrudan Alman Ticaret Kanunu m.90a/II,2'nin anayasaya uygunluğu ile bağlantılıdır. Sadece bu hüküm m.90a/I,3'de yer alan ve acentenin rekabet etmemesi halinde uygun bir tazminata hak kazanacağı şeklindeki düzenlemeye bir istisna getirmektedir. Bu talebin bertaraf edilmesi acenteyi mağdur eden bir düzenlemedir ve bu nedenle, m.90a/II,2'deki düzenleme olmasaydı, m.90a/IV uyarınca yasak ve Alman Medeni Kanunu m.134 uyarınca da batıl olacaktı.

Tartışma konusu olan mahkeme kararları bu tür bir anayasallık denetimine yer vermemiştir. Alman Federal Mahkemesi bu denetime ihtiyaç olmadığı görüşünü savunmuş, İstinaf Mahkemesi ise işçiler ve acenteler arasındaki farklılığı vurgulayarak acentelerde irade özerkliği ilkesinin sosyal koruma ihtiyacı karşısında öncelik sahibi olduğu sonucuna varmıştır. Oysa bu şekilde temel haklar çerçevesinde teminat altına alınmış olan meslek özgürlüğü ile bağlantılı olarak Alman Ticaret Kanunu m.90a'nın koruma amacı göz ardı edilmiştir. Yukarıda da belirtildiği gibi söz konusu olan yalnızca bağımlı bir statüde çalışanların korunması değildir. Sözleşme eşitliğinin farklı şekillerde bozulduğu hallerde de temel hakların korunması amacıyla irade özerkliğine yasal sınırlamalar getirilebilir.

### .III.

İşletme sahibinin haklı nedenle feshi hali için tazminat talebinin kural olarak bertaraf edilmesi, Anayasa m.12/I ile bağdaştırılamaz. Bu konuda yasakoyucunun, acentelerin büyük çoğunluğunun iktisaden bağımlı ve hak ve yükümlerini işletmecilerle özgürce

pazarlık ederek belirleme konusunda pazarlık gücüne sahip olmadığı yönündeki değerlendirmesinden yola çıkılmalıdır. (...) Bu durumda yasakoyucunun acentelerin sözleşme sonrası rekabet etmeme yükümünü düzenlerken hem işletmeler tarafında yeterli bir hareket alanı bırakmaya hem de acenteler açısından kısıtlı pazarlık gücünü dengelemeye dikkat etmesi gerekecektir. (...) Buna karşılık m.90a/II,2'deki istisna hüküm, söz konusu olabilecek birçok farklı olayda meslek seçme özgürlüğünün icaplarına cevap vermekten uzaktır. (...) Somut olaylardan herbiri için, hiçbir ayırım yapılmaksızın ve azami mahrumiyet süresinin tümünü kapsayacak şekilde tazminat yükümünü bertaraf etmenin dayanağını, sözleşmenin süresinden önce ve kusurlu olarak sona erdirilmesi olgusunda bulmak mümkün değildir. Sözleşmeyi fesheden işletmenin haksız rekabet nedeniyle mağdur duruma düşmesini önlemek için bu tür bir yaptırıma ihtiyaç yoktur. Acente açısından da bu yaptırımın, doğuracağı çok esaslı sonuçlar nedeniyle, bu bağlamda ölçüsüz olduğu kabul edilmek gerekir.

(...) Bu nedenle Alman Ticaret Kanunu m.90a/II,2'nin anayasaya aykırılığının tespitine ve itiraz edilen kararların bu maddeye dayandıkları ölçüde kaldırılmasına karar verilmiştir.