

YENİ TÜRK BORÇLAR KANUNU ÇERÇEVESİNDE İŞÇİNİN REKABET ETMEME BORCU

Prof. Dr. Sarper Süzek*

I. REKABET YASAĞI SÖZLEŞMESİ

İşçinin iş akdinin devamı süresince işverenle rekabet etmemesi sadakat borcu içinde yer alan bir yükümlülüktür. Buna karşılık, taraflar iş ilişkisi devam ederken bazı koşullarla *sözleşmenin bitiminden sonra* işçinin rekabet etmeyeceğine ilişkin bir hükmün iş akdine konulmasını veya bu konuda ayrı bir sözleşmenin (rekabet yasağı sözleşmesi) yapılmasını kararlaştırabilirler. Yeni Türk Borçlar Kanununun 444. maddesine göre: “Fiil ehliyetine sahip olan işçi, işverene karşı, sözleşmenin sona ermesinden sonra herhangi bir biçimde onunla rekabet etmekten, özellikle kendi hesabına rakip bir işletme açmaktan, başka bir rakip işletmede çalışmaktan veya bunların dışında, rakip işletmeyle başka türden bir menfaat ilişkisine girişmekten kaçınmayı yazılı olarak üstlenebilir”.¹

İşçinin çalışması esnasında elde ettiği bazı bilgileri iş akdinin sona ermesinden sonra kullanması işverenin *haklı menfaatlerine zarar* verebilir. Buna karşılık, Anayasanın 48. maddesinde güvence altına alınan işçinin dilediği alanda *çalışma ve sözleşme özgürlüğü*, onun hayatını kazanması yanında yine Anayasada öngörülmüş olan maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkıyla (m. 5, 17) doğrudan ilgilidir. Bu durumda, işverenin rekabet nedeniyle ortaya çıkabilecek haklı menfaati ile işçinin çalışma ve sözleşme özgürlüğünün dengelenmesi gerekmektedir. Türk Borçlar Kanununun 444 vd. maddelerinde bu dengeyi sağlamaya yönelik hükümler getirilmiştir. Bununla beraber belirtelim ki, işçinin çalışmaya ve sözleşme özgürlüğünün anayasal hak niteliği taşıması nedeniyle, bu hakkı sınırlayan yasa kurallarıyla rekabet yasağına ilişkin sözleşme hükümlerinin şüphe halinde dar yorumlanması uygun olur.²

* Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi

¹ Rekabet yasağı sözleşmesinin iş akdinin sona ermesinden sonraki bir durumu düzenlemesine karşın bu konudaki uyumsuzluklarda iş mahkemelerinin görevli olduğuna ilişkin Yargıtay kararları için bkz. YHGK, 22.9.2008, 9-517/566 ve *Baştürk*'ün kararı paylaşan görüşü, Rekabet Yasağı Sözleşmesinde Görevli Mahkemeye İlişkin Yargıtay Kararları Üzerine Bir İnceleme, Prof. Dr. Sarper Süzek' e Armağan, C. II, 2011, 1539-1556. Y13HD, 17.3.2008, 14393/3693, *Soyer*'in bu kararları haklı olarak eleştiren görüşü, İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi, Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi, 2008, 12-14. Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin bu davaların ticaret mahkemesinde görülmesi gerektiğine ilişkin kararı için bkz. 21.1.2010, 12093/640 ve *Baştürk*'ün kararı eleştiren görüşü, 1546 vd. Bu konuda ayrıca bkz. G. *Alpagut*, İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi, Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının değerlendirilmesi, 2010, 66-67.

² M. *Rehbinder*, Droit suisse du travail (Tr.B.Schneider), 1979, 115. S. *Taşkent- M. Kabakçı*, Rekabet Yasağı Sözleşmesi, Sicil, 16, Aralık 2009, 23. G. *Alpagut*, Türk Borç-

Rekabet yasağına ilişkin sözleşmenin geçerli sayılması için *yazılı* yapılması zorunludur (TBK 444/1). Bunun gibi, sözleşmenin yapıldığı sırada işçi *fiil ehliyetine* sahip değilse rekabet yasağına dair düzenleme geçersizdir (TBK 444/1). Kanuni temsilci tarafından veya onun onayıyla da rekabet yasağı kararlaştırılamaz.³

İş akdi veya rekabet yasağı sözleşmesi ile kararlaştırılabilecek olan söz konusu yasak, *iç yönetmeliklerle* veya bu belgelere atıf yapılmak suretiyle *düzenlenemez*. İşveren tarafından hazırlanan iç yönetmelikler genel nitelikte olup, işyerindeki tüm işçileri veya işçilerin bir bölümünü kapsar. Rekabet yasağı sözleşmesinin aşağıda belirtilen TBK 444 vd. hükümlerinde öngörülen koşullarının, her işçi açısından ayrı ayrı değerlendirilmesi gereği, genel iş koşullarının niteliği ile bağdaşmaz.⁴ Aynı şekilde, işverenin iş akdinde, sözleşmenin sona ermesinde işçiye rekabet yasağı getirme hakkını saklı tutması da mümkün değildir.⁵

II. REKABET YASAĞININ KOŞULLARI

1. İşverenin Korunmaya Değer Haklı Bir Menfaatinin Varlığı

a) Üretim Sırları ve İşverenin İşleri Hakkında Bilgi Edinme Olanığı

Rekabet yasağının getirilmesindeki amaç, işçinin işyerinde öğrendiği üretim sırlarını veya işverenin işleri hakkındaki bilgisini iş ilişkisi sona erdikten sonra işverenle rekabet edecek tarzda kullanmasının önüne geçmektir. Türk Borçlar Kanununun 444. maddesinin 2. fıkrası uyarınca “Rekabet yasağı kaydı, ancak hizmet ilişkisi işçiye müşteri çevresi veya üretim sırları ya da işverenin yaptığı işler hakkında bilgi edinme imkânı sağlıyorsa ve aynı zamanda bu bilgilerin kullanılması, işverenin önemli bir zararına sebep olabilecek nitelikteyse geçerlidir”. Görüldüğü gibi, rekabet yasağına ilişkin sözleşmenin kurulmasında işverenin korunmaya değer haklı bir menfaatinin söz konusu olabilmesi için, işçinin işverenin üretim sırları, yaptığı işler ve müşteri çevresi hakkında *bilgi edinme olanağının* bulunması ve bunun sonucunda işvereni önemli bir zarara uğratma ihtimalinin olması gerekir.⁶

lar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Devri, Sona Ermesi, Rekabet Yasağı, Cezai Şart ve İbranameye İlişkin Hükümleri, İHSGHD, 31, 2011, 945.

³ R. Wyler, Droit du travail, éd.2, 2008, 596-598. P. Moesch, La prohibition de la concurrence, Panorama en droit du travail (Ed.R.Wyler), 2009, 340. M. P. Soyler, Rekabet Yasağı Sözleşmesi, 1994, 46. F. Şahlan, Rekabet Yasağı Sözleşmesi, Kurulması, Geçerlilik Şartları, Hükümleri ve Sonuçları, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, 11. Toplantı, İstanbul Barosu- Galatasaray Üniversitesi, 2008, 74. Alpagut, 945-946.

⁴ Taşkent-Kabakçı, 35-36. Ayrıca bkz. Moesch, 340. Soyler, 43.

⁵ J.L.Duc-O.Subilia, Commentaire du contrat individuel de travail, 1998, 552. P.H.Antonmattei, Les clauses du contrat de travail, 2009, 112. Aynı yönde Fransız Yüksek Mahkemesi kararları için bkz. Cass. soc., 12.2.2002, No.00-41.765, Cass.soc., 22.1.2003, No.01-40.0031, Aynı yer.

⁶ De E.Schweingruber, Commentaire du contrat de travail (Tr.A.Laissue), 1952, 107-108. Antonmattei, 100. Soyler, 47 vd. Ü. Narmanlıoğlu, İş Hukuku, I, Ferdi İş İlişkileri, B.3, 1998, 208. Taşkent-Kabakçı, 25 vd. F. Uşan, İş Hukukunda İş Sırrının Korunması, 2003, 230 vd. Bu konu ile ilgili şu Yargıtay kararlarına bkz. Y9HD, 8.6.2004, 18581/14299 ve Uşan'ın incelemesi, Mercek, Nisan 2005, 97 vd. Y9HD, 23.5.2006, 6891/15193 ve Şahlan'ın incelemesi, Tekstil İşv., Temmuz 2007, Hukuk Eki, 2-5,

Yasal bir tanımın var olmamasına karşın *üretim sırları* kavramının, iş-letmeyle ilgili, sınırlı bir çevre tarafından bilinen, başkaları tarafından kolaylıkla öğrenilemeyecek, saklı kalmasında işverenin haklı bir menfaatinin bulunduğu olgular olarak tanımlanması mümkündür. Üretim sırları ve işverenin yaptığı işle ilgili bilgiler ticari, teknik veya personele ilişkin olabilir. Örneğin, üretim teknolojisi, özel üretim biçimleri, üretim süreci, bir makinanın yapısı, özel bir ürünün içeriği, işletmenin herkes tarafından bilinmeyen organizasyonu, bilgisayar programları, fiyat seviyeleri, pazar planları, tüketici alanları, ham madde kaynakları, kredi olanakları, yatırım, bilanço hesaplama plan ve teknikleri, işletmenin envanter ve muhasebe kayıtları, işverene ait işçi buluşları, personel planlaması gibi konular her olayın özelliği göz önünde tutulmak suretiyle üretim sırları ve işverenin işine ilişkin bilgiler arasında sayılabilir.⁷ Belirtilim ki, işçinin bu bilgileri fiilen öğrenmiş olması zorunlu değildir, objektif koşullarda öğrenebilecek konumda olması yeterlidir.

Rekabet yasağı sözleşmesine konu olacak üretim sırları ve işle ilgili bilgilerin *mahrem bilgi* ve sır niteliği taşıması gerekir. Bunun doğal sonucu olarak genellikle vasıfsız ve alt kademedede çalışan işçilerle yapılan rekabet yasağı sözleşmesi geçersiz sayılır.⁸ Nitekim, Yargıtay hemşire olarak çalışan bir işçinin iş sırlarına nüfuz etmek olanağına sahip bulunmaması nedeniyle rekabet yasağı kaydıyla bağlı tutulamayacağına hükmetmiştir.⁹

b) Müşteri Çevresi Hakkında Bilgi Edinme Olanağı

Rekabet yasağı sözleşmesinin geçerli olarak kurulabilmesinin diğer koşulu işçinin konumu itibarıyla işverenin müşteri çevresi hakkında bilgi edinme olanağına sahip bulunmasıdır (TBK 444/2). Müşteri, bir işyeri ile az veya çok bir süre ile ilişki kurarak, orada üretilen mal ve hizmetleri muntazam bir biçimde almakta olan gerçek veya tüzel kişidir.¹⁰ İşçinin işverenin müşteri çevresi hakkında bilgi edinme olanağına sahip olması, onlarla az veya çok bir kişisel ilişki içinde bulunmasını, müşterilerin kişisel özelliklerini, istek ve ihtiyaçlarını bilebilecek ve bu bilgileri kendi adına ekonomik bir değer olarak kullanabilecek durumda olmasını gerektirir. Bununla beraber, müşteri çevresinin, işçinin ehliyeti, kişisel niteliği, yeteneği ve bilgisi dolayısıyla sağlanmış olduğu hallerde, bunlarla (örneğin avukatlar, doktorlar, kuaförler) yapılan rekabet yasağı sözleşmeleri geçerli değildir. Çünkü, bu gibi hallerde işverenin muhtemel zararı, işçinin müşterileri tanımamasının değil, kişisel ehliyetinin ve becerisinin bir sonucu olarak ortaya çıkar.¹¹

Yenişey'in incelemesi, Değerlendirme 2006, 54-55. YHGK, 22.9.2008, 9-517/566 ve Soyer'in incelemesi, Değerlendirme 2008, 80-81

⁷ Soyer, 53 vd. Ayrıca bkz. Wyler, 598 vd. Moesch, 341-342. Şahlanan, 76. Uşan, 23 vd.

⁸ Rehbindler, 114. Antonmattei, 100-101. Alpagut, 948. Uşan, 230. Taşkent-Kabakçı, 25. Hangi işçilerle rekabet yasağı sözleşmesinin yapılabileceğine ilişkin Fransız Yüksek Mahkemesi kararları için bkz. Antonmattei, 100-101.

⁹ Y9HD, 10.3.2008, 11865/3993 ve Soyer'in görüşü, Değerlendirme 2008, 80-81.

¹⁰ Bkz. Wyler, 598-599. Soyer, 50. Şahlanan, 75. Taşkent-Kabakçı, 27. Uşan, 231.

¹¹ Rehbindler, 114. Wyler, 599-601. Soyer, 52-53. Şahlanan, 75-76. Uşan, 230-231. Alpagut, 947. Taşkent-Kabakçı, 26-27.

c) İşverenin Önemli Bir Zarara Uğrama İhtimali

Türk Borçlar Kanununun 444. maddesinin 2. fıkrası uyarınca işçi işverenin üretim sırları ve müşteri çevresi hakkında bilgi edinme olanağına sahip olsa bile, bu bilgilerin kullanılması işverene önemli bir zarar verebilecek nitelikte değilse yapılan rekabet yasağı sözleşmesi geçerli sayılmaz. Yargıtay Hukuk Genel Kuruluna göre de “Somut olayda, davacı bankada müfettiş yardımcısı olarak görev yapan davalının ne tür bir ticari sırda vakıf olduğu ve bu bilgilerin kullanılmasının işverene önemli bir zarar verip vermediği hususunun açıklığa kavuşturulması için araştırma yapılması gerekir”.¹²

İşverene ait bilgilerin kullanılmasının, kazançlarda veya sipariş sayısında ciddi bir düşüş doğurması, ilgili piyasada rekabet gücünde bir geriye gidiş yaratması, iş yapma olanaklarının gözle görünür bir biçimde sınırlandırılması, zararın kolayca telafi edilemeyecek olması gibi hallerde önemli bir zararın varlığından söz edilebilir. Belirtelim ki, rekabet yasağının söz konusu olabilmesi için zararın fiilen ortaya çıkması zorunlu değildir. Yaşamın olağan akışına göre önemli bir zarar tehlikesinin (ihtimalinin) varlığı yeterlidir.¹³

2. İşçinin Ekonomik Geleceğinin Tehlikeye Düşürülmemesi

a) Genel Olarak

Rekabet yasağı sözleşmesi hiçbir şekilde işçinin ekonomik geleceğini tehlikeye düşürmemelidir. Türk Borçlar Kanununun 445. maddesinin 1. fıkrasına göre “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”. Görüldüğü gibi, rekabet yasağının, işçinin ekonomik geleceğinin ölçüsüz ve hakkaniyete aykırı olarak tehlikeye girmesini önleyecek şekilde *süre, yer ve konu* (işin türü) bakımından uygun sınırlar içinde kararlaştırılmış olması gerekir; aksi takdirde rekabet yasağı sözleşmesi geçersizdir.¹⁴ Yasada bu sınırlamaların öngörülmesi suretiyle işçiye mesleğini icra etme yasağı getirilmesinin önüne geçilmiştir. Yasa hükümünün sınırlayıcı niteliği, şüphe halinde yargıcın, sözleşmenin işçinin ekonomik geleceğini tehlikeye düşürdüğü yönünde yorumlanmasını zorunlu kılar.¹⁵

b) Rekabet Yasağının Süre Bakımından Sınırlandırılması

Yukarıda görüldüğü gibi TBK 445/1 uyarınca rekabet yasağının süresi özel durum ve koşullar dışında *iki yılı* aşamaz. İsviçre Borçlar Kanununda yer alan özel haller söz konusu olmadıkça rekabet yasağının üç yılı geçemeyeceği hükmüne (CO 340 a/1) karşın TBK’da bu sürenin özel durum ve koşullar dışında iki yıl ile sınırlandırılması isabetlidir. Yasağın süresi, iş akdinin sona erdiği tarihte başlar. Yasak süresince açılacak bir dava sürenin işlemesine engel olmaz.¹⁶

¹² YHGK, 22.9.2008, 9-517/566, *Taşkent-Kabakçı*, 27. *Baştürk*, Görevli Mahkeme, 1545.

¹³ *Moesch*, 342. *Wyler*, 600. *Taşkent-Kabakçı*, 27. *Soyer*, 58. *Uşan*, 234. Bu yöndeki yargı kararları için bkz. *Bakırköy 7. İş Mahkemesi* (8.10.2008, 182/378) ve *Y9HD* (2.10.2010, 41875/35558) ve bu kararların incelenmesi, *Uşan*, Sicil, 21, Mart 2011, 116-128.

¹⁴ *Y9HD*, 15.4.2010, 24493/10480, www.kazanci.com, *Alpagut*, 950, dn. 57.

¹⁵ *Rehbinder*, 115. *Wyler*, 602. *Soyer*, 64. *Taşkent-Kabakçı*, 33. *Uşan*, 236.

¹⁶ *Soyer*, 65.

c) Rekabet Yasağının Yer Bakımından Sınırlandırılması

İşçinin rekabet yasağının geçerli olabilmesi için yasağın yer bakımından da sınırlanmış olması gerekir (TBK 445/1). Söz konusu yer coğrafi bölge veya şehir olarak belirtilebileceği gibi işverenin faaliyetinin etki alanına atıfta bulunmak yoluyla da belirlenebilir.

Rekabet yasağının yer bakımından kapsamı işverenin fiilen yürüttüğü faaliyet alanının sınırlarını aşamaz. Çünkü bu alanın dışında işverenin rekabet yasağı ile korunmaya değer haklı bir menfaatinden söz edilemez. İşçinin üretim sınırlarına ve müşteri çevresine ilişkin bilgileri bu alan dışında kullanması işverenin zararına neden olmaz.¹⁷

Yüksek Mahkeme, rekabet yasağı sözleşmesinin işçinin ekonomik geleceğini tehlikeye düşürecek ölçülerde yer bakımından sınırlandırılmayacağını kararlaştırmıştır. 9. Hukuk Dairesine göre: “Taraflar... rekabet yasağı konusunda bir anlaşma metni düzenlemişlerdir. Buna göre; Bankaya müfettiş muavinini unvanı ile işe alınan, özel ve uygulamalı eğitim ve mesleki olarak yetiştirilen, bankacılık hizmetlerinde sır saklanması ve gizliliği esas olan konularda bilgi sahibi olan... iş ilişkisinin sona erdiği tarihten itibaren 2 yıl süre ile Türkiye’deki tüm bankalarda çalışmamayı kabul ve taahhüt eder’...biçimindeki düzenleme iki yıl süre ile sınırlı olarak getirilmiş ise de, Türkiye’deki tüm bankaları kapsaması bakımından mahal ve banka açısından bir sınır söz konusu olmadığı için davacının geleceği bakımından ağır sonuçları beraberinde getirecek bir düzenleme olarak kabul edilmelidir”.¹⁸

d) Rekabet Yasağının Konu Bakımından Sınırlandırılması

Türk Borçlar Kanununun 445/1. maddesi uyarınca rekabet yasağının konu (işin türü) açısından sınırlı bulunması gerekir. Rekabet yasağı işverenin tüm faaliyet alanı ile değil, işçinin işletmede *yapmakta olduğu işle* doğrudan ilgili, somut göreviyle sınırlı kalmalıdır.

Yüksek mahkemenin bu yöndeki kararına göre “Rekabet yasağının işverene ait işlerden hangisi ya da hangileri ile sınırlandırıldığı net biçimde belirlenmelidir. Özellikle şirketlerin ticaret siciline kayıt sırasında faaliyet alanlarının geniş tutulduğu ülkemizde işçinin bütün alanlarda çalışmasının sınırlandırılması mümkün olmaz, işçinin işverene ait işyerinde yapmakta olduğu işle doğrudan ilgili...bir sınırlama getirilmelidir.”¹⁹

¹⁷ Antonmattei, 102. Moesch, 343. Wyler, 602. Taşkent-Kabakcı, 31. Soyer, 66.

¹⁸ Y9HD, 6.7.1999, 8262/12073, M. Ekonomi, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin 1999 Yılı Emsal Kararları, 2002, 30-31, *Ekmekçi*’nin incelemesi, Değerlendirme 1999, 69 vd. Ayrıca bkz. Y9HD, 8.6.2004, 18581/14299 ve *Uşan*’ın incelemesi, Mercek, Nisan 2005, 97 vd., *Doğan Yenisey*, Değerlendirme 2006, 57-58. Y9HD, 24.12.2009, 26954/36971, İHSGHD, 25, 361-363. Y9HD, 13.9.1999, 11359/12864, *Ekonomi*, Emsal Kararları, 1999, 31-32. Y9HD, 2.12.2010, 41875/35558 ve *Uşan*’ın incelemesi, Sicil, 21, 116-128.

¹⁹ Y9HD, 24.12.2009, 26954/36971, İHSGHD, 25, 362. Y9HD, 13.9.1999, 11359/12864, *Ekonomi*, Emsal Kararları, 1999, 31-32.

III. REKABET YASAĞI SÖZLEŞMESİNİN HUKUKA AYKIRILIĞININ YAPTIRIMI ve AŞIRI YASAKLARIN SINIRLANDIRILMASI

Rekabet yasağı sözleşmesinin yapıldığı sırada işçi fiil ehliyetine sahip değilse (TBK 444/1), yazılı şekil şartına uyulmamışsa (TBK 444/1), işçinin, işverenin müşteri çevresi, üretim sırları veya işyerinde yapılan işler hakkında bilgi edinme olanağı bulunmuyorsa ya da işverene önemli bir zarar verme ihtimali (TBK 444/2) yoksa rekabet yasağı sözleşmesi geçersizdir. Yasada öngörülen geçerlilik koşullarının ispat yükü işverene aittir (MK 6). Rekabet yasağının geçersizliği kural olarak iş akdinin geçersizliği sonucunu doğurmaz.²⁰

Öte yandan, Türk Borçlar Kanununun 445. maddesinin 2. fıkrasında *yargıca kapsamı* veya *süresi* bakımından aşırı rekabet yasaklarını *sınırlama* yetkisi tanınmıştır. Adı geçen hüküm uyarınca “Hakim, aşırı nitelikteki rekabet yasağını, bütün durum ve koşulları serbestçe değerlendirmek ve işverenin üstlenmiş olabileceği karşı edimi de hakkaniyete uygun bir biçimde göz önünde tutmak suretiyle, kapsamı ve süresi bakımından sınırlandırabilir”. Bu durumda, yargıç somut olayın özelliğini ve rekabet yasağını kabul etmesi karşısında işçiye bir bedel yani *karşı edim* ödenip ödenmediğini dikkate alarak, rekabet yasağını hakkaniyete uygun sınırlar içine çekebilir. Örneğin, iki yıl süreli yasağı bir yıla indirebilir veya çalışma konusu (işin türü) açısından çok geniş tutulmuş yasağı daha dar bir alanla sınırlandırabilir.

Alman ve Fransız hukuklarında rekabet yasağı sözleşmesinin geçerli olarak kurulabilmesi için işverenin işçiye bir bedel ödemesi zorunluluğu getirilmiştir.²¹ Hukukumuzda bu yönde bir zorunluluk öngörülmemiş, TBK 445/2’de “işverenin üstlenmiş olabileceği karşı edim”den söz edilmek suretiyle bunun sözleşmeyle kararlaştırılmış olabileceğine –yargıcı rekabet yasağını sınırlaması konusunda takdirini etkileyecek bir olgu olarak- işaret edilmiştir.

IV. REKABET YASAĞINA AYKIRI DAVRANIŞIN SONUÇLARI

1. İşverenin Zararının Tazmini

Türk Borçlar Kanununun 446. maddesinin 1. fıkrası uyarınca “Rekabet yasağına aykırı davranan işçi, bunun sonucu olarak işverenin uğradığı bütün zararları gidermekle yükümlüdür”. Sözleşmeye aykırılık nedeniyle tazminat sorumluluğunun esasları burada da geçerlidir. İşçinin sorumluluktan kurtulabilmesi için Türk Borçlar Kanununun 112. maddesi gereğince kusursuzluğunu ispat etmesi gerekir.²²

İşverenin uğradığı zarar, mal varlığının mevcut durumu ile yasaya aykırı davranılmış olmasaydı arz edeceği durum arasındaki farktır. Diğer deyişle, burada söz konusu olan müspet zarardır. Bu ise işverenin fiili zararı ve kazanç kaybı şeklinde ortaya çıkabilir. İşverenin zarara uğramasına yola açan ihlal,

²⁰ Moesch, 339-340. Soyer, 39-40. Şahlanan, 73. Taşkent-Kabakçı, 29. Uşan, 251.

²¹ Bkz. Antonmattei, 98 vd. Wyler, 604-605. Soyer, 19-20. Uşan, 256. Taşkent-Kabakçı, 36 vd. Hukukumuzda da bu zorunluluğun getirilmesi gerektiği görüşü için bkz. M.P.Soyer, “Yeni” Türk Borçlar Kanununda Yer Alan “Genel Hizmet Sözleşmesi”ne İlişkin Bazı Düzenlemelerin İş Hukuku Açısından Önemi, 2011, Yayımlanmamış Tebliğ, 42-43.

²² Wyler, 611. Soyer, 77-78. Şahlanan, 85. Uşan, 285. Taşkent-Kabakçı, 38. İşinin kusursuzluğunu ispatlamasının güçlüğü ve bu konuda ortaya çıkabilecek bazı örnekler için bkz. Soyer, 78, dn. 9 ve orada belirtilen yazarlar. Uşan, 256 ve dn. 285. Taşkent-Kabakçı, 38.

aynı zamanda işçinin yanında çalıştığı yeni işverence yapılmış bir haksız rekabet oluşturuyorsa, meydana gelen zarardan yeni işverenin de müteselsilen sorumlu tutulması mümkündür.²³

2. İşçinin Cezai Şart Ödemesi

Rekabet yasağının ihlali halinde işverenin bu nedenle zarara uğradığını ispatlaması gerekmekte; bu ise her zaman kolay olmamaktadır. Özellikle kazanç kaybı birçok olayda yasağın ihlalinden uzun bir süre sonra ortaya çıkmakta, belirgin hale gelmektedir. Oysa Türk Borçlar Kanununun 180. maddesinin 1. fıkrasında “Alacaklı hiçbir zarara uğramamış olsa bile, karşılaştırılan cezanın ifası gerekir” hükmü yer aldığından, işverenin herhangi bir zararı ispatlamak zorunda bulunmaksızın sözleşmede karşılaştırılan cezai şartı isteyebilmesi olanağı vardır. Bu durumda işverenin cezai şartı talep edebilmesi için rekabet yasağının ihlal edildiğini ispatlaması yeterlidir.

Öte yandan cezai şart, borçluyu sözleşmeye uygun davranmaya yönelten bir hukuki araç olduğundan, işverenin rekabet yasağındaki menfaatlerini daha etkili bir biçimde korur; işçileri rekabet yasağını ihlal konusunda caydırıcı nitelik taşır. Bu nedenle, birçok olayda rekabet yasağını yaptırım olarak sözleşmelerde cezai şartın karşılaştırılması yoluna gidilmektedir.^{24, 25}

Türk Borçlar Kanununun 446. maddesinin 2. fıkrasında işçinin cezai şart olarak karşılaştırılan miktarı ödeyerek rekabet yasağına ilişkin *borcundan kurtulabilme* olanağı getirilmiştir. Anılan fıkra göre “Yasağa aykırı davranış bir ceza koşuluna bağlanmışsa ve sözleşmede aksine bir hüküm de yoksa, işçi öngörülen miktarı ödeyerek rekabet yasağına ilişkin borcundan kurtulabilir; ancak işçi bu miktarı aşan zararı gidermek zorundadır”. Bu hüküm yedek hukuk kuralı niteliği taşıdığından aksi karşılaştırılabilir, işçinin bu hakkını kullanması önlenebilir.²⁶

Uygulamada cezai şart miktarı belirlenirken genellikle işçinin brüt aylık ücreti temel alınmakta ve ceza bunun katları olarak karşılaştırılmaktadır.²⁷ Bazı hallerde, zaman içinde cezai şart rekabet yasağının ihlali ile uğranılan zarar karşılaktan uzak kalmaktadır. Zarar *cezai şart miktarını aşıyorsa* TBK 446/2 uyarınca işçi aşan kısmı tazminle yükümlü tutulmuştur. Ancak bu takdirde işverenin, işçinin kusurunu ispat etmesi gerekir (TBK 180/2).

Türk Borçlar Kanununun 182. maddesinin son fıkrasına göre “Hakim, aşırı gördüğü ceza koşulunu kendiliğinden indirir”. Rekabet yasağı çerçevesinde karşılaştırılmış olan cezai şart *aşırı derecede yüksek* ise yargıç tarafından

²³ Soyer, 78-79.

²⁴ P.Carruzzo, Le contrat individuel de travail, 2009, 602. Antonmattei, 116. Wyler, 612. Soyer, 80. V. Karagöz, İş Sözleşmesinde Cezai Şart, 244. Şahlanan, 85. Taşkent-Kabakçı, s.39. Uşan, 266-267.

²⁵ Cezai şartın işveren tarafından birden fazla talep edilebileceği, her yasağa aykırı davranışta belli bir ödemede bulunulacağına sözleşmeyle karşılaştırılabileceği görüşü için bkz. Soyer, 82 ve dn. 39 ve 40’da yollama yapılan yazarlar. Karagöz, 245-246.

²⁶ Rehbinden, 115. Wyler, 612. Moesch, 344. Soyer, 80. Uşan, 268.

²⁷ Cezai şartın aylık ücretin 5 ve 10 katı olarak karşılaştırıldığı yüksek mahkeme kararları için sırasıyla bkz. Y9HD, 24.12.2009, 26954/36971, İHSGHD, 25, 363. Y9HD, 6.7.1999, 8262/12073, *Ekonomi*, Emsal Kararları, 1999, 30-31.

indirime tabi tutulabilir.²⁸ Cezai şartın indirilebilmesi için ceza ödeme borcunun doğması ve *muaccel* olması gerekir. Başka bir anlatımla, işçi henüz rekabet etmemiş borcunu ihlal etmemiş ve işverenin cezayı isteme hakkı doğmamışsa, işçi tarafından cezanın indirilmesi istenemez ve yargıç da kendiliğinden böyle bir indirimde bulunamaz. Cezai şartın bağımsız bir indirim niteliği kazandığı, talep edilebilir olduğu andan itibaren indirilmesi istenebilir.

Hangi hallerde cezai şartın aşırı yüksek sayılabileceğini genel bir ölçüte göre belirlemek mümkün değildir. Her olayın özelliğine göre yargıç takdir hakkını kullanmak suretiyle bir sonuca varacaktır.²⁹

3. Rekabet Yasağına Aykırı Davranışın Sona Erdirilmesi

Türk Borçlar Kanununda belirli koşulların varlığı halinde işverene, işçinin rekabet yasağına aykırı davranışının sona erdirilmesini talep hakkı da tanınmıştır. TBK 446/3'e göre "İşveren, ceza koşulu ve doğabilecek ek zararların ödenmesi dışında, sözleşmede yazılı olarak açıkça saklı tutması koşuluyla, kendisinin ihlal veya tehdit edilen menfaatlerinin önemi ve işçinin davranışına haklı gösteriyorsa, yasağı aykırı davranışa son verilmesini de isteyebilir".

Bu hüküm uyarınca işverenin, işçinin rekabet yasağına ihlal eden davranışını sona erdirilmesini isteyebilmesi iki koşulun varlığına bağlanmıştır. Bunlardan ilki, rekabet yasağı sözleşmesinde, işçinin bu yasağı aykırı davranış halinde rekabet oluşturan söz konusu faaliyetine son vermeye zorlanabileceğini (kaçınmayı talep hakkını) *açıkça ve yazılı* olarak öngören bir hükmün yer almasıdır. Sözleşmede sadece bu konuda TBK 446/3'ün uygulanacağını belirtilmiş olması, koşulun gerçekleşmiş sayılması için yeterli değildir.³⁰

İşverenin, işçinin rekabet yasağına aykırı davranışının sona erdirilmesini isteyebilmesinin diğer koşulu, rekabet sözleşmesinin ihlali nedeniyle kendisinin *önemli bir zararın* olması ve işçinin de ihlale yönelik *davranışının ağır* bir nitelik taşımasıdır. Bu durumda işverenin devam eden ihlal sonucunda ortaya çıkan zararı veya tehdit altında kalan menfaati, kararlaştırılmış olan cezai şart³¹ ve tazminatla karşılanamayacak ve sonradan telafi edilemeyecek kadar önemli olmalıdır. Aynı şekilde, işçinin davranışı dürüstlük kurallarına ağır bir biçimde aykırılık oluşturmaldır.³²

²⁸ Yargıcın aşırı cezai şartı kendiliğinden mi, yoksa bu yönde bir talep üzerine mi indirebileceği konusunda görüş ve tartışmalar için bkz. *Soyer*, 82 ve dn. 44'de belirtilen yazarlar. *Şahlanan*, 86. *F. Eren*, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, B. 12, 2010, 1142, dn. 36 ve 37'de yollama yapılan yazarlar. *M. K. Oğuzman - M. T. Öz*, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, B. 8, 2010, 912, dn. 432 ve 433'de belirtilen yazarlar.

²⁹ Rekabet yasağında işçinin ödeyeceği cezai şartın aşırı derecede yüksek olup olmadığının takdirinde göz önünde bulundurulabilecek ölçütler konusunda geniş bilgi için bkz. *Carruzzo*, 602. *Wyler*, 612. *Moesch*, 345. *Soyer*, 83-84. *Şahlanan*, 83. *Taşkent-Kabakçı*, 39. Bu konudaki Yargıtay kararları için bkz. YHGK, 22.9.2008, 9-517/566 ve *Baştürk*'ün incelemesi, Görevli Mahkeme, 1545. Y9HD, 29.5.1997, 6252/10506, *Uşan*, 269. Y9HD, 18.5.1999, 5784/9049, *Ekmekçi*'nin görüşü, Değerlendirme 1999, 74. Y9HD, 24.12.2009, 26954/36971, İHSGHD, 25, 363. Y9HD, 2.12.2010, 41875/35558 ve *Uşan*'ın incelemesi, Sicil, 21, Mart 2011, 116-128.

³⁰ *Moesch*, 343. İsviçre Hukukunda aynı yönde bir yargı kararı için bkz. RJV, 1997, p. 278, *Moesch*, 343, dn. 41.

³¹ Cezai şart kararlaştırılmamış olsa bile sözleşmede açıkça yer alması koşuluyla rekabette kaçınma hakkının talep edilebileceği yönündeki isabetli görüş için bkz. *Alpagut*, 953.

³² *Carruzzo*, 603. *Wyler*, 613. *Moesch*, 343-344. *Soyer*, 86, 88.

Bu koşullar yasada işverene TBK 446/3'e dayanarak ihlali sona erdirmeye talebinin ne kadar istisnai hallerde, son çare (ultima ratio) olarak olanak tanıdığını ortaya koymaktadır. Örneğin, işçinin işveren hakkında yalan beyanlarda bulunmak suretiyle işverenin işçilerini elde etmesi, işverenin iş ilişkisini kesmiş olduğu ve işletmesine önemli zararlar verebilecek bir firmada çalışmaya başlaması, müşteri çevresini yanıltacak şekilde eski işverene ait malzemeleri kullanmaya devam etmesi gibi davranışlar, duruma göre TBK 446/3'ün kapsamına giren rekabet yasağı ihlalleri oluşturabilir.³³

Aynen ifanın sağlanması konusunda, üçüncü kişileri zorlayıcı bir hüküm tesis edilmesi mümkün bulunmadığından, rakip işletmede çalışan işçinin iş akdinin feshedilmesi yargı organı tarafından kararlaştırılamaz. Buna karşılık, dürüstlük kurallarını ağır bir şekilde ihlal eden ve işverene önemli zarar veren işçinin kendi işinde bağımsız olarak sürdürdüğü faaliyeti (örneğin işyeri kapatılarak) yargıç tarafından durdurulabilir.³⁴

V. REKABET YASAĞININ SONA ERMESİ

Rekabet yasağı sözleşmesi, taraflarca kararlaştırılmış veya yargıç tarafından indirilmiş süresi dolduğunda sona erer. Bunun gibi, işçinin ölümü ya da tarafların bu yönde karşılıklı anlaşması da rekabet yasağı sözleşmesini sona erdirir. Bu hallerin dışında rekabet yasağının sona ermesi Türk Borçlar Kanununun 447. maddesinde düzenlenmiştir. Bu hükme göre yasağın devamında işverenin gerçek bir yararının kalmaması veya iş akdinin yasada belirtilen nedenlerle feshi halinde rekabet yasağı sona erer.

1. Yasağın Devamında İşverenin Gerçek Bir Yararının Kalmaması

TBK 447/1 uyarınca "Rekabet yasağı, işverenin bu yasağın sürdürülmesinde gerçek bir yararının olmadığı belirlenmişse sona erer". Yukarıda görüldüğü gibi Türk Borçlar Kanununun 444. maddesinin 2. fıkrasına göre rekabet yasağı sözleşmesi ancak işverene ait bilgilerin kullanılmasının işverene önemli bir zarar verebilecek nitelikte olması halinde geçerlidir. TBK 447/1, TBK 444/2 hükmünü tamamlamakta, işverenin önemli bir zarara uğrama ihtimalinin kalmaması halinde rekabet yasağının sona ereceğini hükme bağlamaktadır.

Rekabet yasağı ile korunan bilgilerin sır olmaktan çıkması, tamamen değişik bir müşteri çevresine hitap edecek biçimde işyerinin farklı bir bölgeye taşınması, işyerinin faaliyet alanının değiştirilmesi gibi haller işverenin rekabet yasağının devamında bir yararının kalmadığına örnek olarak gösterilebilir.³⁵

³³ Bu konudaki örnekler için bkz. Moesch, 343-344. *Soyer*, 88. Buna karşılık cezai şartın işveren tarafından ödenmesinin TBK 446/3'ün kapsamına girip girmeyeceği konusunda farklı görüşler için bkz. Moesch, 344. *Soyer*, 88.

³⁴ *Şahlanan*, 87. *Soyer*, 88-90. Aynı yöndeki Fransız Yüksek Mahkemesi kararları için bkz. Cass. soc., 13.5.2003, No.01-17.452. Cass.soc., 10.12.1996, No.94-43.0.15, *Antonmattei*, 116.

³⁵ Bkz. *Wyler*, 616. Moesch, 345. *Soyer*, 94. *Şahlanan*, 87. *Taşkent-Kabakçı*, 40. *Uşan*, 272. *Alpagut*, 953.

2. İşverenin Haklı Bir Neden Olmaksızın İş Akdini Feshi

Türk Borçlar Kanununun 447. maddesinin 2. fıkrası gereğince iş akdi “haklı bir sebep olmaksızın işveren tarafından... feshedilirse, rekabet yasağı sona erer”. Buna karşılık, TBK 447/2 hükmü gereği iş akdi işverence İş Kanununun 25. veya TBK’nun 435. maddesine dayanılarak haklı nedenle feshedilirse rekabet yasağı devam eder. Aynı şekilde “haklı sebep” ifadesinin kaynak İsviçre Borçlar Kanununun 340 c/2 hükmünde öngörüldüğü gibi “işçiye yüklenilecek haklı bir neden” şeklinde anlaşılması uygun olacağından, İş Kanununun 18. maddesinin 1. fıkrası uyarınca işçinin yetersizliğine veya davranışlarına dayanan geçerli fesih hallerinde de rekabet yasağının devam ettiğini kabul etmek gerekir.³⁶

3. İşçinin İşverene Yüklenilebilir Bir Nedenle İş Akdini Feshi

Türk Borçlar Kanununun 447. maddesinin 2. fıkrasına göre iş akdi “işverene yüklenilebilir bir nedenle işçi tarafından feshedilirse, rekabet yasağı sona erer”. Aksi takdirde, iş akdinin feshini haklı gösteren bir neden varlığına rağmen, sözleşmenin sona ermesinden sonra rekabet yasağı ile karşı karşıya gelmek istemeyen işçi iş ilişkisini devam ettirmek zorunda kalabilecektir.

İş akdi işçi tarafından İş Kanununun 24. veya Türk Borçlar Kanununun 435. maddesine dayanılarak *haklı nedenle* derhal feshedilirse rekabet yasağı ortadan kalkar. Bunun gibi, İK 24 uyarınca derhal feshi gerektirecek ağırlıkta olmamakla beraber, işverene yüklenilebilir bir (makul) nedenle iş akdinin işçi tarafından *sürelili feshedilmesi* halinde de rekabet yasağı sona erer. Örneğin, işverenin davranışlarıyla işyerinde bulunması gereken huzuru bozması, işçinin yükseltilmesi (terfisi) vb. vaadlerini yerine getirmemesi rekabet yasağının sona ermesine yol açacak fesih nedenleri arasında sayılabilir.³⁷ Kuşkusuz, işçinin işverene yüklenemeyen bir nedenle iş akdini feshetmesi (istifa) halinde (İK 17, TBK 431-432) rekabet yasağı devam eder.

4. İşyerinin Devrinin Rekabet Yasağına Etkisi

İş akdi devam ederken işyeri devredilmişse (İK 6), devralan işverenin rekabet yasağı ile korunan iş sırlarını ve müşteri çevresini kullanan bir faaliyeti sürdürmesi koşuluyla, rekabet yasağı sözleşmesi varlığını sürdürür. Çünkü, rekabet yasağı işverenin kişiliği ile ilgili olmayıp işletmeyle ilgili ekonomik bir değer taşır. İşyerinin devri ile birlikte ekonomik nitelik taşıyan rekabet yasağı sözleşmesi de devredilmiş olur.

İşyerinin *iş akdi sona erdikten sonra* ancak rekabet yasağının sürdüğü dönemde devredilmesi halinde, devrin rekabet yasağı sözleşmesine etkisi yabancı hukuk öğretisinde tartışmalıdır.³⁸ Kanımıza göre, bu durumda da rekabet yasağı sözleşmesinin devralan işverene varlığını sürdürüleceğini kabul etmek gerekir. Çünkü yukarıda da ifade edildiği gibi rekabet yasağı sözleşmesi işverenin kişiliği ile ilgili değildir. İşyerinin devri ile birlikte bu ekonomik değer işlet-

³⁶ Wyler, 616-618. Soyer, 101-102. Şahlanan, 89. Alpogut, 953-954. Taşkent-Kabakçı, 41. Uşan, 277-279.

³⁷ Taşkent-Kabakçı, 42. Soyer, 108.

³⁸ Bkz. Soyer, 96, dn. 130-137’de yollama yapılan yazarlar. Alman Federal İş Mahkemesinin bu durumda işçinin rekabet yasağının sona ereceğine ilişkin bir kararı için bkz. Taşkent-Kabakçı, 43, dn. 144.

meyle ilgili tüm değerlerle birlikte devralana geçer. Bunun gibi, devralan işverenin rekabetten kaçınılmasını talep hakkına sahip bulunmaması menfaatler dengesine de uygun değildir. Zira, devir nedeniyle yasağın sona ermesini işçi açısından haklı gösterecek herhangi bir neden bulunmadığı halde, yasakla bağlılığın devamında yeni işverenin önemli bir yararı vardır. Ancak, belirtelim ki, rekabet yasağının kapsamı, işçinin iş akdinin sona erdiği tarihte devreden işverenin faaliyet alanı ile sınırlı kalmalı, devralan işverenin faaliyet alanını değiştirmesi veya genişletmesi halinde işçi rekabet yasağı ile bağlı kalmamalıdır.³⁹

Yargıtay da işyerinin devrinin iş akdi devam ederken veya sona erdikten sonra gerçekleşmesi açısından herhangi bir ayırım yapmaksızın rekabet yasağının devam edeceğini karara bağlamaktadır. Yüksek mahkemeye göre, "İşçi ve işveren arasında rekabet yasağını öngören düzenleme, işyeri devri halinde de kural olarak geçerliliğini sürdürür. Devralan işverenin başka bir amaca yönelmesi ve faaliyet alanını değiştirmesi halinde ise rekabet yasağı sona erer".⁴⁰

³⁹ Soyer, 96. Şahlanan, 88, Uşan, 274. Taşkent-Kabakçı, 43.

⁴⁰ Y9HD, 24.12.2009, 26954/36971, İHSGHD, 25, 362.

