

OLAY VE GÖRÜŞ: İŞVERENİN DEĞİŞMESİ - REKABET YASAĞI SÖZLEŞMESİ

Prof.Dr. M. Polat SOYER*

OLAY

(K), Eylül 1996'dan itibaren (E.K.) A.Ş.'de çalıştırılmaktadır. (E.K.) A.Ş.'nin hisseleri, 04.9.1998 tarihinde akdedilen hisse satım sözleşmesi ile (P-P E.B.V, A.B.V, ve E.B.V)'ye devredilmiştir. Hisse satım sözleşmesinde (E.K.) A.Ş., işletme hakkında değerli bilgilere sahip olduğu belirtilen (K) tarafından imzalanmış bir "rekabet yasağı sözleşmesi"ni alıcı firmalara teslim etme yükümlülüğü altına girmiştir.

Sözleşmede yer alan bu hüküm uyarınca (E.K.) A.Ş., *hisselerin satın alındığı tarihte* (K) ile bir rekabet yasağı sözleşmesi yapmış ve sözleşmeye (K)'nin rekabet yasağını ihlâl etmesi halinde (...tutarında) cezaî şart ödeyeceğine dair bir hüküm konulmuştur.

Bu olay dolayısıyla açıklığa kavuşturulması gereken konu:

- (K) tarafından imzalanan rekabet yasağı sözleşmesinin geçerliliği ve
- Bu sözleşmenin alıcı firmalar (P-P E.B.V, A.B.V, ve E.B.V) karşısındaki hüküm ve sonuçlarının tespitidir.

GÖRÜŞ

Her iki konuda doğru bir sonuca ulaşabilmek için, sırasıyla, rekabet yasağı sözleşmesinin amacı, bu sözleşmenin geçerlilik koşulları ve bu koşulların somut olayda gerçekleşip gerçekleşmediği üzerinde durmak gerekmektedir:

I. Rekabet Yasağı Sözleşmesinin Amacı

Borçlar Kanunu md. 348-352'de düzenlenen rekabet yasağı sözleşmesi, işçinin, işyerindeki çalışması sırasında işletme organizasyonu, üretim süreci ve müşteri çevresi hakkında edindiği bilgileri işten ayrıldıktan sonra rekabet piyasasında kullanması halinde *işverenin önemli zararlara uğrayacak olması ihtimali* dikkate alınarak kabul edilmiş bulunmaktadır¹. Bu sözleşme ile işveren, işçi tarafından elde edilen bilgilerin hizmet ilişkisi sona erdikten sonra kullanılmasını engellemek

* Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı

¹ Bkz. Soyer, Rekabet Yasağı Sözleşmesi, Ankara, 1994, s.4.

suretiyle rekabet piyasasında bir zarara uğrama tehlikesini bertaraf etmek istemektedir².

Buna karşılık işçi, hizmet akdi sona erdikten sonra, *çalışma yerini serbestçe seçme* konusunda korunmaya değer bir menfaate sahip bulunmaktadır. Onun bu menfaati, Anayasa md. 48 f.1 hükmü ile de garanti altına alınmıştır. Bu durum karşısında bütün sorun, taraf menfaatleri arasında adil bir dengenin nasıl kurulacağını saptamak noktasında toplanmaktadır:

Rekabet yasağı sözleşmesi ile ilgili Borçlar Kanunu md. 348-352 kuralları, tarafların çatışan çıkarlarını uzlaştırmaya yönelik düzenlemeler getirmiştir. Sadece işçi lehinde değiştirilebilecek nispi emredici nitelikteki bu düzenlemelere hâkim olan temel düşünce, “işçinin korunması”dır³. Bu nedenledir ki, rekabet yasağı sözleşmesi, yasa koyucu tarafından ancak *belirli koşulların mevcudiyeti halinde* geçerli sayılmıştır: Bunlardan, inceleme konusu olayla ilgili olan en önemli koşul, “*işverenin önemli bir zarara uğraması*” ihtimalinin varlığıdır.

II. Rekabet Yasağı Sözleşmesinin Geçerlilik Koşulu Olarak “İşverenin Önemli Bir Zarara Uğraması İhtimali” nin Anlamı

Borçlar Kanunu md. 348 f.2 kuralı, rekabet yasağı kaydının ancak, işçinin müşterileri tanınmasından ve esrara (iş sırlarına) nüfuzundan istifade ederek, iş sahibine (*işverene*) *hissolunacak derecede bir zarar*⁴ husulüne sebebiyet verebilecek ise caiz olduğunu belirtmektedir. Bu hükmü, rekabet yasağı kaydı getirilmesinde *işverenin* önemli bir menfaatinin bulunması şeklinde genel bir formüle bağlamak mümkündür⁵. Yasa koyucu bu koşulu, işçiyi korumak amacıyla⁶, bilinçli olarak aramış⁷ ve bununla, işçinin çalışma alanına ya da olanaklarına *keyfi sınırlamalar getirilmesinin önüne geçmek* istemiştir⁸. Yasa koyucunun bu konuda gösterdiği hassasiyet, söz konusu koşulu bir *geçerlilik şartı* olarak⁹ öngörmüş olmasından da

² **Haefliger**, Das Konkurrenzverbot im neuen schweizerischen Arbeitsvertragsrecht, Diss., Bern, 1974, s.11.

³ Bkz. **Soyer**, s.18 ve orada dn. 69’da anılan yazarlar.

⁴ Maddede yer alan “hissolunacak derecede zarar” ifadesini, kaynak metne uygun olarak, “önemli bir zarar (erhebliche Schaden)” şeklinde anlamak gerekir. Bkz. **Soyer**, s.57, dn. 120.

⁵ **Becker**, Komm. z. ZGB, OR, II. Abteilung, Art. 184-551, 2. Aufl., Bern, 1934, Art.356, N. 2; **Hemmeler**, Vertragliche Konkurrenzverbote nach schweizerischem Obligationenrecht, Diss., Bern, 1918, s.23; **Pflüger**, Das vertragliche Konkurrenzverbot im Dienstvertrag, Art. 356-360 OR, Diss., Bern, 1949, s.22; **Kuttler**, s.11; **Haefliger**, s.32.

⁶ **Pflüger**, s.28; **Haefliger**, s.36; **Kuhn**, Das Konkurrenzverbot im Arbeitsvertragsrecht, Muri, 1981, s.52.

⁷ **Bohny**, s.109; bkz. **Haefliger**, s.36.

⁸ **Becker**, Art. 356, N.2; **Buchner**, Wettbewerbsverbot, Stuttgart, 1981, s.68.

⁹ Bu hususun geçerlilik şartı olduğunda herhangi bir tartışma yoktur. Bkz. **Oser/ Schönenberger**, Komm.z. Schw. ZGB IV Bd., Das OR, 2.Halbbd., Art. 184-418, 2. Aufl., Zürich, 1936, Art. 356,

anlaşılmaktadır. Burada bütün sorun, “işverenin önemli bir zarara uğraması ihtimalinin varlığı” kavramından ne anlaşılması gerektiğini saptamaktır :

Rekabet yasağı sözleşmesinin meşruluk temeli, işletmede elde edilen bilgilerin, hizmet akdi sona erdikten sonra işçi tarafından kullanılarak, işverenin *rekabet piyasasındaki konumunu tehlikeye düşmekten korumak* düşüncesidir¹⁰. Bu nedendir ki yasa, “işverenin önemli¹¹ bir *menfaati kalmadığı takdirde* rekabet yasağı sözleşmesinin “*hükümden düşeceği*”ni öngören bir kural (BK md. 352 f.1) da getirmiştir¹². Rekabet yasağı sözleşmesinin geçerliliğini ve hükümden düşmesini düzenleyen bu iki madde, birbirini tamamlamakta ve tam bir uyum içinde bulunmaktadır¹³. Öyle ki, işverenin önemli bir zarara uğraması ihtimalinin yokluğu, sözleşmenin geçersizliğine; böyle bir ihtimalin daha sonra ortadan kalkması ise, yasağın hükümden düşmesine yol açacaktır.

Rekabet yasağı sözleşmesinin meşruluğu, işverenin rekabet gücünü tehlikeye düşmekten korumak düşüncesine dayandığına göre, bu sözleşme ancak, böyle bir amaca hizmet ettiği takdirde geçerli olabilir. Diğer bir deyimle işveren, bu sözleşme ile sadece, işçinin rekabetine karşı *kendini* koruma düşüncesini gerçekleştirebilir¹⁴. Nitekim, Alman Federal İş Mahkemesi de vermiş olduğu bir kararda, *işverenin haklı menfaatlerini korumakla herhangi bir ilişki içinde bulunmayan* rekabet yasağı sözleşmelerinin geçerli sayılmayacaklarına hükmetmiş bulunmaktadır¹⁵. Buradan çıkarılacak en önemli sonuç, işverenin, rekabet yasağı sözleşmesinden işçiyi salt *işyerine bağlamak*; onun *işyerinden ayrılmasını güçleştirmek* düşüncesiyle yararlanamayacak olmasıdır¹⁶. Çünkü böyle bir düşünce ne rekabet yasağı sözleşmesinin hukuk düzeni tarafından kabul edilmesini haklı gösteren gerekçelerle¹⁷ ne de işçinin Anayasa’da güvence altına alınan (md.48 f.1) işyerini serbestçe seçme hakkı ile

N.19; Brenneisen, Das dienstvertragliche Konkurrenzverbot als zweiseitiges Vertragsverhältnis in rechtsvergleichender Darstellung, Diss., Basel, 1952 -daktilo edilmiş metin- s.165-166; Kuttler, Vertragliche Konkurrenzverbote, Basel, 1955, s.13; Haefliger, s.42; Bohny, Das arbeitsvertragliche Konkurrenzverbot, Zürich, 1989, s.84.

¹⁰ Bohny, s.108; Soyer, s.57.

¹¹ Maddede yer alan “hakiki menfaat” kavramı, yasanın İsviçre aslına uygun olarak “önemli menfaat” şeklinde anlaşılmalıdır.

¹² Bohny, s.109; Kuttler, s.12; Haefliger, s.36; Kuhn, s.52.

¹³ Bkz. Soyer, s.57.

¹⁴ Grüll, Die Konkurrenzklauzel, 4. Aufl., Heidelberg, 1983, s.39.

¹⁵ BAG (9.8.1968), AR-Blattei, Wettbewerbsverbote, Entscheidung 60.

¹⁶ Bauer/Diller, Wettbewerbsverbote, München, 1995, s.71; Rdnr.196; Röhler/Borrmann, Wettbewerbsbeschränkungen für Arbeitnehmer und Handelsvertreter, Berlin, 1981, s.110-111; Buchner, s.70; Grüll, s.40; Grunsky, Wettbewerbsverbote für Arbeitnehmer, 2. Aufl., Köln, 1987, s.92.

¹⁷ Buchner, s.70.

bağdaşmaktadır¹⁸. Alman Federal İş Mahkemesi'nin görüşü de bu yöndedir¹⁹. Bu nedenlerle öğretide, söz konusu koşulun gerçekleşip gerçekleşmediğine ilişkin değerlendirmeyi dar bir ölçüte göre yapmak gerektiği kabul edilmektedir²⁰.

Önemle tekrarlamak gerekir ki, rekabet yasağı sözleşmesinin yapılmasını haklı gösteren bu koşul, İsviçre/Türk Hukukunda yasa koyucu tarafından bir geçerlilik şartı olarak öngörüldüğüne göre, bu şart mevcut olmadan yapılmış bir rekabet yasağı sözleşmesi geçersiz sayılacaktır²¹. Bu geçersizliğin türü butlandır ve batıl bir sözleşmenin sonradan canlandırılması da mümkün değildir.

III. İşverenin Önemli Bir Zarara Uğraması İhtimalinin İnceleme Konusu Olayda Mevcudiyeti Sorunu

1. Somut olayda *rekabet yasağı sözleşmesinin tarafları*, (E.K.) A.Ş. ile (K)'dır. Her ne kadar hisse satım sözleşmesinde (K)'nın işletme ile ilgili değerli bilgilere sahip olduğundan bahsediliyor ise de (E.K.) A.Ş., Eylül 1996'dan bu yana çalıştırdığı (K) ile bir rekabet yasağı sözleşmesi yapma yoluna gitmemiş, söz konusu sözleşmeyi ancak, *hisselerinin satın alındığı günde* akdetmiştir. Gerçi, rekabet yasağı sözleşmesinin ne zaman yapılacağı konusunda mevzuatımızda sınırlayıcı bir kural yer almamaktadır ve hatta bu sözleşmenin, işçinin işe girmesinden uzunca bir süre sonra akdedilmesi de imkân dahilindedir. Ancak rekabet yasağı sözleşmesinin uzunca bir süre sonra yapılmış olması, işverenin, işe yeni aldığı bir işçiyle böyle bir sözleşme yapmasının gerekip gerekmeyeceğini belli bir süre geçtikten sonra tespit edebilecek olması hali için mantıklı görülebilir²². Somut olayda ise, sözleşmenin, *hisselerin satın alındığı günde akdedilmiş olması*, (E.K.) A.Ş.'nin *rekabet yasağı sözleşmesini piyasadaki rekabet konumunu korumak düşüncesiyle değil, hisse satım sözleşmesinin kendisine yüklediği yükümlülüğü yerine getirmek amacıyla* kararlaştırma yoluna gittiğini göstermektedir. Böyle bir düşüncüyü, rekabet yasağı sözleşmesinin yapılmasını haklı gösteren ve yukarıda açıklanan koşulun kapsamı içinde düşünmek mümkün değildir. Alman Federal İş Mahkemesi'nin bir kararında²³ da belirtildiği gibi, işverenin rekabet yasağı sözleşmesi yapmakta *haklı bir menfaate sahip bulunduğu*ndan bahsedebilmek için, onun bu sözleşmeyi akdederken, *müteşebbis sıfatıyla yapacağı faaliyetleri işçinin rekabet teşkil edebilecek girişimlerine karşı korumak amacıyla* hareket etmiş olması gerekmektedir. Esasen olayda, işveren durumundaki (E.K.) A.Ş.'in satış yoluyla *devri ve faaliyetine tamamen son verilmesi* söz konusu olduğuna göre, rekabet yasağı sözleşmesi yapılmasını haklı gösteren bir durumdan

¹⁸ Bauer/Diller, s.71, Rdnr.196.

¹⁹ Bkz. BAG (24.6.1996), AR-Blattei, Wettbewerbsverbote, Entscheidung 64.

²⁰ Bkz. Bauer/Diller, s.71, Rdnr.196.

²¹ Oser/Schönenberger, Art. 356, N.19.

²² Bkz. Soyer, s.42, dn.16.

²³ Bkz. BAG (28.1.1966), AR-Blattei, Wettbewerbsverbot, Entscheidung 38, IV 2 no'lu gerekçe.

söz etmek de mümkün görünmemektedir. Çünkü, bu durumda artık, işçinin rekabeti dolayısıyla işverenin önemli bir zarara uğrama tehlikesi yoktur. Nitekim öğretide, pratik olarak herhangi bir rekabete maruz kalma ihtimalinin bulunmadığı hallerde, rekabet yasağı sözleşmesi yapma yoluna gidilemeyeceği haklı olarak kabul edilmektedir²⁴. Aksi takdirde, işçinin anayasada güvence altına alınan işyerini serbestçe seçme hakkına keyfi bir müdahalede bulunulmuş olur.

2. Diğer taraftan, Borçlar Kanunu md. 351 f.1 hükmü, işverenin önemli bir menfaati kalmadığı takdirde rekabet yasağının sona ereceğini de belirtmektedir. Yasanın böyle bir düzenleme getirmesinin nedeni, iktisadî alandaki hareket özgürlüğünün, ancak (alacaklı) işverenin önemli bir menfaati bulunduğu takdirde sınırlandırılabilir olmasıdır²⁵. Rekabet yasağı gibi, borçlu açısından “kaçınma” şeklinde ortaya çıkan “menfi bir edim” söz konusu olduğu takdirde, alacaklının menfaati özel bir önem kazanmaktadır. Borçlunun ekonomik alandaki hareket özgürlüğünü sınırlayan sözleşmelere, alacaklının menfaati haklı gösterdiği ölçüde geçerlilik tanınabilir²⁶. Bu durum karşısında, rekabet yasağının geçerliliği hakkındaki Borçlar Kanunu md. 348 f.2 hükmü, md. 352 f.1 kuralı ile tamamlanmış olmaktadır²⁷.

İşverenin önemli bir menfaatinin kalmaması, artık önemli bir zarara uğraması ihtimalinin bulunmaması demektir²⁸. Bu nedenle, sözleşmenin hükümden düşmesi ile ilgili olarak aşağıda söylenenler, rekabet yasağı sözleşmesinin geçerliliği bakımından da uygulanması gereken esaslardır:

İşverenin, rekabet yasağına konu olan faaliyet alanını terk etmesi²⁹ veya işletmenin faaliyetine tamamen son verilmesi³⁰ veyahut Alman Federal İş Mahkemesi'nin bir kararında da açıkça belirtildiği gibi, işletmenin bir hukukî işlemle bir başkasına devredilmesi³¹, işverenin önemli bir zarara uğraması ihtimalinin bulunmadığı hallerin en önemli ve tipik örnekleridir³². Söz konusu hallerde bir rekabet yasağı sözleşmesi akdetmekte işverenin Borçlar Kanunu md. 348 f.2 hükmü

²⁴ Bauer/Diller, s.75, Rdnr. 209.

²⁵ Oser/Schönenberger, Art. 360, N. 1; Soyer, s.93.

²⁶ von Tuhr/Peter, Allg. Teil des Schw. OR, Bd. I, Zürich, s.266.

²⁷ Hemmeler, s.28; Pflüger, s.70; Oser/Schönenberger, Art. 360, N.1.

²⁸ Kuttler, s.24; Hemmeler, s.28; Pflüger, s.23; Haefliger, s. 89; Vischer, Schw. Privatrecht, Bd. VII-1 (içinde), Basel und Stuttgart, 1977, s.427, dn. 30; Bohny, s.137.

²⁹ Haefliger, s.89; Güntner, Verbindlichkeitsvoraussetzungen des vertraglichen Wettbewerbsverbotes, AuR 1964, s.8 (19); Bohny, s.137; Rehbindler, Schranken und Wegfall des Konkurrenzverbots im Arbeitsrecht, Tandoğan Armağanı, Ankara, 1990, s.515 (525).

³⁰ Oser/Schönenberger, Art. 360, N.1; Streiff/Kaenel, Arbeitsvertrag, 5. Aufl., Zürich, 1992, Art. 340c, N.1; Gamillscheg, Gedanken zur Neuregelung der Wettbewerbsvereinbarungen, RdA 1975, s.13 (22); Bauer/Diller, s.75, Rdnr. 208.

³¹ BAG (28.4.1966), AR-Blattei, Wettbewerbsverbot, Entscheidung 38.

³² Bkz. Soyer, s.94.

anlamında korunmaya değer bir menfaati yoktur. Buna rağmen bir rekabet yasağı sözleşmesinin akdedilmiş olması, işverenin önemli bir zarara uğraması ihtimalinin mevcut olmaması nedeniyle, sözleşmenin geçersizliği sonucunu yaratır.

IV. Sonuç

1. (E.K.) A.Ş.'nin (K) ile rekabet yasağı sözleşmesi akdetmesini haklı gösterecek koşulların somut olayda *gerçekleşmediği* görülmektedir. İşveren konumundaki (E.K.) A.Ş., (K) ile rekabet yasağı sözleşmesi yaparken, müteşebbis sıfatıyla *girişeceği faaliyetlerde (K)'nin rekabetine karşı korunmak* gibi bir amaçla hareket etmiş değildir. Çünkü işletmeyi *devretmekle* bizzat kendisi, işçilerinden herhangi birinin (bu arada K'nın) *rekabet teşkil edebilecek faaliyetlerine muhatap olmaktan çıkmaktadır*. Bunun anlamı, rekabet yasağı sözleşmesinin *geçerli olabilmesi için yasanın şartın "somut olayda" gerçekleşmemiş olmasıdır. O halde (E.K.) A.Ş., (K)'nin rekabet yasağına aykırı davranışı halinde herhangi bir hukukî yola başvurma imkânına sahip bulunmamaktadır*.

2. (K) ile (E.K.) A.Ş. arasında akdedilen rekabet yasağı sözleşmesinden alıcı firmaların (P-P E.B.V, A.B.V, ve E.B.V'nin) ne ölçüde yararlanabilecekleri sorunu, somut olayın önemli yönlerinden birini oluşturmaktadır:

Hizmet ilişkisi devam ederken işverenin değişmesi halinde, hizmet akdiyle birlikte rekabet yasağı sözleşmesinin de yeni işverene intikal etmesi kural olarak mümkündür³³. Ancak, rekabet yasağı sözleşmesinin yeni işverene intikali, bu sözleşmenin *devir sırasında geçerli olması* şartına da bağlıdır³⁴. *Sözleşme*, geçerlilik koşullarından birinin mevcut olmaması (somut olayda, işverenin önemli bir zarara uğraması ihtimalinin bulunmaması) nedeniyle devir sırasında *geçersiz* ise, işletmeyi *devralan işverenin* bu sözleşme hükümlerinden *yararlanamayacağı* açıktır. Nitekim, Alman Federal İş Mahkemesi de bir kararında, rekabet yasağından doğan hakların üçüncü kişiye geçerli olarak devredilebilmesi için, yasanın şartının devir sırasında mevcut olması gerektiğine; aksi takdirde işçinin işverene karşı ileri sürebileceği geçersizlik itirazını, işletmeyi devralan kişiye karşı da kullanabileceğine (bkz. § 404 BGB = BK md.167) hükmetmiş bulunmaktadır³⁵. Kısaca, sadece, rekabet yasağı kararlaştırmakta Borçlar Kanunu md. 348 f. 2 anlamında korunmaya değer bir menfaate sahip bulunan işverenin yapmış olduğu (geçerli) bir sözleşme işletmenin el değiştirmesi halinde yeni işverene -rekabet yasağı kaydında onun da haklı bir menfaate sahip bulunması şartıyla- intikal edebilir. Bu bakımdan, somut

³³ Bkz. **Soyer**, s.94-95 ve orada anılan yazarlar.

³⁴ **Bürger/Oehmann/Matthes**, Wettbewerbsverbot, Wettbewerbsvereinbarung, Handwörterbuch des Arbeitsrechts, II (içinde), 12. Lieferung, s.14.

³⁵ Bkz. **BAG** (29.4.1966), AR-Blattei, Wettbewerbsverbot, Entscheidung 38, Gerekçe, IV 3.

olayda işletmeyi devralan işveren, (K)'nın rekabet teşkil edebilecek faaliyetlerini ancak, onunla *yeni bir rekabet yasağı sözleşmesi akdetmek* suretiyle önleyebilir.