

**4857 SAYILI İŞ KANUNU KAPSAMINDAKİ İŞÇİNİN İŞ İLİŞKİSİ DEVAM
EDERKEN REKABET ETMEME BORCU****THE NON-COMPETE OBLIGATION DURING THE EMPLOYMENT
RELATIONSHIP UNDER THE LABOR CODE NUMBERED 4857**Artür KARADEMİR*  [10.21492/inuhfd.1133675](https://doi.org/10.21492/inuhfd.1133675) **Makale Bilgi**Gönderi: 21/06/2022
Kabul : 04/10/2022**Anahtar Kelimeler***Rekabet Etmeme
Borcu,
Sadakat Borcu,
Hazırlık Hareketleri,
Ölçülülük İlkesi.***Article Info**Received: 21/06/2022
Accepted: 04/10/2022**Keywords***Non-Compete
Obligation,
Duty of Loyalty,
Preparatory Actions,
Principle of
Proportionality.***Özet**

İş ilişkisi devam ederken işçinin rekabet etmeme borcu sadakat borcunun bir görünümüdür. TBK m.396/3'te işçinin rekabet etmeme borcu açıkça düzenlenmiş olmakla birlikte bu borcun kapsamı ve sınırlarının ne olduğu konusunda açık bir ifade bulunmamaktadır. Şu durumda, iş ilişkisi devam ederken işçinin rekabet etmeme borcunun kapsam ve sınırlarının yorum yoluyla tespit edilmesinde Anayasa'ya uygun yorum yönteminin işlevselleştirilmesi isabetli olur. Aynı yorum tarzı rekabet etmeme borcunun sözleşmeyle düzenlenmesi halinde de geçerlidir. Buna göre, bireysel veya toplu iş sözleşmeleriyle işçinin işvereniyle rekabet edemeyeceğinin düzenlenmesi durumunda, bu sözleşmesel kayıtların işçinin sözleşme özgürlüğüne müdahale ettiğinden hareketle, ilgili kayıtların her halde geçerli olacağı düşünülmemelidir. Ayrıca işçinin boş zamanlarında üstlendiği yan uğraşların iş ilişkisine olumsuz etkisi sadakat borcu çerçevesinden değil; daha ziyade iş görme borcunun kötü ifası çerçevesinden ele alınmalıdır. Bu sonuç, işçinin kişilik hakkına, dürüstlük kuralına ve anayasal güvencelere de uygundur. Aynı şekilde, rekabete hazırlık hareketleri de rekabet etmeme borcunun kapsamı dışındadır. Buna göre, faaliyete geçmemiş olmak kaydıyla rakip bir şirket kurulması da dâhil olmak üzere rekabete hazırlık hareketleri rekabet etmeme borcuna aykırı sayılmamalıdır.

Abstract

The non-compete obligation of the employee during the employment relationship is an aspect of the duty of loyalty. Although the Turkish Code of Obligations No. 6098 regulates the non-compete obligation, it would be appropriate to interpret this regulation in compliance with the Constitution in order to determine the scope and limits of it. The same interpretation method is also valid if the non-compete obligation is regulated by contracts. Accordingly, considering that a condition stipulated in an individual or a collective labor agreement regarding the non-compete obligation is to be regarded as an interference in the employee's freedom of contract, one has to take into consideration the possibility of invalidity of the condition cited above. Furthermore, the negative effect of the side jobs undertaken by the employee in his spare time should not fall under the duty of loyalty. Rather, the adverse effects of the side jobs on the primary job can be handled within the framework of bad performance. This argument is also in compliance with the employee's personality rights, the principle of good faith and constitutional guarantees. Likewise, preparations for competition are also outside the scope of non-compete obligations. Accordingly, acts of preparation for competition, including the establishment of a competitor, but non-functioning company, should not be considered contrary to the non-compete obligation.

 Bu eser [Creative Commons Atıf-Gayri Ticari 4.0 Uluslararası Lisansı](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/) ile lisanslanmıştır.

*Dr. Öğr. Üyesi, İstanbul Esenyurt Üniversitesi, İşletme ve Yönetim Bilimleri Fakültesi, İngilizce İşletme Bölümü.

Atıf Şekli | **Cite As:** KARADEMİR Artür, "4857 İş Kanunu Kapsamındaki İşçinin İş İlişkisi Devam Ederken Rekabet Etmeme Borcu", InÜHFD, 13(2), 2022, s.340-355. **İntihal** | **Plagiarism:** Bu çalışma intihal programında kontrol edilmiş ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been controlled via a plagiarism software and reviewed by at least two blind referees.

EXTENDED SUMMARY

The primary aim of this study is to explain the non-compete obligation during the employment relationship in line with the duty of loyalty. Although article 396 paragraph 3 of the Turkish Code of Obligations (TCO) regulates the legal regime of the abovementioned obligation, it doesn't contain the exact scope and limits of this obligation. This is why there is a need to elaborate on the missing aspects of this obligation. Additionally, considering that article 396 paragraph 3 TCO is adopted in light of the Swiss Code of Obligations (OR) article 321a, this study elaborates on the scholarly opinions and jurisprudence of both Turkish and Swiss Law.

In this study, the non-compete obligation of the employees, who fall under the scope of the Labor Code numbered 4857, is examined. Thus, specific working relationships, such as the employment relationship between the employers and the journalists, who are subject to the Code on the Arrangement of the Relationships Between the Workers and the Employers in Press Sector numbered 5953 (Press Labor Code), and the legal regime of commercial agents, who are subject to article 553 TCO, are excluded. In the course of this study, among other considerations, crucial concepts, such as the duty of loyalty, rivalry and preparatory conduct, are explained. Furthermore, the consequences of the employees' engagement in side jobs in their spare times are highlighted. Likewise, the validity and the method of interpretation of the contractual provisions, which enlarge or narrow down the scope of application of the duty of loyalty in terms of the non-compete obligation, are discussed.

In simplest terms, the duty of loyalty in employment relationships refers to the rule that an employee has to do all that is necessary to actualize the legitimate interests of the employer and refrain from every conduct that may harm the employer. The non-compete obligation is a result of the duty of loyalty. Accordingly, this obligation is regulated by article 396 TCO under the title "duty of care and loyalty." Pursuant to article 396 paragraph 3 TCO, in the course of the employment relationship, an employee is not allowed to perform any paid work for third parties in breach of the duty of loyalty, especially s/he cannot compete with his/her employer. Thus, the relevant article doesn't contain any prohibition that deprives the employees of the right to work for third parties if the side performance doesn't violate the duty of loyalty. This interpretation of the relevant article is also adopted in the Swiss law in terms of article 321a OR, which bears the same title with article 396 TCO and has almost the same wording with it. According to this type of interpretation, the employees are free to engage in noncompetitive performance for third parties or participate in recreational activities of their choosing.

Although, there is no scholarly consensus on whether an employee violates his/her duty of loyalty if the side activities in his/her spare time have adverse effects on the performance of the primary job, in this study, it is contended that the employee is not under the obligation to rest in his/her spare times. This is why the mere fact that the employee's performance is worse than before just because of the side jobs or activities doesn't mean that the employee violates the duty of loyalty and the employment contract can be terminated on rightful grounds. The adverse effects of the side activities may only be evaluated as a breach of the duty of performance. Thus, the legal consequences of a breach of the duty of performance may be applied, instead of the consequences of a breach of the duty of loyalty. Moreover, this method of interpretation is in compliance with the constitutional guarantees, since the freedom of contract, regulated by article 48 of the Turkish Constitution (TCon), contains the right to engage in multiple contractual relationships at the same time. However, it is clear that the employee's performance of any other work or private activities during the working hours will be regarded as a breach of the employment contract.

Although, including the constitutional principles into private law is deemed as defective according to a scholarly opinion, this view is not followed in this study on grounds of the horizontal effect of the constitutional rights. This is why the principle of proportionality, which is articulated in article 13 TCon as one of the boundaries of the limitations of constitutional rights, plays a vital role when elaborating on the issue related to the side jobs or activities. Aside from constitutional guarantees, it is a fact that the personality rights of the employee are to be taken into consideration when dealing with the contractual provisions related to the prohibition that prevents the employee from working for third parties or engaging in side activities outside the working hours. Indeed, the Swiss doctrine and jurisprudence have the same approach in terms of the relationship between the personality rights and the validity of the contractual provisions related to the said prohibition. Accordingly, in this study, it is contended that the contractual provisions stipulating that the employee shall not engage in any side jobs or activities infringe on the personality rights of the employee.

Lastly, in this study, the legal regime of the preparatory conduct is examined. According to the Turkish and Swiss labor law, preparatory conduct is permissible. This means that the preparatory conduct is not regarded as a violation of the duty of loyalty on the condition that it doesn't violate the legitimate interests of the employer. The employer has a legitimate interest in asking the employee not to be apparent in the market. Hence, the employee is not allowed to encourage his/her co-workers to quit their current job and start to work in the prospective company, or advertise the prospective products etc. However, the mere foundation of a competitive but not functioning company during the employment relationship cannot be deemed as a violation of the duty of loyalty.

In conclusion, the personality rights of the employee, the principle of good faith and the constitutional guarantees determine the scope of the non-compete obligation by setting the boundaries of the duty of loyalty. However, article 396 paragraph 3 TCO doesn't contain any rule with regards to side activities which are conducted outside the working hours. Also, the law is silent on the issue whether or not the preparatory conduct is to be regarded as a violation of the non-compete obligation. This issue is handled by the different circuits of the Court of Cassation in a divergent manner in the past, especially in terms of the foundation of a company by the employee during the current employment relationship. This is why in this study, it is contended that what is needed is a new legislation that will cover these missing aspects of the non-compete obligation. The proposed legislation should stipulate that the contractual provisions that prohibit the performance of any other work for third parties outside the working hours are to be considered as null and void. Also, the proposed legislation should highlight that the preparatory conduct is permissible unless otherwise agreed by the parties, even if it is related to the foundation of a competitive, but non-functioning company by the employee.

I. GİRİŞ

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun¹ (TBK) 396/3. maddesinde işçinin iş ilişkisinin devamı sırasında işvereniyle rekabet etmeme borcu altında olduğu düzenlenmiştir. Bu durum, esasında işçinin ve işverenin korunmaya değer haklı menfaatlerini karşı karşıya getirmektedir. Nitekim işçinin iş ilişkisi devam ederken işvereniyle rekabet etmek istemesi halinde, işçinin sözleşme özgürlüğü ile işverenin ekonomik çıkarlarının çatışacağına şüphe yoktur². Rekabet etmeme borcunun, kapsamı daha geniş olan sadakat borcu içerisinde yer aldığı³; sadakat borcunun ise soyut bir kavram olduğu⁴ dikkate alındığında, rekabet etmeme borcuna ilişkin değerlendirmelerin somut olayı özelinde adil bir dengeye oturtulması elzemdir. Öte yandan somut olayların sayısız olabileceği ve birtakım girift ihtimalleri bünyesinde barındırması, en azından bazı temel sorunların ilkesel düzlemde çözümlenmesi gerekliliğini de beraberinde getirmektedir. İşçinin fiilen rekabet etmemekle birlikte rekabete hazırlanması, mevcut işyerindeki çalışma süresi dışında başka bir işverene karşı iş görme borcu üstlenmesi, sadakat borcunun sözleşmesel düzenlemeler vasıtasıyla işçi aleyhine genişletilmesi nedeniyle işçinin rekabet etmeme borcunun ağırlaştırılması yukarıda zikredilen temel sorunlardan bazılarını oluşturmaktadır.

TBK m.396/3 düzenlemesi, 4857 sayılı İş Kanunu⁵ (İş K.) kapsamına giren işçiler açısından da geçerlidir⁶. Buna karşılık, Türk iş hukuku rejiminde bazı işçiler açısından farklı düzenlemelerin mevcut olduğu da unutulmamalıdır. Nitekim 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tazimi Hakkında Kanun'un⁷ (Basın İş Kanunu) m.13'te gazeteci olarak çalışan işçinin aksi sözleşmede kararlaştırılmadığı müddetçe basınla alakası olsun veya olmasın, bağımlı yahut bağımsız biçimde başka bir işte çalışabileceği düzenlenmiştir⁸. Buna karşılık, TBK m.553 ile ticari temsilciler ile tacir yardımcıları açısından kanuni bir rekabet yasağının getirildiği görülmektedir. TBK m.553'te belirtilen ticari temsilci ile tacir yardımcısının da teknik olarak "işçi" sıfatını haiz olabileceğine şüphe yoktur⁹.

Bu çalışmada, Basın İş Kanunu kapsamındaki işçiler ile TBK m.553 kapsamına giren ticari temsilci veya tacir yardımcısı niteliğindeki işçilerin hukuki rejimi dışlanmak suretiyle, genel olarak 4857 sayılı İş Kanunu kapsamındaki işçilerin sadakat borcu ile bu borcun bir sonucu olan rekabet etmeme borcu incelenmektedir. Bu yapılırken, rekabet kavramının işçiyle işverenin ekonomik haklarına temas ettiği dikkate alınarak, anayasal güvencelerin sadakat borcuna dair meselelerin hallinde işlerliğe sahip olup olamayacağı değerlendirilmektedir. Ayrıca TBK m.396'nın İsviçre Borçlar Kanunu'nun¹⁰ 321a maddesi dikkate alınarak kaleme alındığı¹¹ göz önünde bulundurularak veri geldikçe İsviçre hukukuyla karşılaştırmalı açıklamalarda bulunulmaktadır.

II. SADAKAT BORCU

İş sözleşmesi, sadece ücret ve iş görme edimlerinin değişiminden ibaret olmayıp taraflar arasındaki güven ilişkisine dayanan birtakım yükümlülükleri de beraberinde getirmektedir. İşte, sadakat borcu da bu güven ilişkisinin doğurduğu bir borç olarak ortaya çıkmaktadır¹². Bu borç, TBK m.396'da yasal ifadesine kavuşturulmuştur¹³. Buna göre işçi işverenin haklı menfaatinin korunmasında sadakatle davranmak zorundadır.

¹ RG: 04.02.2011; 27836.

² UŞAN, M. Fatih: İş Hukukunda İş Sırrının Korunması (Sır Saklama ve Rekabet Yasağı), Seçkin Yayınları, Ankara, 2003, s.53.

³ MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi/ASTARLI, Muhittin/BAYSAL, Ulaş: İş Hukuku, Turhan Yayınları, Ankara, 2014, s.600.

⁴ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.603.

⁵ RG: 10.06.2003; 25134.

⁶ ÇELİK, Nuri/CANIKLIOĞLU, Nurşen/CANBOLAT, Talat/ÖZKARACA, Ercüment: İş Hukuku Dersleri, 34. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2021, s.334; CENTEL, Tankut: "Türk Borçlar Kanunu'nda İşçinin Borçları" (İşçinin Borçları), Sicil İş Hukuku Dergisi, (22), 2011, s.8; DOĞAN, Sevil, İşçinin Rekabet Yasağı-İş Sırrının Korunması (Rekabet Yasağı), Seçkin Yayınları, Ankara, 2017, s.45.

⁷ RG: 20.06.1952; 8140.

⁸ KÖME AKPULAT, Ayşe: "Gazetecinin Başka İşte Çalışma Serbestisi ve Sınırları: Basın İş Kanunu'nun 13. Maddesi Kapsamında Bir İnceleme", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 10(1), 2019, s.232.

⁹ DOĞAN YENİSEY, Kübra: "Sözleşme ile Getirilen Yan İş Yasağı ve Geçerliliği Sorunu", in Doğan Yenisey, Kübra (ed.), Prof. Dr. Savaş Taşkent'e Armağan, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2019, s.372.

¹⁰ AS 27 31, Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht).

¹¹ Bkz. CENTEL, İşçinin Borçları, s.8.

¹² SÜZEK, Sarper: İş Hukuku, 21. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2021, s.244; ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s.330; NARMANLIOĞLU, Ünal: İş Hukuku-Ferdi İş İlişkileri I, 5. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2014, s.271-272; SENYEN-KAPLAN, E. Tuncay: Bireysel İş Hukuku, 11. Bası, Gazi Kitabevi, Ankara, 2020, s.163; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.600; EKMEKÇİ, Ömer/KORKUSUZ, Refik: Turkish Individual Labour Law, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2020, s.60; UŞAN, s.61-62; DOĞAN, s.27; DEMİR, Fevzi/DEMİR, Gönenc, "İşçinin Sadakat Borcu ve Uygulaması", Kamu-İş, 11(1), 2009, s.3; MANAV, Eda: "İşçinin Rekabet Etmemeye Borcu", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 2(4), 2011, s.102-103; KAYIRGAN, Hasan: "İş Hukukunda Sadakat Borcunun Genel Bir Değerlendirmesi", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 20(1), 2014, s.460.

¹³ SAVAŞ, Fatma Burcu: İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Haklı Nedenle Feshi, Beta Yayınları, İstanbul, 2012, s.96; BASKAN, Ş. Esra: "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Rekabet Yasağı Sözleşmesi", Hacettepe

Öğretide, genel olarak, sadakat borcunun olumlu ve olumsuz olmak üzere iki yanının bulunduğu kabul edilmektedir¹⁴. Sadakat borcunun olumlu yanı, işin işverenin yararına uygun biçimde yapılması olarak belirlenmektedir. Sadakat borcunun olumsuz yanı ise işçinin işverene ve işyerine zarar verebilecek davranışlardan kaçınması anlamını taşımaktadır¹⁵. Sadakat borcunun olumlu yanı içerisinde işçinin işine düzenli devam etme, işverenin emir ve talimatlarına uygun olarak iş görme ve işini özenle yapma borçları bulunmaktadır¹⁶. Bu borcun olumsuz yanını teşkil eden yapmama borçlarının başında, iş ilişkisinin devamı sırasında işverene rekabet etmeme borcu yer almaktadır¹⁷.

Önemle belirtilmelidir ki, ister yapma, isterse yapmama borcu olsun, sadakat borcunun sınırı, dürüstlük kuralı, işçinin kişilik hakkı ve Anayasa ile güvence altına alınmış hak ve özgürlükleri esas alınarak belirlenmelidir¹⁸. Özetle, sadakat borcunun sınırı tespit edilirken işçinin haklı menfaatlerinin dikkate alınması gerekmektedir. Sonuçta işçinin sağlığını veya ekonomik durumunu işverene “kurban etme” yükümlülüğü bulunmamaktadır¹⁹.

Sadakat borcunun kapsamı işçinin yaptığı işe ve işyerinin gereklerine göre değişiklik göstermektedir²⁰. İşçinin işyerindeki konumu ne kadar yükseğe veya işçiyle işveren arasındaki güven ilişkisi ne kadar sıkıysa sadakat borcunun kapsamı da o denli genişlemektedir²¹. Gerçekten, eğilimli işyerlerinde bu eğilimi taşıyan bir pozisyonda görev alan bir işçinin veya çok değerli bir malzemeyi işleyen ya da işyerinde üst düzeydeki bir konumda bulunan bir işçinin sadakat borcu ile işyerindeki temizlik görevini üstlenen işçinin sadakat borçlarının kapsamı aynı değildir²².

Hangi davranışın sadakat borcuna aykırılık teşkil ettiğinin matbu biçimde önceden sayılması mümkün değildir²³. İşçinin davranışının sadakat borcunu ihlal ettiği her somut olayın özelliğine göre hâkim tarafından tespit edilecektir²⁴. İşçinin sadakat borcuna aykırı olduğu iddia edilen davranış işyerinde veya işyeri dışında yahut çalışma süresi içinde veya dışında gerçekleştirmesi ya da bu davranış neticesinde maddi bir menfaat sağlayıp sağlamaması, davranışın sadakat borcuna aykırı olup olmadığını tespit ederken tek başına belirleyici değildir²⁵.

III. İŞ İLİŞKİSİNİN DEVAMI SIRASINDAKİ REKABET ETMEME BORCU

A. Rekabet Kavramı

İşçinin iş ilişkisinin devamı müddetince işvereniyle rekabet etmeme borcunun sadakat borcu kapsamında değerlendirildiği yukarıda belirtilmişti. Buna göre, rekabet etmeme borcu açısından hangi davranışın sadakat borcunu ihlal edeceğinin tespiti öncelikle “rekabet” kavramının açıklığa kavuşturulmasına bağlıdır. Buna karşılık, sadakat borcunu düzenleyen TBK m.396’da rekabet kavramına ilişkin bir açıklık bulunmamaktadır²⁶.

Hukuk Fakültesi Dergisi, 2(2), 2012, s.117; STREIFF, Ullin/von KAENEL, Adrian/RUDOLPH, Roger: Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7. Aufl., Schulthess Verlag, Zürich - Basel – Genf, 2012, Art. 321a, N 2.

¹⁴ Bkz. ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s.331; DEMİR/DEMİR, s.4 vd.; SENYEN-KAPLAN, s.163; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.602; EKMEKÇİ, Ömer/YİĞİT, Esra: Bireysel İş Hukuku Dersleri, 3. Bası, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2021, s.357; STAEHELIN, Adrian: “Der Arbeitsvertrag, Art. 319-330a OR, Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR)”, in Gauch, Peter/Schmid, Jörg (ed.), ZK – Zürcher Kommentar, 4. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich - Basel – Genf, 2006, s.84 vd.

¹⁵ EYRENCİ, Öner/TAŞKENT, Savaş/ULUCAN, Devrim/BASKAN, Esra: İş Hukuku, 10. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2020, s.133; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s.331; CENTEL, İşçinin Borçları, s.8; SENYEN-KAPLAN, s.163; UŞAN, s.62; SAVAŞ, s.96; DOĞAN, s.28; BASKAN, s.117; DEMİR/DEMİR, s.2; STREIFF/von KAENEL/RUDOLPH, Art. 321a, N 2; EMMEL, Frank: “Vertragsverhältnisse Teil 2: Arbeitsvertrag, Werkvertrag, Auftrag, GoA, Bürgschaft”, in Huguenin, Claire/Müller-Chen, Markus (ed.), CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Auflage, Schulthess Verlag, 2016, s.23; MANAV, s.103; KAYIRGAN, s.460-461.

¹⁶ DEMİR/DEMİR, s.4.

¹⁷ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.604; BASKAN, s.117.

¹⁸ Bkz. MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.601; ALPAGUT, Gülsevil: “İşçinin Sadakat Borcu ve Türk Borçlar Kanunu ile Getirilen Düzenlemeler”, Sicil İş Hukuku Dergisi, (25), 2012, s.31; ARSLAN ERTÜRK, Arzu: Türk İş Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2010, s.217 vd.; DOĞAN, s. 30; MILANI, Dominik: MILANI, Dominik: “Arbeitsvertrag”, in Boris, Etter/Nicolas, Facincani/Sutter Reto (ed.), SHK - Stämpflis Handkommentar, Stämpfli Verlag, Bern, 2021, Art. 321a N 15.

¹⁹ STAEHELIN, s.83.

²⁰ UŞAN, s.63-64; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 603; DOĞAN YENİSEY, s.383; STREIFF/von KAENEL/RUDOLPH, Art. 321a, N 2; KAYIRGAN, s.473-474.

²¹ STAEHELIN, s.83.

²² CENTEL, İşçinin Borçları, s.8; ERTÜRK, Şükran: İş İlişkisinde Temel Haklar, Seçkin Yayınları, Ankara, 2002, s.114; DOĞAN YENİSEY, s.383; UŞAN, s.63-64. Yönetici konumundaki işçiler için sadakat borcunun hiyerarşik olarak daha alt düzeyde çalışan işçilere nazaran daha geniş yorumlanacağı hususunda ayrıca bkz. MILANI, Art. 321a N 12; STREIFF/von KAENEL/RUDOLPH, Art. 321a, N 2; EMMEL, s.23; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s.331, dn.635. İşverenin menfaatleri ile işçinin menfaatlerinin karşı karşıya gelmesinden dolayı yapılacak menfaatlerin tartılması aşamasında, eğilimli işyerleri açısından işverenin menfaatlerine öncelik verileceği yönünde bkz. STREIFF/von KAENEL/RUDOLPH, Art. 321a, N 5.

²³ SÜZEK, s.360; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.603; KAYIRGAN, s.461.

²⁴ ERTÜRK, s.114; SAVAŞ, s.97; STREIFF/von KAENEL/RUDOLPH, Art. 321a, N 2.

²⁵ SAVAŞ, s.97.

²⁶ DOĞAN, s.53.

Rekabet, kelime anlamı itibariyle “aynı amacı güden kimseler arasındaki çekişme, yarışma, yarış” olarak tanımlanmıştır²⁷. Şu durumda rekabet etmeme borcu ile getirilen rekabet yasağı, kişilerin aynı amacı güdüp gütmeliklerinin mercak altına alınmasını gerektirmektedir. Kişilerin aynı amacı güdüp gütmeliklerinin tespitinde, başka bir deyişle, rakip olup olmadıkları konusunda ana sözleşmelerinde ismen belirtilen faaliyetlerin değil; fiilen gördükleri işlerin dikkate alınması gerekmektedir²⁸. Şayet kişiler kısmen de olsa, aynı mal veya hizmet üretiminde bulunuyorlar ve aynı müşteri çevresine hitap ediyorlarsa; böylelikle birbirlerine ekonomik olarak zarar verme potansiyeline sahiplerse bu kişilerin birbirlerine rakip oldukları kabul edilecektir²⁹. Bu sonuca ulaşılabilmesi, kişilerin piyasada aynı hacme sahip olup olmadıklarına bağlı değildir³⁰.

B. Rekabet Etme Borcu

1. Genel Olarak

TBK m.444 vd. maddelerinde düzenlenen rekabet yasağından farklı olarak, iş ilişkisinin devamı sırasındaki rekabet etmeme borcunun mevcudiyeti için iş sözleşmesinde hüküm bulunmasına gerek yoktur³¹. Bu borç, iş sözleşmesi devam ederken sadakat borcunun içinde yer almaktadır³². Bu husus TBK m.396/3 ile ifade edilmiştir³³. Anılan düzenlemeye göre “işçi, hizmet ilişkisi devam ettiği sürece, sadakat borcuna aykırı olarak bir ücret karşılığında üçüncü kişiye hizmette bulunamaz ve özellikle kendi işvereni ile rekabete gireremez³⁴”. Öğretide, işçinin rekabet etmeme borcu kapsamında kaçınması gereken davranışlar, işçinin rekabet teşkil eden bir iş yapması, rakip bir işletmede çalışması veya ortak olması yahut her ne sıfatla olursa olsun rakip bir işletme ile ilgili olması biçiminde açıklanmaktadır³⁵. Ayrıca, rekabet teşkil eden davranışların kapsamı belirlenirken ahlak ve iyiniyet kuralları esas alınmalıdır³⁶.

TBK m.396/3’te işçinin “özellikle kendi işvereni ile rekabete gireremeyeceği” yazılı olmakla, rekabet teşkil eden faaliyetin getirisine ilişkin bir açıklama yapılmadığı anlaşılmaktadır. Rekabete konu faaliyetin ücret karşılığı olabileceği gibi ücretsiz de olabileceği unutulmamalıdır. Ücret karşılığı olmaksızın gerçekleştirilen ve rekabet teşkil eden davranışlar da sadakat borcuna aykırılık teşkil edecektir³⁷. Buna karşılık, ilgili faaliyet kamusal bir görevin ifasından ibaret ise sadakat borcuna aykırılık oluşturmayacaktır³⁸. Ayrıca, her ne kadar TBK m.396/3’te “üçüncü kişiye hizmet”ten bahsedilse de, işçinin kendisi yararına gerçekleştirdiği faaliyetlerin de rekabet teşkil etmeleri; dolayısıyla sadakat borcuna aykırı olmaları gündeme gelebilir³⁹.

2. İşçinin Ücret Karşılığında Üçüncü Kişiye Hizmette Bulunması

Öncelikle, TBK m.396/3 ile işçinin iş ilişkisinin devamı sırasında üçüncü kişiye hizmette bulunması yasaklandığına göre, bu hizmetin mutlaka bağımlı bir çalışmaya dayanmadığı ifade edilmelidir. “Hizmette bulunma”, eser veya vekâlet gibi bir iş görme sözleşmesine de dayanabilir⁴⁰. Aynı şekilde, bu hizmet, geçici veya sürekli olmasına bakılmaksızın TBK m.396/3’te düzenlenen yasağın kapsamına girebilir⁴¹. Yine, her ne kadar TBK m.396/3’te “ücret” karşılığı hizmette

²⁷ <https://sozluk.gov.tr/>, (Erişim Tarihi: 01.06.2022).

²⁸ STREIFF/von KAENEL/RUDOLPH, Art. 340, N 7; YILDIZ, Gaye Burcu: İş Hukukunda Sözleşmesel Kayıtlar, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s.47.

²⁹ DOĞAN YENİSEY, s.377; ALPAGUT, s.26; YILDIZ, s.47; MANAV, s.109; DOĞAN, s.55; MILANI, Art. 321a N 28; Emmel, s.24. Karş. UŞAN, s.141, dn.226. Yazara göre “aynı müşteri çevresine hitap etme” şartı TBK m.444 vd. açısından aranacak olsa da iş sözleşmesinin devamı sırasında geçerli olan rekabet etmeme borcu açısından aranmamalıdır.

³⁰ DOĞAN YENİSEY, s.377.

³¹ ÖZKARACA, Ercüment/ÖZKAN KOÇ, Sema Deniz: “Rekabet Yasağı Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda Görevli Mahkeme”, Sicil İş Hukuku Dergisi, (45), 2021, s.77.

³² DEMİR/DEMİR, s.19; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN/BASKAN, s.134; NARMANLIOĞLU, s.274; DOĞAN YENİSEY, s.366; EKMEKÇİ/YİĞİT, s.360; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.610; SAVAŞ, s.96; DOĞAN, s.28. 5953 sayılı Kanun’un 13/1 maddesi saklıdır.

³³ YILDIZ, s.33.

³⁴ Rekabet teşkil eden davranışın sürekli, geçici veya tek seferlik olmasının sonuca etkili olmadığı yönünde bkz. STAEHELIN, s.94; MILANI, Art. 321a N 24.

³⁵ Bkz. UŞAN, s.142 vd.; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.610.

³⁶ UŞAN, s.140.

³⁷ MILANI, Art. 321a N 29.

³⁸ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.609; DOĞAN, s.47; DOĞAN YENİSEY, s.376.

³⁹ DOĞAN YENİSEY, s.376. Yazar, bu halde TBK m.396’nın 1. fıkrasının devreye gireceğini belirtmektedir. İsviçre Hukuku açısından aynı yönde bkz. RÄBER, Joe: Das nachvertragliche Konkurrenzverbot im Arbeitsvertrag, de lege lata und de lege ferenda, Schulthess Verlag, Zürich - Basel - Genf, 2020, s.31; STREIFF/von KAENEL/RUDOLPH, Art. 321a, N 11. Gerçekten İsviçre Borçlar Kanunu’nun 321a maddesi bu yorumu destekler niteliktedir. Zira anılan maddenin 3. fıkrası uyarınca “işçi iş ilişkisinin devamı sırasında üçüncü kişiye sadakat borcunu ihlal edecek şekilde, özellikle rekabet ederek ücret karşılığı hizmette bulunamaz.” Görüldüğü üzere anılan maddede işçinin rekabete gireremeyeceğine ilişkin kural üçüncü kişiye karşı ve ücret karşılığı verilen hizmetlerle ilişkilendirilmiştir. Bununla birlikte, TBK m.396/3’te önce işçinin sadakat borcuna aykırı olarak ücret karşılığında üçüncü kişiye hizmet veremeyeceği düzenlenmiş iken, bundan bağımsız olarak işçinin ayrıca rekabete de gireremeyeceği yazılıdır. Hal böyle olunca “rekabet”in işçinin kendi yararına gerçekleştirdiği faaliyetleri de kapsayacağından hareketle, anılan maddenin 1. ve 3. fıkraları arasında bu açıdan ayırım yapılmasına gerek bulunmadığı kanaatindeyiz.

⁴⁰ ALPAGUT, s.25.

⁴¹ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.609; DOĞAN YENİSEY, s.375; DOĞAN, s.47.

bulunulamayacağı düzenlenmiş olsa da amaçsal yorum yapılmak suretiyle bu ifadenin menfaat sağlama olarak anlaşılması isabetli olur⁴². Sadakat borcuna aykırılık açısından bu menfaatten işçinin kendisinin yararlanması veya başkasını yararlandırması arasında fark bulunmamaktadır⁴³.

Öğretide kanaatimizce de haklı olarak ileri sürülen bir görüşe göre, iş ilişkisinin devamı sırasında işçinin sadakat borcuna aykırı olmadığı müddetçe üçüncü kişiye hizmet vermesinde engel bulunmamaktadır. TBK m.396/3 ile yasaklanan, üçüncü kişiye hizmet verilmesinin sadakat borcuna aykırılık teşkil ettiği hallerdir⁴⁴. Bununla birlikte hemen belirtelim ki işçinin çalışma süresi içindeki tüm mesaisini işverene hasretmek zorunda olduğuna şüphe yoktur.

Öte yandan, yukarıda zikredilen öğreti görüşünün kabulünden hareket edildiğinde, işçinin iş ilişkisinin devamı sırasında sadakat borcuna aykırı biçimde üçüncü kişiye hizmette bulunamayacağı hususu ile işvereniyle rekabet edemeyeceği hususunun TBK m.396/3'te ayrı ayrı zikredilmiş olması tereddüt uyandıracaktır. Zira bu iki yasağın kimi hallerde kesiştiği ifade edilmelidir. Nitekim işçinin "başka bir rakip işletmede çalışması" ile "rakip bir işletme ile ilgili olması"nin rekabet kavramına dâhil olduğu yukarıda vurgulanmış idi. Şu durumda, TBK m.396/3 ile işçinin hem rekabet edemeyeceğinin, hem de kimi hallerde rekabet etmeme borcunun ihlali sayılacak "sadakat borcuna aykırı olarak" üçüncü kişiye hizmette bulunmasının ayrı ayrı zikredilmesinin kanun koyucunun abesle iştiğal etmeyeceği prensibine aykırı olacağı iddia edilebilir. Kanun koyucunun abesle iştiğal etmeyeceği prensibinden hareket edildiğinde, işçinin iş ilişkisinin devamı sırasında üçüncü kişiye hizmette bulunmasının, bu hizmetin sadakat borcuna aykırı olup olmadığı değerlendirilmeksizin yasak olduğu sonucuna ulaşılabilir. Zira işçinin rekabet edemeyeceği ile üçüncü kişiye hizmette bulunamayacağı hususları ancak bu şekilde birbirinden farklılaştırılmış olmaktadır ki böylelikle kanun koyucunun birbiriyle kesişen iki ihtimali aynı anda zikretmiş olması abesle iştiğal sayılmayacaktır. Öte yandan, kanaatimizce bu sonucun kabulü mümkün değildir. Zira işçinin sadakat borcuna aykırı olmayacak biçimde üçüncü kişiye hizmette bulunması halinde dahi bu durumun doğruluk ve bağlılığa uymayan davranış olarak nitelendirilmesi, işçinin çalışma ve sözleşme özgürlüğünün ölçüsüz biçimde sınırlandırılması anlamına gelecektir.

3. Boş Zaman Faaliyetleri

a. Boş Zaman Faaliyetlerinin Ölçülülük İlkesi Açısından İncelenmesi

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın⁴⁵ (An.) 48. maddesinde kişilerin sözleşme özgürlüğü güvence altına alınmıştır. Bu özgürlük, işçinin aynı zamanda birden fazla sözleşme ilişkisi kurabilme özgürlüğünü de beraberinde getirmektedir⁴⁶. Buna göre, işçinin çalışma süresi dışındaki, diğer bir ifadeyle boş zamanındaki faaliyetlerinin sınırlandırılabilmesi, doğrudan doğruya temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması rejimine temas etmektedir.

İşçinin Anayasa ile güvence altına alınan sözleşme serbestisinin sınırlandırılabilmesi ancak kanunla getirilecek bir düzenleme ile mümkündür (An. m.13). TBK m.396/3'te işçinin özellikle sadakat borcuna aykırı olmayacak biçimde başka bir işte çalışmasını engelleyen bir ifade bulunmamaktadır⁴⁷. Ayrıca, Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca kanunla getirilen sınırlandırmanın sınırlarından birisi ölçülülük ilkesidir. Ölçülülük ilkesinin alt unsurlarından olan elverişlilik ilkesi uyarınca hedeflenen amaca ulaşmada başvurulan araç, bu amacı gerçekleştirmeye elverişli olmalıdır⁴⁸. İşçinin çalışma süresi dışında gerçekleştirdiği çalışmaların sınırlandırılmak istenmesindeki amaç, işverenin rekabet tehlikesine dayanan haklı menfaatlerinin zedelenmesinin önlenmesidir⁴⁹. Bu açıdan, TBK m.396/3 ile işçinin boş zamanındaki rekabet teşkil eden çalışmalarının yasaklandığı sonucuna ulaşılmalıdır⁵⁰. Bununla birlikte, boş zamanda gerçekleştirilmekle birlikte rekabet teşkil etmeyen davranışların sınırlandırılması, kural olarak⁵¹ işverenin haklı menfaatlerine zarar vermeme amacına ulaşma açısından elverişli bir tedbir değildir.

⁴² ALPAGUT, s.25-26; DOĞAN, s.47.

⁴³ DOĞAN, s.47.

⁴⁴ DOĞAN YENİSEY, s.366, 369; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s.334; CANİKLİOĞLU, Nurşen: "İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı", Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2017, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2019, s.253; ALPAGUT, s.25.

⁴⁵ RG: 09.11.1982; 17863 (Mükerrer).

⁴⁶ AKYİĞİT, Ercan: İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Açısından İşçinin Başka İşde Çalışması, Öz İplik-İş Sendikası Eğitim Yayınları, Ankara, 1995, s.15; DOĞAN YENİSEY, s.370; ARSLAN ERTÜRK, s.316.

⁴⁷ DOĞAN, s.47. Diğer kanunlardaki özel hükümler saklıdır. Nitekim bkz. İş K. m.58. Ayrıca bkz. 6356 sayılı Kanun m.68.

⁴⁸ AYM, 01.07.2020, 2016/4293.

⁴⁹ UŞAN, s.82.

⁵⁰ SENYEN-KAPLAN, s.164; NARMANLIOĞLU, s.274; UŞAN, s.125; DOĞAN, s.51; Buna karşılık, işçinin üstlendiği işin dikkate alınması gerekmektedir. Örneğin işçi asıl işyerinde temizlik görevlisi olarak çalışmakta iken rakip işyerinde de temizlik işini üstlenmiş ise burada rekabet etmeme borcuna aykırılık söz konusu olmaz. Zira esas olan, işçinin rakip bir işyerinde çalışması değil; rekabet edebilecek pozisyonda bulunup işverene zarar verebilme tehlikesini yaratmasıdır. Örnek ve açıklamalar için bkz. UŞAN, s.128; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN/BASKAN, s.133; MANAV, s.112-113.

⁵¹ İşçinin eğilimli işyerlerinde o eğilimi taşıyan bir pozisyonda çalışması veya işyerinin prestiji açısından önemli olması gibi boş zaman faaliyetinin asıl işin niteliğiyle bağdaşmadığı, dolayısıyla işverene önemli bir zarar verme tehlikesinin bulunduğu haller saklıdır. Bu konuda bkz. AKYİĞİT, s.50-53; ALPAGUT, s.26.

Zira rekabet teşkil etmeyen bir davranışta bulunulmasının, işverenin rekabet tehlikesine dayanan haklı menfaatiyle zaten ilgisi bulunmamaktadır⁵². Neticeten, işçinin boş zamanlarında rekabet teşkil etmeyen bir uğraşta bulunulmasının kural olarak sadakat borcuna aykırılık teşkil etmediği ifade edilmelidir⁵³.

Belirtmek gerekir ki ölçülülük ilkesinin özel hukukta gerekçelendirme aracı olarak kullanılması öğretide eleştiri konusu edilmiştir⁵⁴. Kanaatimizce iş hukukunda uygulanması gereken anayasaya uygun yorum yöntemi⁵⁵ ölçülülük ilkesinin TBK m.396/3 açısından da işlerlik kazanması imkânını beraberinde getirmektedir⁵⁶. Aynı sonuçlara dürüstlük kuralı uyarınca varılması da mümkündür. Dürüstlük kuralı, kanunun yorumlanmasında devreye girmesiyle⁵⁷, hukuk kurallarının katı biçimde uygulanmasının yaratacağı adaletsizliğe karşı hukuka etik bir boyut kazandırmasıyla⁵⁸ ve taraf menfaatleri arasında bir kıyaslamayı gerekli kılmasıyla⁵⁹ işçinin çalışma süresi dışındaki zamanlarında gerçekleştirdiği rekabet teşkil etmeyen davranışların TBK m.396/3 ile yasaklanmamış olduğunu ortaya koymaktadır.

b. Boş Zaman Faaliyetlerinin Sadakat Borcu Açısından İncelenmesi

Sadakat borcu, rekabet etmeme borcundan daha geniş bir içeriğe sahiptir⁶⁰. Bu açıdan, işçinin çalışma süresi dışındaki faaliyetlerinin rekabet teşkil etmemesi halinde dahi bu faaliyetlerin sadakat borcuna aykırı olması gündeme gelebilir. Öğretide Doğan Yenisey tarafından verilen bir örneğe göre sabah ameliyatı olan bir doktorun, bir önceki gün geç saatlere kadar eğlenceye katılması nedeniyle bir zararın doğması halinde sadakat borcuna aykırılık söz konusu olur⁶¹. Yazara göre, bu durumda TBK m.396/3 kapsamında değil, TBK m.396/1 açısından hukuka aykırılıktan söz edilecektir. Benzer şekilde, işçinin yıllık ücretli izin hakkını kullandığı veya istirahat raporlu olduğu dönemde başka bir işveren nezdinde ücret karşılığında çalışması da rekabet sayılmasa dahi sadakat borcuna aykırılık teşkil edecektir⁶².

Kanaatimizce, işçinin boş zamanlarındaki faaliyetlerinin rekabet teşkil etmemesi halinde dahi sadakat borcuna aykırı olarak değerlendirileceği haller, yukarıdaki örneklerde olduğu gibi istisnai niteliktedir. Şu durumda, bu örneklerin aksine, hayatın olağan akışı içerisinde daha sıklıkla karşılaşılacak yan uğraşların mercek altına alınmasında fayda vardır. Gerçekten, öğretide ileri sürülen bir görüşe göre, işçinin çalışma süresi dışındaki yan uğraşının yasaklanmasında işverenin haklı bir menfaati varsa, bu yasağa aykırılık sadakat borcunun ihlali anlamına gelmektedir. Bu görüşe göre, çalışma süresi dışındaki boş zaman faaliyeti, işçinin sağlığını olumsuz etkiliyorsa veya yorgunluğuna sebep olup performansını önemli ölçüde azaltıyorsa, işverenin yan uğraşın iş sözleşmesine aykırı addedilmesinde korunmaya değer haklı bir menfaati bulunmaktadır⁶³. Hatta

⁵² Ayrıca, taraf menfaatlerinin ölçülülük ilkesi çerçevesinde değerlendirilmesi ve işçinin işverenin menfaatine nazaran daha üstün veya eşdeğer nitelikte bir menfaatinin bulunması durumunda da sadakat borcuna rağmen bu menfaatin korunması gerektiği yönünde bkz. KAYIRGAN, s.463.

⁵³ MANAV, s.118. Aynı şekilde, işçinin boş zaman faaliyeti ile işverene zarar verip vermediğine göre değerlendirme yapılması gerekmele, örneğin bir banka müdürünün mevduatını rakip bir bankada değerlendirmesi veya tekstil mağazasında çalışan bir işçinin, kıyafetlerini başka bir mağazadan satın alması da rekabet etmeme borcunu ihlal etmeyecektir. Örnekler için bkz. MANAV, s.119. Yine, adi şirketteki ortaklık saklı olmak üzere, rakip bir şirketin hisse senedine sahip olmak da tek başına rekabet etmeme borcunu ihlal etmeyecektir. Rekabet etmeme borcundaki amaç işçinin rakip bir şirketle menfaat ilişkisi kurarken, hali hazırdaki işyerindeki sırları kullanma imkânının önlenmesidir. Şu durumda hali hazırdaki işyerini etkileme imkânı olmadan başka bir rakip şirketle ilişki içerisine girilmesini rekabet etmeme borcunun ihlali olarak kabul etmek amacı aşan bir yorum tarzı olacaktır. Örnek ve açıklamalar için bkz. UŞAN, s.144-145; SOYER, M. Polat: Rekabet Yasağı Sözleşmesi, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, Ankara, 1994, s.33; YILDIZ, s.46; BOPP, Michael: "Arbeitsvertrag", in Boris, Etter/Nicolas, Facincani/Sutter Reto (ed.), SHK - Stämpflis Handkommentar, Stämpfli Verlag, Bern, 2021, Art. 340 N 9.

⁵⁴ Eleştiriler için bkz. EYRENCİ, Öner: "İşçiye Bağlı Nedenlerle Feshin Geçerliliğinde Ölçülülük Denetimi" in Demir, Ender/ Gemicci Filiz, Beste (ed.), in Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan, II. İş Hukuku Uluslararası Kongresi, Seçkin Yayınları, Ankara, 2017, s.347; EYRENCİ, Öner: "Feshin Geçerliliğinde Ölçülülük Denetimi", in Güzel, Ali/Ugan, Deniz (ed.), İş Güvencesi ve İşe İade Davaları, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul, 2010, s.36.

⁵⁵ Bkz. SÜZEK, s.34-35; ERTÜRK, s.43-45.

⁵⁶ Anayasal güvencelerin özel hukuka yorum yoluyla dolaylı olarak yansıdığı yönünde bkz. ERTÜRK, s.44; KARADEMİR, Artür: İş Güvencesinde Son Çare İlkesi, Seçkin Yayınları, Ankara, 2021, s.53-54.

⁵⁷ Bkz. ANTALYA, O. Gökhan/Topuz, Murat: Medeni Hukuk, Legal Yayınları, İstanbul, 2015, s.390.

⁵⁸ Bkz. ÖZDEMİR, Erdem: "Feshin Geçerliliğinin Denetiminde Dürüstlük Kuralı", in Güzel, Ali/Ugan, Deniz (ed.) İş Güvencesi ve İşe İade Davaları, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul, 2010, s.57.

⁵⁹ Bkz. ANTALYA/TOPUZ, s.390; KABAKCI, Mahmut: Geçerli Fesih Nedeni Olarak Yetersiz (Kötü ve Eksik) İş Görme, Beta Yayınları, İstanbul, 2012, s.246-247.

⁶⁰ YILDIZ, s.34.

⁶¹ DOĞAN YENİSEY, s.381.

⁶² SAVAŞ, s.100; ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s.332. Yıllık ücretli izin sırasındaki ücretli çalışma yasağı için ayrıca bkz. TULUKÇU, N. Binnur: İş Hukukunda Dinlenme Hakkı, Adalet Yayınları, Ankara, 2012, s.356-357. Yazar, bu durumun sadakat borcuna aykırılıktan ötürü haklı sebeple feshe neden olabileceğini ifade etmektedir. Ayrıca bkz. AKYİĞİT, s.72, 77. Yazar, işçinin yıllık ücretli izin hakkını kullandığı sırada dinlenip dinlenmemekte serbest olduğunu, işçinin "işverenin emrine sunulan bir batarya" olmadığını, İş Kanunu (m.58) ile yasaklanan hususun sadece "ücret" karşılığında çalışma olduğunu vurgulamaktadır. Yıllık ücretli izin sırasında işçinin ücret karşılığında çalışmasının yasak olduğu (İş K. m.58), buna karşılık ücretsiz çalışmakla birlikte rekabet teşkil eden bir iş görmesi durumunda bu davranışın haklı bir fesih nedeni sayılacağı yönünde bkz. MANAV, s.122.

⁶³ CENTEL, s.128; ALPAGUT, s.26; DOĞAN, s.50. Ücret karşılığında gerçekleştirilen yan uğraşlar açısından aynı yönde bkz. STAEHELIN, s.96.

Alpagut'a göre, bu halde zararın meydana gelmesi gerekmemektedir. İşçinin boş zamanlarındaki yan uğraşı nedeniyle performansının olumsuz etkilenme olasılığının güçlü biçimde ortaya konulması halinde de sadakat borcuna aykırılık gündeme gelecektir⁶⁴.

Diğer bir görüşe göre ise işçinin çalışma süresi dışındaki yan uğraşları kural olarak sadakat borcuna aykırılık teşkil etmemektedir. Dinlenmek, işçi açısından haktır; yükümlülük değildir. İşçinin çalışma süresi dışında geçirdiği zaman, işveren tarafından işçinin dinlenmesi için verilen bir süre değil, işçinin anayasal güvenceye dayanan özgürlük alanı dâhilindeki süredir⁶⁵. Aksinin kabulü, işyerinde uykusuzluğa neden olabileceğinden işçinin gece geç saatlere kadar televizyon izlemesinin dahi sadakat borcuna aykırı olacağı sonucunu doğurur ki, bu sonuç Anayasa'nın 17. maddesinde düzenlenen kişiliğin geliştirilmesi hakkını ihlal eder⁶⁶. İş akışını olumsuz etkilemediği müddetçe bir kamyon şoförünün çalışma süresi dışında taksi şoförlüğü yapması⁶⁷ veya bir işçinin boş zamanında hobisine zaman ayırması⁶⁸; belki de bu hobisinden gelir elde etmesi tek başına sadakat borcuna aykırı değildir. Yargıtay da işçinin çalışma süresi dışında iş görmesinin mutlaka iş sözleşmesinin ihlal edildiği biçiminde yorumlanamayacağına karar vermiştir⁶⁹. İşçinin çalışma süresi dışında gerçekleştirdiği rekabet teşkil etmeyen davranışlar, performansını düşürerek iş akışını somut olarak olumsuz etkiliyorsa, iş görme borcunun gereği gibi ifa edilmemesine bağlı tedbir veya yaptırımlar gündeme gelecektir⁷⁰. İlgili faaliyetler nedeniyle tek başına doğruluk ve bağlılığa aykırı davranıştan ötürü iş sözleşmesinin haklı nedenle feshi mümkün görülmemelidir.

4. Başka İşe Hazırlık Hareketleri ve Hazırlık Hareketlerini Aşan Davranışlar

a. Genel Olarak

İşçinin hâlihazırdaki iş ilişkisi devam ederken bu ilişkinin sona ermesinden sonraki kariyerini planlaması muhtemeldir. İşçinin iş ilişkisinin devamı sırasında rekabet etmeme borcunu ihlal etmesi durumunda iş sözleşmesinin işveren tarafından haklı sebeple feshedilebileceği de bir gerçektir⁷¹. Rekabet etmeme borcuna aykırılık teşkil eden davranışın çalışma süresi içinde veya dışında olmasına da gerek bulunmamaktadır. İşçinin başka bir işveren nezdinde veya bağımsız olarak çalışmak için bazı kariyer hazırlıklarına girişmesi halinde, bu hazırlıkların niteliğinin açıklığa kavuşturulması, böylelikle feshin haklı bir sebebe dayanıp dayanmadığının tespiti gerekmektedir.

İşçinin yeni kariyer planlaması çerçevesinde rakip bir işe hazırlık yapmasının rekabet teşkil edeceği kabul edilirse, bu davranışların işçi açısından sonuçları ağır olacaktır. İşçinin, rakip olmamakla birlikte, yine de yeni bir iş için ön çalışmalarda bulunması durumunda, bu faaliyetlerini çalışma süresi içinde mi yoksa dışında mı gerçekleştirdiği de önem arz etmektedir. Sadakat borcunun iş görme borcuna da şamil olduğu dikkate alındığında, rekabet teşkil etmese bile bazı hareketlerin iş sözleşmesine aykırı olduğundan bahsedilerek yine işçi açısından olumsuz sonuçların doğabileceğine şüphe yoktur. Bu sebeplerle, işçinin gelecekteki kariyer planlamasına yönelik ön çalışmalarının, diğer bir ifadeyle, hazırlık hareketlerinin niteliğinin açık bir biçimde ortaya konulması elzemdir.

b. Türk Hukukundaki Öğreti Görüşleri

Aynı sektörde olsa dahi hazırlık hareketleri “rekabet” bağlamında sadakat borcuna aykırı sayılmamaktadır⁷². İşçinin yeni kuracağı rakip iş için işyeri kiralaması veya kullanılacak malları sipariş etmesi⁷³, masa, sandalye vb. büro malzemelerini satın alması⁷⁴, hâlihazırdaki işinden ayrılacağını, rakip olan başka bir işveren nezdinde veya kendi hesabına çalışmaya başlayacağını müşterilere veya çalışma arkadaşlarına duyurması⁷⁵ ya da rekabet içindeki yeni bir iş ilişkisi için iş görüşmesine gitmesi⁷⁶ tek başına rekabet etmeme borcunu ihlal etmemektedir. Bu sebeple, öğretilerde

⁶⁴ ALPAGUT, s.26-27.

⁶⁵ DOĞAN YENİSEY, s.378-379; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.609.

⁶⁶ Benzer bir örnek için bkz. ARSLAN ERTÜRK, s.218.

⁶⁷ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.609.

⁶⁸ Karş. Yargıtay 9.HD., 05.06.2017, E.2016/14956 K.2017/9595. www.lexpera.com.tr (Erişim: 01.06.2022). Karar uyarınca, çalışma süresi dışında dövmecilik yapan işçinin hiçbir şekilde ek iş yapamayacağına ilişkin sözleşmesel kayda aykırı davranması nedeniyle fesih geçerli sayılmıştır. Kararda bu kayda aykırılığın iş akışını olumsuz etkileyip etkilemediğine ilişkin gerekçelendirmeye yer verilmeksizin hüküm kurulduğu ve işçinin boş zamanlarında gerçekleştirdiği faaliyetlerin anayasal özgürlük alanına dâhil olduğu gerekçesiyle kararda varılan sonuca katılmıyoruz. Aynı yönde bkz. Caniklioğlu, s.254.

⁶⁹ Yargıtay 9.HD., 10.03.2008, E.2007/11866, K.2008/3994. www.hukukturk.com.tr (Erişim: 01.06.2022).

⁷⁰ Bkz. MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.609; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN/BASKAN, s.133.

⁷¹ İş ilişkisinin devamı sırasında rekabet etmeme borcunun ihlalini teşkil eden davranışların işverene haklı sebeple fesih hakkı verdiği yönünde bkz. ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s.335; NARMANLIOĞLU, s.274, dn.65; DOĞAN, s.45.

⁷² UŞAN, s.147; MILANI, Art. 321a N 30.

⁷³ UŞAN, s.147.

⁷⁴ DEMİR/DEMİR, s.20-21; DOĞAN, s.52.

⁷⁵ UŞAN, s.149; MANAV, s.116-117; DOĞAN, s.52. İsviçre hukuku açısından aynı örnek Milani tarafından da zikredilmekle birlikte, yazar kanaatimizce haklı olarak somut olayın özelliğini dikkate alan bir açıklama getirmektedir. Yazara göre işçinin “vedalaşmak amacıyla” müşterilere duyuru yapması sadakat borcunu ihlal etmeyecektir. Açıklama için bkz. MILANI, Art. 321a N 17.

⁷⁶ DOĞAN, s.52. Ayrıca bkz. İş K. m.27.

kanaatimizce de isabetle ileri sürülen bir görüş uyarınca, işçinin çalışma süresi dışında bu tür hazırlık hareketlerine giriştiği yönünde işverene bildirimde bulunma veya onay alma zorunluluğu bulunmamaktadır⁷⁷.

Hangi davranışın hazırlık hareketi olarak nitelendirileceği, hangi davranışın ise hazırlık hareketi sınırını aşarak işverene zarar verme tehlikesini⁷⁸ taşıyan bir boyuta evrildiği her somut olayda ayrı ayrı değerlendirilmelidir⁷⁹. Örneğin işçinin iş ilişkisi devam ederken yeni kurduğu rakip işyerinde faaliyete başlaması, müşterileri bu işyerine yönlendirmesi, daha düşük fiyat teklif etmesi veya reklamını yapması⁸⁰ ya da diğer işçileri mevcut iş ilişkisini sonlandırmaya yahut yeni işyerine geçmeye kışkırtması rekabet etmeme borcuna aykırıdır⁸¹.

c. Yargıtay Uygulaması

İşçinin genel müdür yardımcısı olarak çalışırken rakip bir şirkette çalışmak üzere anlaşma yaptığı ve işyerindeki birtakım işçilere de yeni şirkette çalışmaları için tekliflerde bulunduğu, bu işçilerin de işverenden ayrıldıktan sonra yeni şirkette çalışmaya başladıkları olayda, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, genel müdür yardımcısı olarak görev yapan işçinin bu davranışını haklı fesih nedeni saymıştır⁸². Yine, işçilerin olmasa bile, müşterilerin rakip bir şirkete yönlendirilmesi veya bu şirkete danışmanlık yapılması halinde de sadakat borcuna aykırılık söz konusudur⁸³.

Aynı dairenin 2010 yılında verdiği diğer bir kararında ise işçinin dolaylı bile olsa rakip şirket kurması, çalışma süresinin bir bölümünü bu şirkette geçirmesi, işverenin müşterilerini rakip şirkete yönlendirmesi sadakat borcuna aykırı sayılmıştır⁸⁴. Karar uyarınca, “şirket kurma”nın tek başına sadakat borcunun ihlali sayılıp sayılmayacağı; başka bir ifadeyle, müşterileri yönlendirme veya mesainin kısmen de olsa bu şirkete geçirilmesi olguları olmaksızın tek başına şirket kurulumunun nasıl değerlendirildiği kanaatimizce duraksama yaratabilecek niteliktedir. Buna karşılık, aynı dairenin 2016 yılında verdiği bir kararıyla, işçinin fiilen faaliyete başlamamakla birlikte rakip bir şirket kurmasını ve bunu “menfaat çatışma bildirim anketi”nde “gizlemesini” haklı fesih nedeni olarak kabul ettiğini belirtmek gerekmektedir⁸⁵. Hatta Yargıtay 7. Hukuk Dairesi tarafından 2015 yılında karara bağlanan bir olayda da yerel mahkeme, tek başına rakip bir şirket kurmanın geçerli veya haklı bir neden oluşturacak ağırlıkta olmadığına karar vermiştir. Buna karşılık yüksek mahkeme, işçinin rakip bir şirket kurduğunu “gizlediğine” ilişkin bir veriye yer vermediği kararında, bu davranışın güven ilişkisini zedelediğini; böylelikle “en azından geçerli bir fesih nedeni” teşkil ettiğini belirtmiştir⁸⁶.

Yargıtay 22. Hukuk Dairesi ise 2019 yılında yukarıda zikredilen daire kararlarından farklı yönde bir sonuca varmıştır. Karara konu olayda işçinin kendisine ait bir şirket kurduğu tespit edilmiş olsa da, bu şirketin henüz faaliyete geçmediği kaydedilmiştir. Hal böyle olunca, işçinin rekabet etmeme borcuna aykırı davranışının ispatlanmadığına karar verilmiştir. Yüksek mahkemeye göre, bu durum karşısında yerel mahkemenin feshin haklı sebebe dayandığına ilişkin kanaati isabetli değildir. Yargıtay 22. Hukuk Dairesi’nin kurulan şirketin faal olup olmadığına önem atfeden bu ifadeleri İsviçre iş hukukunda benimsenen esaslarla da paralel olup⁸⁷ kanaatimizce de isabetlidir.

d. İsviçre Hukukundaki Öğreti Görüşleri ve Yargı Uygulaması

Hazırlık hareketlerine ilişkin Türk iş hukuku öğretisinde yapılan açıklamalara paralel olarak, İsviçre hukukunda da bu hareketlerin tek başına sadakat borcuna aykırılık teşkil etmedikleri kabul edilmektedir. Buna göre, işverenin haklı menfaatlerinin doğrudan zedelenmemesi koşuluyla, işçinin iş ilişkisinin sona ermesinden sonraki çalışma hayatına ilişkin hazırlık hareketlerine girişmesi serbesttir. Öte yandan, işçinin hazırlık hareketlerini ücret karşılığında gerçekleştirmesi sadakat

⁷⁷ UŞAN, s.151; AKYİĞİT, s.26. Bilgi verme yükümü getiren kayıtlar açısından ayrıca bkz. AKYİĞİT, s.26-27. İşçinin boş zamanında gerçekleştirdiği hareketlerin performansını etkileyecek olması durumunda işçinin işvereni bu uğraştan haberdar etme yükümlülüğünün bulunduğu ve bu uğraş için işverenden izin alması gerektiğine ilişkin bkz. MANAV, s.120. Bu görüşe katılmıyoruz. Buna ilişkin bkz. yukarıda III, B, 3, b.

⁷⁸ Rekabet etmeme borcuna aykırılığın gündeme gelebilmesi için mutlaka işverenin zarara uğramış olmasının gerekmediğine ilişkin bkz. ÖZKARACA/ÖZKAN KOÇ, s.77; RÄBER, s.32. Genel olarak sadakat borcu açısından aynı yönde bkz. ALPAGUT, s.25; KAYIRGAN, s.463. Zarar riskinin doğması yeterlidir. Açıklama için bkz. DOĞAN YENİSEY, s.378.

⁷⁹ UŞAN, s.149; MANAV, s.117.

⁸⁰ UŞAN, s.149-150; DOĞAN, s.52-53.

⁸¹ TUNÇOMAĞ, Kenan/CENTEL, Tankut: İş Hukukunun Esasları, 9. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2018, s.103; ALPAGUT, s.25; MANAV, s.117.

⁸² Yargıtay 9.HD., 25.06.2019, E.2016/29865, K.2019/14187. www.lexpera.com.tr (Erişim: 01.06.2022).

⁸³ Yargıtay 22.HD., 06.11.2017, E.2017/43049, K.2017/24242. www.lexpera.com.tr (Erişim: 01.06.2022).

⁸⁴ Yargıtay 9.HD., 01.02.2010, E.2009/13571, K.2010/1815. www.lexpera.com.tr (Erişim: 01.06.2022).

⁸⁵ Bkz. Yargıtay 9.HD., 20.12.2016, E.2016/2077, K.2016/22657. www.lexpera.com.tr (Erişim: 01.06.2022). İşçinin yan işle uğraşmadan evvel kural olarak işverene kendiliğinden bildirimde bulunmasının gerekmediği ancak bireysel veya toplu iş sözleşmeleri ile işçiye böyle bir zorunluluk getirilebileceği, ayrıca işverenin sorması üzerine işçinin yan iş tutup tutmadığı konusunda bilgi verme zorunluluğunun getirilebileceği; bu zorunluluğun işçinin kişiliğinin ihlali olarak nitelendirilmesinin kural olarak mümkün olmadığı yönünde bkz. Akyiğit, s. 27.

⁸⁶ Yargıtay 7.HD., 05.11.2015, E.2015/18383, K.2015/21683. www.lexpera.com.tr (Erişim: 01.06.2022).

⁸⁷ Bkz. aşağıda III, B, 4, d.

borcunu ihlal etmektedir.⁸⁸ Bu açıklamalar ışığında, örneğin işçinin piyasada aktif olarak faaliyette bulunmaması koşuluyla rakip bir şirket kurması⁸⁹, bu şirketi ticaret siciline tescil ettirmesi⁹⁰, ürün veya reklam materyallerini hazırlaması, yeni işyerini kiralaması, bu işyeri için personel arayışına girişmesi mümkündür⁹¹. Bununla birlikte, iş ilişkisi devam ederken rakip ürünlerin tescili, işçinin doğrudan; rekabet amacına yönelik olarak çalışma arkadaşlarını veya müşterileri ayartması, müşteri listesini tedarik etmesi, müşterilere teklif sunması yasaktır. Özetle, “sadakat borcu açısından önemli olan, işçinin iş ilişkisi devam ederken yeni kuracağı rakip işyeri açısından piyasada görünür hale gelip gelmediğidir⁹².”

İsviçre Federal Mahkemesi de yukarıda yapılan açıklamalara paralel sonuçlara varmıştır. Buna göre, işçinin iş ilişkisi devam ederken rakip bir şirket kurması, işverenin işçilerini ayartmama ve fiilen faaliyete geçmeme koşuluyla, tek başına sadakat borcunu ihlal etmemektedir⁹³. Nitekim işçinin iş ilişkisinin devamı sırasında işverenin iki işçisini ayartmaya çalıştığı olayda, yüksek mahkeme iş sözleşmesinin derhal feshedilmesini haklı bulmuştur. Somut olayda, yerel mahkemeye göre her ne kadar işçinin rakip şirket kurmak istemesi ve aynı zamanda bunun için işverenin iki işçisiyle görüşmesi kınanması gereken davranışlar olsa da bu davranışlar derhal feshi gerektirecek ağırlıkta değildir. Buna karşılık yüksek mahkeme, işçinin rakip bir şirket kurmak istemesinin kınanması gereken bir davranış olmadığını vurgulamıştır. Öte yandan, işçinin bu amaca ulaşmak isterken işverenin işçileriyle görüşüp, kurulacak işyeri için birlikte çalışmayı teklif ettiğini, bu görüşmenin gizli kalmasını istediğini, ayrıca işçilerden birine henüz iş ilişkisi devam ederken gelecekteki işyeri için kıyafet koleksiyonu hazırlatmak istediğini dikkate alarak işçinin sadakat borcuna aykırı davrandığını kaydetmiştir⁹⁴. Yine, İsviçre Federal Mahkemesi, işçinin işten ayrıldıktan bir gün sonra eski işyerinin yakınında rakip bir işyeri açtığı ve neredeyse tüm işçilerin de işyerini kuran işçiyle aynı gün istifa edip bir gün sonra rakip işyerinde çalışmaya başladığı olayda, işçilerin hukuka aykırı olarak “ayartıldığı” sonucuna ulaşmıştır⁹⁵.

e. İşçinin Hazırlık Hareketi Olarak Rakip Bir Şirket Kurmasının TBK m.444 Açısından İncelenmesi

İş ilişkisinin sona ermesinden sonra uygulanma kabiliyeti olan rekabet yasağı TBK m.444’te düzenlenmiştir. Buna göre, işçi işvereniyle rekabet etmekten, özellikle “kendi hesabına rakip bir işletme açmaktan” kaçınmayı üstlenebilir. TBK m. 444’ün lafzı incelendiğinde, işçinin salt “rakip bir işletme açması”nın kanunkoyucu tarafından rekabet teşkil eden bir davranış olarak kabul edildiği sonucuna ulaşılabilir. Oysa işçinin salt rakip bir şirket kurması (işletme açması), Yargıtay’ın bazı kararlarında tek başına güven zedeleyici bir davranış olarak değerlendirilse de özellikle yukarıda zikredilen 22. Hukuk Dairesi’nin 2019 yılında verdiği kararında⁹⁶, şirketin fiilen faaliyete geçip geçmediğinin önem arz ettiği ifade edilmiştir. Nitekim İsviçre iş hukuku öğretisi ile yargı uygulamasında benimsenen esaslar da Yargıtay 22. Hukuk Dairesi’nin anılan kararıyla paraleldir. Bununla birlikte, bir yandan TBK m.444 ile işçinin “rakip bir işletme açması”nın rekabet kavramına dâhil sayılması, diğer yandan bu davranışın sadece bir hazırlık hareketi olarak değerlendirilmesi duraksama yaratmaktadır. Bu duraksamanın giderilmesi; ortaya çıkan çelişkinin çözüme kavuşturulmasında fayda vardır.

TBK m.444’ün gerekçesi uyarınca bu düzenleme İsviçre Borçlar Kanunu m.340 dikkate alınarak hazırlanmıştır⁹⁷. TBK m.444’te yer alan işçinin “rakip bir işletme açması”, mehz İsviçre Borçlar Kanunu m.340’te işçinin rakip bir iş yapması (“betreiben”) biçiminde kaleme alınmıştır. Buna göre, örneğin yeni kurulacak şirket için rekabete yol açacak bir ana sözleşme hazırlanması tek başına rekabet yasağını ihlal etmemektedir⁹⁸. TBK m.444’ün gerekçesinde, İsviçre Borçlar Kanunu

⁸⁸ STAEHELIN, s.95.

⁸⁹ Zürich, Handelsgericht, HE210011 vom 12.04.2021 E. 5.1.2; REHBINDER, Manfred/STÖCKLI, Jean-Fritz: “Einleitung und Kommentar zu den Art. 319–330b OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Der Arbeitsvertrag, Art. 319-362 OR“ in Hausheer, Heinz/Walter, Hans Peter (ed.), BK - Berner Kommentar, Stämpfli Verlag, 2010, s.134; EMMEL, s.24; MILANI, Art. 321a N 17; STREIFF/von KAENEL/RUDOLPH, Art. 321a, N 4; FARNER, Martin: “Die Sicherung Der Treuepflicht Mit Konventionalstrafe”, Anwaltsrevue, (219), 2013, s.222. Ayrıca Türk hukuku açısından benzer yönde olmak üzere “işçinin işten ayrılma konusunda hazırlık yapması, hatta işten ayrıldıktan sonra işverenle rekabet edecek bir şirket kurma konusundaki faaliyetleri rekabet yapmama borcunun ihlali olarak kabul edilmez” açıklaması için bkz. UŞAN, s.148.

⁹⁰ STAEHELIN, s.95-96.

⁹¹ Emmel, s. 24; Zürich, Obergericht, LA110015 vom 30.09.2011 E. iii.1.

⁹² Zürich, Obergericht, LA110015 vom 30.09.2011 E. iii.1.

⁹³ BGE 117 II 72; BGE 4A_22/2014 vom 23.04.2014. Ayrıca, sadakat borcu, rekabet etmeme borcu ve hazırlık hareketlerine ilişkin İsviçre yargı uygulaması için bkz. ANDREAS, Abegg/BERNAUER, Christof: “Art. 321a” in Gauch, Peter/Stöckli, Hubert (ed.), Präjudizienbuch OR – Die Rechtsprechung des Bundesgerichts (1875-2020), 10. Auflage, Schulthess Verlag, 2021, s.846-851.

⁹⁴ BGE 104 II 28.

⁹⁵ BGE 123 III 257.

⁹⁶ Bkz. yukarıda III, B, 4, c.

⁹⁷ Madde gerekçesi için bkz. TBMM: “Türk Borçlar Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/499)”, <https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss321.pdf>, (Erişim Tarihi: 01.06.2022).

⁹⁸ REHBINDER, Manfred/STÖCKLI, Jean-Fritz: “Der Arbeitsvertrag, Art. 331-355 und Art. 361-362 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht” in Hausheer, Heinz/Walter, Hans Peter (ed.), BK - Berner

m.340'la TBK m.444'ün arasındaki farklılığın bilinçli bir tercih olduğuna ilişkin bir veri yer almamaktadır. TBK m.444'te yer alan “rakip bir işletme açma” ifadesi, mehz kanuna uygun yorumlandığında, iş ilişkisinin devamı sırasında fiilen faaliyete başlamamak koşuluyla rakip bir şirket kurma davranışının TBK m.396/3 açısından sadece hazırlık hareketi sayılmasını engellemektedir.

İkincisi, TBK m.444'te düzenlenen rekabet yasağı ile TBK m.396'da düzenlenen rekabet etmeme borcunun uygulanma koşulları birbirinden farklıdır. İlkinde, işçi rekabet yasağını yazılı olarak üstlenmek zorundadır. Yazılı şekil geçerlilik şartıdır⁹⁹. Şekil şartı, tarafları daha iyi düşünmeye sevk etmek; üstlendikleri riskin kapsamını anlamalarını sağlamak için öngörülen bir araçtır¹⁰⁰. Yani TBK m.444'ün uygulandığı hallerde işçi üstlendiği borcu açıkça görerek taahhütte bulunmaktadır. Buna karşılık, TBK m.396 bağlamındaki rekabet etmeme borcu açısından, işçinin “piyasada görünür olmadığı için” işverene zarar verme riskinin bulunmadığı kanaatine sevk olması söz konusudur. İşçinin bu davranışının kınanmayacağını düşünmekte dürüstlük kuralından kaynaklanan makul bir beklentisi oluşmaktadır.

İşçinin makul beklentisi, ancak iş ilişkisinin devamı sırasında faal olmasa bile rakip bir şirket kurucusu olamayacağına yönelik bir kararlaştırma yapılması halinde bertaraf edilebilir. Nitekim sadakat borcunun işçi aleyhine genişletilebileceğini kabul eden yazarlara göre, taraflar rekabete hazırlık hareketlerinin de doğrudan doğruya rekabet sayılacağını kararlaştırabilirler. Buna göre, işçinin faal olmayan rakip bir şirket kurmasının yasaklanması hukuken mümkündür¹⁰¹. İsviçre Federal Mahkemesi de aynı yönde görüş bildirmiştir. Yüksek mahkemenin önüne gelen bir olayda, taraflar işçinin iş sözleşmesinin devamı müddetince ve sonrasında işverenle rekabet edemeyeceğini, aksi halde işverenin sözleşmede düzenlenen ceza koşulunu talep edebileceğini düzenlemişlerdir. İşçi, iş sözleşmesinin sona ermesinden kısa bir süre önce rakip bir şirket kurmuştur. Somut olayda yüksek mahkeme, işçinin iş sözleşmesini geçerli bir sebeple (“Kündigung aus begründetem Anlass”) feshetmesi nedeniyle iş ilişkisinin sonrasına şamil olan rekabet yasağının son bulduğunu (Art.340c/2 OR) kaydetmiştir. Bununla birlikte, aynı sözleşmesel düzenlemede yer alan sadakat borcu kapsamındaki rekabet etmeme borcunun (Art.321a OR) ise devam ettiğini vurgulamıştır. Böylelikle ceza koşulunun talep edilebileceği karara bağlanmıştır. Yüksek mahkemeye göre bu durum “sözleşmeyle genişletilmiş sadakat borcu”nun bir sonucudur¹⁰².

f. Çalışma Süresi İçinde Gerçekleştirilen Hazırlık Hareketleri

İşçi çalışma süresi içinde iş görme edimini işverene karşı ifa etmekle yükümlüdür¹⁰³. İşçi bu süre içinde işgücünü işverenin otoritesi altında bulundurduğundan, çalışma süresini üstlendiği iş dışında bir uğraş ile geçiremez¹⁰⁴. Bu uğraş hazırlık hareketi niteliğinde olsa da sonuç değişmez¹⁰⁵. İşçi, yeni iş arama izninin (İş K. m.27) kapsamı dışındaki hazırlık hareketlerini çalışma süresi dışında gerçekleştirmelidir¹⁰⁶. Aksi davranış iş görme borcunu ihlal eder¹⁰⁷. Sadakat borcu, iş görme borcuna da şamil olduğundan, işçinin bu davranışı nihayetinde sadakat borcunun ihlali anlamını taşır¹⁰⁸. İşçinin çalışma süresi içinde gerçekleştirdiği hazırlık hareketleri, öncelikle işin ifası açısından yeterli bağlılığın gösterilmemesi bağlamında sadakat borcuna aykırılık yaratmaktadır.

Öğretide, genel olarak, sadakat borcuna aykırılığın İş K. m.25/II (e) bağlamında haklı fesih sebebi olduğu belirtilmektedir¹⁰⁹. Buna karşılık, her somut olayda işçinin iş ilişkisinde meydana getirdiği olumsuzluğun ağırlığının göz önünde bulundurulması gerektiği de açıktır¹¹⁰. Örneğin, işçinin iş ilişkisinin sona ermesinden sonrası için yeni iş görüşmelerine gitmesi nedeniyle iki gün ardı ardına devamsızlık yapması İş K. m.25/II uyarınca haklı fesih sebebi teşkil edecek iken, kanaatimizce, işverene ait bilgisayarda yeni kuracağı iş için logo tasarlaması aynı ağırlıkta kabul edilemez. Bu davranışın iş görme borcuna aykırı olduğu açık olmakla birlikte, niteliği itibarıyla İş Kanunu'nun gerekçesinde geçerli nedenler arasında sayılan “uzun telefon görüşmeleri yapmak” veya “işini aksatarak işyerinde dolaşmak” davranışlarından bir farkı bulunmamaktadır. Kanunun gerekçesinde de sayılan bu hallerde işçinin davranışının iş ilişkisinde güven temelini çökerttiğinden bahsedilememektedir. Örneğin, iş güvenliğini tehlikeye atmamak koşuluyla işyerinde gazete

Kommentar, 2. Auflage, Stämpfli Verlag, 2014, s.434.

⁹⁹ UŞAN, M. Fatih: “Rekabet Yasağı Sözleşmesinin Taşınması Gereken Şartlar ve Bunun Geçerliliği Meselesi (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin Bir Kararı Üzerine Değerlendirme)”, Sicil İş Hukuku Dergisi (14), 2011, s. 122.

¹⁰⁰ ARSLAN ERTÜRK, Arzu: İş Sözleşmesinde Şekil, Vedat Kitabevi, İstanbul, 2017, s.17

¹⁰¹ FARNER, s.222; RÄBER, s.51.

¹⁰² BGE 4A 595/2012 vom 21.12.2012. Karş. Yargıtay 22.HD., 12.12.2019, E.2017/26012, K.2019/23203. www.lexpera.com.tr (Erişim: 01.06.2022).

¹⁰³ SENYEN-KAPLAN, s.164.

¹⁰⁴ CENTEL, Tankut: İş Hukuku, Cilt 1, Kazancı Yayınevi, İstanbul, 1992, s.127.

¹⁰⁵ EMMEL, s.25.

¹⁰⁶ MANAV, s.117.

¹⁰⁷ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.601-602; MANAV, s.119.

¹⁰⁸ UŞAN, s.121. Karş. MANAV, s.119. Yazar, bu halde rekabet etmeme borcuna aykırılıktan değil, iş görme borcunun özenle ifa borcuna aykırılıktan bahsedileceğini ifade etmektedir.

¹⁰⁹ ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s.335; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.611; SAVAŞ, s.95; DOĞAN, s.29.

¹¹⁰ Bkz. EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN/BASKAN, s.133; SAVAŞ, s.101.

okumak gibi, çalışma süresi içerisinde başka işe hazırlık hareketinde bulunulması da ağır bir sadakatsizlik mertebesine ulaşmamaktadır. Fakat bu davranış sözleşmenin ağır ihlali düzeyine erişmemekle birlikte, yeterli bağlılığın gösterilmediği durumlarda, bu eksikliğin geçerli fesih nedeni olabileceğine şüphe yoktur¹¹¹.

g. Çalışma Süresi Dışında Gerçekleştirilen Hazırlık Hareketleri

İşçinin boş zamanlarında dinlenme “borcu” bulunmamaktadır. Hal böyle olunca, çalışma süresi dışındaki hazırlık hareketlerinin kural olarak¹¹² sadakat borcuna aykırı olmadığı ifade edilmelidir. Buna karşılık, işverence verilen izin veya ara dinlenmesi sırasında ya da hafta tatili yahut işçinin istirahatlı olduğu dönemde hazırlık hareketlerine girişebilip girişemeyeceğinin açıklığa kavuşturulmasında fayda vardır.

İş Kanununa İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliği’nin¹¹³ 3. maddesi uyarınca ara dinlenmesi çalışma süresinden sayılmaz. Dolayısıyla, ara dinlenmesinde hazırlık hareketlerine girişen işçinin çalışma süresi “dışında” hazırlık faaliyetinde bulunduğu kabul edilmelidir. Ara dinlenmesi, dinlenme hakkının bir görünümü olup temelde, işçinin fiziki ve ruhsal bütünlüğünün korunması için öngörülmüştür¹¹⁴. Bu süre içinde işçinin yan uğraşta bulunmaksızın verimini koruma yükümlülüğü bulunmamaktadır. Aynı yorum tarzı hafta tatili açısından da geçerlidir¹¹⁵. Öte yandan, doğaldır ki işçinin ara dinlenmesi kullanmadığından bahisle izin almaksızın işe geç gelmesi veya işten erken ayrılması mümkün değildir¹¹⁶. Bu sebeple, örneğin ara dinlenmesi kullanmadığını gerekçe göstererek yeni bir işverence iş görüşmesi yapmak için işyerinden erken ayrılan işçinin bu davranışı sadakat borcuna aykırı olur.

İşverence verilen izin veya istirahat raporunun söz konusu olduğu durumlarda somut olayın özelliğine göre değerlendirme yapılmalıdır. Bu halde, işçinin giriştiği hazırlık hareketinin işçinin aldığı izinle veya istirahat raporuna gerekçe teşkil eden hastalıkla bağdaşıp bağdaşmadığının incelenmesi gerekmektedir. Örneğin, bel rahatsızlığından dolayı istirahat raporlu işçinin yeni kuracağı rakip işyerinin henüz faaliyete geçmeyen internet sitesi için evinde içerik oluşturması, (somut olayın özelliğine göre) raporla bağdaşmayan bir davranış olarak görülmeyebilir. Nitekim Yargıtay’a göre de burun ameliyatı geçiren işçinin raporlu olduğu günlerde havaalanına, memleketine veya lokantaya gitmiş olması tek başına raporun amacıyla bağdaşmayan bir davranış olarak değerlendirilmemiştir¹¹⁷. Buna karşılık, majör depresyondan muzdarip işçinin yeni iş görüşmelerine gitmesi veya yeni kuracağı iş için emlak danışmanlarıyla işyeri araştırmasına girişmesi sadakat borcuna aykırılık teşkil edecektir¹¹⁸. Nitekim Yargıtay, işçinin bel rahatsızlığı nedeniyle istirahatlı olduğu dönemde kayınpederine satışta yardımcı olmak için hayvan pazarına gitmesini, işçinin istirahat gerekçesini şüpheye düşüren bir durum olarak değerlendirmiş ve feshi geçerli saymıştır¹¹⁹. Yine yüksek mahkeme, işçinin istirahatlı olduğu dönemde yurtdışına tatile gitmesini değerlendirdiği bir olayda, uçak biletinin sağlık raporunun tarihinden önce alındığı tespit edilirse bu durumun sadakat borcuna aykırılık oluşturacağını ve feshin haklı nedene dayanacağını kabul etmiştir¹²⁰.

Seyahatin önceden planlanarak, istirahat raporunun kasten seyahat tarihine denk getirilmesi işverenin güveninin kötüye kullanıldığını göstereceği gibi, aynı yorum tarzının mazeret izni açısından da kabul görmesi gerektiği açıktır. Örneğin ölümü “bahane” ederek mazeret izni alan işçinin, yeni işyerinde satacağı ürünlerin fotoğraf çekimine gitmesinin sadakat borcuna aykırı olacağı kuşkusuzdur¹²¹.

¹¹¹ Sadakatsizlik düzeyine erişmemekle birlikte yeterli bağlılığın gösterilmemesi durumunda geçerli bir fesih nedeninin mevcut olacağı yönünde bkz. KAYIRGAN, s.474.

¹¹² Öğretide Akyığıt işçinin yıllık ücretli izin sırasında bir sonraki iş ilişkisi için mesleki eğitim almasının kategorik olarak sadakat borcuna aykırı bir durum yaratmayacağını; bu eğitim nedeniyle işçinin üstlendiği işi ifa yeteneğinin önemli ölçüde kaybedip kaybetmediğinin incelenmesi gerektiğini belirtmektedir. Açıklama için bkz. AKYIĞIT, s.79.

¹¹³ RG: 06.04.2004; 25425.

¹¹⁴ TULUKÇU, s.180-181. Her ne kadar yazar ara dinlenmesi vasıtasıyla işgücünün korunması sayesinde dolaylı olarak işverenin de menfaatinin gerçekleşeceğini belirtse de, yukarıdaki sözü edilen açıklamalar açısından, birincil veya doğrudan amacın işçinin dinlenme hakkının gerçekleştirilmesi olduğu ifade edilmelidir.

¹¹⁵ Bkz. DOĞAN YENİSEY, s.378-381.

¹¹⁶ Bkz. DOĞAN, Sevil, “İş Hukukunda İşçinin Ara Dinlenmesi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 26(2), 2020, s.1184.

¹¹⁷ Yargıtay 9.HD., 19.11.2018, E.2018/2306, K.2018/20864. www.lexpera.com.tr (Erişim: 01.06.2022).

¹¹⁸ Bkz. Yargıtay 7.HD., 05.11.2014, E.2014/11752, K.2014/20243. www.lexpera.com.tr (Erişim: 01.06.2022). Karara konu olayda, majör depresyon hastası işçinin istirahatlı olduğu dönemde yurtdışına çıkması fesihte geçerli neden olarak kabul edilmiştir.

¹¹⁹ Yargıtay 9.HD., 22.04.2019, E.2018/10537, K.2019/9466. www.lexpera.com.tr (Erişim: 01.06.2022).

¹²⁰ Yargıtay 7.HD., 02.03.2015, E.2015/2836, K.2015/3058. www.lexpera.com.tr (Erişim: 01.06.2022).

¹²¹ Ayrıca bkz. DOĞAN YENİSEY, s.381-382. Yazar, işçinin işverenden çocuğuna bakmak için izin aldığı dönemde başka bir işte çalışmasını sadakat borcuna aykırı bir davranış olarak nitelendirmektedir. Genel olarak, hastalık veya seyahat konusunda bilgi verirken yalan söylenmesinin sadakat borcuna aykırı olduğu yönünde ayrıca bkz. STAEHELIN, s.84.

C. Rekabet Etmeme Borcuna İlişkin Sözleşmesel Kayıtlar

1. Rekabet Etmeme Borcuna İlişkin Sözleşmesel Kayıtların Geçerliliği

İşçinin rekabet etmeme borcuna ilişkin sözleşmesel kayıtların geçerliliğinin tespitinde sadakat borcuna ilişkin esasların dikkate alınmasında yarar vardır¹²². Sonuçta, iş ilişkisinin devamı sırasındaki rekabet etmeme borcu, sadakat borcunun kapsamına dâhildir. Öte yandan, sadakat borcunun “açıklıktan yoksun, kapalı bir kavram” olduğu da unutulmamalıdır¹²³. İşçinin sözleşme özgürlüğünün, “soyut ve belirsiz bir borç” olan sadakat borcu karşısında göz ardı edilmesi mümkün değildir¹²⁴. Neticede, anayasal düzenin özel hukuk kapsamındaki ilişkilerde de bir yorum aracı olarak kullanılması mümkün ve gereklidir¹²⁵. Hatta tereddüt halinde temel haklara sadakat borcu karşısında öncelik tanınması gerekmektedir¹²⁶. TBK m.396/3’te yer alan düzenlemenin sözleşmesel kayıtlar vasıtasıyla ne denli değiştirilebileceğinin tayininde anayasal güvencelerin işlevselleştirilmesi yerinde olacaktır. Kanaatimizce işçinin iş ilişkisinin devamı sırasında fakat çalışma süresi dışında rakip olmayan bir işyerinde çalışmasının yasaklanması halinde, bu yasak işçinin sözleşme özgürlüğüne ve maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkına ölçüsüz bir müdahale teşkil edecektir. Gerek ölçülülük ilkesinden¹²⁷, gerekse dürüstlük kuralından hareketle, yarar-zarar dengesinin işçi aleyhine orantısız biçimde bozulduğu sonucuna varılarak bu yasağın geçerli sayılmasını mümkün görmemek gerekmektedir¹²⁸. Nitekim öğretide de sadakat borcunu işçi aleyhine genişleten sözleşmesel kayıtların kararlaştırılabileceği¹²⁹, ancak işçinin kişilik hakkına aykırı sınırlandırmaların geçersiz olacağı vurgulanmaktadır¹³⁰. Dolayısıyla, işçinin iş ilişkisinin devamı sırasında rakip olmayan bir işyerinde çalışmasının sadakat borcuna aykırı sayılacağına ilişkin yasağı sözleşmeyle üstlenmiş olması halinde dahi, Türk Medeni Kanunu’nun¹³¹ 23. maddesi uyarınca anılan yasağa geçerlilik tanınmamalıdır.

Yargıtay’ın 2016 yılında tesis ettiği kararında aksi sonuçlara ulaştığını belirtmek kanaatimizce yanlış olmayacaktır. Nitekim somut olayda, yerel mahkeme iş sözleşmesinde yer alan ek iş yasağına rağmen işçinin çalışma süresi dışında rakip olmayan bir faaliyette bulunması nedeniyle gerçekleştirilen feshi geçersiz saymıştır. Buna karşılık yüksek mahkeme, anılan sözleşmesel kayda aykırılığın fesihle geçerli neden sayılması gerektiğine hükmetmiştir¹³². Yargıtay 22. Hukuk Dairesi ise iş sözleşmesinde işçinin “ek işte çalışmayacağı” ve “başka şirketlere doğrudan ve dolaylı olarak katılmayacağı” düzenlemesinin bulunduğu bir olayda, iş ilişkisinin devamı sırasında rakip şirket kuran işçinin “henüz faaliyete başlamadığı” gerekçesiyle kıdem tazminatı talebini kabul etmiştir¹³³. Somut olayda, Yargıtay 22. Hukuk Dairesi’nin bu sonuca, ilgili sözleşmesel kaydın hukuken geçerli olup olmadığına ilişkin bir değerlendirmeye yer vermeksizin vardığını belirtmek gerekmektedir.

Yukarıda benimsediğimiz yorum tarzının işveren cephesinden de ele alınması mümkündür. Sadakat borcunun işçinin temel haklarının sınırlandırılmasının sınırı (An. m.13) rejimine aykırı olacak biçimde genişletilmesi mümkün olmadığı gibi, meselenin işverenin temel hakları açısından da benzer şekilde değerlendirilmesi gerekmektedir. Nitekim öğretide işverenin haklı nedenle fesih hakkının tümüyle ortadan kaldırılamayacağı ifade edilmektedir¹³⁴. Örneğin işçinin hırsızlık teşkil eden davranışı karşısında fesih hakkını kullanamayacağına ilişkin kayıtlar geçersiz olmalıdır. Kanaatimizce işçinin iş ilişkisinin devamı sırasında rekabet teşkil eden davranışlara girebileceğine ilişkin bir sözleşmesel kayıt da geçersiz kabul edilmelidir. Böylelikle, ilgili geçersizlik, çelişkili davranış yasağı saklı olmak üzere işveren tarafından ileri sürülebilmelidir.

2. Rekabet Etmeme Borcuna İlişkin Sözleşmesel Kayıtların Yorumu

İş sözleşmesinde işçinin rekabet edemeyeceğine ilişkin bir kaydın bulunması fakat bu kaydın iş ilişkisinin devamına mı yoksa iş ilişkisinin sonrasına mı şamil olduğuna dair açıklığın

¹²² CENTEL, s.128.

¹²³ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.603.

¹²⁴ ARSLAN ERTÜRK, s.240.

¹²⁵ ERTÜRK, s.43; SÜZEK, s.34-35.

¹²⁶ ERTÜRK, s.116.

¹²⁷ Bu kayıtların geçerliliğinin tespitinde ölçülülük ilkesinin esas alınacağına ilişkin bkz. UŞAN, s.83.

¹²⁸ Haklı fesih nedenlerinin işçi aleyhine genişletilemeyeceğine ilişkin görüş ve tartışmalar için bkz. ARSLAN ERTÜRK, s.225.

¹²⁹ Bkz. REHBINDER/STÖCKLI, s.128; RÄBER, s.27; UŞAN, s.64. Örneğin işçinin iş ilişkisinin devamı sırasında hazırlık hareketi kapsamındaki yeni şirket kurma davranışının sözleşmeyle yasaklanabileceği yönünde bkz. FARNER, s.222; RÄBER, s.51.

¹³⁰ REHBINDER/STÖCKLI, s.128; ERTÜRK, s.116; CENTEL, s.127; AKYİĞİT, s.23; DOĞAN YENİSEY, s.369-370; UŞAN, s.82. Karş. STAEHELIN, s.92. Yazar da aynı yönde görüş bildirmekle birlikte, örneğin işçinin sakatlanma riskine dayanarak, çalışma süresi dışında ve bütün kayak sezonu boyunca kayak yapamayacağını kararlaştırılabileceğini, öte yandan böyle bir sözleşmesel düzenlemenin yalnızca birkaç haftalık bir süreyle sınırlı olması halinde geçerli olabileceğini eklemektedir. Yukarıda açıklanan nedenlerle yazarın bu örneğine katılmıyoruz.

¹³¹ RG: 08.12.2001; 24607.

¹³² Yargıtay 9.HD., 05.06.2017, E.2016/14956, K.2017/9595. www.lexpera.com.tr (Erişim: 01.06.2022).

¹³³ Yargıtay 22.HD., 12.12.2019, E.2017/26012, K.2019/23203. www.lexpera.com.tr (Erişim: 01.06.2022).

¹³⁴ Bu açıklama üzerinde öğretide görüş birliği olduğu yönünde bkz. ARSLAN ERTÜRK, s.219. Sadakat borcunun sözleşmeyle sınırlandırılabilmesi fakat tümüyle ortadan kaldırılamayacağı yönünde ayrıca bkz. KAYIRGAN, s.462.

bulunmaması halinde, işçiye TBK m.444 vd. anlamında bir rekabet yasağının mı yüklendiği, yoksa sadakat borcunun mu vurgulandığının açıklığa kavuşturulmasında fayda vardır. Öğretide haklı olarak ileri sürülen bir görüşe göre, bu halde, taraflar iş ilişkisinin devamı sırasındaki rekabet etmeme borcuna ilişkin bir düzenleme öngörmüş durumdadır. Bu görüşte olan Uşan'a göre, rekabet etmeme borcunun zaten iş ilişkisinde mevcut olduğu, dolayısıyla böyle bir kaydın gereksiz olacağından hareketle, bu kaydın TBK m.444 vd. anlamında rekabet yasağına ilişkin olduğunu kabul etmek, işçi lehine yorum ilkesiyle bağdaşmamaktadır¹³⁵. Soyer ise rekabet yasağı kaydının işverenin tek taraflı olarak düzenlediği bir sözleşmede yer alması halinde açık olmayan hükümden işveren aleyhine sonuç çıkartılması gerektiğini belirtmektedir¹³⁶.

Kanaatimizce taraf iradelerinden aksi anlaşılmıyorsa, anılan kaydın açıklığa kavuşturulmasında genel yorum kurallarından hareket edilmesi mümkündür. Gerçekten, ister sadakat borcu kapsamındaki rekabet etmeme borcu olsun, isterse TBK m.444 vd. bağlamında rekabet yasağı gündeme gelsin, işçi rekabet etmeme borcunun borçlusu haline gelmektedir. Borçlu lehine yorum kuralı uyarınca, ilgili sözleşmesel kayıt bakımından borçluya daha az yükümlülük getiren yorumun tercih edilmesi gerekmektedir.¹³⁷ Bu yorum kuralından hareket edildiğinde de ilgili kaydın iş ilişkisinin sona ermesinden sonraki döneme ilişkin değil, iş ilişkisinin devamı sırasındaki sadakat borcuna ilişkin olduğu kabul edilmelidir.

IV. SONUÇ

4857 sayılı İş Kanunu kapsamındaki işçi, iş ilişkisi devam ederken işvereniyle rekabet etmeme borcu altındadır. Bu borç, sadakat borcunun bir sonucu olup, TBK m.396/3'te açıkça düzenlenmiştir. Buna karşılık, rekabet etmeme borcunun kapsamı ve sınırlarına ilişkin açık bir düzenleme mevcut değildir. Rekabet etmeme borcunun işçinin sözleşme özgürlüğüne müdahale etmesi nedeniyle, bu borcun, işçinin sözleşme özgürlüğünü ölçüsüzce sınırlandıracak biçimde yorumlanması doğru olmaz. Şu durumda, "sınırlandırmanın sınırı" rejiminden hareketle ölçülülük ilkesinin dikkate alınması gerekmektedir. Aynı sonuca işçinin kişilik hakkı ve dürüstlük kuralı vasıtasıyla da ulaşılması mümkündür. Aynı şekilde, sadakat borcunun veya rekabet etmeme borcunun kapsamını işçi aleyhine genişleten sözleşmesel kayıtlara da bu perspektiften yaklaşılması yerinde olur.

Sadakat borcu, iş görme borcunu da dizayn etmekle birlikte, işçinin çalışma süresi dışında gerçekleştirdiği faaliyetler nedeniyle iş görme borcunu özensiz biçimde ifa etmesi, doğrudan doğruya haklı bir fesih nedeni biçiminde kabul edilmemelidir. Sadakat borcu çalışma süresi dışına şamil olsa da işçinin bu zaman zarfında gerçekleştirdiği faaliyetler sözleşme özgürlüğünün yanı sıra onun kişiliğini geliştirme hakkıyla da sıkı bir temas içerisindedir. Bu uğraşların işçinin iş görme borcunun ifasına olumsuz etkide bulunması ise haklı değil; geçerli fesih rejiminin kurallarına göre değerlendirilmelidir. Kanunda bu sonuca varılmasını engelleyen bir hüküm bulunmamaktadır. Bununla birlikte, bu sonuca ulaşılmasında tereddüt yaşanmaması adına, işçinin kişilik hakkını zedeleyen; özellikle çalışma süresi dışında gerçekleştirilen ve hiçbir şekilde rekabet riski yaratmayan çalışmalarını yasaklayan sözleşmesel kayıtların geçersiz olacağını düzenleyen bir yasal düzenlemeye ihtiyaç bulunmaktadır. Bu yasal düzenleme, bir yandan ilgili davranışın sadakat borcuna aykırı olmadığını ifade ederken, diğer yandan işçinin performansına ilişkin hükümlerin saklı olduğunu vurgulamalıdır.

İşçinin hangi davranışının rekabet teşkil edeceğinin TBK m.396/3'te belirtilmemiş olmasının yanı sıra, rekabete hazırlık yapılmasının akıbeti de düzenlenmemiştir. Gerek Türk, gerekse İsviçre iş hukukunda rekabete hazırlık hareketlerinin tek başına rekabet etmeme borcuna aykırılık teşkil etmeyeceği kabul edilmektedir. Buna karşılık Türk hukukunda, özellikle işçinin iş ilişkisi devam ederken fiilen faaliyete geçmemiş olsa da rakip bir şirket kurması Yargıtay nezdinde farklı kararlara konu olmuştur. Bu davranışın yüksek mahkeme tarafından güven sarsıcı bir davranış olduğu kabul edildiği gibi, esas olanın faaliyete geçip geçmemesi olduğu da benimsenmiştir. İsviçre öğretisi ve yargı uygulamasında ise bu tür bir davranışın rekabet etmeme borcuna aykırılık teşkil etmeyeceğinin kararlı biçimde vurgulandığı anlaşılmaktadır. Şu durumda, çalışma süresi dışında gerçekleştirilen rekabete hazırlık hareketlerinin sadakat borcuna aykırılık teşkil etmeyeceğini düzenleyen yasal bir düzenlemeye ihtiyaç vardır. Yargıtay kararlarındaki farklılık nedeniyle oluşabilecek tereddüte mahal verilmemesi açısından ise, bu yasal düzenleme, sözleşmesel kayıtlar saklı olmak üzere, rakip bir şirket kurulmasının fiilen faaliyete geçmemiş olması koşuluyla rekabet etmeme borcuna aykırı olmadığını vurgulamalıdır.

¹³⁵ UŞAN, s.56, 139.

¹³⁶ SOYER, s.30.

¹³⁷ SARIKAYA, Murat: Sözleşmenin Yorumu, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2019, s.308.

Yazar Beyanı | Author's Declaration

Mali Destek | Atıf Şekli: Yazar, bu çalışmanın araştırılması, yazarlığı veya yayınlanması için herhangi bir finansal destek almamıştır. | The author has not received any financial support for the research, authorship, or publication of this study.

Yazarların Katkıları | Authors's Contributions: Bu makale yazar tarafından tek başına hazırlanmıştır. | This article was prepared by the author alone.

Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı | The Declaration of Conflict of Interest/Common Interest: Yazar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir. | No conflict of interest or common interest has been declared by the author.

Etik Kurul Onayı Beyanı | The Declaration of Ethics Committee Approval: Çalışmanın herhangi bir etik kurul onayı veya özel bir izne ihtiyacı yoktur. | The study doesn't need any ethics committee approval or any special permission.

Araştırma ve Yayın Etiği Bildirgesi | The Declaration of Research and Publication Ethics: Yazar, makalenin tüm süreçlerinde İnÜHFD'nin bilimsel, etik ve alıntı kurallarına uyduğunu ve verilerde herhangi bir tahrifat yapmadığını, karşılaşılabilecek tüm etik ihlallerde İnÜHFD'nin ve editör kurulunun hiçbir sorumluluğunun olmadığını ve bu çalışmanın İnÜHFD'den başka hiçbir akademik yayın ortamında değerlendirilmediğini beyan etmektedir. | The author declares that he complies with the scientific, ethical, and quotation rules of InULR in all processes of the paper and that they do not make any falsification of the data collected. In addition, he declares that Inonu University Law Review and its editorial board have no responsibility for any ethical violations that may be encountered, and that this study has not been evaluated or published in any academic publication environment other than Inonu University Law Review.

KAYNAKÇA

- AKYİĞİT, Ercan: İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Açısından İşçinin Başka İşde Çalışması, Öz İplik-İş Sendikası Eğitim Yayınları, Ankara, 1995.
- ALPAGUT, Gülsevil: “İşçinin Sadakat Borcu ve Türk Borçlar Kanunu ile Getirilen Düzenlemeler”, Sicil İş Hukuku Dergisi, (25), 2012, s.23-32.
- ANDREAS, Abegg/BERNAUER, Christof: “Art. 321a” in Gauch, Peter/Stöckli, Hubert (ed.), Präjudizienbuch OR – Die Rechtsprechung des Bundesgerichts (1875-2020), 10. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich - Basel – Genf, 2021, s. 846-851.
- ANTALYA, O. Gökhan/Topuz, Murat: Medeni Hukuk, Legal Yayınları, İstanbul, 2015.
- ARSLAN ERTÜRK, Arzu: Türk İş Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2010.
- ARSLAN ERTÜRK, Arzu: İş Sözleşmesinde Şekil, Vedat Kitabevi, İstanbul, 2017.
- BASKAN, Ş. Esra: “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Rekabet Yasağı Sözleşmesi”, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, 2(2), 2012, s.116-125.
- BOPP, Michael: “Arbeitsvertrag”, in Boris, Etter/Nicolas, Facincani/Sutter Reto (ed.), SHK - Stämpflis Handkommentar, Stämpfli Verlag, Bern, 2021, s.794-806.
- CANIKLIOĞLU, Nursen: “İş İlişkinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı”, Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2017, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2019, s.185-368.
- CENTEL, Tankut: İş Hukuku, Cilt 1, Kazancı Yayınevi, İstanbul, 1992.
- CENTEL, Tankut: “Türk Borçlar Kanunu'nda İşçinin Borçları” Sicil İş Hukuku Dergisi, (22), 2011, s.5-12.
- ÇELİK, Nuri/CANIKLIOĞLU, Nursen/CANBOLAT, Talat/ÖZKARACA, Ercüment: İş Hukuku Dersleri, 34. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2021.
- DEMİR, Fevzi/DEMİR, Gönenç, “İşçinin Sadakat Borcu ve Uygulaması”, Kamu-İş, 11(1), 2009, s.1-37.
- DOĞAN, Sevil, İşçinin Rekabet Yasağı-İş Sırrının Korunması, Seçkin Yayınları, Ankara, 2017.
- DOĞAN, Sevil, “İş Hukukunda İşçinin Ara Dinlenmesi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 26(2), 2020, s.1179-1202.
- DOĞAN YENİSEY, Kübra: “Sözleşme ile Getirilen Yan İş Yasağı ve Geçerliliği Sorunu”, in Doğan Yenisey, Kübra (ed.), Prof. Dr. Savaş Taşkent'e Armağan, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2019, s.365-387.
- EKMEKÇİ, Ömer/KORKUSUZ, Refik: Turkish Individual Labour Law, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2020.
- EKMEKÇİ, Ömer/YİĞİT, Esra: Bireysel İş Hukuku Dersleri, 3. Bası, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2021.
- EMMEL, Frank: “Vertragsverhältnisse Teil 2: Arbeitsvertrag, Werkvertrag, Auftrag, GoA, Bürgschaft”, in Huguenin, Claire/Müller-Chen, Markus (ed.), CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Auflage, Schulthess Verlag, 2016, s.21-26.
- ERTÜRK, Şükran: İş İlişkinde Temel Haklar, Seçkin Yayınları, Ankara, 2002.
- EYRENCİ, Öner: “İşçiye Bağlı Nedenlerle Feshin Geçerliliğinde Ölçülülük Denetimi” in Demir, Ender/Gemici Filiz, Beste (ed.), in Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan, II. İş Hukuku Uluslararası Kongresi, Seçkin Yayınları, Ankara, 2017, s.345-357.
- EYRENCİ, Öner: “Feshin Geçerliliğinde Ölçülülük Denetimi”, in Güzel, Ali/Ugan, Deniz (ed.), İş Güvencesi ve İşe İade Davaları, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul, 2010, s.34-52.
- EYRENCİ, Öner/TAŞKENT, Savaş/ULUCAN, Devrim/BASKAN, Esra: İş Hukuku, 10. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2020.
- FARNER, Martin: “Die Sicherung Der Treuepflicht Mit Konventionalstrafe”, Anwaltsrevue, (219), 2013, s.219-223.
- KABAKCI, Mahmut: Geçerli Fesih Nedeni Olarak Yetersiz (Kötü ve Eksik) İş Görme, Beta Yayınları, İstanbul, 2012.
- KARADEMİR, Artür: İş Güvencesinde Son Çare İlkesi, Seçkin Yayınları, Ankara, 2021.
- KAYIRGAN, Hasan: “İş Hukukunda Sadakat Borcunun Genel Bir Değerlendirmesi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 20(1), 2014, s.459-478.

- KÖME AKPULAT, Ayşe: “Gazetecinin Başka İşte Çalışma Serbestisi ve Sınırları: Basın İş Kanunu’nun 13. Maddesi Kapsamında Bir İnceleme”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 10 (1), 2019, s.224-236.
- MANAV, Eda: “İşçinin Rekabet Etmeme Borcu”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2(4), 2011, s.101-134.
- MILANI, Dominik: “Arbeitsvertrag”, in Boris, Etter/Nicolas, Facincani/Sutter Reto (ed.), *SHK - Stämpflis Handkommentar*, Stämpfli Verlag, Bern, 2021, s.37-51.
- MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi/ASTARLI, Muhittin/BAYSAL, Ulaş: *İş Hukuku*, Turhan Yayınları, Ankara, 2014.
- NARMANLIOĞLU, Ünal: *İş Hukuku-Ferdi İş İlişkileri I*, 5. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2014.
- ÖZDEMİR, Erdem: “Feshin Geçerliliğinin Denetiminde Dürüstlük Kuralı”, in Güzel, Ali/Ugan, Deniz (ed.) *İş Güvencesi ve İşe İade Davaları*, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul, 2010, s.56-80.
- ÖZKARACA, Ercüment/ÖZKAN KOÇ, Sema Deniz: “Rekabet Yasağı Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda Görevli Mahkeme”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, (45), 2021, s.75-105.
- RÄBER, Joe: *Das nachvertragliche Konkurrenzverbot im Arbeitsvertrag, de lege lata und de lege ferenda*, Schulthess Verlag, Zürich - Basel - Genf, 2020.
- REHBINDER, Manfred/STÖCKLI, Jean-Fritz: “Einleitung und Kommentar zu den Art. 319–330b OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Der Arbeitsvertrag, Art. 319-362 OR“ in Hausheer, Heinz/Walter, Hans Peter (ed.), *BK - Berner Kommentar*, Stämpfli Verlag, 2010, s.125-140.
- REHBINDER, Manfred/STÖCKLI, Jean-Fritz: “Der Arbeitsvertrag, Art. 331-355 und Art. 361-362 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht” in Hausheer, Heinz/Walter, Hans Peter (ed.), *BK - Berner Kommentar*, 2. Auflage, Stämpfli Verlag, 2014, s.431-448.
- SARIKAYA, Murat: *Sözleşmenin Yorumu*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2019.
- SAVAŞ, Fatma Burcu: *İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Haklı Nedenle Feshi*, Beta Yayınları, İstanbul, 2012.
- SENYEN-KAPLAN, E. Tuncay: *Bireysel İş Hukuku*, 11. Bası, Gazi Kitabevi, Ankara, 2020.
- SOYER, M. Polat: *Rekabet Yasağı Sözleşmesi*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, Ankara, 1994.
- STAEHELIN, Adrian: “Der Arbeitsvertrag, Art. 319-330a OR, Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR)”, in Gauch, Peter/Schmid, Jörg (ed.), *ZK – Zürcher Kommentar*, 4. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich - Basel – Genf, 2006, s.77-100.
- STREIFF, Ullin/von KAENEL, Adrian/RUDOLPH, Roger: *Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR*, 7. Aufl., Schulthess Verlag, Zürich - Basel – Genf, 2012.
- SÜZEK, Sarper: *İş Hukuku*, 21. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2021.
- TULUKÇU, N. Binnur: *İş Hukukunda Dinlenme Hakkı*, Adalet Yayınları, Ankara, 2012.
- TUNÇOMAĞ, Kenan/CENTEL, Tankut: *İş Hukukunun Esasları*, 9. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2018.
- UŞAN, M. Fatih: *İş Hukukunda İş Sırrının Korunması (Sır Saklama ve Rekabet Yasağı)*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2003.
- UŞAN, M. Fatih: “Rekabet Yasağı Sözleşmesinin Taşınması Gereken Şartlar ve Bunun Geçerliliği Meselesi (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi’nin Bir Kararı Üzerine Değerlendirme)”, *Sicil İş Hukuku Dergisi* (14), 2011, s.116-128.
- YILDIZ, Gaye Burcu: *İş Hukukunda Sözleşmesel Kayıtlar*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014.