

**İŞLETME PRSONELİNİN AYARTILMASI
MESELESİNİN HAKSIZ REKABET HÜKÜMLERİ
ÇERÇEVESİNDE (TTK m. 56 vd.)
DEĞERLENDİRİLMESİ**

*Dr. Kemal ŞENOCAK**

I. GİRİŞ

Ayartma, genel olarak, bir müteşebbisin, diğer bir işletmenin işçi, personel gibi yardımcı şahıslarının iş yerini değiştirmesine yönelik çaba göstermesi şeklinde tanımlanabilir. Bu çabalar iktisadi piyasada, sadece işletmede çalışan yardımcı şahıslara değil; işletmenin müşterilerine, hatta işletmeye mal ve hizmet tedarik eden(tedarikçi) kişi ya da işletmelere yönelik olarak da ortaya çıkmaktadır. Aslında, müşteri, tedarikçi ve yardımcı şahsın(çalışanın) bir müteşebbis tarafından kendi işletmesine yarar sağlamak amacıyla kazanılmaya çalışılması serbest iktisadî rekabetin karakteristik özelliğidir. Gerçekten, birbiriyle iktisadî rekabet içinde olanların (rakiplerin), birbirlerinin elinden sahip oldukları ya da sahip olmayı hesap ettikleri müşterileri kapmaları iktisadî rekabetin esasını oluşturmaktadır¹. Bu sebeple, ayartmanın serbest rekabetin normal bir tecellisi olduğu söylenebilir. Piyasa ekonomisinde faaliyette bulunan müteşebbisler, doğal koruma parkında² yaşamadıklarından, bunların, işletmelerine ait işçi, müşteri ve tedarikçi çevresinin rakip işletmelerce elde edilmesine yönelik çabalarına karşı mutlak olarak korunması söz konusu olamaz. İktisadî büyümenin durgun olduğu zamanlarda da, işçi ve müşterinin ayartılması meselesi önem arzeder. Zira, doyuma ulaşmış piyasalarda, yardımcı şahsın ve müşterinin ayartılması, bir müteşebbis açısından, işletmenin satış cirosunun artması ve

* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı.

¹ BAUMBACH, A. / HEFERMEHL, W.: Wettbewerbsrecht, 22. Aufl., München 2001, Allg. Rdnr. 21; BETTIN, E.: Unlautere Abwerbung, Berlin 1999, sh. 17. Ayrıca bkz. STEINHAUS, H. J.: Abwerbung von Arbeitnehmern, Düsseldorf 1960, sh. 24-25; ZITTLAFF, F.: Ausspannen von Arbeitnehmern und Kunden, BB 1951, sh. 674; KÖHLER, H. / PIPER, H.: Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, München 2001, § 1 Rdnr. 759.

² BETTIN, E.: age., sh. 17; SCHRÖDER, G.: Abwerbung und Abwerbungsschutz, DB 1964, sh. 1298.

büyümesi için yegâne imkândır³. Netice olarak denilebilir ki, bir çalışanın ya da müşterinin ayartılması kural olarak caizdir. Ancak bir takım özel şartların gerçekleşmesi halinde ayartanın eylemi haksız rekabet teşkil edecektir. İşte bu çalışmamızda, işletme çalışanlarının ayartılmasının, hangi hal ve şartlar altında haksız rekabet teşkil edeceği meselesi incelenecektir. Personelin ayartılmasıyla ilgili olarak doğan problemleri incelemeden evvel, aşağıda ilk önce ayartma kavramı hakkında bilgi verilecektir.

II. KAVRAM

Ayartma eyleminin karakteristik özelliği, üçüncü kişinin(yardımcı şahıs, müşteri, tedarikçi) bir işletmeyle aralarında mevcut olan akdi ilişkisinin başka bir işletmeyle yeni bir akit yapmak suretiyle bozulmasıdır⁴. Ayartma kavramı, işte bu düşünceden hareketle tanımlanmaya çalışılmaktadır. Örneğin, *Dirks*⁵ ve *Hans*'a⁶ göre ayartma: "iş piyasasında işsizlik veya henüz yeni bitirilmiş bir mesleki eğitim gibi nedenle rahatlıkla istihdam edilmesi mümkün olmayan; işyerini kendiliğinden değiştirmeyi düşünmediğinden istihdam edilmek üzere herhangi bir iş yeri de aramayan; ancak cazip bir teklifle bu hususta teşvik ve tahrik edilebilecek işgücünün hâli hazırdaki işini bırakmasının sağlanmaya çalışılmasıdır". Bu tanım *Vogel* tarafından da benimsenmiştir. Ona göre⁷, iş piyasasında birisine bağlı olarak çalışan işgücünün elde edilmeye çalışıldığı anda bir ayartma eyleminden bahsedilir.

Gibbert ise ayartmayı, (bir işletme sahibine) bir akit bağıyla bağlı olan üçüncü kişiyi, (işverenle aralarında) mevcut olan iş akdini sona erdirip bizzat ayartanın kendisiyle ya da diğer bir üçüncü kişiyle yeni bir akdi ilişki içersine girmesini sağlamak amacıyla etkilemek şeklinde anlamaktadır⁸. Benzer bir tanım, Alman iş mahkemeleri tarafından da kabul görmüştür. Nitekim söz konusu mahkeme kararlarına göre, hukukî anlamda ayartma: "Hâli hazırda mevcut olan bir iş ilişkisinden vazgeçip, yeni bir ilişkinin

³ BETTIN, E.: age., sh. 18.

⁴ REHBEIN, D.: Die Verletzung von Forderungsrechten durch Dritte, Diss. Freiburg 1968, sh. 23; BAUMBACH, A. / HEFERMEHL, W.: age., § 1 Rdnr. 583. sh. 789; BETTIN, E.: age., sh. 17.

⁵ DIRKS, H.: Zur Psychologie der Abwerbung, DB 1955, sh. 1046.

⁶ HANS, W.: Abwerbung von Arbeitskräften, Diss. Köln 1958, sh. 13.

⁷ VOGEL, H.: Maßnahmen zur Verhinderung der Abwerbung, BB 1960, sh. 136.

⁸ GIBBERT, I.: Rechtsschutz gegen sittenwidrige Abwerbungen: Ansprüche des von einer Abwerbung betroffenen Arbeitgebers gegenüber dem Abwerbenden und seinen Mittelsmännern, Diss. Giessen 1997, sh. 5-6.

kurulması için harekete geçirtmek amacıyla işçiye belirli bir ciddiyet ve ısrar ile etki icra etmektedir"⁹.

Bu çalışmamızda sadece işçi(çalışanların) ayartılması haksız rekabet açısından incelenecek olup; aynı zamanda müşterilerin de ayartılması ele alınmayacaktır. Bununla birlikte, aşağıda, *Gibbert* tarafından yapılan tanımdan hareketle, müşterileri de kapsayacak; bir başka deyişle, sadece hizmet akdiyle sınırlı kalmayarak su şekilde bir tanım denemesi yapılacaktır. "*Ayartma, herhangi bir müteşebbise akdi bir bağla bağlı üçüncü kişiye; onunla işletme sahibi arasında hâli hazırda mevcut olan akdi ilişkiyi sona erdirip bizzat kendisiyle veya başka bir üçüncü kişiyle yeni bir akit yapması için harekete geçirtmek amacıyla etki icra etmektir*".

Bu noktada müşterinin ayartılmasıyla, müşterinin dikkatini kendisine veya piyasaya sunumlarına(ürünlerine, hizmet edimlerine) çekmek için reklam yapılması arasındaki farka değinmekte yarar vardır. Reklam yapmada amaç, müşteri ile rakip işletme sahibi arasında mevcut olan akdi ilişkinin sona erdirilmesi değildir. Buna karşılık, ayartmada, ayartan, müşterinin rakip işletme ile arasındaki mevcut akdi ilişkisini, kendisiyle yeni bir akdi ilişkiye girmesi için sona erdirmesi amacını gütmektedir. Kısaca, ayartmada, reklamdaki farklı olarak, üçüncü kişiler arasındaki akdi ilişkiye bir müdahale söz konusudur¹⁰.

III. İŞLETME PERSONELİNİN AYARTILMASININ EKONOMİK AÇIDAN ANALİZİ

Bu başlık altında, ayartma eyleminin işletme ve makro ekonomik düzeyde etkileri üzerinde durulacaktır.

A- İŞLETME DÜZEYİNDE

Günümüzde, bazı faaliyetler artık makineler tarafından yapılmasına rağmen, işletmeler bir çok sahada hâlen işgücüne ihtiyaç duymaktadırlar. Özellikle, rasyonelleşme, işletmede çalışacak insan gücünün iyi ve tam bilgilerle donanmış bulunmasını; şahsi kabiliyetlerinin ise yüksek seviyede olmasını gerektirmektedir. Bir firma yöneticisinin şu sözü bu gerçeği bütün çıplaklığıyla ortaya koymaktadır: "*Gayet basit, biz en akıllıları çalıştırıyoruz. Verimli çalışma yöntemimiz sayesinde 13 yılda, yani*

⁹ LAG Rheinland-Pfalz, NZA 1993, sh. 265= DB 1992, sh. 789; LAG Baden-Württenber, DB 1970, sh. 2325.

¹⁰ FRICK, M.: Abwerbung von Personal und Kunden unter besonderer Berücksichtigung der Abwerbung durch Arbeitnehmer während und nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses, Bern 2000, sh. 2.

kuruluşumuzdan bu yana ciromuzu sıfırdan altı milyar Dolara yükselttik"¹¹. Ancak, ayartma eylemi, sadece, bir işletmenin herhangi bir servisinde çalışan(ların) sahip oldukları bilgi ve tecrübelerden kendi işletmesinde faydalanmak amacıyla işlenmemektedir. Ayartan, bu eylemi, aynı zamanda bu kişilerin işlerini gördüğü ve kendileriyle yakın ilişki içerisinde olduğu önceki işyerinin müşteri çevresini de kazanmak amacıyla yapmaktadır¹². Zaten, rekabet piyasasında belli yere gelmek isteyen müteşebbislerin, diğer işletmelerin müşteri çevresini kazanma amacını gütmekten daha doğal bir şey yoktur. Ayartılma amacıyla kendisine teklif götürülen personel de, işletmelerin bu amacını bildiğinden, ayartanla akdi ilişkilere girmeden önce yapmış olduğu müzakerelerde, iş piyasasındaki değerini arttırmak için, kendisinin onunla(ayartanla) beraber çalışması halinde, önceki işyerinin müşterisiyle kurduğu güvene dayanan ikili ilişkilerine işaret ederek bu kişilerin de kendisini takip edebileceği ve işletmenin müşteri çevresine dahil olabileceğinden söz etmesi pek az rastlanılan bir durum olmayacaktır.

Çalışanın bu amaçla ayartılması, serbest piyasa düzeninin özünde yer almaktadır; dolayısıyla kural olarak, caizdir; hatta arzu edilen bir şeydir. Binaenaleyh, çalışanın ayartılması ancak, istisnai hallerde haksız rekabet teşkil edecektir. Bu sebeple, ayartma fiilinin haksız rekabet teşkil edebilmesi için, ayartan, ayartılan personel ve ayartma fiilinden etkilenen işletme sahibinin ekonomik menfaatlerinin göz önüne alınması, tartılması ve değerlendirilmesi gerekir.

Bir çok olayda, ayartılan personel, işletme açısından vazgeçilmez bir kişiliktir. Zira, bu kişiler, bazı görevleri tek başına yapıyor olabilir veya işletme faaliyeti açısından lüzumlu bilgilere tek başına sahip bulunabilir ve gene tek başına müşteri çevresiyle ilişki içerisinde olabilir. Bütün bu özelliklere işletmede çalışan tek bir personel değil; personel grubu(timi) da sahip olabilir. Nitekim, günümüzde de ayartma eylemi, tek işçi yerine daha çok rakip firmanın bir servisinde çalışan timin elde edilmeye çalışılması suretiyle vuku bulmaktadır. Ekonomik açıdan meseleye bakıldığında, çalışan ya da çalışanların kaybı, işvereni açısından bir know-how'un kaybıdır. Ancak, çalışanın ayartılması, işletme açısından, sadece, bu kişilerin sahip olduğu bilgi ve tecrübelerin kaybı anlamına gelmez. İşverenin, çalışanların bilgi ve tecrübe sahibi olması için büyük bir yatırım yapmış olduğu ihtimali de göz önüne alındığında, çalışanın işletmeden ayrılması, bu yatırımın boşa gitmesi sonucunu da beraberinde getirecektir. Keza, yardımcı şahsın know-how'u, teknik işletmeler açısından, işletmenin değerinin tespitinde önemli bir faktör olan "goodwill"i de belirleyeceğinden, bu kişilerin ayartılması,

¹¹ MARTIN, H. P. / SCHUMANN, H.(Çev. SAATÇI-KARADANA, Ö. / KAHRAMAN, M.): *Globelleşme Tuzağı, Demokrasiye ve Refaha Saldırı*, Ankara 1997, sh. 15.

¹² FRICK, M.: *age.*, sh. 4.

işletme açısından büyük bir ekonomik değer kaybı anlamına geleceği aşîkârdır. Söz konusu işletmenin, ayartılan işçinin eğitimi için harcadığı süre de, o işletme açısından ekonomik değer kaybını ifade eder.

İşletmenin kaybı sadece boşa giden bu süreyle sınırlı değildir. Şöyle ki, işletme yeni işe aldığı şahsı eğitmek için de en az önceki kadar bir süre harcayacaktır. Bu durumda, ayartılan çalışan sayısının fazla miktarda olması bu süreler zarfında, işletmenin üretim sürecinin devamlılığında bir kesintiye de yol açabilecektir¹³. Ayrıca, çalışanların ayartma fiilinden etkilenmesi sonucu işletmeden ayrılması durumunda, söz konusu işletme sahibi, yenilerinin ikamesine kadar önemli masraflarda¹⁴ bulunacaktır. Bu masraflara, işletmenin faaliyet konusunu teşkil eden üretimle ilgili bilgi ve tecrübe sahibi kişilerin ayartılarak alınmasının doğurduğu masraflar ile bu konuda henüz bilgi sahibi olmayan kişilerin istihdam edilmesi sonucu, söz konusu kişilerin eğitilmesi için yapılacak masraflar örnek kabilinden verilebilir. Boşalan yere talip olan işsizlerin sayısının oldukça yüksek olması, bir işletmenin ayartma eylemi dolayısıyla maruz kalacağı zararı sıfırlamaz. Zira, ayartılan personelin sahip olduğu bilgi tecrübelerin, yerine ikame edilen şahsa aynı şekilde aktarılması o kadar kolay değildir. Yeni personelin yapacağı işler hakkında tam bir malumat edinmesi işletme açısından belirli miktarda masraf yapılmasını zorunlu kılacaktır¹⁵. Henüz üretim tekniği konusunda bilgi sahibi olmayan kişilerin eğitilmesi esnasında, üretim miktarı azalabilecek; bu durum da, mamul başına düşen maliyetin artmasına yol açabilecektir. Binaenaleyh, işletme, ürününü artık eski fiyat düzeyinde satmayabilecek; dolayısıyla, sürümünü de azalabilecektir. Gerçi, işletme, mevcut çalışanlarını fazla mesai yaptırtarak üretim miktarını aynı seviyede tutabilir. Ancak böyle bir halde de, işletme nezdinde fazla mesai ücreti şeklinde ilave masraflar doğacaktır¹⁶. Şüphesiz, ayartma fiili sonucunda, üstlendiği işleri artık zamanında(süresinde) veya eskisi gibi aynı kalitede yerine getiremeyen işletmelerin “goodwill”inin de etkileneceği pek tabiidir¹⁷. İşletmenin “goodwill”inin olumsuz yönde etkilenmesi de, onun piyasadaki payının küçülmesine sebep olur.

Bu noktada, netice olarak, ayartma fiilinden etkilenen işverenin, ayartma fiilinin sınırsız uygulanmamasında ve ayartılan çalışanın kendi

¹³ GUDDEN, R.: Abwerbung von Arbeitskräften, Diss. Erlangen-Nürnberg 1969, sh. 2; BARROT, A.: Die Abwerbung von Arbeitskräften, Frankfurt a/Main 1973., sh. 59-60.

¹⁴ Frey, 1970 yılında yazdığı bir eserinde, bir çalışanın işyerini değiştirmesi hadisesinin, işletmede 5.000 – 10.000 İsviçre Frankı arasında bir mâli yükün doğmasına sebep olacağından bahsetmektedir. Bkz. FREY, J.: Der Arbeitsplatzwechsel, Diss. St. Gallen 1970, sh. 62.

¹⁵ BETTIN, E.: age., sh. 21.

¹⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. DUBLER, K. E.: Ursachen, Auswirkungen und Reduktion des Personalwechsels, Diss. Freiburg 1955, sh. 59.

¹⁷ DUBLER, K. E.: age., sh. 66; BARROT, A.: age., sh. 59.

işletmesinde sahip olduğu bilgi ve tecrübeyi, rakip işletmede kullanma özgürlüğünün sınırlandırılmasında önemli bir menfaatinin olduğu söylenebilir¹⁸.

Şüphesiz ayartma eylemini işleyen şahsın da, kendi işletmesinde kullanacağı işgücünü iş piyasasından serbestçe seçip istihdam etme hususunda önemli bir menfaati vardır. Keza, ayartılmaya çalışılan işçi ya da personelin de Anayasanın 48'inci maddesinde teminat altına alınan mesleğini ve işini icra edeceği yeri serbestçe seçebilme; dolayısıyla değiştirebilme özgürlüğüne sahip olduğu hususu da gözden kaçırılmamalıdır. Demek ki, işçi, personel gibi yardımcı şahsın ayartılması hadisesinde ayartan, ayartılan, ayartma eyleminden etkilenen işveren şeklinde isimlendirebileceğimiz üç tarafın menfaati karşı karşıya gelmektedir. Ancak, bu menfaatlerden ayartan ile ayartılan personelin menfaati, ayartılma vakıalarında geniş ölçüde birbiriyle örtüşürken, ayartma eyleminden etkilenen işvereninkiyle çatışmaktadır¹⁹. Bu sebeple, ayartma eyleminin haksız rekabet açısından değerlendirilmesinde, söz konusu menfaatlerin adilane bir şekilde tartılması gerekmektedir.

B- MAKRO DÜZEYDE

Ayartma eylemi, makro ekonomi açısından küçümsenmeyecek dezavantajları beraberinde getirmektedir. Zira ayartma eylemi, ücret artışlarında önemli oranda bir artışa sebep olmaktadır. Şöyle ki, bir işletme, ayartma sonucunda boşalan yerin tekrar doldurulması için, büyük ihtimalle, henüz yeterli bilgi ve tecrübeye sahip olmayan bir kişiyi alıp yetiştirmek yolunu seçmeyecektir. İstihdam edilen işinin eğitilmesi için geçmesi gereken süre gözönüne alındığında, böyle bir davranış onun için pek ekonomik olmayacaktır. Bu durumda söz konusu işletme, boşalan yeri, kalifiye, yetişmiş bir elemanla doldurmak isteyecektir. Bu amaç doğrultusunda belki, kendisi de başka bir işletmenin elemanını ayartma yoluna gidecektir. Şüphesiz bunun için de müteşebbis ücret politikasından önemli oranlarda taviz vermek zorunda kalacaktır. Müteşebbisin böyle bir hareket tarzını benimsemesi de, çalışan diğer personelin ücretlerinde artış yapılmasına yönelik taleplerde bulunmasıyla sonuçlanabilecektir²⁰. Ücret artış talebini kabul etmek zorunda kalan işveren de, doğal olarak bu artışı ürettiği mal ve hizmetlerin fiyatlarına yansıtacaktır. Böylece, büyük sayılarda gerçekleşen

¹⁸ FRICK, M.: age., sh. 5.

¹⁹ FRICK, M.: age., sh. 4-5.

²⁰ DIRKS; H.: age., DB 1955, sh. 1046-1047; WEHR, E.: Die Abwerbung von Arbeitskräften, Arbeits und Sozialpolitik 1958, sh. 47 vd.; GUDDEN; R.: age., sh. 3.

ayartma eylemleri, ürün fiyatlarında artışa sebep olacağından enflasyonu artırıcı bir etkiye sahip olabilecektir²¹.

Çalışanlara yüksek ücretin ödendiği bir ülkede de bu artış, istikrar halinde bulunan ücret seviyesini tehlikeye atabilecektir. Ücret taleplerinin ürün fiyatlarına yansıtılması, ürünlere talebin azalmasına yol açabilecektir. Ürünlere olan talebin azalması da, stagflasyon şeklinde adlandırılan; yani iktisadi büyüme eksi yönde bir seyir izlerken fiyatların artmasını simgeleyen konstelasyona sebep olabilecektir. Bu nevi bir stagflasyon da, resesyona sonuçlanabilme tehlikesini beraberinde getirecektir²².

IV. TÜRK TİCARET KANUNU'NUN HAKSIZ REKABETE İLİŞKİN HÜKÜMLERİ AÇISINDAN DEĞERLENDİRME

Ayartma eyleminin Türk Ticaret Kanunu'nun 56 vd. maddeleri anlamında haksız rekabet teşkil edip etmediğinin tespiti her somut olayda ayrı ayrı değerlendirilmelidir. İktisadi hayatta, ayartma eyleminin oldukça farklı görünüşleriyle karşılaşılacağından, bu hususta bütün ayartma eylemlerini kolaylıkla haksız rekabet olarak değerlendirmeye yarayabilecek genel geçerli bir ölçüt söylemek mümkün değildir. Ayartma eylemi, Türk Ticaret Kanunu'nun 57'inci maddesinde açıkça düzenlenmemiştir. Bu sebeple, değerlendirmenin 56'ncı madde açısından yapılması gerekir. Bir eylemin, Türk Ticaret Kanunu'nun 56'ncı maddesi anlamında haksız rekabet niteliğini taşıyabilmesi için aşağıda incelenecek olan şu şartların gerçekleşmesi gerekir. Her şeyden önce, iktisadi rekabeti etkileyecek bir eylemin(rekabet eylemi)yapılmış olması ve bu eylemin hüsünüyete aykırı olması gerekir. Buna karşılık Türk Ticaret Kanunu'nun 56'ncı maddesi anlamında haksız rekabetten bahsedilebilmesi için, kusura gerek olmadığı gibi²³, haksız rekabeti oluşturan eylem dolayısıyla başkasının ekonomik yönden zarar görmüş ya da zarar görme tehlikesine maruz kalmış olması²⁴ da şart değildir. Zira bu hususlar, Türk Ticaret Kanunu'nun 58'nci maddesindeki "Haksız rekabet yüzünden....." ifadesinden de anlaşılacağı üzere haksız rekabeti oluşturan maddi şartlar değil; haksız rekabet dolayısıyla dava açabilmenin şartlarıdır.

A- İktisadî Rekabeti Etkileyebilecek Bir Eylemin Yapılmış Olması

Türk Ticaret Kanunu'nun 56'ncı maddesine göre, haksız rekabet iktisadî rekabetin hüsünüyet kurallarına aykırı şekilde her türlü suiistimalidir. Bu hüküm, iktisadi sahada doğruluk ve dürüstlük esaslarının ihlâlinin önlenmesi amacının bir ifadesidir. Madem ki, iktisadî sahada

²¹ GUDDEN; R.: age., sh. 3; BARROT, A.: age., sh. 57.

²² BARROT, A.: age., sh. 57.

²³ ARKAN, S.: age., sh. 294.

²⁴ Aksi görüş için bkz. MİMAROĞLU, S. K.: Ticaret Hukuku, C. I, İşletme Hukuku, B. 3 Ankara 1978, sh. 386.

doğruluk ve dürüstlük esaslarının geçerli olmasının sağlanması amaçlanmış ve bu amaç doğrultusunda iktisadi rekabetin hüsnüniyet kurallarına aykırı olarak suiistimali haksız rekabet sayılmış; o zaman buradan söz konusu hükmün uygulanması açısından iktisadi sahada bir faaliyet gösterilmesi ve bu faaliyetin hüsnüniyet kaidelerine aykırı olmaması gerektiği sonucu çıkar²⁵. Dolayısıyla, iktisadi rekabeti etkileyecek bir eylemden bahsedilebilmesi, her şeyden önce iktisadi bir faaliyette bulunulmasını gerektirir. Binaenaleyh, iktisadi olmayan sırf kişisel (özel) hayatı ve çıkarları ilgilendiren şahsî ihtiyaçları gidermeye (özel tüketime) yönelik faaliyetler²⁶ ile devletin egemenlik hakkına binaen yapmış olduğu faaliyetler haksız rekabet hükümlerinin uygulama sahası dışında kalır²⁷. Keza, etkisi işletme dışına yansımayan, işletme içerisinde cereyan eden olaylara da haksız rekabet hükümleri uygulanmayacaktır²⁸. Ayartma eylemi işletme dışına yansımayan bir olay olarak ortaya çıktığı durumlarda, örneğin, bir işletmenin bir üretim bölümünde çalışan bir işçinin diğer bölümün şefi tarafından ayartılarak bu bölümde çalışmasının sağlanması haksız rekabet hükümlerine tâbi olmayacaktır²⁹. Haksız rekabet hükümleri sadece iktisadi rekabeti etkileyebilecek eylemlere (işlem ve davranışlara) (rekabet eylemi= Wettbewerbshandlung) uygulanır³⁰. Söz konusu açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, haksız rekabete ilişkin hükümlerin ayartma eylemleri hakkında uygulanabilmesi için, ayartanın eyleminin iktisadi faaliyet niteliğini taşıması gerekir³¹. Bu bağlamda, serbest meslek faaliyetinde bulunanlar da, iktisadi rekabeti etkileyecek davranışlarda bulunabileceklerinden, serbest meslek sahiplerinin faaliyetleri de haksız rekabet teşkil edebilir³². Binaenaleyh, bir serbest meslek sahibi doktorun,

²⁵ Alman Haksız Rekabet Kanunu'nun 1'inci paragrafına göre: "*İş hayatında rekabet maksadıyla yapılan objektif iyiniyet kaidelerine aykırı hareketler haksız rekabet sayılır*". Bu maddede geçen "*iş hayatındaki ...hareketler*" ifadesinin konmasıyla, her türlü değil; sırf iktisadi rekabetin düzenlenmesi, kurallara bağlanması amaçlanmıştır. (bkz. EKEY, F. L./KLIPPEL, D. / KOTTHOFF, J. / MECKEL, A. /PLA_, G.: Heidelberger Kommentar zum Wettbewerbsrecht, Heidelberg 2000, E 3 Rdnr. 5 sh. 17).

²⁶ BAUDENBACHER, C.: Lauterkeitsrecht, Kommentar zum Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb (UWG), St. Gallen 2000; vor Art. 2 Rdnr. 4, sh. 62; PEDRAZZINI, M.M.: Unlauterer Wettbewerb, Bern 1992, sh. 31; von BÜREN, R. / DAVID, L.: Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Basel 1992, sh. 10; HILTI, C.: Zum Anwendungsbereich des neuen Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb, SJZ 1989, sh. 130. Ayrıca bkz. ve krş. SUTTER, G.: Das Lockvogelverbot im UWG (Art. 3 lit. f), Bern-Stuttgart-Wien 1993, sh. 38.

²⁷ BAUDENBACHER, C.: vor Art. 2 Rdnr. 4-5, sh. 62; von BÜREN, R. / DAVID, L.: age., sh. 10; HILTI, C.: age., SJZ 1989, sh. 131.

²⁸ BAUDENBACHER, C.: vor Art. 2 Rdnr. 4, sh. 62; KÖHLER, H. / PIPER, H.: age., Einf. Rdnr. 197.

²⁹ BETTIN, E.: age., sh. 31.

³⁰ PEDRAZZINI, M.M.: age., sh. 32, sh. 47; SAXER, U.: Die Anwendung des UWG auf ideelle Grundrechtsbetätigungen, eine Problemskizze, AJP 1993, sh. 604; ZELLER, E.: Gedanken zu BGE 117 IV 193, SZW 1993, sh. 21; von BÜREN, R. / DAVID, L.: age., sh. 9.

³¹ BARROT, A.: age., sh. 86.

³² BAUDENBACHER, C.: vor Art. 2 Rdnr. 3, sh. 61; Von BÜREN, B.: Kommentar, sh. 18-19; EKEY, F. L./KLIPPEL, D. / KOTTHOFF, J. / MECKEL, A. /PLA_, G.: age., E 3

başka bir doktorun yanında çalışan hemşireyi ayartması, haksız rekabete ilişkin genel hüküm mahiyetindeki Türk Ticaret Kanunu'nun 56'ncı maddesinin diğer şartları gerçekleşmişse, haksız rekabet olarak değerlendirilebilecektir.

İktisadi piyasada gelir elde etmeye yönelik faaliyetler iktisadi rekabeti etkileyen faaliyetler olup, haksız rekabet hükümleri bakımından bunlar dikkate alınır. Sırf kâr elde edilmesi amacının güdülmesi zorunlu değildir. Beklenilenin aksine kâr edilmeyip zarara uğranılması, ilgili faaliyeti iktisadi rekabet sahasının dışına çıkarmaz³³. Yapılacak masraf ve harcamaları karşılamaya yönelik faaliyetler³⁴ ile daha da büyük zararlara(kayıplara) uğramaktan kaçınmaya yönelik faaliyetler³⁵ de iktisadi piyasada gelir elde etmeye yönelik faaliyetlerdir. İktisadi rekabet, süreli bir faaliyeti de şart koşmamaktadır. Bir kereliğine yapılan faaliyet dahi, iktisadi rekabet teşkil edebilir³⁶. Zikredilen bu özellikleriyle iktisadi rekabet, sanat, kültür, politika ve spor alanlarındaki rekabetten farklılık arzeder³⁷. Buna göre, iktisadi rekabet, iktisadi başarıya yönelik bir faaliyeti şart kılar. Bununla birlikte, elde edilmeye çalışılan değeri parayla takdir edilebilen avantajın yegane veya ana amaç olarak tezahür etmesi zorunlu değildir³⁸. Eylem yapanın sadece kendisinin değil; aynı zamanda üçüncü kişinin rekabet kabiliyetini artırmaya, desteklemeye yönelik eylemleri de iktisadi rekabeti etkileyen eylemlerdir(rekabet eylemi)³⁹.

Müşteri ve çalışanların ayartılması da iktisadi rekabeti etkileyen eylemlerdir. Zira, ayartan, işinde ehil, uzman, bilgi ve yetenekli bir çalışanı kendisine çekmekle rekabet gücünü artırırken, ayartılanın önceki işvereni olan şahsın rekabet gücünü zayıflatmaktadır⁴⁰. Bir başka deyişle, ayartma, ayartanın piyasa içerisindeki konumunun iyileşmesine, güçlenmesine hizmet eden bir eylemdir. Aynı durum müşterilerin ayartılması durumu için de geçerlidir⁴¹. Burada da ayartılan yeni müşteriler, ayartanın rekabet gücünü arttırmaktadır.

Rdnr. 6 sh. 18; BAUMBACH, A. / HEFERMEHL, W.: age., Einl. Rdnr. 208. BGE, 50 I, sh. 165; BGE, 80 II, sh. 168.

³³ PEDRETTI, R.: Wettbewerb und Zugabewesen, Bern 1969, sh. 27-28.

³⁴ TROLLER, A.: Immaterialgüterrecht, Bd. II, 3. Aufl., Basel-Frankfurt a. Main 1985, sh. 911; Von BÜREN, B.: Kommentar, sh. 18; BGE, 80 II, sh. 170.

³⁵ EKEY, F. L./KLIPPEL, D. / KOTTHOFF, J. / MECKEL, A. /PLA_, G.: age., E 3 Rdnr. 5 sh. 17; BAUMBACH, A. / HEFERMEHL, W.: age., Einl. Rdnr. 208.

³⁶ TROLLER, A.: age., sh. 911.

³⁷ BARROT, A.: age., sh. 86; TROLLER, A.: Immaterialgüterrecht, Bd. II, 3. Aufl., Basel-Frankfurt a. M. 1985, sh. 911. BGE 110 II, sh. 420-421; BGE, 86 II, sh. 110; BGE, 75 IV, sh. 23.

³⁸ BGE, 110 II, sh. 421; TROLLER, A.: age., Bd. II, sh. 911.

³⁹ ACKERMANN, B.: Wettbewerbsrecht, Berlin-Heidelberg-New York 1997, sh. 15.

⁴⁰ FRICK, M.: age., sh. 88.

⁴¹ BAUMBACH, A. / HEFERMEHL, W.: age., § 1. Rdnr. 582.

Ayartma eyleminin iktisadî bir işletmenin kurulması veya kurulduktan sonra yapılması, söz konusu eylemin iktisadi bir faaliyet olarak nitelendirilmesi açısından her hangi bir fark yaratmaz. Bu vesile ile, bir iktisadi işletme kurulurken başka bir işletmenin yardımcı şahsının ayartılarak istihdam edilmesi de iktisadî rekabeti etkileyen bir eylem olarak kabul edilmelidir⁴².

B- İktisadî Rekabetin Hüsünüyet Kaidelerine Aykırı Surette Suiistimali

Türk Ticaret Kanunu'nun 56'ncı maddesine göre, aldatıcı hareketle veya hüsünüyet kaidelerine aykırı olarak iktisadi muamelelerin yapılmış olması haksız rekabet teşkil eder. Türk Ticaret Kanunu'nun bu hükmünün mehzazını teşkil eden İsviçre Haksız Rekabet Kanunu'nda "hüsünüyet kaideleri" tabirinin yerine kullanılan "dürüstlük ve güven" (Treu und Glauben) lafzının mahiyeti İsviçre doktrinde tartışmalıdır. Tartışmalar, metinde geçen dürüstlük ve güven lafzından dolayı, söz konusu hükmün (TTK m. 56) Medeni Kanun'un 2'nci maddesinin bir uygulama alanını teşkil edip etmediği noktasında toplanmaktadır. Türk Hukuku'nda bu konuda herhangi bir tartışma söz konusu olmayıp, 56'ncı maddenin, Medeni Kanun'un 2'nci maddesindeki prensibin serbest rekabet hakkında tatbik edilmesinden ibaret olduğu fikri ileri sürülmektedir⁴³. Bu noktada herhangi bir görüş beyan etmeden evvel, İsviçre hukuku'nda ilk önce *Merz* tarafından savunulan ve azımsanmayacak ölçüde de taraftar toplayan aksi görüşün değerlendirilmesi yapılacaktır. *Merz*'e göre, Medeni Kanunu'nun 2'nci maddesi, taraflar arasında özel bir hukuki ilişki (= hukukî özel bağlantı; rechtliche Sonderverbindung) ve bu ilişkiye katılanların karşılıklı güvenlerinin varlığını şart koşmaktadır⁴⁴. Daha açık bir deyimle, yazara

⁴² STEINHAUS, H.J.: Abwerbung von Arbeitnehmern, Köln 1960, sh. 2; BARROT, A.: age., sh. 86.

⁴³ KARAYALÇIN, Y.: Ticaret Hukuku Dersleri, 1. Giriş-Ticari İşletme, Ankara 1960, sh. 349 vd.; ARKAN, S.: Ticari İşletme Hukuku, B. VI, Ankara 2001, sh. 293.

⁴⁴ MERZ, H.: Berner Kommentar, Art. 2 ZGB, Seperatabzug aus dem Einleitungsband, Bern 1962, Art. 2 Rdnr. 34, sh. 236. Aynı görüş için bkz. DESCHENAUX, H.: Schweizerisches Privatrecht, Bd. II: Der Einleitungsartikel, Basel 1967, sh. 137; KELLER, M. / GABI, S.: Haftpflichtrecht, Bd. II, Basel-Frankfurt a. M. 1988, sh. 41; REY, H.: Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 2. Aufl., Zürich 1988, Rdnr. 741 sh. 162-163; OFTINGER, K. STARK, E. W.: Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. II: Besonderer Teil, Zürich 1987, sh. 40. Schnyder, "özel bağlantı" terimi yerine "*hukukî önem arzeden ilişki*" terimini tercih etmektedir. Bkz. SCHNYDER, B.: Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Einl. 1. Teilbd.: Art. 1-7 ZGB, Zürich 1998, Art. 2 Rdnr. 6, sh. 462. Ancak şu hususu da belirtmekte fayda vardır ki, *Merz* ve *Deschenaux* bu görüşlerini gerekçelendirmemişler; bunun yerine sadece Alman hukukundaki yazarlara atıfta bulunmakla yetinmişlerdir. (Alman hukukunda da doğruluk ve dürüstlük kuramı düzenleyen 242'nci paragraf anlamında da, taraflar arasında özel bir bağın varlığı şart koşulmaktadır. Bkz. PALANDT, O./ HEINRICHES, H.: Bürgerliches Gesetzbuch, 58. Aufl., München 1999, § 242 Rdnr. 6; LARENZ, K.: Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 6. Aufl., München 1983, sh. 222; FIKENTSCHER, W.:

göre, bu ilkenin uygulanması için taraflar arasında bir güven ilişkisinin söz konusu olması gerekir. Bu ilişkide taraflar karşılıklı olarak birbirinden beklemeye haklı olduğu hususlarda güvenleri boşa çıkmamalıdır. Taraflar arasında güven ilişkisinin doğumu da , bu şahıslar arasında, özel bir bağın varlığını gerektirir. Bu özel bağ, bir sözleşmeye dayanabileceği gibi, sözleşme öncesi ilişkilere veya komşu malikler arasında olduğu(MK. m. 661) gibi doğrudan doğruya kanuna da dayanabilir. İşte *Merz*'e göre, rakipler arasında bu nevi bir özel bir bağ söz konusu olamayacağı için, Türk Ticaret Kanunu'nun 56'ncı maddesine tekabül eden İsviçre Haksız Rekabet Kanunu'nun 1'inci maddesinde geçen "dürüstlük ve güven"(TTK m. 56: hüsnüniyet) tabiri, Medeni Kanun'unun 2'nci maddesinin anladığı anlamdan daha ziyade, "ahlak ve adab" şeklinde anlaşılmalıdır. Binaenaleyh, maddede geçen "dürüstlük ve güven", Medeni Kanun'unun 2'inci maddesinin bir uygulama alanı değildir⁴⁵. Buna karşılık, aksi görüşü savunan *Germann* 'a göre, Medeni Kanun'un 2'nci maddesi taraflar arasında bir karşılıklı ilişkisini(Gegenseitigkeitsverhältnis) şart koşmaktadır. İktisadi rekabet içinde olanlar arasında da, -bir akdin tarafları arasında olanlarda olduğu gibidürüst rekabetin gerektirdiği kurallara tâbi olan bir karşılıklı ilişki mevcuttur⁴⁶. Binaenaleyh, iktisadi rekabete iştirak eden her şahıs, rakibinin rekabetin dürüstçe yapılmasını sağlayan kurallara uyacağına güvenmeye hakkı vardır⁴⁷.

Schuldrecht, Berlin-New York 1992, sh. 127). Oysa Alman hukukunda bu şartın aranması, § 242'yi, hukuken korunmaya layık değerleri tādadi olarak sayan haksız fiili hükümlerinin genel hükmü niteliğindeki § 823 vd. dan sınırlandırmak içindir (Bkz. MÜLLER, A.: Die Beeinträchtigung fremder Forderungen als Delikt im Sinne von OR 41 Abs. 2, Zürich 1975, sh. 36-37).

Bununla birlikte *Alman hukukunda*, özel ilişki kavramı oldukça geniş anlaşılmaktadır. Şöyle ki, özel bir ilişkiden bahsedilebilmesi için, birbiriyle bağlantılı menfaatler dolayısıyla meydana gelen sosyal temas(vasıflı sosyal temas) yeterli addedilmektedir(SIEBERT, W.: Treu und Glauben, Erläuterungen zu § 242 BGB, Stuttgart 1959, Rdnr. 13, sh. 15; HEINRICH, H.: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. II, 3. Aufl., München 1994, § 242 Rdnr. 55 sh. 108-109; PALANDT, O./ HEINRICH, H.: age., § 242 Rdnr. 6).

Türk hukukunda da içeriği sadece koruma (veya genel davranış yükümlerinden oluşan) edim yükümlünden bağımsız borç ilişkilerinin Medeni Kanun'unun 2'nci maddesinin uygulama alanına girdiği fikri kabul edilmektedir (EREN, F.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, İstanbul 1998, sh. 40 vd.; OĞUZMAN, M. K. / ÖZ, T.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1998, sh. 38-39).

⁴⁵ Bkz. MERZ, H.: age., , Art. 2 Rdnr. 34, sh. 236. Aynı görüş için bkz. PEDRETTI, R.: age., sh. 61 vd.; Wylter de benzer görüşten hareket etmektedir. Ona göre, Medeni Kanunu'nun 2'nci maddesi, bir şahsın mevcut hak ve yükümlülükleriyle ilgilidir. Söz konusu yükümlülük de, dürüst iktisadi rekabetin menfaatine olan haksız fiili hukukuyla ilgili sadakat yükümlülüğünden farklıdır.(WYLER, T.: Werbung mit dem Preis als unlauterer Wettbewerb, Basel - Frankfurt a. M. 1990, sh. 26-27).

⁴⁶ Ayrıca bkz. GERMANN, O.A.: Zum Verhältnis zwischen der Generalklausel des Wettbewerbsgesetzes und seinen Spezialtatbeständen, Festschrift für Walter Hug, Bern 1968, sh. 210.

⁴⁷ GERMANN; O. A.: age., sh. 244-245.

İktisadi rekabetin esasî nazarı itibara alındığında, doktrinde Medeni Kanunu'nun 2'inci maddesinin uygulanması açısından ileri sürülen özel bağ varlığı ilk bakışta görülmeyecektir. Zira, doğruluk ve dürüstlük ilkesi doğrultusunda yürütülen bir rekabet eyleminde dahi, rekabet ilişkisi içersinde olan şahıslardan bir veya bir kaçının zarar görmesi, rekabet gücünün azalması doğal bir vakiadır. Bu durum rekabetin özünde vardır ve bu sebepten dolayı da ahlaka aykırı kınanabilir bir durum söz konusu olamaz⁴⁸. Bununla birlikte bu sonuç, doğruluk ve dürüstlük kuralının haksız rekabet hukukunda uygulanmayacağı anlamına da gelmemelidir. Şüphesiz, sayısız ilişkiler yumağı, kollektif veya ferdî kararlar ve eylemler, rekabetin kendisinden beklenen fonksiyonları icra edebilmesini sağlayan unsurlardır. Kanun koyucu da iktisadî ilişkilere katılan veya bu ilişkileri herhangi bir şekilde etkileyen şahıslara, toplumu temsilen iktisadî rekabeti birlikte şekillendirme görev ve yetkisini vermiştir. Bu özelliğiyle söz konusu görev ve yetkinin süjesi olabilecek şahıslar özel bir hukuki topluluk(besondere Rechtsgemeinschaft) teşkil etmektedirler⁴⁹. Kendisinden beklenen fonksiyon ve görevlerini icra eden bir ekonomik düzen de, ister tüketici ister rakip sıfatıyla olsun bu düzene iştirak eden her şahsın, dürüst serbest rekabet kurumunun işlemekte olduğuna dair haklı güvenlerinin boşa çıkmaması temeli üzerine kuruludur. Bir başka deyişle, iktisadi rekabete iştirak eden her şahıs, iktisadi ilişkiler yumağıyla örülü bu topluluğa sadakatle davranıldığı ve dürüst ve hileli olmayan rekabetin fonksiyon icrasında sekteye uğratabilecek davranışlardan kaçınıldığına dair güveni boşa çıkartmayacak şekilde davranmalıdır. Söz konusu davranış yükümlülüğü, iktisadi rekabet düzenine katılan bu şahısların birbirini tanımalarını da gerektirmez⁵⁰.

Ayrıca bu hususta Zeller'in görüşüne de iştirak edilebilir. Nitekim ona göre, taraflar arasında özel bir ilişkinin olması unsuru, Medeni Kanunu'nun 2'inci maddesinin uygulanabilme koşulu meselesinden ziyade, doğruluk ve dürüstlük ilkesinin muhtevasının somutlaşmasıyla ilgili bir meseledir. Onun muhtevası, taraflar arasındaki ilişkinin özelliğine göre farklı şekillerde somutlaşacaktır. Buna göre genel olarak şu husus söylenebilir: *Taraflar arasındaki ilişki ne kadar özel ve sıkı ise, onlardan dürüstlük kuralı gereğince uyması beklenebilecek gerekler de o kadar çoğalır*⁵¹. Sonuç

⁴⁸ PEDRETTI, R.: age., sh. 61-62; TAUFER, M.: Einbezug von Dritten im UWG, Zürich 1997, sh. 26;

⁴⁹ TAUFER, M.: age., sh. 26. Schnyder'e göre, aynı iktisadi piyasaya iştirak etmek. Medeni Kanunu'nun 2'inci maddesinin uygulanmasının zorunlu unsuru olan hukukun önem arzeden ilişkinin kurulması için yeterlidir.

⁵⁰ Bkz. TROLLER, A.: age., Bd. II, sh. 921- 922.

⁵¹ Ayrıntı bilgi için bkz. ZELLER, E.: Treu und Glauben und Rechtsmissbrauchsverbot. Prinzipiengehalt und Konkretisierung von Art. 2 ZGB, Zürich 1981, sh. 278 vd.. Aynı görüş için bkz. NIEDERHAUSER, M.D.: Missbrauch der Marktmacht und Rechtsmissbrauch, Bern 1978, sh. 52-53.

olarak, Türk Ticaret Kanunu'nun 56'ncı maddesinin Medeni Kanun'un 2'inci maddesinin bir uygulama alanını teşkil ettiği ve söz konusu maddede geçen "hüsnüniyet" tabirini Medeni Kanun'un 2'nci maddesi anlamında kabul etmek gerektiği söylenebilir⁵². Binaenaleyh, iktisadi rekabete iştirak edenler, diğer iştirakçilerin, rekabet düzeninin fonksiyonlarını icra etmesini sağlayan kurallara riayet edeceğine dair güvenebilmelidir⁵³. Bir başka deyişle, kendi çaba ve emeğine dayanarak rekabet eden şahsın, rakibinin de kendi çaba ve emeğine dayanarak rekabet edeceğine haklı güveni boşa çıkarılmamalıdır. Ancak şu noktayı ayrıca belirtmek gerekir ki, Türk Ticaret Kanunu'nun 56'ncı maddesi Medeni Kanun'unun 2'nci maddesinden farklı olarak *lex imperfecta* değil; doğrudan doğruya uygulanan bir normdur⁵⁴.

Kanun koyucu bu hükümlerle, bütün hukukî ilişkiler için geçerli bir prensip olan *doğruluk ve dürüstlük ilkesini* iktisadi rekabete iştirak eden her şahsın yaptığı eylem ve işlemlerin haksız olarak nitelendirilip nitelendirilmemesinde bir ölçü olarak koymaktadır. Bu anlamda, doğruluk ve dürüstlük kuralı, haklı rekabet eylemini haksız rekabet eyleminden ayırtmaya yarayan bir kriter olarak öngörülmüştür. Doğruluk ve dürüstlük ilkesine uygun hareket edilip edilmediğinin tespitinde *ticarî ahlakın* ve *iktisadi rekabetin tam işlev görebilmesini sağlayan kuralların* ihlal edilip edilmediğinin araştırılması gerekir. Demek ki, Türk Ticaret Kanunu'nun 57'nci maddesinde 10 bent halinde sayılan özel hollere girmeyen durumlarda, yapılan eylemin veya işlemin haklı ya da haksız olduğunun tespiti meselesinde hakim, ticarî ahlak kriterleri ile iktisadî rekabetin fonksiyonunu icra edebilmesini sağlayan kurallara başvuracaktır⁵⁵. Bu düzenleme ile kanun koyucu, iktisadi rekabetin gelişmesiyle bağlantılı olarak ortaya çıkan, rekabeti suiistimal eden davranış ve işlemlerin söz konusu hüküm kapsamında kabul edilip edilemeyeceği meselesinde hakimin önünün tıkamasını önlemek amacını güttüğü söylenebilir. Böylece hakim, haksız rekabete ilişkin hükümleri, gelişen çağa ve zamana ve gelişen ihtiyaçlara uygun olarak yorumlama imkanına kavuşmuş olmaktadır⁵⁶.

⁵² Toller, Kamen. herhangi bir gerekçe ileri sürmeden aynı görüşü kabul etmektedir. Bkz. TROLLER, K.: Grundzüge des schweizerischen Immaterialgüterrecht, Basel-Genf-München 2001, sh. 331.

⁵³ Von CASTELBERG, C.: Grundlagen des schweizerischen Wettbewerbsrecht, Zürich 1948, sh. 104.

⁵⁴ von BÜREN, R. / DAVID, L.: age., in: SIWR Bd. V/I, sh. 48.

⁵⁵ BOTSHAFT des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb vom 18. Mai 1983, BB1 1983 II, sh. 1043.

⁵⁶ BOTSHAFT zum UWG, sh. 1059. "...esasen anılan Yasanın 56'ncı maddesi ile hâkime; çevreye zamana ve günün ekonomik koşullarına intibak edebilen geniş ve değişik bir kıstas verilmiş bulunmaktadır." (11 HD.nin 9.2.1999 gün ve E. 98/9506, K. 99/708 sayılı K. İçin bkz. Yasa 1999, S. 215, sh. 1280-1282).

Yapılan eylem veya işlemin haksız rekabet teşkil edip etmediğinin tespitinde, dürüstlük kuralı, sadece 56'ncı madde hükmü açısından yapılan değerlendirmede dikkate alınır. Bir eylem veya işlemin, Türk Ticaret Kanunu'nun 57'nci maddesinde örnek kabilinden bu eylem veya işlemin haksız rekabet sayılması için yeterlidir. Söz konusu eylem ya da sayılan hallerden birine girmesi, işlemin bir daha dürüstlük kuralına uygun olup olmadığı araştırılmasını gerektirmez. Bu sonuç, 57'nci maddenin, "Hüsnüniyet kaidelerine aykırı hareketler hususiyle şunlardır" şeklindeki lafzından açıkça çıkmaktadır⁵⁷.

Ayartma eyleminin de haksız rekabet teşkil edip etmediği, söz konusu eylemin doğruluk ve dürüstlük kurallarını ihlal edecek surette yapılıp yapılmadığına verilecek cevaba göre belirlenir. Bu mesele, her somut olayda ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Ayartma eylemi doğruluk ve dürüstlük ilkesini ihlal ediyorsa, haksız rekabet teşkil edecektir. Bu çerçevede gözönüne alınması gereken faktörler, söz konusu eylemi yapanın saiki, amacı(kasıtlı olarak, ihtiyacı olmadığı halde karşı tarafı sırf piyasadan silmek amacıyla yapılıp yapılmadığı) ve eylemin etkisidir⁵⁸. Ayrıca ayartma eyleminin sık sık tekrarlanması, süresi gibi faktörlerinin de nazarı itibara alınması gerekir⁵⁹.

Ayartma eylemi **uygulanan yöntem ya da araç yönünden** de hüsnüniyet kurallarına aykırılık teşkil edebilir. Bu hallere şu vâkıalar örnek kabilinden zikredilebilir. Ayartma eylemi, gerçek olmayan bilgilere istinaden, işçinin mevcut işyerinde hizmet ilişkisinin tâbi olduğu akdî şartlar ile -işyerini değiştirmesi hâlinde- yeni işyerinde tâbi olacağı akdî şartlar karşılaştırılarak yapılırsa, rekabet hukuku açısından dürüstlük kuralına uymayan bir yöntemle gerçekleştirilmiş olur⁶⁰. Bazı durumlarda, ayartan, müşteri ya da işçiyi, tutamayacağı veya tutmaya hiç niyeti olmadığı bir takım vaatlerde bulunarak ayartırsa, gene dürüstlük kuralına aykırılık unsuru gerçekleşmiş olur⁶¹. İşçi ya da müşterinin serbestçe karar verebilmesinin engellenmesi, Türk Ticaret Kanunu'nun 56'ncı maddesinde bahsedilen aldatıcı hareketle eş tutulmalıdır. Bu bağlamda, işçiyle ya da müşteri ile yapılan görüşmelerde, politik zorunluluğa, devlet menfaatlerine işaret edilmesi, ayartma eylemini haksız hâle dönüştürür⁶².

⁵⁷ BGE, 88 II, sh. 183.

⁵⁸ BGH, GRUR 1961, sh. 588, 593.

⁵⁹ von BÜREN, B.: Kommentar, sh. 8 ve sh. 62.

⁶⁰ STEINHAUS, H.-J.: age., sh. 31; BARROT, A.: age., sh. 92-93.

⁶¹ BARROT, A.: age., sh. 93.

⁶² BARROT, A.: age., sh. 93.

Aşağıda, personelin hizmet akdini usulüne uygun suretle sona erdirmesine teşvik ve tahrik edilmesi başlığı altında ayrıca da inceleneceği üzere, ayartanın, işçi ya da müşteriyi, bir akdi ilişkiyle bağlı olduğu işletme veya sahibi ya da sağlanan ücret veya iş şartları hakkında küçük düşürücü açıklamalarda bulunmak suretiyle ayartmaya çalışması halinde dürüstlük kuralına aykırı bir eylem söz konusu olur. Ancak, bu eyleme Türk Ticaret Kanunu'nun 56'ncı maddesi değil; 57'nci maddesinin 1'inci bendi uygulanır.

Ayartma eyleminin dürüstlük kuralına aykırı olarak yapılıp yapılmadığında, “**takip edilen amaç**” da ölçü olarak alınabilir⁶³. Şöyle ki, eğer, ayartan, ayartma eylemini, rakip işletmenin iktisadi piyasadan silinmesi amacıyla yapmışsa, dürüstlük kuralına aykırı davranmış olur. Gerçi, her işletme sahibi, rakibine oranla daha üstün duruma geçmek ister ve bu doğrultuda faaliyette bulunabilir ve bunun sonucunda da rakibi-tâbiri caizse- sıfırı tüketebilir; fakat, işletme sahibi amaç ve hedefini asla, rakibinin ekonomik yönden mahvolmasına yönelmez⁶⁴. Binaenaleyh, rakibinin iktisadi piyasadan yok olmasını kendisine asli amaç ve hedef edinen işletmenin, rakibinin müşteri ve personelini bu amaç doğrultusunda ayartması, Türk Ticaret Kanunu'nun 56'ncı maddesi kapsamında haksız rekabet teşkil edecektir⁶⁵. Örneğin, başkasına ait işletmede çalışan işçileri, ihtiyaç ve zorunluluk olmadığı halde ayartılmasında, ayartanın, diğer işletmenin, faaliyetlerini engellemek ve bu surette rakibine zarar vermek amacıyla hareket ettiği kabul edilmelidir. Zira, serbest rekabet, işletmenin üretim ve rekabet gücünün artmasına hizmet etmelidir; yoksa rekabetin engellenmesine değil⁶⁶. Ayrıca, işletme sahibi, başkasının işletmesinde çalışan personeli, sırf, bu işletmenin **üretim ve ticari sırlarını** elde etmek amacıyla ayartmışsa, haksız rekabet hükümlerinin uygulama alanına giren bir eylem işlemiş olur.⁶⁷

C- REKABET İLİŞKİSİ

Haksız rekabetin kabulü için ilgililer arasında rekabet ilişkisinin bulunmasının zorunlu olup olmadığı hususu tartışmalıdır. Azınlıkta kalan

⁶³ REIMER, E.: age., sh. 518; BARROT, A.: age., sh. 94.

⁶⁴ Von BÜREN, B.: age., sh. 59; BARROT, A.: age., sh. 94.

⁶⁵ Bkz. STEINHAUS, H.-J.: age., sh. 38.

⁶⁶ TEZNER, H.: Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Köln 1957, sh. 100.

⁶⁷ Bkz. sh. 41 vd.

görüş, taraflar arasında rekabet ilişkisinin varlığını şart olarak aramaktadır⁶⁸. Buna karşılık, hakim görüş⁶⁹, haksız rekabetin varlığı için rekabet fiilini işleyen ile mağdur arasında bir rekabet ilişkisinin varlığını aramamaktadır. İsviçre hukukunda, 1.3.1988 tarihinde yürürlüğe giren değişiklikle büyük revizyona uğrayan Haksız Rekabete Karşı Kanun'un 2'nci maddesinin gerekçesinde rekabet ilişkisinin varlığı şartının aranmayacağı açıkça vurgulanmıştır⁷⁰. Türk Ticaret Kanunu'nun 56 vd. maddelerine kaynak teşkil eden 1943 tarihli İsviçre Haksız Rekabete Karşı Kanun'un gerekçesinde de: *"Bu Kanun anlamında haksız rekabet sadece birbiriyle rekabet halinde bulunanlar tarafından işlenemez; aksine bu Kanun, üçüncü kişiler veya birliklerin, belirli işletmeler lehine rekabete müdahale etmeleri halinde de uygulanır"* ifadesi yer almaktadır. Bununla birlikte, 1943 tarihli Kanun'un uygulandığı dönemde, uygulama ve teoride ağırlıklı olarak, taraflar arasında rekabet ilişkisinin varlığı bir şart olarak ileri sürülmüştü⁷¹. Oysa günümüzde İsviçre hukukunda artık, İsviçre Haksız Rekabete Karşı Kanun'un 2'inci maddesinin yeni düzenlemesi ve gerekçesinden hareketle bu şartın varlığı aranmamaktadır⁷². Kanaatimizce, taraflar arasında rekabet ilişkisi söz konusu olmaksızın, iktisadi rekabetin objektif iyiniyet kurallarına aykırı olarak suiistimal edilmesi halinde Türk Ticaret Kanunu'nun haksız rekabeti

⁶⁸ DOĞANAY, İ.: Türk Ticaret Kanunu'nun Haksız Rekabete İlişkin Hükümleri Yargıtay'ca Nasıl Uygulanıyor? Batider 1970, sh. 533; TD., 14.9.1968. E. 1967/9750. K. 1968/6047 (Bkz. DOMANIÇ, H./ÇAMOĞLU, E.: İçtihatlı-Notlu Türk Ticaret Kanunu, İstanbul 1977, sh. 76-77).

⁶⁹ ARKAN, S.: age., sh. 294; ARSLANLI, H.: Kara Ticaret Hukuku Dersleri, Umumi Hükümler, B. 3, İstanbul 1960, sh. 222 vd.; MİMAROĞLU, S. K.: age., sh. 386 vd.; KIRCA, İ.: Bilimsel Araştırma Sonuçlarının Yayımlanması - Haksız Rekabet ve İfade Özgürlüğü, Prof. Dr. Erdoğan MOROĞLU'na Armağan, İstanbul 1999, sh. 455; ÖRS, F.H.: Türk Hususi Hukukunda Haksız Rekabet, Ankara 1958, sh. 32; GÖLE, C.: Ticaret Hukuku Açısından Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicinin Korunması, Ankara 1983, sh. 167-168; PÖROY, R. / YASAMAN, H.: Ticari İşletme Hukuku, B. 8, İstanbul 1998, Rdnr. 369, sh. 222.

⁷⁰ BOTSHAFT zum UWG, sh. 1060 ve 1074-1075.

⁷¹ Bkz. TROLLER, A.: Immaterialgüterrecht, Bd. II, Basel - Stuttgart 1962, sh. 892, sh. 897-898; TROLLER, P.: Kollisionen zwischen Firmen Handelsnamen und Marken, Basel 1980, sh. 120 vd.; von BÜREN, B.: Kommentar zum Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb, Zürich 1957, sh. 181 vd.; GAUCH, P.: Der Zweigbetrieb im schweizerischen Zivilrecht Fribourg 1974, sh. 289 Rdnr. 1363; MATTER, E.: Zur Generalklausel im Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb, ZbJV 1951, sh. 453; von GRAFFENRIED, R.: Grundlagen und gegenseitiges Verhältnis der Normen des gewerblichen Rechtsschutzes, Bern 1952, sh. 25 vd.; JOOS, B.: Das Schweizerische Firmenrecht, Diss. Maiz 1970, sh. 156-157. Ayrıca bkz. BGE, 79 II, sh. 314; BGE, 80 IV, sh. 33; BGE, 86 II, sh. 110; BGE, 90 II, sh. 195; BGE, 90 II, sh. 322-323; BGE, 92 II, sh. 24; BGE, 93 II, sh. 46; BGE, 93 II, sh. 139; BGE, 100 II, sh. 229; BGE, 100 II, sh. 397

⁷² FRICK, M.: age., Sh. 88; PEDRAZZINI, M.M.: Unlautere Wettbewerb, Bern 1992, sh. 31-32; JÜRIG, M.: Einleitung und Generalklausel (Art. 1-2 UWG), in: Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Hrsg. Von BÜREN, R./ DAVID, L., Bd. V Teilbd.: Lauterkeitsrecht, Basel-Frankfurt am Main 1992, sh. 8; HILTI, C.: Zum Anwendungsbereich des neuen Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), SJZ 1989, sh. 129; TROLLER, A.: Immaterialgüterrecht, Bd. II, Basel - Stuttgart 1985, sh. 919; WALTER, H.P.: Das Wettbewerbsverhältnis im neuen UWG, SMI 1992, sh. 173. Ayrıca bkz. BGE, 117 IV, sh. 193; BGE, 116 II, sh. 470.

düzenleyen 56 vd. maddeleri uygulama alanı bulmalıdır. Zira her şeyden önce, Kanun'da rekabet ilişkisinin varlığını arayan açık bir hüküm yoktur. Aksine, Türk Ticaret Kanunu'nun haksız rekabete ilişkin genel hüküm mahiyetinde olan 56'ncı maddesi rekabet ilişkisi içerisinde olmayanların eylemlerini de kapsayacak şekilde geniş kaleme alınmıştır. Bu konuda bir değerlendirme yapabilmek için ayrıca, söz konusu hükümlerin koruma amacına da bakılması gerekir. Türk Ticaret Kanunu'nun bu hükümlerinin *ilk planda*, birbiriyle rekabet ilişkisinde olanların-ister ferden ister bir bütün olarak- rekabet kapasitelerini, güçlerini korumak amacını güttüğü söylenebilir⁷³. Bu bağlamda, Türk Ticaret Kanunu'nun 58'inci maddesinde zikredilen haksız rekabetle ilgili davaların ilk planda, haksız rekabet yüzünden iktisadi menfaatleri zarar gören veya böyle bir tehlikeye maruz kalan rakibe tanındığı söylenebilir. Ancak gerek 56 gerekse 58'inci maddede haksız rekabet faili ile mağduru arasında rekabet ilişkisinin bulunmasını şart koşan bir hüküm yoktur. Aksine Kanun'un 58'inci maddesinde "**rakip**" ifadesi yerine daha geniş bir tabir seçilerek "zarar gören veya böyle bir tehlikeye maruz kalan **kimse**" denilmiştir⁷⁴. Bu hükümlerle, rekabet ilişkisi içerisinde olmayan herhangi bir üçüncü kişiye de, hükümde sözü edilen dava hakları tanınmıştır. Buradan, Kanun'un sadece rakipleri, birbirlerinin haksız rekabet eylemlerine karşı koruma amacı gütmeyeceği sonucu çıkar. Türk Ticaret Kanunu'nun 56 vd. maddeleri -yeterli olmasa da- tüketiciyi de koruma amacını güden hükümler ihtiva etmektedir. Şöyle ki, Türk Ticaret Kanunu'nun 58'inci maddesinin 2'inci fıkrası düzenlemesi⁷⁵ olmasaydı, bu fıkra hükmüne (TTK m. 58/f. 1) aslında tüketicilerin de dahil edilebilmesi mümkündür. Türk Ticaret Kanunu'nun 58'inci maddesinin ikinci fıkrasına göre, -ilk fıkradan farklı olarak- sadece iktisadi menfaatleri haleldar olan müşterilerin de 1'inci fıkrada yazılı olan davaları açabileceklerdir. Bu fıkra anlamında müşteri kavramına; sadece, tekrar satmak üzere işletmesi için mal alan müşteriler değil; tüketiciler de dahildir⁷⁶. Söz konusu hükme paralel olarak, tüketiciyi korumak amacıyla kurulan dernekler de, üyelerinin iktisadi menfaatlerini koruyan iktisadi birlik kavramı içerisinde mütalaa edilebilir ve bunlara da, Türk Ticaret Kanunu'nun 58'inci maddesinin 3'üncü fıkrası anlamında dava açma hakkı tanınabilir⁷⁷. Nitekim, İsviçre hukukunda, tüketiciyi koruma dernekleri, -her ne kadar bu yetkilerini kullanmamış ve yetkileri "*law in the books*" olarak kalmış bulunsalar bile- Türk Ticaret

⁷³ PERRIN, A.: La Concurrence économique selon les dispositions civiles de la loi fédérale sur la concurrence déloyale, du 30 septembre 1943, sh. 138.

⁷⁴ Bkz. MİMAROĞLU, S. K.: age., C. I, sh. 386 vd.; KIRCA, İ.: agm., Prof. Dr. Erdoğan MOROĞLU'na Armağan, sh. 455.

⁷⁵ Bu fıkranın tüketiciyi koruma amacı taşıdığı doğrultusundaki bir görüş için bkz. MATTER, E.: Zur Generalklausel im Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb, ZbJV 1952, sh. 468.

⁷⁶ ABBT, J.P.: Konsumentenschutz und Wettbewerb – Ein Spannungsverhältnis, Zürich 1994, sh. 56-57; von BÜREN, B.: Kommentar, sh. 6.

⁷⁷ Bkz. ARKAN, S.: age., sh. 307. Aksi görüş için bkz. KARAHAN, S.: Ticari İşletme Hukuku, B.4, Konya 1995, sh. 204.

Kanunu'nun haksız rekabete ilişkin hükümlerinin me hazı olan 1943 tarihli İsviçre Haksız Rekabete Karşı Kanunu'nun⁷⁸ 2'inci maddesinin 3'üncü fıkrası anlamında iktisadi birlik olarak kabul edilmekteydi⁷⁹. Bu hükümlerle kendilerine haksız rekabet eyleminin veya davranışının failine karşı dava açma hakkı tanınan tüketici ve tüketicuyu koruma derneklerinin, söz konusu faille bir rekabet ilişkisi içerisinde olamayacağı pek tabidir. Kanun koyucunun güttüğü tüketicileri koruma amacını, haksız rekabete ilişkin genel hüküm mahiyetinde olan 56'ncı maddesinde de ifadesini bulmuştur. Şöyle ki, söz konusu hükümde, "*aldatıcı hareket(le) iktisadi rekabetin her türlü suiistimali*"nin haksız rekabet sayılacağından bahsetmektedir. Böylece Kanun Koyucu, haksız rekabete ilişkin genel hüküm mahiyetinde olan 56'ncı madde düzenlemesi ile haklı rekabet düzeninin ihlalini gösteren en önemli eylemin, "aldatma" eylemi⁸⁰ olduğunu zikretmektedir. Bu suretle, söz konusu maddeyle, *tüketicilerin*, iktisadi piyasada yer alan diğer kişilerin eylem ve davranışlarına olan güvenlerinin boşa çıkarılmaması gerektiği vurgulanmaktadır⁸¹.

Sonuç olarak, haksız rekabete ilişkin bu hükümlerin sadece birbiriyle rekabet ilişkisi içerisinde olanları değil, *tüketicuyu de koruma amacı* güttüğünü söylemek mümkündür. Tüketicilerin de haksız rekabet teşkil eden eylemin faili ya da mağduruyla bir rekabet ilişkisi içerisinde olamayacağı pek tabiidir. Dolayısıyla, haksız rekabet eyleminin faili ile mağduru arasında, Türk Ticaret Kanunu'nun 56'ncı maddesinin uygulanması açısından rekabet ilişkisinin varlığını aramak, kanun koyucunun tüketicuyu koruma amacıyla çalıştığı gibi; bu amacın *açıkça* ifadesini bulduğu 58'inci maddeye aykırı, onu hiçe sayan bir yorum olur.

Ayrıca, yukarıda da zikredildiği üzere, haksız rekabete ilişkin hükümler ilk planda iktisadi faaliyet gösterenlerin rekabet güçlerini koruma amacını

⁷⁸ Günümüzde İsviçre Hukuku'nda, tüketici örgütlerinin dava hakkı, 1986 tarihli Haksız Rekabete Karşı Kanun'un 10'uncu maddesinin 2'nci fıkrasının (b) bendiyle açıkça düzenlenmiştir. Yeni düzenleme, tüketici örgütlerine dava açma hakkını, üyelerinin dava açma hakkının olup olmamasından bağımsız olarak tanımaktadır. Oysa, Türk Ticaret Kanunu'nun 58'inci maddesine göre, tüketici dernekleri, bu hakka, ancak, -1943 tarihli me haz İsviçre Haksız Rekabete Karşı Kanun'un 2'inci maddesinin 3'üncü fıkrasına paralel olarak- üyelerinin dava açma hakkına sahip olması halinde sahiptirler.

⁷⁹ WOLF, E. / STOFER, H.: Unlauterer Wettbewerb und Konsumentenschutz, SJZ 1973, sh. 84; KRÄMER, E. A.: Konsumentenschutz als neue Dimension des Privat- und Wettbewerbsrecht, ZSR 1979 I, sh. 61-62. Ayrıca bkz. ROOS, G.: Das Klagerecht der Berufs- und Wirtschaftsverbände nach dem Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb, Bern 1947, sh. 16-17.

⁸⁰ Bu maddede örnek kabilinden özel olarak "aldatma eylemi"nden bahsedilmesinin nedeni, haksız rekabete ilişkin en sık karşılaşılan olayların rakip ya da müşterilerin aldatılmasıyla bağlantılı olmasındadır. İsviçre Haksız Rekabete Karşı Kanun'un bu yönde bir ifadeyi içeren gerekçesi için bkz. BOTSHAFT UWG, BBl 1983 II, sh. 1060.

⁸¹ Şüphesiz bu değerlendirme, sadece, tüketiciler için değil, birbiriyle rekabet ilişkisi içerisinde olan rakipler için de geçerlidir. Bkz. DAVID, L.: age., sh. 35-36; ABBIT, P.J.: age., sh. 36.

gütmektedir. Ancak, şu hususu da belirtmek gerekir ki, bir kimsenin rekabet gücünün maruz kaldığı zarar, zorunlu olarak, her zaman, bir rekabet ilişkisinden kaynaklanmamaktadır; bazen, Türk Ticaret Kanunu'nun 57'inci maddesinin ilk bendinde düzenlendiği gibi, iktisadi faaliyette bulunan ya da bulunmayan üçüncü kişinin bir eyleminden de kaynaklanabilir. Şöyle ki, bir kimse veya bu kişilerin emtiası, iş mahsulleri, faaliyetleri ya da ticari işlerini kötüleyici beyanlarda bulunma(TTK m. 57/ b. 1) mağdurun ekonomik gücünü zayıflatabilecek nitelikte bir davranıştır. Bu tür bir eylem kim tarafından yapılırsa yapılsın, zararlı sonucu mağdur bakımından aynı olacağından söz konusu beyanlarda bulunanın rakip ya da mağdurla rekabet ilişkisi içersinde olmayan herhangi bir üçüncü kişi olmasının bir önemi olmadığı rahatlıkla söylenebilir. Her durumda da kötüleme beyanı, mağdurun, aynı veya hiç olmazsa benzer bir etkinlikte bulunan rakibe oranla dezavantajlı bir duruma düşmesine yol açan bir kayba yol açar. Bu bağlamda, herhangi bir üçüncü kişinin Türk Ticaret Kanunu'nun 57'inci maddesinin ilk bendi anlamındaki bir beyanı, tüm etkilerini, iktisadi rekabet alanında kendini göstermiş olmaktadır⁸². Keza, söz konusu maddenin ikinci bendinde, başkasının ahlakı veya mâli iktidarı hakkında gerçek dışı malumat vermenin haksız rekabet teşkil ettiği düzenlenmiştir. Bu beyanlar da, konusu olduğu şahsın, rakipleri karşısında avantaj ya da dezavantaj sağlayan bir konuma sahip olması sonucunu doğurabilir. Söz konusu sonucun doğması için de beyan sahibinin, beyanın ilgili olduğu şahısla rekabet ilişkisi içersinde olması ya da olmaması arasında herhangi bir fark yoktur. Ancak taraflar arasında rekabet ilişkisinin varlığını aramayan böyle bir düşüncenin kabulü sayesindedir ki, basının haber verme ve kamuyu aydınlatma görevini aşacak şekilde bir tacirin faaliyetleri, ticari işleri hakkında gerçek dışı bilgi vermesi, bu bent kapsamında⁸³ değerlendirilebilecektir. Hâkeza, Türk Ticaret Kanunu'nun 57'nci maddesinin 3'üncü bendinde, iddia sahibi veya üçüncü bir kişi hakkında, bu kişilere rakiplerine oranla avantaj sağlayıcı nitelikte eksik, doğru olmayan veya aldatıcı bilgi vermek haksız rekabet sayılmıştır. Bu fiil de etkilerini, fiilden yararlanan ister gerçeğe aykırı, eksik ya da aldatıcı beyanda bulunan olsun, isterse herhangi bir üçüncü kişi olsun iktisadi rekabet sahasında aynı şekilde doğurmaktadır. Nitekim, Kanun'un metninde, "rakipleri(nin)" tabiri yerine "başkalarını", "başkasının" "üçüncü şahıslar" tabirleri geçmektedir. Türk Ticaret Kanunu'nun 57 maddesinin, 56 'ncı maddesinde yer alan genel kuralın örnekleri niteliğinde olmasından, Kanun Koyucunun haksız rekabet hükümlerinin uygulanması açısından rekabet ilişkisinin varlığı şartını aramadığı sonucuna varılabilir. Binaenaleyh, personel veya müşterilerin ayartılması da, bu fiili işleyenin, fiilden etkilenen iktisadi anlamda rakibi olsun olmasın haksız rekabet teşkil edebilecektir. Her durumda da, ayartılma fiili, bu fiilden etkilenen işletmenin

⁸² PERRIN, A.: age., sh. 138-139.

⁸³ Bkz. TD. 21.5.1973, E. 1554, K. 2307, Batider 1973, sh. 526-527; ARKAN, S.: age., sh. 295.

iktisadi rekabet gücünü dürüstlük kuralına aykırı surette azaltabilecektir⁸⁴. Haksız rekabete ilişkin hükümler de zaten iktisadi piyasada faaliyet gösteren işletmeleri bu nevi fiillere karşı, korumak amacıyla öngörülmemiş miydi⁸⁵?

IV- AYARTMA EYLEMİNİN ÖZEL TEZAHÜR ŞEKİLLERİNE GÖRE MESELENİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Aşağıda, işletme personelinin hizmet akdinin özellikle usulsüz feshine teşvik ve tahrik suretiyle ayartılması ile bu kişilerin usulüne uygun suretle feshine teşvik ve tahrik suretiyle ayartılmasının hangi şartlar altında dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edeceği meselesi incelenecektir. Keza, personelin işverenle aralarında mevcut olan akdi ihlal etmesi durumundan faydalanmayı haksız rekabet yapan hal ve şartlar da aşağıda ele alınacak konular arasında yer almaktadır. Bu bölümün sonunda ise, Amerikan ve Avrupa hukukunda yaygın suretle uygulanan ve Türk hukukunda da Türkiye İş Kurumu Genel Müdürlüğü'nün Kanunu'nun ısdarıyla önu açılmış bulunan *headhunting*(*kafatası avcılığı*) müessesesi, haksız rekabet hükümleri açısından değerlendirilecektir.

A- HİZMET AKTİNİN, ASLİ YÜKÜMLÜKLERİN YERİNE GETİRİLMEMESİ SURETİYLE İHLALİNE TEŞVİK VE TAHİRİK SURETİYLE AYARTMA

Bu anlamda bir ayartmadan bahsedilebilmesi için her şeyden önce, hizmet akdinin doğurduğu asli yükümlülüklerin ihlal edilmiş olması gerekir. Daha açık bir ifadeyle, personelin iş yapma borcunu yerine getirmemeye, işyerinde bir daha faaliyette bulunmamasına, işi bırakmasına ya da faaliyete hiç başlamamasına yönelik olarak teşvik ve tahrik edilmesi zorunludur⁸⁶.

Teşvik ve tahrik, sadece, ceza hukuku anlamında azmettirmeyi değil; aynı zamanda diğer bir şahsın işvereni ya da bir işletme ile olan akdi ilişkisini ihlâl etmesine yönelik bilinçli gayret ve çaba gösterilmesini ifade eder⁸⁷. Bu noktada ceza hukukundan farklı olarak, azmettirme sonuçsuz kalsa bile Türk ticaret Kanunu anlamından haksız rekabet teşkil eden bir davranış işlenmiş olmaktadır⁸⁸.

⁸⁴ PERRIN, A.: age., sh. 142.

⁸⁵ ".haksız rekabet hükümleri sadece rakiplerin ekonomik çıkarlarını değil rekabete dayalı ekonomik düzenin de korunmasını amaçlar" (11. HD, 26.2.1999, E. 99/1155, K. 99/1574 karar için bkz. Yasa 1999, S. 215, sh. 1278-1279).

⁸⁶ BETTIN, E.: age., sh. 60-61; GIBBERT, I.: age., sh. 13-14;

⁸⁷ RG, GRUR 1936, sh. 995 ; RG, GRUR 1934, sh. 613 ; OLG Bremen, NJW 1963, sh. 863;

BETTIN, E.: age., sh. 55; BAUMBACH, A. / HEFERMEHL, W.: age., § 1. Rdnr. 584.

⁸⁸ Bkz. BEISKEN, K.G.: Arbeitsvertragsbruch und Abwerbung, Diss. Köln 1969, sh. 105.

Pedrazzini'nde haklı olarak belirttiği üzere, -Türk Ticaret Kanunu'nun 56'ncı maddesi anlamında- haksız rekabet oluşturacak akdin ihlâline teşvik ve tahrikten bahsedilebilmesi için, ayartılan şahsın, işvereni ile kendisi arasında mevcut akdi, bizzat kendi saik ve isteğiyle değil, dışarıdan bir gücün(ayartanın) müdahalesiyle ihlâl etmesi şarttır⁸⁹. Buna karşılık, Hans'ın⁹⁰, teşvik ve tahrik eylemini, pasif davranış niteliğinde olmayan davranışlara hasreden görüşü kabul edilemez. Yazar'a göre, henüz akitten doğan asli yükümlülüğün ihlali söz konusu olmadığı sürece, personeli bu yükümlülüklerin yerine getirilmemesine sevk etmeye yönelik her türlü etki altında bırakma, teşvik ve tahrik olarak nitelendirilmelidir⁹¹. Bu tür bir yorum, haksız rekabet olarak nitelendirilebilecek davranış ve eylemlerin kapsamını oldukça genişletir ve bunun sonucunda da, özellikle, bir işletmede çalışan bir personele sırf akit yapma teklifinde bulunmak dahi haksız rekabet kapsamında mütalâa edilmesi zorunlu olurdu. Alman yargı kararları, bu görüşün aksine, teşvik ve tahrik fiili olarak nitelendirilebilecek hallerin kapsamını sınırlandırmıştır. Nitekim söz konusu kararlara göre, bir işverene akdi bağla bağlı olan personele yeni bir akit yapmaya yönelik olarak yapılacak somut bir teklif, haksız rekabet sayılmamıştır⁹². Zira burada, yapılan teklif üzerine, yeni bir akdi ilişki içersine girip girmemek hususunda karar verme yetkisi tamamen, personelin serbest iradesine bırakılmaktadır⁹³. Hakim görüşüne göre⁹⁴, işletme personeline yapılan teklif esasen reddedilemeyecek nitelikte ise, bu teklif ancak, personelin, yapılması teklif edilen akdin muhtevası ve şartları, mevcut akdi ilişkiyi feshi ihbar sürelerine uymadan hemen sona erdirmeyi göze almaya değer görülecek derecede personele çekici gelmesi durumunda, akdi ilişkiyi sona erdirmeye yönelik bir teşvik ve tahrik hali olarak kabulü mümkündür. Cezbedeciliğin değerlendirilmesinde sadece, teklif edilen akdin şartları değil, aktin bozulması halinde personelin hukuk davasında savunma masraflarının üstlenileceği yönündeki vaatler yanında, tazminat ödemeye mahkum edilmesi halinde, mahkum olunan miktarın karşılanacağını söylenmesi ve yeni bir akdi ilişkiye girmesinin hukuken herhangi bir sakınca doğurmayacağı yönündeki gerçek dışı beyanlar da dikkâte alınır⁹⁵.

⁸⁹ PEDRAZZINI, M.M.: age., sh. 156.

⁹⁰ HANS, W.: age., sh. 40-41. Aynı görüş için bkz. GUDDEN, R.: age., sh. 64.

⁹¹ HANS, W.: age., sh. 41. Ayrıca bkz. GUDDEN, R.: age., sh. 64

⁹² BGH, GRUR 1968, sh. 100.

⁹³ BGH, GRUR 1968, sh. 100. Ayrıca bkz. BETTIN, E.: age., sh. 56-57; PIPER, H.: Zur Wettbewerbswidrigkeit des Einbrechens in fremde Vertragsbeziehungen durch Abwerben von Kunden und Mitarbeitern, GRUR 1990, sh. 646.

⁹⁴ BETTIN, E.: age., sh. 57; von GAMM, O.F. : age., sh. Kap. 33 Rdnr. 6; PIPER, H.: agm., GRUR 1990, sh. 646; FRICK, M.: age., sh. 95; GIBBERT, I.: age., sh. 17; KIENZLE, S.: age., sh. 36; SEMLER, F.J.: Die Missachtung vertraglicher Bindungen Dritter als Wettbewerbsverstoss, GRUR 1983, sh. 625.

⁹⁵ RGZ, 81, sh. 86 ve 91; PIPER, H.: agm., GRUR 1990, sh. 646; BETTIN, I.: age., sh. 57; FRICK, M.: age., sh. 95; GIBBERT, I.: age., sh. 17-18; BIERI-GUT, M.: age., sh. 123.

Ancak, şu noktayı da belirtmek gerekir ki, haksız rekabeti düzenleyen genel hüküm mahiyetinde olan Türk Ticaret Kanunu'nun 56'ncı maddesi açısından, haksız rekabetten bahsedilebilmesi için, eylem ya da davranışın dürüstlük kuralına aykırı olup olmadığı önemlidir; yoksa söz konusu davranış veya eylemle hedeflenen amaca fiilen ulaşıp ulaşılmadığı değil. Bu sebeple, işletme personeli, işverenle aralarında mevcut olan hizmet akdini sona erdirmek hususunda kesin kararını vermiş olsa dahi, akitten doğan asli yükümlülüklerin ihlaline teşvik ve tahrik fiilinin haksız rekabet sayılabilmesi mümkündür⁹⁶.

Aktin ihlaline teşvik ve tahrikten bahsedilebilmesi için her şeyden önce taraflar (personel ile önceki işvereni arasında) arasında geçerli bir akdi ya da hiç olmazsa bir ön akit ilişkisinin mevcudiyeti zorunludur⁹⁷. Oysa, taraflar arasında akit iptali kabul ise, iptal beyanı yapıncaya kadar, işçinin ayartma eylemiyle bağlantılı olarak hizmet akdini kanuni ya da akdi sürelerle uymadan feshetmesi durumunda, Türk Ticaret Kanunu'nun 56'ncı maddesinin uygulama alanına giren ayartma eyleminden bahsedilebilecektir⁹⁸. Buna karşın yukarıda söylenenler, butlanla mülül bir hizmet akti için geçerli değildir⁹⁹. Keza, personel bir işverenle henüz akdi görüşmeler içerisinde bulunduğu anda yapılan ayartma, bu anlamda ayartma olarak kabul edilemeyecektir¹⁰⁰. Aktin ihlaline teşvik ve tahrikten söz edilebilmesinin diğer şartı, personelin, akdi ilişkiyi kanuni ya da akdi feshi ihbar sürelerine riayet etmeksizin, ya da herhangi bir haklı sebep olmaksızın süresiz feshetmesi veya herhangi bir haklı sebep olmaksızın işyerindeki faaliyetini kesin olarak bırakmasıdır¹⁰¹.

Hakim görüş, akitten doğan asli yükümlülüklerin ihlaline ve aktin usulüne uygun olmayan surette feshine yönelik teşvik ve tahrik eyleminin

⁹⁶ BGH, GRUR 1994, sh. 448; BGH, GRUR 1962, sh. 427; BGH, GRUR 1960, sh. 559; PIPER, H.: agm., GRUR 1990, sh. 646; HERMANN, J.: Verleitung zum Vertragsbruch, GRUR 2950, sh. 21; JÖRGENS, H.D.: Das Abwerben von Beschäftigten im Deutschen und französischen Recht, Diss. Hamburg 1971, sh. 16; SASSE, K.H.: Die Ausnutzung fremden Rechtsbruch im Wettbewerb unter besonderer Berücksichtigung von Preis- und Vertriebsbindungsverträgen, München 1996, sh. 26-27; FRICK, M.: age., sh. 94; BIERIGUT, M.: age., sh. 126 vd.; BAUMBACH, A. / HEFERMEHL, W.: age., § 1. Rdnr. 698; WEBER, R.: Arbeitsvertragsbruch und Abwerbung, 1971, sh. 52.

⁹⁷ BAUMBACH, A. / HEFERMEHL, W.: age., § 1. Rdnr. 698; KÖHLER, H. / PIPER, H.: age., § 1 Rdnr. 760; HANS, W.: age., sh. 34 -35; PIPER, H.: agm., GRUR 1990, sh. 643; BETTIN, I.: age., sh. 58; FRICK, M.: age., sh. 96; GIBBERT, I.: age., sh. 14; von GAMM, O.F.: age., sh. Kap. 33 Rdnr. 2; JÖRGENS, H.D.: age., sh. 13.

⁹⁸ SASSE, K.H.: age., sh. 19; BETTIN, E.: age., sh. 58; GIBBERT, I.: age., sh. 15.

⁹⁹ GIBBERT, I.: age., sh. 15; KIENZLE, S.: age., sh. 26; von GAMM, O.F.: age., sh. Kap. 33 Rdnr. 2.

¹⁰⁰ GIBBERT, I.: age. sh. 14-15; KÖHLER, H. / PIPER, H.: age., § 1 Rdnr. 760; BETTIN, E.: age., sh. 59; PIPER, H.: agm., GRUR 1990, sh. 643; von MALZHANN, F.F.: Wettbewerbsrechtliche Probleme beim Arbeitsplatzwechsel, GRUR 1981, sh.789.

¹⁰¹ GIBBERT, I.: age., sh. 14.

başlı başına, başka hal ve şartların mevcudiyeti aranmaksızın dürüstlük kuralına aykırı olduğu ve haksız rekabet teşkil ettiğini kabul etmektedir¹⁰². Zira, ayartanın bu eylemi, aktin süresinden önce feshi ihbar sürelerine uyulmaksızın feshedileceğini ve de işçinin haklı sebep olmaksızın işyerindeki faaliyetlerini birden bırakacağını hesap etmeyen rakibin rekabet faaliyetlerine caiz olmayan bir şekilde doğrudan doğruya müdahale teşkil edecektir¹⁰³. Bu tür bir ayartma eyleminin, serbest rekabetle bağdaştırılması mümkün olmadığı gibi¹⁰⁴ dürüst ve makul ortalama bir tacir tipinden beklenebilecek bir davranış tarzı da değildir¹⁰⁵. İşte sırf bu sebep bile, söz konusu eylemin, dürüstlük kuralına aykırı sayılması için yeter ve artar bile. Ayartılanın eski işvereni, birden bire ortaya çıkan bu nevi bir ayartma sonucunda önemli zararlara maruz bırakılmakta; hatta, söz konusu personelin işletme için anahtar rolünde olan bir şahıs konumunda bulunması halinde, faaliyetleri durma noktasına gelmektedir. Ayrıca, ayartma eylemi gizli gerçekleşmemiş olsaydı, belki, işveren bu şahsa daha iyi akdi şartlar teklif ederek onun işyerinde kalmasını sağlayabilecekti. Ayartan, ayartma eylemini gizli gerçekleştirmek suretiyle personelin eski işvereni, bu imkandan (personeliyle tekrar anlaşılma imkanından) açıkça mahrum etmek istemiştir. Ayrıca, ayartan kişi, onun bütün bu olaylar sonucunda zarara uğrayacağını da bilmekte ve istemektedir veya öngörmekte fakat göze almaktadır.

B- ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN (ÇALIŞANIN) AKDİ İHLAL ETMESİ DURUMUNDAN FAYDALANMA

1. Genel Olarak

Bir müteşebbis, rakip işletmenin çalışanını, işvereniyle aralarında mevcut akdi ilişkiyi bozmaya yönelik teşvik ve tahrik eylemini, bu çalışanı kendi işletmesinde istihdam etmek amacıyla işler. Ayartan, mevcut akdi ilişkiyi bozmaya yönelik teşvik ve tahrik eylemini işlemesi sonucunda bozulan akdi ilişkiden, çalışanı kendi işletmesinde istihdam etmek suretiyle

¹⁰² BGH, GRUR 1956, sh. 276; BGH, GRUR 1961, sh. 483; BGH, GRUR 1971, sh. 123; OLG Düsseldorf, GRUR 1961, sh. 43; OLG Bremen, NJW 1963, sh. 863; REIMER, E.: age., sh. 516; ZITZLAFF, F.: Ausspannen von Arbeitnehmern und Kunden, BB 1951, sh. 674; GOERKE, H.: Abwerb von Personal, WRP 1955, sh. 13; HERMANN, J.: Verleitung zum Vertragsbruch, GRUR 1955, sh. 23; GUMPERT, J.: Rechtsbehelfe gegen Abwerbung von Arbeitnehmern und Ausscheiden von Arbeitnehmern unter Vertragsbruch, BB 1955, sh. 967; STEINHAUS, H.J.: age., sh. 79; MALZHahn, F.F.: agm., GRUR 1981, sh. 789; von GAMM, O.F.: age., sh. Kap. 33 Rdnr. 4; BAUMBACH, A. / HEFERMEHL, W.: age., § 1. Rdnr. 584; HANS, W.: age., sh. 34 -35; PIPER, H.: agm., GRUR 1990, sh. 643; BÉTTIN, I.: age., sh. 58; FRICK, M.: age., sh. 104; GIBBERT, I.: age., sh. 19.

¹⁰³ FRICK, M.: age., sh. 103; GIBBERT, I.: age., sh. 20; HANS, W.: age., sh. 44.

¹⁰⁴ BAUMBACH, A. / HEFERMEHL, W.: age., § 1. Rdnr. 584; FRICK, M.: age., sh. 103.

¹⁰⁵ FRICK, M.: age., sh. 103; GIBBERT, I.: age., sh. 20-21; HANS, W.: age., sh. 45; JÖRGENS, H.D.: age., sh. 32-33.

ekonomik bir fayda sağlar. Ancak, akdin çalışan tarafından ihlalden müteşebbisinin kendi işletmesinin menfaatleri doğrultusunda fayda sağlaması, akdin ihlaline yönelik teşvik ve tahrik eyleminin sonucu olduğundan müstakil bir önemi haiz değildir¹⁰⁶. Ancak bazı durumlar vardır ki, bu hallerde, rakip müteşebbis, kendisinin herhangi bir teşvik ve tahriki söz konusu olmaksızın mevcut akdi ilişkiyi bizzat kendi serbest iradesiyle bozan çalışanın bu eyleminden ekonomik fayda sağlayabilir. Böyle durumlarda, rakip işletme sahibi, çalışanın mevcut bir akdi ilişkiyi bozmasından ekonomik faydayı, genellikle o kişiyi kendi işletmesinde yeni bir iş vererek istihdam etmek suretiyle sağlar¹⁰⁷. Bununla birlikte söz konusu hallerde, rakip müteşebbisin çalışanın iradesini etkilemesi, teşvik ve tahrik fiilinde olduğu gibi yoğun değildir; hatta bazen hiç yoktur. Bu sebeple, başkasının mevcut akdi ilişkiyi bozması durumundan fayda sağlama, akdi ilişkiyi bozmaya teşvik ve tahrik fiilinde olduğu gibi aynı derecede kınanabilir bir davranış değildir. Binaenaleyh, aşağıda ayrıntılı olarak ele alınacağı üzere, bu nevi fiiller ancak özel bir takım şartların gerçekleşmesi durumunda haksız rekabet hükümleri çerçevesi altında değerlendirilebilecektir.

2. KAVRAM VE SINIRLANDIRMA

a) Kavram

Yararlanma kavramının karakteristik özelliği, mevcut bir akdi ilişkinin tarafının(örneğin çalışanın veya müşterinin) söz konusu akdi ilişkiyi ihlal etmesi dolayısıyla meydana gelen fırsattan¹⁰⁸ rakip müteşebbisin yararlanmasıdır¹⁰⁹. Bu sebeple, bu nevi bir eylem, önceden mevcut bir akdi ilişkinin üçüncü şahıs tarafından ihlal edilmiş olmasını(örneğin, feshi ihbâr süresine riayet edilmeyerek akdi ilişkinin sona erdirilmesi) şart koşmaktadır. Bir başka deyişle, mevcut bir akdi ilişkinin ihlal edilmiş olması vaktası, bu durumdan faydalanma vaktasına zaman yönünden takaddüm etmelidir¹¹⁰.

b) Sınırlandırma

Bir görüşe göre, akdin üçüncü kişi tarafından bozulması durumundan faydalanma, akdin ihlaline teşvik ve tahrik fiilinden farklı olarak sadece

¹⁰⁶ GIBBERT, I.: age, sh. 21.

¹⁰⁷ SCHRAMM, C.: agm., GRUR 1961, sh. 330.

¹⁰⁸ Bununla birlikte, borçlunun akde aykırı davranışı dolayısıyla rakip müteşebbisin net bir kazanç elde etmesi zorunlu değildir. Bkz. ZULLIGER, F.: age., sh. 20; BIERI-GUT, M.: age., sh. 95.

¹⁰⁹ EALAU, P.H.: sh. 28 ve 96-97; BETTIN, E.: age., sh. 64; BIERI-GUT, M.: age., sh. 95; FRICK, M.: age., sh. 114; RGZ, 78, sh. 18.

¹¹⁰ SCHRAMM, C.: agm., GRUR 1961, sh. 328; BETTIN, E.: age., sh. 64; FRICK, M.: age., sh. 114; BARROT, A.: age., sh. 103; GIBBERT, I.: ag., sh. 21-22. Karş. BIERI-GUT, M.: age., sh. 95-96.

pasif bir davranışı ifade eder¹¹¹. Özellikle *Hans* tarafından savunulan bu fikre nazaran, sırf hareketsizlikten bir adım öteye giden davranışlar ise, akdin ihlaline teşvik ve tahrik fiilini meydana getirir. Şöyle ki, henüz işçi, hizmet akdini feshetmemiş; fakat aklında bu yönde bir düşünce var ve rakip işletme sahibine akdi feshetmeden evvel bu düşüncesini açarak kendisini istihdam edip edemeyeceğini sormuşsa, bu soruya rakip müteşebbisin olumlu cevap vermesi halinde artık akdin üçüncü kişi tarafından ihlal edilmesi durumundan faydalanmadan bahsedilemez. Zira, böyle bir durumda, akdin üçüncü kişi tarafından ihlal edilmesi durumundan faydalanma aşamasının sınırları geçilerek akdin ihlaline teşvik ve tahrik aşamasına ulaşılmıştır¹¹². Bu tür bir yorum, hizmet akdini ihlale yönelik tahrik ve teşvik etme eyleminin sadece aktif hareketlere hasredilmesi halinde haklı görülebilir. Oysa yukarıda da açıklandığı üzere¹¹³, tahrik ve teşvik etme fiilinin sadece aktif davranış şeklinde olabileceği şeklindeki düşüncenin, haksız rekabet olarak nitelendirilebilecek davranış ve eylemlerin kapsamını oldukça genişlemesine yol açmak gibi büyük bir sakıncası vardır.

Üçüncü kişi tarafından akdin ihlal edilmesi durumundan faydalanma da, akdi ilişkinin bozulmasına yönelik ilk adımı, akdi ilişkiyi ihlale yönelik tahrik ve teşvik fiilinden farklı olarak, ayartan değil, akdi ilişkiyi bozan şahıs atmaktadır¹¹⁴. Ancak bazı olaylar vardır ki, bu olaylarda inisiyatif tamamen akdi ilişkiyi bozan şahıstan kaynaklanmamakta; rakibin akdi ilişkinin bozulmasına yönelik bir etkisi olmakta; fakat bu etki teşvik ve tahrik eyleminin varlığının kabulünü haklı kılacak yoğunlukta olmamaktadır. Rakip işletmede çalışan bir personele, önemli avantajlar sağlayan bir akit yapma teklifinde bulunulması ve teklif yüzünden mevcut akdi ilişkinin sona erdirilmesi hadisesi, bu nevi olaylara örnek olarak gösterilebilir. Yargı kararlarına göre, böyle hallerde akdi ilişkinin bozulmasına yönelik ilk adım rakip işletme tarafından atılmasına rağmen akdi ilişkiyi sona erdiren şahsın iradesinin söz konusu tekliften etkilenmesi, bir teşvik ve tahrik eyleminin varlığını haklı gösterecek yoğunlukta cereyan etmemektedir¹¹⁵; dolayısıyla akdin ihlaline yönelik herhangi bir teşvik ve tahrikten bahsedilemez¹¹⁶. Binaenaleyh, akdin üçüncü kişi tarafından ihlal edilmesi durumundan fayda sağlamayı akdin ihlaline teşvik ve tahrikten ayırdetmede, ilk girişimin kimin

¹¹¹ HANS, W.: Abwerbung und Arbeitskräften, Diss. Köln 1958, sh. 40; BARROT, A.: age., sh. 103.

¹¹² HANS, W.: age., sh. 40.

¹¹³ Bkz. sh.

¹¹⁴ BETTIN, E.: age., sh. 64-65; FRICK, M.: age., sh. 114; KRASSER, R.: Der Schutz vertraglicher Rechte gegen Eingriffe Dritten, Köln-Berlin-Bonn-München 1971, sh. 304; SCHLUEP, W.: Schuldrechtliche Aspekte, in: Festschrift für Max Keller, sh. 279.

¹¹⁵ BETTIN, E.: age., sh. 65.

¹¹⁶ Bkz. ZULLIGER, F.: age., sh. 20 dpn. 91.

tarafından yapıldığı ölçütü yeteri derecede elverişli bir kıstas değildir. Böyle bir durumda, akdi ilişkiyi bozan şahsın iradesinin ne kadar yoğunlukta bir etki altında kaldığı keyfiyetine de bakılmalıdır. Akdin ihlaline yönelik bir teşvik ve tahrikten bahsedilebilmesi için işletme çalışanına yapılan teklifin kışkırtma ve aklın çelinmesi derecesine ulaşmalıdır¹¹⁷. Oysa, akdin üçüncü kişi tarafından bozulması durumundan faydalanmada, bu kişilerin (örneğin çalışan veya müşteri) iradesinin etkilenmesi aynı yoğunlukta değildir.

Şüphesiz, ayartılan şahsın iradesinin hiçbir şekilde ayartan tarafından etki altında bırakılması söz konusu olmadığı durumlarda, akdi ilişkiyi ihlale yönelik tahrik ve teşvik fiilinden değil; üçüncü kişi tarafından akdin ihlal edilmesi durumundan faydalanmadan bahsedilecektir¹¹⁸.

3. HAKSIZ REKABET HÜKÜMLERİ (TTK m. 56 vd.) AÇISINDAN DEĞERLENDİRME

a) Özel Olarak

Üçüncü kişinin mevcut akdi ilişkiyi ihlal etmesi durumundan yararlanmanın haksız rekabet teşkil eden bir eylem olup olmadığı Türk Ticaret Kanunu'nun 57'nci maddesinde açıkça düzenlenmediğinden, bu konudaki değerlendirme de kural olarak 56'ncı maddeye göre yapılacaktır. Türk Ticaret Kanunu'nun 56'ncı maddesine göre, haksız rekabet, aldatıcı hareket veya hüsnüniyet kaidelerine aykırı sair surette iktisadi rekabetin her türlü suiistimalidir. Bu hüküm haksız rekabete ilişkin genel hüküm mahiyetindedir. Haksız rekabete ilişkin bu genel hükmün somutlaştırılması görevi ise, kanun koyucu tarafından yargıya vermiştir¹¹⁹. Hakim, söz konusu hükmün somutlaştırılmasını, sadece iktisadi hayatta yapılan işlemlerde uyulan ahlak kuralları (ticari işlem ahlakı) kriterlerine göre değil; aynı zamanda iktisadi rekabetin fonksiyonlarını icra edebilmesi için varlığı zorunlu olan kurallara istinaden yapacaktır¹²⁰.

Türk Ticaret Kanunu'nun 56'ncı maddesinin uygulanması, taraflar arasında *rekabet ilişkisinin* bulunması şartına bağlı değildir. Ancak, bu maddenin uygulanması için, rekabet etmek amacıyla gerçekleştirilmiş bir eylemin (rekabet eylemi) mevcudiyeti şarttır. Rekabet amacıyla, bir davranışın, rakipler arasında veya piyasada alıcı (talep eden) ile satıcı (arz eden) arasındaki; bir başka deyişle rekabete katılanlar arasındaki ilişkiyi

¹¹⁷ FRICK, M.: age., sh. 114.

¹¹⁸ BETTIN, E.: age., sh. 64-65; FRICK, M.: age., sh. 114; ZULLIGER, F.: age., sh. 20.

¹¹⁹ BAUDENBACHER, C.: *Suggetivwerbung und Lauterkeitsrecht*, Diss. Bern 1978, sh. 106 vd.; BIERI-GUT, M.: age., sh. 96.

¹²⁰ Bkz. sh.

objektif olarak etkilemesi halinde söz edilir¹²¹. Rekabet eyleminin karakteristik özelliği, bir tarafın durumu kuvvetlenirken diğer tarafın durumunun zayıflamasıdır¹²². Rekabet amacıyla eylem yapan şahıs, iktisadi faaliyetiyle, genel olarak rakibi karşısından bir avantaj elde etmeye çabalamaktadır¹²³. Buna göre, Türk Ticaret Kanunu'nun 56'ncı maddesinin uygulanması için, işletme çalışanın işvereniyle aralarında mevcut olan akdi ilişkiyi bozma durumundan yararlanan şahsın, kendisinin ya da üçüncü kişinin rekabet gücünü, rakibinin zararına olarak kuvvetlendirmeyi ya da muhafaza etmeyi amaçlaması gerekir. Bununla birlikte, bu amacın, söz konusu davranışta bulunanın yegane amacı olması zorunlu da değildir¹²⁴.

b) Özel Şartlar

Üçüncü kişinin mevcut bir akdi ihlal etmesi durumundan faydalanma kural olarak, iktisadi rekabetin objektif hüsnüniyet kaidelerine aykırı olarak suiistimali olarak görülemez¹²⁵. Zira, üçüncü kişiden önüne çıkan bu nevi bir fırsatı¹²⁶ tepmesi istenemez¹²⁷. Örneğin, bir işçi, işvereni artık çalışmayacağını bildirecek feshi ihbar sürelerine uymadan hizmet akdini feshetmiştir. Daha sonra ayrıldığı işyerine rakip bir işletmede yeni bir iş için

¹²¹ ZULLIGER, F.: age., sh. 156; BIERI-GUT, M.: age., sh. 97; SCHLUEP, W.R.: Wirtschaftliche Aspekte, in: Mélanges Joseph Voyame, sh. 255, sh. 259.

¹²² ZULLIGER, F.: age., sh. 156; BIERI-GUT, M.: age., sh. 97.

¹²³ BGE 86 II, sh. 110-111.

¹²⁴ BIERI-GUT, M.: age., sh. 97; SCHLUEP, W.R.: Wirtschaftliche Aspekte, in: Mélanges Joseph Voyame, sh. 255.

¹²⁵ Alman hukuku: SCHRAMM, C.: agm., GRUR 1961, sh. 330; von BÜREN, B.: age., sh. 62; TEZNER, H.: age., sh. 74; BARROT, A.: age., sh.103; BAUMBACH, A./HEFERMEHL, W.: age., § 1 Rdnr. 585, sh. 791; BETTIN, E.: age., sh. 65; NORDEMANN, W./ NORDEMANN, A./NORDEMANN, J.B.: age., Rdnr. 254; HANS, W.: age., sh. 51; JÖRGENS, H.D.: Das Abwerben von Beschäftigten im deutschen und französischen Recht, Diss. Hamburg 1971, sh. 46-47; BGH, GRUR 1956, sh. 273; BGH, GRUR 1957, sh. 219; BGHZ, 37, sh. 33=GRUR 1962, sh. 427.

İsviçre hukuku: FRICK, M.: age., sh. 116; von BÜREN, R. / DAVID, L.: age., in: SIWR Bd. V/I, sh. 74; von BÜREN, B.: age, sh. 65; DAVID, L.: age., sh. 42; BGE, 114 II, sh. 98; OgerLU, SJZ 1972, sh. 98.

Buna karşın, *Klaas*'a göre, bir kimseyi akdi ilişkiyi ihlale sevk etmek (teşvik ve tahrik etmek) ile bu kişilerin akdi ihlal etmesi durumundan faydalanma arasında herhangi bir fark olmayıp (Alman İmparatorluk Yüksek Mahkemesi'nin bu yönde benzer bir kararı için bkz. RG, GRUR 1939, sh. 562), bu son durum herhangi bir özel şartın varlığına bakılmaksızın iktisadi rekabet düzeninin objektif iyiniyet kurallarına aykırı olarak suiistimali şekilde değerlendirilmelidir. Ona göre, dürüst (centilmen; fair) bir rekabet ilişkisinin gereği olarak herkesten kısa süreli olan feshi ihbar sürelerine riayet etmesi beklenebilmelidir (Bkz. KLAAS, C.: Die Abwerbung von Arbeitskräften und unlauterer Wettbewerb, NZA 1984, sh. 314).

¹²⁶ Üçüncü kişi böyle bir halde, sadece önüne çıkan bir fırsattan yararlanmıştır (RG, GRUR 1936, sh. 996). Bu durum da, iktisadi yaşamın normal seyrinde her zaman meydan gelen bir olağan bir vakaadır (Ayrıca bkz. RGZ, 78, sh. 18-19; BGH, GRUR 1957, sh. 221 ve GIBBERT, I.: age., sh. 24.

¹²⁷ RGZ, 78, sh. 19.

başvurmuştur. Rakip işletme sahibinin, kendisine iş için başvuran bu şahsı, önceki işyerini feshi ihbar sürelerine uymadan terkettiğinden bahisle istihdam etmesini yasaklamak, onu söz konusu işçi karşısından ceza hakimi gibi davranmasını istemek olur¹²⁸. Bu durum ayrıca, serbest rekabet düzeninin özünü de zedeler. Akdi ihlal eden şahısların, rakip bir işletmede çalışmasını yasaklayan bir yasak söz konusu olamaz. Kaldı ki, akdi ihlal eden çalışana yeni bir iş bulma yolunun kapatılması; bu imkanın onun elinden alınması, **Anayasanın 48'inci maddesinde** ifadesini bulan çalışma özgürlüğünün de caiz olmayacak biçimde sınırlandırılması demek olur.

İşletme çalışanlarının mevcut akdi ilişkinin ihlaline yönelik olarak teşvik ve tahrik edilmesiyle, bu kişilerin akdi ilişkiyi ihlal etmesi durumundan faydalanmak, iktisadi rekabet düzeninde aynı derecede kınanabilir bir eylem tarzı olarak görülemez. Bir başka deyişle, işletme personelinin akdi ilişkiyi ihlal etmesi durumundan faydalanmada, akdi ilişkinin ihlaline teşvik ve tahrik fiilinden farklı olarak, rakip işletmenin etkisi ya hiç yoktur; ya da yok denecek kadar azdır. İşte bu sebeple, bu iki hali, haksız rekabet hükümlerinin uygulanması açısından aynı şartlara tabi tutmak doğru değildir. Binaenaleyh, üçüncü kişinin(müşteri ya da çalışanın) mevcut akdi ilişkiyi ihlal etmesi durumundan faydalanmanın, iktisadi rekabetin objektif iyiniyet kurallarına aykırı suiistimali olarak kabul edilebilmesi için bir takım özel şartların daha gerçekleşmesi gerekir. *İsviçre hukukunda*, bu bağlamda, ayartanın harekete geçmedeki amacı ve hareket şekline veya bu amacın gerçekleşmesi için uygulanan araçlara bakılarak bir değerlendirme yapılmaktadır. Örneğin, sırf intikam amacıyla zarar verme amacını güdülmesi, artniyetli aldatma, üçüncü kişinin bir akdi ilişkiyi ihlal etmesi durumundan faydalanma eylemini haksız rekabete dönüştürür¹²⁹. Burada da, haksız rekabet eylemini işleyen failin, üçüncü kişinin bir akdi ilişkiyi ihlal ettiğini bilmesi ya da bilmek zorunda olması şartı aranır. Ancak, söz konusu şart, yukarıda bahsedilen akdin ihlali durumundan faydalanmayı haksız fiili yapan *özel hal ve şart* niteliğinde görülmemektedir¹³⁰. *Alman yargı kararlarına ve doktrinine göre*, iktisadi rekabet piyasasında gerçekleştirilen bu nevi hareketler, ancak aşağıdaki özel şartlardan birinin varlığı halinde, haksız rekabet teşkil eden bir eylem olarak kabul edilebilir:

¹²⁸ HANS, W.: age., sh. 50.

¹²⁹ BGE, 114 II, sh. 101; BezGer Zürich, SJZ 1990, sh. 288. Ayrıca bkz. BGE, 57 II, sh. 339; BGE, 52 II, sh. 377. FRICK, M.: age., sh. 116; von BÜREN, R. / DAVID, L.: age., in: SIWR Bd. V/I, sh.74; DAVID, L.: age., sh. 42; BIERI-GUT, M.: age., sh. 101.

¹³⁰ BGE, 52 II, sh. 380; BIERI-GUT, M.: age., sh. 101; EULAU, P.: age., sh. 97. Ayrıca bkz. FRICK, M.: age., sh. 116.

i) Akti ihlal eden şahsın, daha önce çalıştığı yerin işletme veya ticari sırlarını elde etme amacıyla istihdam edilmiş olması¹³¹;

ii) Rakip işletmenin müşterilerini kazanmak amacıyla bu kişilerle akdi ilişkiye girmek¹³². Örneğin, iş akdini fesheden şahıs, rakip işletmede istihdam edilmek için rakip işverene, kendisinin yakın ilişki içerisinde olduğu müşterileri de bu işletmeye kazandıracağını vaat etmiş ve bu vaade istinaden rakip işletme sahibi onu istihdam etmişse, rakip müteşebbis, yeni müşterileri kendi çabası ve emeğine elde etmiş olmaz. Söz konusu rakip işletme sahibinin, akdi ihlal eden yardımcı şahsın, önceki işverenin müşterileriyle tanışıklığından faydalanarak yeni müşterileri elde etmesi, kendi çabası ve emeğine dayanmayan bir rekabet(Leistungswettbewerb)hali olup, objektif hüsnüniyet kaidelerine aykırıdır; dolayısıyla, Türk Ticaret Kanunu'nun 56'ncı maddesi anlamında haksız rekabet teşkil eder¹³³.

iii) Nihayet, akdi ilişkiyi bozan şahsın, önceki işyerinde beraber çalıştığı mesai arkadaşlarını(diğer yardımcı şahısları) ayartacağı ve bu surette onu zayıf düşürmek veya onun faaliyet göstermesini imkansızlaştırmak amacıyla istihdam edilmesi¹³⁴.

Netice olarak şu hususu da belirtmekte fayda vardır. Borçlar Kanunu'nun 348'inci maddesinin 1'inci fıkrası anlamında personelin başka bir rakip müessesede çalışmasını yasaklayan bir sözleşmeye rağmen, akdi ilişkiyi ihlal eden şahsın rakip işletme tarafından istihdam edilmesi haksız rekabet oluşturur¹³⁵.

C- AKDİN USÛLÜNE UYGUN BİR ŞEKİLDE SONA ERDİRİLMESİNE TEŞVİK VE TAHRİK ETMEK SURETİYLE AYARTMA

1. GENEL OLARAK

Ayartma eyleminin bu türünde, eylemin hedefi, ayartılmaya çalışılan işletme personelinin kanun ve sözleşmeye aykırı bir şekilde hâli hazırdaki işletme sahibi ile olan akdi ilişkisini sona erdirmesine yönelik değildir. Bir

¹³¹ BGH, BB 1962, sh. 1395.Ayrıca bkz. BAUMBACH, A. / HEFERMEHL, W.: age., § 1 Rdnr. 585, sh. 791

¹³² BARROT, A.: age., sh. 105; BAUMBACH, A. / HEFERMEHL, W.: age., § 1 Rdnr. 585, sh. 791.

¹³³ HANS, W.: age., sh. 51.

¹³⁴ BAUMBACH, A. / HEFERMEHL, W.: age., § 1 Rdnr. 585, sh. 791; GIBBERT, I.: age., sh. 26; BARROT, A.: age., sh. 105; HANS, W.: age., sh. 50-51; FRICK, M.: age., sh. 117.

¹³⁵ Bkz. BAUMBACH, A. / HEFERMEHL, W.: age., § 1 Rdnr. 585, sh. 791.

başka deyişle, ayartma eylemiyle, personelin işvereni ile aralarında mevcut olan akdî ilişkiyi ihlâl etmesi değil; aksine sadece, usulüne uygun bir şekilde sona erdirmesi istenmektedir. Bu sebeple de, ayartma eyleminin uygulamada en çok rastlanılan bu nev'i, caiz ve meşru olan; dolayısıyla kural olarak, başlı başına ele alındığında, haksız rekabet teşkil etmeyen¹³⁶ bir rekabet eylemidir. Zira, ayartılan, kanunî ve akdî sürelerle riayet ettiği müddetçe, bu nev'i ayartma, akit serbestisinin bir uygulaması ve piyasa ekonomisinin meşru ve uygun bir aracıdır¹³⁷. Ayrıca, her işverenin, kendi işletmesinde bulunan personel sayısını artırma hususunda meşru bir hakkı vardır¹³⁸. Bu bağlamda, işverenin, işletmesinin verimini düşürmemek veya arttırmak için de, başka bir işletmede çalıştığından dolayı kolaylıkla hemen istihdam edilmesi mümkün olmayan kalifiye elamanlara ihtiyacı da vardır¹³⁹. Aksine bir yorum, işçilerin serbestçe hareket edebilme özgürlüğünün caiz olmayacak bir şekilde sınırlandırılması; kendi ekonomik gelişimini sağlama özgürlüğünün haklı olmayacak bir şekilde engellenmesi, halele uğratılması anlamına gelecektir. Zaten işveren de, akdî diğer tarafının, aralarında yapılmış olan mukaveleyi bir gün feshedebileceğini hesap etmelidir¹⁴⁰. Bütün bu sebeplerle, kural olarak caiz olan ayartmanın bu nevi(akdî ilişkiyi usulüne uygun şekilde sona erdirmeye teşvik ve tahrik suretiyle yapılan ayartma), ancak bir takım özel hal ve şartların da gerçekleşmesi halinde dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edecek; dolayısıyla haksız rekabet olarak değerlendirilebilecektir¹⁴¹.

¹³⁶ RGZ, 149, sh. 114; RG, GRUR 1936, sh. 504; BGH, GRUR 1961, sh. 482; BGH, GRUR 1966, sh. 264; BGH, GRUR 1984, sh. 130; OLG Karlsruhe, GRUR 1963, sh. 80; OLG Frankfurt, NJW 1963, sh. 862; OLG Köln, WRP 1984, sh. 573. Ayrıca bkz. BAUMBACH, A. / HEFERMEHL, W.: age., § 1. Rdnr. 586 ; KÖHLER, H./PIPER, H.: age., § 1 Rdnr. 764; REIMER, E.: age., sh. 517; von GODIN, H.: age., § 1 Rdnr. 165; von GAMM, O-F.: age., Kap. 33 Rdnr. 4; GIBBERT, I.: age., sh. 28; BÉTTIN, E.: age., sh. 68; FRICK, M.: age., sh. 118, sh. 120; JÖRGENS, H.D.: age., sh. 65-66; HANS, W.: age., sh. 56; PIPER, H.: Zur Wettbewerbswidrigkeit des Einbrechens in fremde Vertragsbeziehungen durch Abwerben von Kunden und Mitarbeitern, GRUR 1990, sh. 644; von MALTZAHN, F.F.: Wettbewerbsrechtliche Probleme beim Arbeitsplatzwechsel, GRUR 1981, sh. 789; LUFT, D.: Planmäßiges Abwerben von Arbeitskräfte, NJW 1961, sh. 2000; GOERKE, H.: Abwerben von Personal, WRP 1955, sh. 12-13; GUMPERT, J.: Rechtsbehelfe gegen Abwerbung von Arbeitnehmern und Ausscheiden von Arbeitnehmern unter Vertragsbruch, BB 1955, sh. 964; ZITZLAFF, F.: Ausspannungen von Arbeitnehmern und Kunden, BB 1951, sh. 674; KLAAS, C.: Die Abwerbung von Arbeitskräften und unilaterer Wettbewerb, NZA 1984, sh. 314.

¹³⁷ HERSCHEL, W.: Kündigungsschutz zugunsten des Arbeitgebers, BB 1960, sh. 28; GIBBERT, I.: age., sh. 28; OLG Karlsruhe, GRUR 1963, sh. 81.

¹³⁸ HANS, W.: age., sh. 57; GUMPERT, J.: Rechtsbehelfe gegen Abwerbung von Arbeitnehmern und Ausscheiden von Arbeitnehmern unter Vertragsbruch, BB 1955, sh. 967; LUFT, D.: Abwerbung von Arbeitnehmern, Göttingen 1955, sh. 361.

¹³⁹ HANS, W.: age., sh. 57; GUMPERT, J.: age., BB 1955, sh. 967; GIBBERT, I.: age., sh. 28.

¹⁴⁰ FRICK, M.: age., sh. 118; KÖHLER, H./PIPER, H.: age., § 1 Rdnr. 764.

¹⁴¹ Dpn. 170 de zikredilen yazarlara bkz. Bu düşüncede olan yazarlara örnek olarak: BAUMBACH, A. / HEFERMEHL, W.: age., § 1. Rdnr. 586.

2. UNSURLARI

a) Genel Olarak

Yukarıda teşvik ve tahrik kavramından bahsedildiğinden burada ayrıca ele alınmayacaktır. Ancak, akdin ihlâline teşvik ve tahrik suretiyle ayartma eyleminden farklı olarak, usulüne uygun(kanunî ve akdi feshi ihbar sürelerine uyularak) akdin sona erdirilmesine teşvik ve tahrikin, başlı başına dürüstlük kuralına aykırı olmadığını bir kere daha tekrarlamak gerekir. Ayrıca, işçi ya da müşteri tarafından akdi ilişkinin sona erdirilmesi durumundan faydalanmadan farklı olarak, burada teşvik ve tahrik eylemi, akdi ilişkinin sona erdirilmesine yöneliktir. Ayartan, işletme personelinen, işletme sahibi ile aralarında mevcut olan akdi ilişkiyi –usulüne uygun olarak- sona erdirmesi hususunda kışkırtmaktadır. Oysa diğerinde, akdi ilişki, işletme personeli tarafından bizzat kendi kararlarıyla önceden sona erdirilmiştir. Bu sebeple, işçi (ya da müşteri) tarafından akdi ilişkinin sona erdirilmesi durumundan faydalanmada, bu anlamda bir ayartma söz konusu değildir. Zira, ayartma eylemlerinin karakteristik özelliği, işçi ya da müşterinin bir işletme sahibi ile olan akdi ilişkisinin, -genellikle rakip niteliğindeki- başka bir işletme sahibiyle kurulan yeni bir akdi ilişki dolayısıyla halele uğratılmasıdır. Bir başka deyişle, mevcut bir ilişkiye, işçi ya da müşterinin kışkırtılarak olumsuz anlamda bir etkide bulunulmadığı sürece, bir ayartma eyleminden bahsedilmesini sağlayan en önemli unsur gerçekleşmemiş bulunmaktadır..

Akdin usulüne uygun bir şekilde sona erdirilmesinden kasıt, akdin kanuna ve akde uygun bir şekilde sona erdirilmesidir. Binaenaleyh, kanunî ya da akdi feshi ihbar sürelerine riayet edilerek, akdin feshedilmesi, bu anlamda bir sona erdirmedir. Buna karşın, feshi ihbar edilmiş bir aktin tarafı olan çalışan, ayartma eylemi sonucunda, ihbar süresi içerisinde, işyerinde çalışmayı bırakmışsa, akdin ihlâline yönelik bir ayartmadan bahsedilir. Zira, feshi ihbar süresi sona erinceye kadar, iş akdi hâlen varlığını sürdürmektedir ve çalışan(işçi, ya da yardımcı şahıs), bu süre zarfında iş akdiyle bağlıdır¹⁴² Binaenaleyh, bu süre bitmeden işyerinin terkedilerek çalışmanın bırakılması iş akdinin ihlâlidir. Ayartılanın, kanun ya da sözleşmenin kendisine bahsettiği, *haklı sebebe* binaen -feshi ihbar süresine riayet etmeksizin- mukaveleyi feshetmesine teşvik ve tahrik edilmesi durumu ise(olağanüstü fesih), ayartma eylemi, akdin usulüne uygun bir şekilde sona erdirilmesine yönelik teşvik ve tahrik eylemidir¹⁴³.

¹⁴² GIBBERT, I.: age., sh. 27.

¹⁴³ GIBBERT, I.: age., sh. 27; BETTIN, E.: age., sh. 67-68; FRICK, M.: age., sh. 118, sh. 119.

c) Haksız Rekabet Hükümleri (TTK m. 56 vd.) Açısından Değerlendirme

Yukarıda da zikredildiği üzere, akdin usulüne uygun bir şekilde sona erdirilmesine teşvik ve tahrik etmek suretiyle yapılan ayartma, ancak bazı hal ve şartların da gerçekleşmesi halinde haksız rekabet teşkil edecektir. Bu nevi ayartma eylemini dürüstlük kuralına aykırı kılan hal ve şartların söz konusu olup olmadığı meselesi, ayartan şahsın güttüğü amaç veya kullandığı yöntem ve araçlar nazarı itibara alınarak değerlendirilmelidir. Şüphesiz, Türk Ticaret Kanunu'nun 57'nci maddesinde *hiisnüniyet kaidelerine aykırı hallere örnek kabilinden zikredilen durumlar* da ayartma eylemiyle birlikte söz konusu olabilecektir. Böyle durumlarda, ayartma eylemi, 57'nci madde gereği dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edecek ve haksız rekabet hali sayılacaktır. Aşağıda, ayartanın eylemini dürüstlük kuralına aykırı kılan haller ve şartlar incelenecektir.

aa) Aldatma ve yanlışya düşürme

Türk Ticaret Kanunu'nun 56'ncı maddesine göre dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edebilecek en önemli hal, aldatıcı harekettir. Bu hükümle, rekabet hukukuna hakim olan doğruluk ve gerçeğe uygunluk prensibi vurgulanmaktadır. Buna göre, ayartılan şahsın, gerçeğe uygun olmayan bilgiler vererek yanlışya düşürülmesi haksız rekabettir. Aldatıcı hareketle yanlışya düşürmeden ise, verilen bilginin, ilgili iş ya da ticari çevrede faaliyet gösteren kişilerin kararını etkileyecek nitelikte olması hâlinde bahsedilebilir. Şüphesiz, ilgili çevrede, verilen bilgi, bu çevrede çalışanların kararını etkileyebilecek güçte görülüyorsa, haksız rekabet söz konusu olmayacaktır¹⁴⁴. Binaenaleyh, personelin ayartılmasında da, bu şahısların kararını etkileyebilecek hususlar hakkında yanlış ve aldatıcı bilgiler verilmesi haksız rekabettir. Örneğin işletme personelinin ayartılmasında, ayartma eylemi, ayartanın, personelin mevcut iş akdini sona erdirip yeni işverenle bir akdi ilişki içersine girmesi hâlinde kavuşacağı imkanlar hakkında aldatıcı bilgiler vermesi suretiyle yapılmış olması halinde haksız rekabet bahis konusu olacaktır. Oysa ki, ayartan, işçiyi, iş akdini usulüne uygun bir şekilde sona erdirmesine teşvik ve tahrik ederken, onun bu yeni iş ilişkisi dolayısıyla kavuşacağı imkanlar hakkında, örneğin daha yüksek ücret veya diğer tediyeler elde edeceği; haftada daha az süre ile çalışmak zorunda olduğu; daha uzun tatil imkânına sahip olduğu; daha iyi sosyal imkanlarma kavuşacağı hususunda doğru bilgiler vermesi caiz olup, ayartma eylemini

¹⁴⁴ FRICK, M.: age., sh. 118, sh. 122; von BÜREN, R. / DAVID, L.: age., in: SIWR Bd. V/I, sh. 58.

haksız rekabet eylemi haline dönüştürmez¹⁴⁵. Zira, daha avantajlı akit veya iş şartlarını ihtiva eden bir teklifle işgücünün kazanılmaya çalışılması rekabete uygun bir eylemdir¹⁴⁶. Buna karşılık, işçiye, ayartanın bahsettiği bu imkan ve olanakların sağlanması başlangıçtan itibaren mümkün değilse ya da yeni işveren, daha başlangıçtan itibaren bu vaatleri tutmak niyetinde değilse, yani boş vaat niteliğinde ise; fiilen bu vaatlerin tutulmasına imkan yoksa haksız rekabet söz konusu olacaktır¹⁴⁷. Çünkü, böyle durumlarda, ayartılan şahsın zihninde, yeni iş ilişkisi içerisinde elde edeceği ücret veya diğer sosyal imkanlar hakkında yanlış kanaat uyandırılmakta; hatta, bu şahıs söz konusu imkanlar hakkında aldatılarak ayartılmaktadır. Nitekim, İsviçre Federal Mahkemesi'ne göre, işçiye, yeni işyerindeki çalışma ortamı ile ilgili olarak yanıltıcı bilgiler vermek suretiyle ayartma da(akdin usulüne uygun suretle feshine yönelik teşvik ve tahrik etmek suretiyle ayartma) haksız rekabet teşkil edecektir¹⁴⁸.

Bunun gibi, ayartmanın, işçinin kendisiyle akdi ilişki içerisinde bulunduğu işverenin şahsı veya bu şahsın işletmesi hakkında gerçeğe uymayan, yanıltıcı, aldatıcı bilgiler vermek suretiyle gerçekleşmiş olması veya bu suretle ayartmaya teşebbüs edilmesi de Türk Ticaret Kanunu'nun 57'nci maddesinin 1'inci bendi gereği haksız rekabet teşkil edecektir. Keza, işçiyi, çalıştığı işletmede daha önceden sözümlü ona yapılmış olan işçi çıkartmalarından bahsedilerek usulüne uygun surette akdi ilişkisini sona erdirmeye teşvik ve tahrik etmek de dürüstlük kuralına aykırı bir ayartmadır¹⁴⁹. Keza, ayartan, bir işçiyi ayartırken, onun, işletmesinde çalıştığı işverenin şahsı hakkında gerçeğe bağdaşmayacak şekilde kötileyici beyanlarda bulunursa, dürüstlük kuralına aykırı hareket etmiş olur. Söz konusu işverenin şahsı hakkında onu kötileyici beyanlar gerçek vakıalara istinat etse bile, onu *lüzumsuz yere incitici nitelikte* ise(TTK m. 57/b. 1), gene haksız rekabetin söz konusu olması mümkündür. Binaenaleyh, bu hükme göre, işverenin şahsı hakkında ileri sürülen vakıalar gerçek olsa bile, ileri sürülmesi lüzumsuz ise, bu davranış dürüstlük kuralına aykırıdır.

¹⁴⁵ RG, GRUR 1936, sh. 996; BGH, GRUR 1961, sh. 483; OLG Karlsruhe, GRUR 1963, sh. 81; BAUMBACH, A./HEFERMEHL, W.: age., § 1. Rdnr. 586 ; von GAMM, O.-F.: age., Kap. 33 Rdnr. 13; GIBBERT, I.: age., sh. 30; KIENZLE, S.: Beschäftigungs-, Bezugs- und Belieferungsverbote als Sanktion von UWG-Verstößen, Berlin 1994, sh. 48; HERSCHEL, W.: agm., BB 1960, sh. 106; ZITZLAFF, F.: agm., BB 1951, sh. 674; GOERKE, H.: Abwerben von Personal, WRP 1955, sh. 13; VOGEL, H.: Massnahmen zur Verhinderung der Abwerbung, BB 1960, sh. 135.

¹⁴⁶ OLG Karlsruhe, GRUR 1963, sh. 81; HANS, W.: age., sh. 57; GUMPert, J.: agm., BB 1965, sh. 967; GIMPert, I.: age., sh. 30-31.

¹⁴⁷ GIMPert, I.: age., sh. 30-31; FRICK, M.: age., sh. 123. Ayrıca bkz. GUDDEN, R.: age., sh. 91.

¹⁴⁸ BGH v. 30.11.1966 tarihli bu karardan *Gimbert* bahsetmektedir. Bkz. GIMPert, I.: age., sh. 32 dpn. 125.

¹⁴⁹ BAUMBACH, A. / HEFERMEHL, W.: age., § 1. Rdnr. 587 ; GIBBERT, I.: age., sh. 33.

Demek ki, ayartılmaya çalışılan işçinin kendisiyle akdi ilişki içerisinde bulunduğu işvereni hakkında ayartan tarafından ileri sürülen gerçek olaylara istinat eden iddialar, bazı hal ve şartlarda haksız rekabet teşkil edecektir¹⁵⁰. Gerçeğe uygun bu iddiaların haksız rekabet teşkil edip etmediğinin tespitinde esas alınması gereken kriter ise “*lüzumsuzluktur*”. Bu tür beyanlar, işverenin geçmişiyile ilgili olup **iddianın yapıldığı anda önemini kaybetmiş olan**, işvereni, ayartılmak istenen işçinin gözünde küçük düşürmek amacıyla ortaya dökülen vakıalardır. İşverenin kökeni ile ilgili beyanlar da, bu kapsamda değerlendirilmelidir. Hâkeza, işçinin, kendisiyle devamlı ilişki içerisinde olduğu işletme sahibinin mâli iktidarı hakkında gerçeğe aykırı malumat vermek suretiyle(örneğin, işverenin ekonomik varlığının tehlike altında olduğunun –böyle bir durum fiilen söz konusu olmamasına rağmen- söylenmesi) ayartılması ya da ayartılmaya çalışılması da haksız rekabet teşkil edecektir (TTK m. 57/ b. 2).

bb) Sağlıklı karar verme özgürlüğünün tahdit edilmesi

Çalışanın irade ve serbest karar verme hürriyetinin tahdidi suretiyle yapılan ayartma haksız rekabet teşkil eder. Örneğin, ayartma eyleminin işçinin elinden sakince düşünme imkanının alınması, onun şans oyunlarına düşkünlüğünden, sarhoş olmasından¹⁵¹ faydalanma suretiyle gerçekleştirilmiş bulunması dürüstlük kuralının ihlalidir. Keza, işçinin minnettarlık duygularının sömürülerek iş akdini usulüne uygun surette feshetmeye razı edilmesi de dürüstlük kuralına aykırıdır¹⁵².

Personelin çalıştığı hali hazırdaki işyerinden ayrılması doğrultusunda yapılan yardım caizdir. Hizmet akdinin feshi doğrultusunda yapılan her yardımın da, dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edeceği söylenemez. Nitekim, karar verme inisiyatifinin tamamen işçide olması halinde, ayartanın, onu(işçiyi), akdin feshiyle ilgili olarak hukuken aydınlatması; ona(işçiye) bir takım tavsiye ve nasihatlarla bulunması; feshin, nasıl ve ne şekilde yapılacağına ilişkin bilgiler vermesi mümkün ve caizdir¹⁵³. Hatta,

¹⁵⁰ Bkz. İMREGÜN, O.: Bilirkişi Raporları, İstanbul 1999, sh. 75 ve 76; Karş. “...dâvacının mal, faaliyet veya imalatı hakkında yanlış, yanıltıcı veya lüzumsuz yere incitici sözler taşıyan davalının şikayet dilekçesi (Haksız rekabeti) oluşturur. *Ancak, davalının şikayetlerinin haklı ve doğru olması halinde haksız rekabetin söz konusu olmadığı kabul edilir*”. 11. HD. 27.10.1983, t. 3987-4611. Karar için bkz. DÖNMEZ, İ.: En Son İçtihatlarla, Açıklamalı Markalar ve Haksız Rekabet Davaları, Ankara 1987, sh. 168-169.

¹⁵¹ FRICK, M.: age., sh. 127; GIBBERT, I.: age., sh. 36.

¹⁵² FRICK, M.: age., sh. 127. Karş. BETTIN, E.: age., sh. 113.

Gibbert'e göre, işçi ya da diğer çalışanların lüks bir yere yemek için davet edilmeleri ve masrafların ayartan tarafından üstlenilmiş olması halinde de ayartma eylemi, dürüstlük kuralına aykırı yapılmış olur. Zira, bu yerlerde ödenen masrafların çok yüksek olması, işçide işyerini değiştirmek hususunda bir yükümlülük duygusunu uyandırabilir. Bkz. GIBBERT, I.: age., sh. 35-36; KIENZLE, S.: age., sh. 61.

¹⁵³ BETTIN, E.: age., sh. 111; FRICK, M.: age., sh. 128; GUDDEN, R.: age., sh. 89.

işçinin akdi feshetmesinin gerekliliğine işaret edilmesi dahi dürüstlük kuralını ihlal etmez. Bunun gibi, ayartanın, işçinin ricası üzerine, feshi ihbar yazısı yazmasına, dürüstlük kuralına aykırılıktan bahisle itiraz edilemez¹⁵⁴. Ancak, ayartanın feshi ihbar yazısını, işçinin istek ve arzusu olmadan kaleme alması dürüstlük kuralına aykırılık teşkil eder¹⁵⁵. Daha açık bir deyimle, işçiye iş akdini feshetmesi doğrultusunda yapılan yardımın, onun istek ve arzusu olmadan gerçekleşmesi halinde Türk Ticaret Kanunu'nun 56'ncı maddesi anlamında, haksız rekabet meydana gelmiş olur¹⁵⁶. Ayartanın, bizzat kendi hazırladığı bu metni, işçiyle işyerini değiştirme hususunda yaptığı konuşma esnasında, onun(işçinin) önüne imzalanmak üzere beklenmedik bir şekilde koyması ise, ayartma eylemini, haydi haydi haksız rekabet eylemi haline dönüştürür¹⁵⁷. Zira bu durumda, işçinin elinden sağlıklı düşünme, teklif edilen imkanlarla hâli hazırda sahip olduğu imkanları tartarak değerlendirme olanağı alınmaktadır. Bir başka deyişle böyle bir durumda, işçinin iradesine dürüstlük kuralıyla bağdaştırılamayacak şekilde bir etkide bulunmaktadır¹⁵⁸. Haksız rekabet eyleminden bahsedilebilmesi için, işçinin, ayartanın kendiliğinden bizzat kaleme alıp imzalattığı feshi ihbar yazısını muhakkak suretle işverene ulaştırmış olması da şart değildir¹⁵⁹. Bunun gibi, işçi tarafından imzalanan feshi ihbar yazısının, işverene iletilmek üzere, ayartan tarafından işçinin elinden alınması da caiz değildir. Zira bu hareketle, ayartan işçinin elinden akdi feshi hususunda bir kez daha serbestçe düşünme imkanını gaspetmiş olmaktadır¹⁶⁰.

Ayartanın, ayartılan birden çok işçinin hizmet akdin feshine ilişkin ihbarlar yazılarını elinde toplaması ve bunları işverenlerine gönderme zamanı hakkında inisiyatifi elinde bulundurması haksız rekabettir. Zira, işletme sahibinin yığın halinde elinde bulundurduğu feshi ihbar yazılarını işletmenin veya ekonominin durumuna göre işverenlere göndermek suretiyle harekete geçirebilmek imkanına sahip olması, rekabet düzenini halele uğratabilecek, tehlikeli bir silahı kullanabileceği olması demektir. Böyle bir hareket de, ayartan şahsın rekabeti engelleyici amaçla hareket ettiğine dair düşünceleri kuvvetlendirir¹⁶¹.

¹⁵⁴ GUDDEN, R.: age., sh. 89; BETTIN, E.: age., sh. 110; KIENZLE, S.: age., sh. 55.

¹⁵⁵ Bkz. OLG Karlsruhe, GRUR 1963, sh. 81; PIPER, H.: agm., GRUR 1990, sh. 647; KIENZLE, S.: age., sh. 55.

¹⁵⁶ FRICK, M.: age., sh. 128; GIBBERT, I.: age., sh. 34; KIENZLE, S.: age., sh. 55.

¹⁵⁷ BETTIN, E.: age., sh. 112-113.

¹⁵⁸ BETTIN, E.: age., sh. 112-113;

¹⁵⁹ GIBBERT, I.: age., sh. 35.

¹⁶⁰ BETTIN, E.: age., sh. 111; FRICK, M.: age., sh. 128; GUDDEN, R.: age., sh. 90; GIBBERT, I.: age., sh. 35; KIENZLE, S.: age., sh. 55; BARROT, A.: age., sh. 108.

¹⁶¹ KIENZLE, S.: age., sh. 56.

İşçinin haklı sebeple akdi fesih imkanına sahip olduğu durumlarda, onun bu hakkını kullanması doğrultusunda teşvik edilmesinin kural olarak caiz olduğunu söyledik. Ancak, ayartanın, işçiyle beraber işverenine karşı birlikte bir oyun oynayarak akdi feshetmek için, haklı sebep yaratmaya çalışmalarının da bir haksız rekabet hali olduğu unutulmamalıdır¹⁶².

Alman Federal Mahkemesi'nin bir kararına göre, sade bir yaşam süren ve ticari muameleler yapmak hususunda fazla tecrübesi olmayan bir personelin evine sürpriz denilebilecek şekilde baskınvari bir ziyaret yapılarak ayartılmaya çalışılması halinde, ayartma eylemi, haksız rekabet eylemi teşkil eder¹⁶³. Zira, bu tür sürpriz durumlarda, personelin yeteri tecrübesi olmadığından, yapılan teklife karşı koyamayabilir. Özellikle bir de ayartmaya çalışan bir işletmenin yönetici kademesindeki bir şahsiyetin âni ziyareti durumunda, işçi, bu ziyaret dolayısıyla kendisini onurlandırılmış hissedebilir ve yapılan teklifi yeterli derecede sağlıklı değerlendiremeyebilir. Buna karşın, ayartma eyleminin ticari muamelatta yeteri tecrübesi olan, iş görüşmelerini genellikle evinde yapan, yönetici kadrosunda olanların, ticari mümessillerin ve diğer vasıflı personelin evlerine yapılacak ziyaretlerde gerçekleşmiş olmasında, rekabete aykırı bir durum görülmemektedir¹⁶⁴.

Alman hukukunda ileri sürülen bir görüş, transfer ücreti gibi personele işyerini değiştirme karşısında tek bir defada yapılacak ödemelerin de, bu şahsın, işyerini değiştirmesinin getireceği yarar ve zararları objektif olarak tartarak değerlendirme yapmasından alıkoyacağından bahisle rekabete aykırı davranış olarak görmektedir¹⁶⁵. Buna karşılık bizim de katıldığımız diğer görüşe göre, bu tür ödemeler kural olarak haksız rekabet teşkil etmez¹⁶⁶. İşçinin işyerini değiştirmesi halinde devamlı olarak elde edeceği menfaatlerin caiz olması karşısında tek bir defalık ödemelerin caiz olmasını reddetmek doğru değildir. Bunun gibi, işçiye bir ev veya otomobil tahsis edilmesi, tatil için kendisine ilave ödemelerin verilmesi gibi "fringe benefits" denilen menfaatlerin sağlanması da kural olarak caiz görülmelidir. Bu tür davranışların haksız rekabet teşkil edebilmesi, ancak, sağlanan menfaatin kapsam ve büyüklüğüne göre, işçinin -tabiri caizse- ağzına bir parmak bal çalmak anlamına gelmesi ve böylece, onun sağlıklı düşünerek karar vermesinin önüne geçilmesi halinde mümkündür¹⁶⁷.

¹⁶² von GAMM, O-F.: age., Kap. 33 Rdnr. 13; KIENZLE, S.: age., sh. 56.

¹⁶³ BGH, GRUR 1966, sh. 264.

¹⁶⁴ KIENZLE, S.: age., sh. 61; GIBBERT, I.: age., sh. 35; BAUMBACH, A./HEFERMEHL, W.: age., § 1. Rdnr. 595.

¹⁶⁵ BGH, GRUR 1961, sh. 483; GIBBERT, I.: age., sh. 35; DERWEIN, M.: Abwerben von Arbeitskräften, WRP 1972, sh. 116. Ayrıca bkz. KIENZLE, S.: age., sh. 59.

¹⁶⁶ BETTIN, E.: age., sh. 107; FRICK, M.: age., sh. 130; GUDDEN, R.: age., sh. 88.

¹⁶⁷ BETTIN, E.: age., sh. 108; FRICK, M.: age., sh. 130.

Ayartanın işçinin işyerini değiştirmesi halinde işverene ödeyeceği cezai şart ve diğer tazminat edimlerini üstlenmesinin dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edip etmeyeceği meselesine cevap vermek o kadar kolay değildir. *Bettin*, bu meseleye cevap verirken işverene ödenecek cezai şartın üstlenilmesi ile tazminatın üstlenilmesi arasında bir ayırım yapmaktadır.¹⁶⁸ Yazara göre cezai şartın ayartan tarafından üstlenilmesinin vaadi, haksız rekabet teşkil etmez¹⁶⁹; yeter ki, cezai şartın üstlenilmesinde rakibi işletmeye zarar verme amacıyla hareket etme niteliği görülmesin. Ayartanın zarar verme amacının varlığı, işçiden karşı edim olarak elde edeceği menfaatle cezai şartın üstlenilmesi arasında uygun bir oran bulunmaması vakiasından çıkarılabilir. Örneğin, bu işçinin ayartan işletme için hiç de önem arzetmeyen ve onun mesleki yeteneklerine ve eğitimine uymayan bir bölümde istihdam edilmesi halinde, cezai şartın üstlenilmesi suretiyle ayartmada, ayartanın rakip işletmeye zarar verme amacıyla hareket ettiği farzedilir¹⁷⁰. Buna karşılık, işverene ödenecek tazminatların üstlenilmesi hususunda aynı şeyler söylenemez. Şöyle ki her şeyden önce, işverene ödenecek cezai şartın miktarı belliyken, tazminatın miktarı önceden belli değildir. Hizmet akdinin ifa edilmemesi dolayısıyla ödenecek tazminatın miktarı, işverenin ifadaki müspet menfaatine ve işletmeyle ilgili bir takım olaylara bağlıdır. Dışarıdan birisi için tazminatın miktarının tam olarak tespiti mümkün değildir. Bu suretle işverene ödenecek olan tazminatın üstlenilmesi, üstlenen kişi açısından, onun her türlü miktarı ödemeye hazır olduğu anlamına gelir. Böyle durumlarda da ayartan açısından artık ekonomik mülahazaların ön planda yer almadığı söylenebilir. Zira ayartan, işverene ödenecek tazminatı üstlenmekle, miktarı ne olursa olsun her türlü bedeli ödemeye hazırdır. Böyle bir davranış onun rakip işletmeye zarar verme niyetini gösterir. Bir başka deyişle, bu suretle ayartma, rakibe zarar verme amacına hizmet eder. Binaenaleyh, işverene ödenecek tazminatın üstlenilmesi, haksız bir amacın güdülmesi dolayısıyla dürüstlük kuralına aykırılık teşkil eder¹⁷¹.

cc) Ayartmada, ilgili işletmeye zarar verme amacıyla hareket edilmiş olması

Bir kimsenin rekabet piyasasında kendi emek ve çabasıyla bir takım avantajlar elde etmiş ve diğer rakipleri karşısında bir adım öne geçmiş olması rekabetin özünde yer alır. Kişinin bu avantajları elde ederken rakiplerinin zarar görmüş olması ve hatta rekabet gücünün yok olma tehlikesine maruz kalmış bulunması söz konusu olabilir. Bu vakialar

¹⁶⁸ Bkz. **BETTIN, E.:** age., sh. 117-118.

¹⁶⁹ Sonuç itibarıyla aynı görüş için bkz. **GUDDEN, R.:** age., sh. 78. Aksi görüş için bkz. **RGZ, 81, sh. 91;** bkz. **KIENZLE, S.:** age., sh. 59-60.

¹⁷⁰ **BETTIN, E.:** age., sh. 116-117.

¹⁷¹ Bkz. **BETTIN, E.:** age., sh. 117-118.

rekabetin esasında yer alır ve haksız rekabet olarak değerlendirilemez. Rekabete aykırı olan, işletme sahibinin karşı tarafa zarar verme amacıyla hareket etmiş olmasıdır. Zira, karşı tarafın rekabet yapabilmesinin engellenmesinin amaç olarak güdülmesi, işletme stratejilerinin bu amaca yönlendirilmesi ve bu hedef doğrultusunda eylemlerin gerçekleştirilmesi dürüstlük kuralına aykırılık teşkil eder. Rekabet piyasasında hareket eden herkesin, karşı tarafın kendi emek ve çabasına dayanarak işletmesini ekonomik yönden geliştireceğine karşı tarafa zarar vererek, onun rekabet gücünü halele uğratarak, yok ederek geliştirmeyeceğine dair haklı güveni vardır ve bu güveni boşa çıkarılmamalıdır. Binaenaleyh, işletmelerinin kendi emek ve çabasına dayanarak piyasadaki konumunu güçlendirmeleri, bunun dolaylı sonucu olarak diğer işletmelerin zarar görmeleri haksız rekabet teşkil etmezken; doğrudan doğruya bir işletmeye zarar verme amacının güdülmesi ve bu suretle işletmenin rekabet gücünün diğer işletmenin rekabet edebilmesinin engellenmesi suretiyle arttırılmaya çalışılması haksız rekabet teşkil edecektir.

Rekabet hukuku açısından haksız rekabet olarak değerlendirilebilecek "engelleme"(rakibin rekabet edebilmesinin engellenmesi) faaliyetleri, rakibin hizmet ya da mal edimlerini piyasada değerlendirebilmesi(paraya çevime) imkanının ortadan kaldırılmasına ve böylece müşterilerin bu edimleri piyasada, edimler arasında serbest iradelerine dayanan bir karşılaştırma yaparak seçebilme imkanının yok edilmesine yönelik faaliyetlerdir¹⁷². Bir başka deyişle, bir işletmenin mal ve hizmet edimlerinin müşterilerine sunabilme imkanının engellenmesine ve bu suretle onun rekabet piyasasından silinmesine yönelik eylemler, rakibin rekabet edebilmesinin engellenmesi kapsamında mütalaa edilir¹⁷³. Binaenaleyh, söz konusu eylemlerde bulunan müteşebbis diğer tarafın ekonomik faaliyette bulunma özgürlüğünü de ihlal etmektedir.

Yukarıda da zikredildiği üzere, bir müteşebbisin kendi işletmesinin performansını, başka işletmeye ait kalifiye personeli ayartarak istihdam etmesi suretiyle arttırmasında kural olarak rekabete aykırı bir durum söz konusu değildir. Aynı şekilde, ayartmanın sonucunda önceki işverenin rekabet gücünün engellenmekte olması da eylemi haksız rekabet haline sokmaz. Ancak, ayartanın, ayartma eylemiyle, kendi işletmesinin performansının artmasını değil; doğrudan doğruya rakibi işletmenin rekabet etme gücünü azaltmayı, yok etmeyi amaçlamış olması halinde bir haksız rekabet halinden bahsedilir. Şüphesiz hiçbir kimse de bu amaç doğrultusunda hareket ettiğini açıkça itiraf etmez. Bu noktada, failin zarar verme amacının ispatı, güçlük arzeder. Böyle bir durumda, somut olayın

¹⁷² BAUMBACH, A. / HEFERMEHL, W.: age., § 1. Rdnr. 208.

¹⁷³ von BÜREN, R. / DAVID, L.: age., in: SIWR Bd. V/I, sh. 115.

özelliklerinden ayartanın, personelini ayarttığı işletmeye zarar verme amacıyla hareket ettiği çıkarılmalıdır¹⁷⁴. İşletme sahibinin yeni işgücünün kazanılmasında yalnızca iş yaşamında olayların normal akışının sunduğu bir fırsatı değerlendirmedeği durumlarda rekabet edebilme kabiliyetine sekte vurma amacıyla hareket edildiği varsayılır¹⁷⁵. Buna göre, ayartılan işçinin özel kabiliyetlerinin istihdam edildiği yeni işletmede kullanılmaması veya kullanılmaması durumunda, ayartanın ayartılan işçinin önceki işverene zarar verme amacıyla hareket ettiğinin kuvvetli bir emaresidir¹⁷⁶. Keza, piyasada istihdam edilmeye hazır aynı nitelikte kalifiye elemanların bulunmasına; dolayısıyla, piyasa olayları da bu nevi bir davranışı gerektirmemesine rağmen, işletme sahibinin ihtiyaç duyduğu elemanın rakibi işletmenin personelini ayartılarak sağlanması durumunda da, zarar verme amacıyla hareket edildiğinin kabul edilmesi gerekir¹⁷⁷. Tabii ki aynı sonuç, iş piyasasında istihdam edilmeye hazır aynı nitelikte elemanlar varken eleman ihtiyacının, münhasıran küçük bir işletmenin anahtar rolündeki işçilerinden büyük çoğunluğunun ayartılması suretiyle giderilmeye çalışılması hali için de geçerlidir¹⁷⁸. Bunun gibi, işletme bünyesinde ortaya çıkan yeni personel ihtiyacının, piyasadaki diğer imkanlara bakmaksızın, devamlı olarak, münhasıran aynı işletmenin elemanlarının ayartılarak giderilmeye çalışılması halinde de rakip işletmenin yapısal bünyesine caiz olmayan bir müdahaleden bahsedilir¹⁷⁹. Aynı şekilde, ayartanın, ayarttığı işçilerin hepsine işletmesinde ihtiyaç duymaması halinde, onun zarar verme kastıyla ayartma eylemini yaptığı düşünülmelidir¹⁸⁰. Birden bire, bir çırpıda bir işletmenin tüm personelinin ayartılması halinde de, ayartma eylemi dürüstlük kuralına aykırı olarak görülmektedir¹⁸¹. İşletmenin tüm çalışanlarının değil de büyük çoğunluğunun hep bir anda ayartılması halinde, ayartanın, ilgili işletmenin bu durum karşısında felce uğraması halinden faydalanarak piyasadaki konumunu güçlendirmeye ya da piyasadaki pastadan aldığı payı büyütme amacı güttüğü kabul edildiğinde dürüstlük kuralına aykırı gerçekleştirilen bir ayartma eyleminden bahsedilir. Bu amaca delalet eden emare ise, onun bu

¹⁷⁴ GIBBERT, I.: age., sh. 40; KIENZLE, S.: age., sh. 87; FRICK, M.: age., sh. 131-132.

¹⁷⁵ GIBBERT, I.: age., sh. 40; KIENZLE, S.: age., sh. 87; FRICK, M.: age., sh. 132. RGZ. 149, sh. 120-121; RG, GRUR 1934, sh. 609; RG, GRUR 1936, sh. 509-510; RG, GRUR 1936, sh. 996; RG, GRUR 1938, sh. 139; BGH, GRUR 1966, sh. 265; BGH, GRUR 1976, sh. 307.

¹⁷⁶ Bkz. FRICK, M.: age., sh. 132; GIBBERT, I.: age., sh. 42-43.; Ayrıca bkz. BETTIN, E.: age., sh. 134; GUDDEN, R.: age., sh. 128-129. Aksi görüş için bkz. KIENZLE, S.: age., sh. 89.

¹⁷⁷ FRICK, M.: age., sh. 135-136; BETTIN, E.: age., sh. 134; GUDDEN, R.: age., sh. 129.

¹⁷⁸ OLG Düsseldorf, GRUR 1961, sh. 92 vd.; FRICK, M.: age., sh. 135-136.

¹⁷⁹ OLG Düsseldorf, GRUR 1961, sh. 92; KIENZLE, S.: age., sh. 89.

¹⁸⁰ KIENZLE, S.: age., sh. 89; FRICK, M.: age., sh. 135. OLG Hamm, GRUR 1973, sh. 421-422.

¹⁸¹ BGH, GRUR 1976, sh. 307; BETTIN, E.: age., sh. 134.

ayartma eylemini müteakiben hemen reklam kampanyasına girişmiş olmasıdır¹⁸².

cc) Başkasının sırtından kendine menfaat sağlamak amacıyla ayartma (parazit = tufeyli rekabet)

Rekabet hukuku açısından parazit davranışlar da haksız rekabettir. Parazit davranışlardan, başkasının emeğinin, fikrinin sonuçlarından, ününden menfaat sağlamak söz konusu olduğunda bahsedilir. Bu bağlamda, başkasının işletme veya ticari sırlarından faydalanmak suretiyle ticari başarı elde etmeye yönelik davranışlar, parazit rekabet davranışlarıdır. Binaenaleyh, bir işletmeye ait ticari veya işletme sırlarını elde etmek amacıyla ayartma eyleminin gerçekleştirilmiş olması haksız rekabet teşkil edecektir. Ancak, bu takdirde ayartma eylemi, haksız rekabete ilişkin genel hüküm mahiyetindeki Türk Ticaret Kanunu'nun 56'ncı maddesine göre değil; **57'nci maddesinin 7'nci bendine tâbi olur**¹⁸³. Bu hüküm, müşterilerle değil, tamamen işletme çalışanlarıyla ilgili bir hükümdür. Bir yardımcı şahıs, işletmenin üretim ya da ticari sırlarını biliyor ve işvereni ile aralarında bulunan akdi ilişkiye göre, bu sırları saklamakla da yükümlü ise, 57'nci maddenin 7'nci bendi anlamında haksız rekabet meydana gelebilir. Gerçekten kim ki, işletme sırlarına vakıf bir yardımcı şahsı, bildiği sırları ifşa için ifşal ederse haksız rekabet eylemini işlemiş olur. Binaenaleyh, görevi gereği işletmeye ait sırları öğrenen kişinin sonradan, bu sırları ele geçirmek için ayartılması, Türk Ticaret Kanunu'nun 57'nci maddesinin 7'nci bendine göre haksız rekabet oluşturur. Zira, bu hüküm, ayartma eylemiyle ilgili olmayıp, işletmeye ait maddi ya da gayri maddi değerlerin himayesi için gerekli olan sır saklama yükümlülüğüyle ilgili bir düzenlemedir. Bu sebeple, bir yardımcı şahıs, işletmeye ait sırları bilmese bile, sırf biliyor farzedilerek, sırları ifşaya sevkedilmeye çalışılırsa, gene bu bent kapsamında değerlendirilir¹⁸⁴. Keza, işletme sırlarını ifşa etmesi için ayartılmış olan işçi, yeni işverenine bu sırları açıklamasa dahi, yeni işverenin ayartma eylemi bu bent kapsamında haksız rekabet teşkil edecektir. Zira, 8'inci bent hükmünün uygulanması, işçiyi bu bent yönünde ifşal edenin amacına ulaşmış olup olmamasına bağlı değildir¹⁸⁵.

Türk Ticaret Kanunu'nun 57'nci maddesinin 8'inci bendine göre de, **hüsnüniyet kaidelerine aykırı bir şekilde** elde ettiği veya öğrendiği imâlat veya ticaret sırlarından haksız yere faydalanmak veya onları başkalarına

¹⁸² KIENZLE, S.: age., sh. 88.

¹⁸³ ARKAN, S.: age., sh. 300; FRICK, M.: age., sh. 106; SCHLUEP, W.R.: Wirtschaftliche Aspekte, in: Mélanges Joseph Voyame, Lausanne 1989, sh. 255.

¹⁸⁴ SCHLUEP, W.R.: Wirtschaftliche Aspekte, in: Mélanges Joseph Voyame, Lausanne 1989, sh. 255.

¹⁸⁵ TROLLER, K.: age., sh. 347; BAUDENBACHER, C.: vor Art. 2 Rdnr. 74, sh. 707.

yaymak haksız rekabet olarak kabul edilmektedir. Bu hükmün uygulanması için, haksız yere yararlanılan veya başkalarına yayılan üretim ve ticarî sırların “*dürüstlük kuralına aykırı bir şekilde elde edilmesi*” şarttır¹⁸⁶. Dürüstlük kuralına aykırı şekilde elde edilmeyen ticari veya işletme sırlarından faydalanma, bu bent kapsamında değerlendirilemez. Bir başka deyişle bu hükümde, bir sırrın dürüstlük kuralına uygun bir şekilde araştırılması yasaklanmamıştır¹⁸⁷. Örneğin, bir işletme sahibi, başka bir işletmenin sırlarını, o işletmenin yayınladığı prospektüslerin, rapor ve hesapların araştırılması suretiyle elde edilmesi haksız rekabet teşkil etmeyecektir¹⁸⁸. Zira, bir işletme sahibinin rakibin ticari ve üretim ilişkilerine ilgi duyması ve bu hususlar hakkında bilgi edinmeye çalışması kadar doğal bir şey yoktur. Zaten, piyasanın durumu, olup bitenler ve rakibi hakkında bilgi sahibi olmaktan kaçınan bir işletme sahibi, yetenekli, işinin ehli bir tacir olarak da nitelendirilemez¹⁸⁹. Bu sebeple, söz konusu hüküm, tacire, çevresinde olup bitenler ve ticari rakipleri hakkında bilgi sahibi olmasına kural olarak yasak koymamakta; aksine izin vermektedir¹⁹⁰. Kanun koyucu, ticari ve üretim sırları hakkında bilgi edinmenin sadece dürüstlük kuralına aykırı olarak cereyan etmesini yasaklamaktadır. İşletme veya ticarî sırların dürüstlük kuralına aykırı şekilde elde edilmesinden veya öğrenilmesinden ise öğrenmenin veya elde etmenin pek de mutad olmayan ve adalet, hak ve doğruluk hissiyatını rencide eden tarz ve türde cereyan etmiş olması halinde bahsedilir¹⁹¹. Rakibi işletmenin telefonlarını dinlenmesi, hırsızlık, sır sahibini konuşturmak için yanıltıcı konuşmalar yapmak, sarhoş etmek, teleobjektifle işletmenin gizli bölümlerinin fotoğraflarının çekmek veya çektirmek gibi eylemler, ticari veya üretim sırlarının dürüstlük kuralına aykırı şekilde elde edilmesine örnek kabilinden zikredilebilecek eylem ve

¹⁸⁶ MİMAROĞLU, S.K.: age., C. I, sh. 407; Von BÜREN, B.: age., sh. 160; GERMAN, O.A.: Kommentar, sh.105. Yarg. 11. HD 6.11.1981 E. 3868/K.4664; Bkz. ERİŞ, G.: Açıklamalı-İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu - Ticari İşletme ve Şirketler, C. I, Ankara 1992, sh. 411. *Aksi fikir için bkz. İMREGÜN, O.:* Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri, B. III, İstanbul 1995, sh. 103.

İsviçre hukukunda 1986 yılında yapılan değişiklikle, Türk Ticaret Kanunu'nun 57'nci maddesinin 8'nci bendine kaynaklık teşkil eden, Haksız rekabet Kanunu'nun 1'inci maddesinin (g) bendinde yer alan “dürüstlük kuralına aykırı” bir şekilde ifadesi (appris d'une autre manière contraire à la bonne foi) ifadesinin yerine yeni hükümde(m. 6) “gayri meşru şekilde” elde edilmesi “dont il a eu indument connaissance” ifadesi getirilmiştir. Bu yeni düzenleme karşısında İsviçre hukukunda, bu hükmün uygulanması için, sırrın elde edilmesinin “gayri meşru” olmasının şart olduğu, yoksa, elde edilen sırdan faydalanma ya da başkalarına yaymanın “gayri meşru olması”nın bu hükümde şart olarak aranmadığı söylenmektedir. Bkz. PEDRAZZINI; M. M.: age., sh. 182; TROLLER, A.: age., (1985). sh. 959-960. BAUDENBACHER, C.: vor Art. 6 Rdnr. 57, sh. 768.

¹⁸⁷ BAUDENBACHER, C.: vor Art. 6 Rdnr. 57, sh. 768.

¹⁸⁸ WENIGER, O.: La Protection des secrets économiques et du savoir-faire (Konow-How), Lausanne 1994, sh. 208.

¹⁸⁹ Von BÜREN, B.: age., sh. 160.

¹⁹⁰ WENIGER, O.: age., sh. 208.

¹⁹¹ BAUDENBACHER, C.: Art. 6 Rdnr. 57, sh. 768. Ayrıca bkz. Von BÜREN, B.: age., sh. 160.

davranışlardır¹⁹². Türk Ticaret Kanunu'nun 57'nci maddesinin 8'nci bendinin uygulanabilmesi için, işletme ya da ticarî sırların, sadece, *bizzat bu surlardan faydalanan şahıs tarafından dürüstlük kuralına aykırı şekilde elde edilmiş olması şart değildir. Bu surların, ondan faydalanan şahsın talimatı doğrultusunda başka bir şahıs aracılığıyla elde edilmiş olması halinde de 8'nci bent uygulanır. Aynı şekilde, işletme veya ticari sırları kendi iradesiyle dürüstlük kuralına aykırı şekilde elde eden şahıstan, söz konusu sırları, bu durumu bilerek öğrenen ve bu surlardan faydalanan şahıs da 8'nci bent kapsamında haksız rekabetten sorumlu olacaktır. Bir başka deyişle, üçüncü kişinin ticari veya işletme sırlarını dürüstlük kuralına aykırı şekilde elde etmesi, bu durumdan haber olmasına rağmen söz konusu sırları bu şahıstan öğrenip ekonomik fayda elde etme doğrultusunda değerlendiren şahsa isnat edilir; yani onun da sırları dürüstlük kuralına aykırı şekilde öğrendiği kabul edilir¹⁹³. Buna göre, işletme sahibi bir personeli, onun çalıştığı önceki işyerine ait işletme veya ticari sırları elde etmek için ayartmamış; fakat işçinin istihdamından sonra ifşa ettiği ticari veya işletme sırlarından, onun bu sırları dürüstlük kuralına aykırı bir şekilde elde ettiğini bile bile faydalanırsa, eylemi, 57'nci maddenin 8'nci bendi kapsamında değerlendirilir. Zira, ayartanın gerçek durumu bilmesine rağmen söz konusu ticari ya da işletme sırlarından ekonomik menfaat sağlaması halinde, onun bu sırları dürüstlük kuralına aykırı şekilde elde ettiği veya öğrendiği kabul edilir¹⁹⁴.*

İşte, başka bir işletmeye ait ticari veya işletme sırlarının öğrenilmesi işçinin ayartılması da bu hüküm kapsamında değerlendirilebilir. Ancak, Türk Ticaret Kanunu'nun 57'nci maddesinin 8'inci bendinin uygulanması için, ticari ve işletme sırlarının dürüstlük kuralına aykırı bir şekilde elde edilmesi yeterli olmayıp, ayrıca, söz konusu surlardan yararlanılması veya üçüncü kişiye açıklanması şart koşulmaktadır. Binaenaleyh, söz konusu bent hükmünün uygulanabilmesi için, ticari veya işletme sırlarının dürüstlük kuralına aykırı şekilde öğrenilmiş olması tek başına yeterli değildir. Bu düzenlemede geçen "faydalanma" tabirinden kasıt, ekonomik açıdan fayda temin etmedir¹⁹⁵; yoksa bilimsel veya manevî amaçlı olarak kullanma, 8'nci bent anlamında haksız rekabete vücut vermeyecektir. Demek ki, hüsnüniyet kaidelerine aykırı bir şekilde öğrenilen ticari ya da üretim sırlarından ekonomik açıdan fayda sağlanılmamış olması veya başkalarına yayılmamış olması, bu bent hükmünün değil, haksız rekabete ilişkin genel hüküm

¹⁹² WENIGER, O.: age., sh. 209.

¹⁹³ FRICK, M.: age., sh. 142.

¹⁹⁴ Bkz. ve karşı. FRICK, M.: age., sh. 143.

¹⁹⁵ WENIGER, O.: age., sh. 210; Von BÜREN, B.: age., sh. 160; BAUMBACH, A./HEFERMEHL, W.: age., § 17 Rdnr. 37; KÖHLER, H. / PİPER, H.: age., § 17 Rdnr. 34; BAUDENBACHER, C.: vor Art. 6 Rdnr. 64, sh. 770.

mahiyetindeki 56'ncı maddenin uygulama alanına girecektir¹⁹⁶. Ancak, başka bir işletmenin personelinin, ticaret veya işletme sırlarının ele geçirilmesi veya açıklanması için ayartılması, kural olarak Türk Ticaret Kanunu'nun 57'nci maddesinin 7'nci bendine; ayrıca bu sıklardan haksız yere ekonomik açıdan fayda da sağlanmış veya üçüncü kişiye de yayılmış olması, 8'nci bendine tâbi olacaktır¹⁹⁷.

Buna karşılık, ayartılan personelin, daha önceki işyerinde *hüsnüniyet kaidelerine uygun* bir şekilde öğrendiği işletme veya ticari sırları, yeni işyerinde kendiliğinden ifşa etmesi¹⁹⁸, kullanması halinde, eylemin haksız rekabet teşkil edip etmeyeceği, Türk Ticaret Kanunu'nun 57'nci maddesinin 8'inci bendi kapsamında ele alınamayacağından, peşinen bu tür davranışların dürüstlük kuralına aykırı olacağı söylenemez. Zira, bu yasak, yukarıda da zikredildiği üzere, sadece dürüstlük kuralına aykırı bir şekilde öğrenilen sırlara hasredilmektedir. Binaenaleyh, dürüstlük kuralına uygun bir şekilde öğrenilen sırların işçi tarafından hizmet akdi sona erdikten sonra ifşası; Türk Ticaret Kanunu'nun 56'ncı maddesine göre değerlendirilmelidir. 56'ncı madde açısından da, bir eylemin haksız rekabet teşkil edip etmediğinin tespitinde, dürüstlük kuralına aykırılık önem kazanacaktır. Bu meseleye verilecek cevap, işçinin işletme veya ticari sırları saklama yükümlülüğünün, hizmet akdi ilişkisinin sona ermesiyle birlikte kalkıp kalkmayacağı meselesine verilecek cevapla da bağlantılıdır. Türk hukuku, İsviçre hukukunda olduğu gibi, hizmet akdinin sona ermesinden sonra işletme ve ticari sırların açıklanması yasağı ile ilgili açık bir yasal düzenleme ihtiva etmemektedir. İsviçre Borçlar Kanunu'nun 1971 yılındaki revizyonu sırasında Borçlar Kanunu'na eklenen 321a hükmünün 4. fıkrasında, işçinin işletme ve ticaret sırlarını hizmet akdi sona erdikten sonra da, işverenin haklı menfaatlerini korumak bakımından gerekli olduğu takdirde, saklamakla yükümlü olduğu belirtilmiştir. İsviçre Borçlar Kanunu'nda işçinin sır saklama yükümlülüğünün hizmet akdinin sona ermesinden sonra ne kadar süre devam edeceği hususu açıkça düzenlenmemiştir. Bununla birlikte İsviçre hukukunda, işçinin sır saklama yükümlülüğünün süresi, bir başka ifade ile ne zaman sona ereceği, hizmet ilişkisinin türüne işçinin işyerindeki fonksiyon ve konumuna¹⁹⁹, ekonomik ve teknik gelişmelere ya da diğer hal ve şartlara göre farklılık arzedeceği kabul edilmektedir²⁰⁰. Zaten bu sebeple

¹⁹⁶ WENIGER, O.: age., sh. 209; FRICK, M.: age., sh. 143.

¹⁹⁷ Von BÜREN, B.: age., sh. 160; PEDRAZZINI; M. M.: age., sh. 182; FRICK, M.: age., sh. 144.

¹⁹⁸ Özel sırlar haksız rekabet kurallarının uygulanmasında dikkate alınmaz. BAUDENBACHER, C.: vor Art. 6 Rdnr. 67, sh. 705.

¹⁹⁹ BGE, 88 I sh. 322-323.

²⁰⁰ REHBINDER, M.: Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht, 2. Abt. Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 2. Teilbd.: Der Arbeitsvertrag, Art. 319-362 OR I. Absch.: Einteilung und Kommentar zu den Art. 319-330a OR, Bern 1985, Art. 321a Rdnr. 14; REHBINDER, M.: Kommentar zum schweizerischen Privatrecht,

de, kanun koyucu, açıkça bir süre tespit etmekten kaçınmıştır²⁰¹. Şüphesiz, bu sürenin, uzunluğu ya da kısalığı, işverenin belirli vakıaların sır olarak kalmasındaki menfaati ve ihtiyacına göre belirlenecektir²⁰². Bununla birlikte, İsviçre hukukunda, işçinin meşru olmayan bir şekilde (örneğin, gizli evrakların çalınmak suretiyle, ya da yetkili olmadığı halde gizlice tetkik etmek suretiyle) öğrendiği işletme ve ticarî sırlar bakımından sır saklama yükümlülüğü, işverenin haklı menfaatleri olduğu sürece, hizmet akdinin hitamından sonra zaman yönünden sınırlandırılmayacağı kabul edilmektedir. Demek ki, bu halde sır saklama yükümlülüğü daimi olabilecektir²⁰³.

İsviçre Borçlar Kanunu gibi özel bir düzenlemesi olmayan Türk hukuku açısından, tarafların açıkça kararlaştırmamış olması veya halin icabından aksinin anlaşılabilmesi halinde, işçinin işyerinden ayrıldıktan sonra, daha önce çalıştığı işyerine ait işletme ve ticarî sırlarından serbestçe yararlanma hakkına sahip olduğunu kabul etmek gerekir²⁰⁴. İşçinin işletmeye ait sırlardan, hizmet akdi sona erdikten sonra kural olarak yararlanabileceği fikri, Türk Ticaret Kanunu'nun 57'nci maddesinin 7 bendinde sır saklama yükümlülüğünün ihlalinin haksız rekabet teşkil etmesini, sadece akdi ilişkinin devamı süresiyle sınırlandırmasından çıkarılabilir. Keza, aynı düşünceye paralel olarak, kanun koyucu, söz konusu maddenin 8'inci bendinde, akdi ilişkinin bitiminden sonra bizzat işçi tarafından işletme veya ticarî sırların ifşa edilmesinin dürüstlük kuralına aykırı olması sonucunu, sadece, işçinin çalıştığı işyerinde dürüstlük kuralına aykırı bir şekilde öğrendiği sırlara (örneğin, gizlice işletme evrak ve dosyalarını tetkik etmek suretiyle) hasretmiştir. Bu düzenlemelere göre, iş akdi sona erdikten sonra, işçi kural olarak bu yükümlülüğünden kurtulacaktır; fakat, tarafların, sır saklama yükümlülüğünün hizmet akdi sona erdikten sonra da devam edeceğini açıkça kararlaştırmış olmasına veya halin icabından bu yükümlülüğünün akdi ilişkinin hitamından sonra da devam edeceği

Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 2. Aufl., Hrsg. HONSELL, H./VOGT, N. P./WIEGAND, W., Basel-Frankfurt a. Main 1996, Art. 321a Rdnr. 7.

²⁰¹ **BOTSCHAFT** des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die Revision des Zehnten Titels und zehnten Titels (bis) des Obligationenrechts (Arbeitsvertrag) vom 25. August 1967, in: BBl 1967 II, sh. 302.

²⁰² **STAEHELIN, A. / VISCHER, F.**: Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Teilbd. V 2c: Der Arbeitsvertrag (Art. 319 – 362 OR), Zürich 1996, Art 321a Rdnr. 60; **RICKENBACH, M. W.**: Die Nachwirkungen des Arbeitsverhältnisses, Bern 2000, sh. 128;

²⁰³ **STAEHELIN, A. / VISCHER, F.**: age., Art 321a Rdnr. 60; **REHBINDER, M.**: age., Art. 321a Rdnr. 14 **RICKENBACH, M. W.**: age., sh. 127.

²⁰⁴ **CENTEL, T.**: İş Hukuku, C.I: Bireysel İş Hukuku, İstanbul 1994, sh. 142; **SOYER, M.P.**: Rekabet Yasası Sözleşmesi (Bk. M. 348-352), Ankara 1994, sh. 14 vd. İsviçre hukukunda da 1971 değişikliğinden önce savunulan benzeri düşünce için bkz. **TROLLER, A.**: age., (1962), sh. 945.

anlaşılmasına²⁰⁵ rağmen, işçinin işyerinden ayrıldıktan sonra yükümlülüğünü ihlal etmesi, Türk Ticaret Kanunu'nun 56'ncı maddesi gereği –m.57/b. 7 ve 8 gereği değil- haksız rekabet teşkil edecektir²⁰⁶. Bu haller dışında, işçinin çalıştığı iş yerinde dürüstlük kurallarına uygun bir şekilde elde ettiği ticari ve işletme sırlarını, hizmet ilişkisinin bitiminden sonra değerlendirmesi, ekonomik başarı ve gelişimi için kullanması, kural olarak Türk Ticaret 56'ncı maddesi anlamında haksız rekabet teşkil etmeyecektir²⁰⁷. Buradan hareketle, işçi, önceki işyerinde dürüstlük kuralına uygun bir şekilde öğrendiği ticari ve işletme sırlarını, bizzat kendi açtığı işletmesinde kullanabileceği söylenebilir. Aynı sonucun, kendisini ayartan yeni işverenin herhangi bir etkisi olmaksızın bizzat kendi irade ve isteğiyle yeni işyerinde kullanabilip kullanamayacağı ve yeni işverenin bu suretle, söz konusu sırlardan kendi işletmesi için faydalanabilip faydalanamayacağı tartışmalıdır. Bir görüş, işverenin, ayartarak istihdam ettiği işçisinin önceki işyerine ait sırları kendi iradesi ve isteğiyle kullanması suretiyle kendi işletmesi için fayda temin etmesinde bir beis görmezken²⁰⁸; aksi görüş, işverene bu imkanı yasaklamak taraftarıdır²⁰⁹. Bizim de katıldığımız, aksi görüşe göre, ayartan işveren, istihdam ettiği yeni işçisinin önceki işyerinde meşru şekilde öğrendiği sırları, yeni açacağı kendisine ait işletmesinde bizzat kendisi menfaati doğrultusunda değerlendirebileceği gibi üçüncü kişiye de serbestçe devredebilir şeklinde bir iddiaya dayanarak, başka işletmeye ait ticari ve işletme sırlarından faydalanamaz. İşçinin, işerinden ayrıldıktan sonra da önceki işyerine ait ticari ve işletme sırlarını kendisine ait bir işletmede kullanabilmesi, işverenin bu sırların üçüncü kişiye ifşa edilmemesindeki menfaati ile işçinin kendi ekonomik ve mesleki başarısı ve gelişimindeki menfaatinin tartılarak işçinin menfaatine ağırlık verilmesinin sonucudur²¹⁰. Menfaatlerin tartılmasında yeni işverenin, söz konusu sırlardan yararlanma menfaati dikkate alınmaz. Bu sonuç, aynı zamanda yeni işverenin ayartarak istihdam ettiği işçinin önceki işyerine ait işletme ve ticari sırları kullanarak kendine ekonomik avantaj sağlama, rakipleri karşısında bir adım öne geçme menfaati gözetilerek kabul edilmemiştir. İşçinin hizmet ilişkisinin bitiminden sonra sır saklama yükümlüğünden kurtulması, sadece kendisinin ekonomik gelişimi ve mesleki başarısına olan menfaatine ağırlık verilmesinin bir sonucudur. Aksi fikrin kabulü ister istemez, yeni işverenin

²⁰⁵ Örneğin, bir kimse yönetici pozisyonunda ve kendisine yüksek bir ücret ödeniyorsa veya işletme gelirinе iştirak ettiriliyorsa, sadakat ve sır saklama yükümlülüğü, işletme ile arasında mevcut olan akdin sona ermesine rağmen devam edecektir. Bkz. von BÜREN, B.: age., sh. 159; BARROT, A.: age., sh. 97.

²⁰⁶ TROLLER, A.: age., (1962), sh. 945.

²⁰⁷ FEZER, K.H.: Der zivilrechtliche Geheimschutz im Wettbewerbsrecht, in: Festschrift für Fritz TRAUB, Hrsg. Ulrich Loewenheim/Thomas Raiser, Frankfurt a. Main 1994, sh. 97; BETTIN, E.: age., sh. 137-138.

²⁰⁸ STEINHAUS, H.-J.: age., sh. 47; BETTIN, E.: age., sh. 138; BAUMBACH, A./HEFERMEHL, W.: age., § 1. Rdnr. 478.

²⁰⁹ KIENZLE, S.: age., sh.82.

²¹⁰ KIENZLE, S.: age., sh.82.

yukarıda zikredilen menfaatine ağırlık verilmesinin bir sonucu olduğu anlamına gelir. Oysa, bir âkidin(hizmet akdinde bir işçinin), karşı âkide(işverene) karşı olan akdi yükümlülükten kurtulması, bu akdi ilişkiye tamamen yabancı olan bir kimsenin(yeni işverenin) menfaati dikkate alınarak sağlanamaz. Şüphesiz, yukarıda da zikredildiği üzere, işverenin, işçiyi, sırf daha önce çalıştığı işyerine ait sırları elde etmek için ayartması, Türk Ticaret Kanunu'nun 57'nci maddesinin 7'nci bendine göre haksız rekabet teşkil edecektir.

İşletme sahibi açısından önemli bir mâli değeri ifade eden işletme veya ticaret sırları kavramından, işçinin çalıştığı işyerinde elde ettiği meslekî bilgi ve tecrübe kavramının ayırılması gerekir. İşletme ve ticari sırlar, işletme sahibinin iradesine göre gizli tutulması gereken ve gizli tutulma hususunda işletme sahibinin haklı menfaati olduğu vakıalardır²¹¹. İşçinin işletmede çalışırken elde ettiği beceri ve öğrendiği bilgileri, işletme ve ticari sır olarak kabul etmediği sürece serbestçe kullanabilir veya ekonomik fayda sağlamak amacıyla değerlendirebilir. İşverenin, işçinin bu hakkını kullanmasını önleyecek bir korunmaya değer menfaati daha üstün yoktur²¹². Türk Ticaret Kanunu'nun 57'nci maddesinin 7 ve 8'inci bendi herhangi bir akdi yükümlülükle ilgili olmayıp, sadece sır saklama yükümlülüğüyle ilgilidir²¹³. İşçinin bilgi ve beceri ve tecrübeleri de ticari veya işletme sırrı niteliğinde olmadığı sürece bu hükümler de işletme sahibine yardımcı olamayacaktır. Bu sebeple, işçinin yeni işyerinde bu bilgi ve tecrübelerini kullanması haksız rekabet oluşturmayaacağı gibi işçinin de sırf bu sebeple ayartılması haksız rekabet teşkil etmeyecektir²¹⁴.

Müteşebbis, bazen ayartmayı, kendisine yeni bir akdi partner kazandırmak amacıyla yapmaktadır. Gerçekten de, ayartılan şahıs, önceki işyerinde çalışırken işletme müşterileriyle mesleki veya şahsi ilişki içersine girmiş olabilir. Keza, kendi mesai arkadaşlarıyla da benzeri bir ilişki içersinde olabilir. İşte, ayartan, ayarttığı personelin şahsi ve mesleki ilişkilerinden istifade ederek başka türlü yollardan elde edemediği veya elde edemeyeceği müşterileri, kendi müşteri çevresine dahil edebilme veya gene onun işletme içi ilişkileri sayesinde, diğer mesai arkadaşlarıyla akdi ilişki içersine girebilme imkanına kavuşabilmektedir²¹⁵.

²¹¹ BAUMBACH, A. / HEFERMEHL, W.: age., § 17 Rdnr. 2; KÖHLER, H./ PIPER, H.: age., § 17 Rdnr. 4; EKEY, F. L/KLIPPEL, D. / KOTTHOFF, J. / MECKEL, A. /PLA-G.: age., § 17 Rdnr. 4.

²¹² GUDDEN, R.: age., sh. 117; BETTIN, E.: age., sh. 137.

²¹³ FRICK, M.: age., sh. 106; SCHLUEP, W.R.: Wirtschaftliche Aspekte. in: Mélanges Joseph Voyame, Lausanne 1989, sh. 262.

²¹⁴ GUDDEN, R.: age., sh. 117; BETTIN, E.: age., sh. 137.

²¹⁵ FRICK, M.: age., sh. 148; BETTIN, E.: age., sh. 140.

Alman hukukunda hakim olan görüşe göre, başka işletmeye ait müşterileri çekerek müşteri çevresini genişletmek amacıyla yapılan ayartma (akdi ilişkinin usulüne uygun şekilde sona erdirilmesine teşvik ve tahrik suretiyle ayartma) haksız rekabet eylemidir. Zira bu halde ayartan, mal ve hizmet ürünlerini daha kaliteli imal ederek müşterinin alım gücüne uygun olarak piyasaya sunarak müşteri çevresini genişletmek yerine kendi emek ve çabasına dayanmayan başka bir yolla; yani, müşterilerle yakın ilişkiler kurmuş olan başka işletmenin personelini ayartarak, onun bu ilişkilerini ve müşterilerin de ona olan, sadakat, vefa ve güven duygularını kendi menfaati doğrultusunda istismar ederek kazanmaya çalışmaktadır²¹⁶. Bu sebeple, bu amaç doğrultusunda yapılan ayartma dürüstlük kuralına aykırıdır. Gerçekten de, ayartan bu yolla, söz konusu işverenle müşteriler arasındaki ticari ilişkileri üstlenmeye çalışarak onun piyasadaki konumunu zayıflatmayı hedeflemektedir. Aynı sonuç, başka bir işletmenin personelini (özellikle yönetici kademesindeki bir şahsın); onun, yakın mesai arkadaşlarıyla kurduğu işletme içi arkadaşlık ve şahsi ilişkileri dolayısıyla bu kişilerin de işletmeye çekebileceği düşüncesi ve amacıyla ayartılması için de geçerli olmalıdır²¹⁷. Bu amaca kısmen ya da tamamen ulaşılmış olması ise, ayartma eyleminin haksız rekabet olarak nitelendirilmesi açısından önem arz etmez²¹⁸.

Şüphesiz, ayartmanın bu amaçla gerçekleştirilmiş olduğu, dolayısıyla dürüstlük kuralına aykırı bulunduğu vakiasının tespiti, önündeki meseleyi çözmek durumunda olan hakim açısından büyük zorluk arzedecektir. Ayartan da bu amacını açıkça ortaya koymayacağına göre, somut olayın özelliklerinden bu vakianın çıkarılması gerekecektir. Ancak bu bağlamda, ayartılan personelin yeni iş yerinde önceki işyerinde olduğu gibi aynı müşteri çevresine hitap eden bölümde istihdam edilmesinden, ayartmanın dürüstlük kuralına aykırı şekilde gerçekleştiği sonucunu çıkartmak²¹⁹ isabetli değildir. Zira, bu görüş, ayartılan personelin, önceki işyerindeki çalıştığı bölüme eşdeğer bir yerde çalışmasını gayri mümkün kılan, yasaklayan bir sonucu doğurmaktadır. Bu durumda, örneğin, bir tiyatro işletme sahibi, müşterileri müknaş gibi çeken başka bir tiyatro işletmesinin ünlü bir oyuncusunu ayarttığı zaman, ona bir tiyatro oyununda rol veremeyecektir²²⁰. Ayrıca, ayartılan personelin, önceki işyerinde çalıştığı bölümün hitap ettiği

²¹⁶ Bkz. BGH, GRUR 1966, sh. 265; RG, GRUR 1936, sh. 995; RG, GRUR 1936, sh. 634; RG, GRUR 1934, sh. 609; OLG Düsseldorf, GRUR 1961, sh. 94; BAUMBACH, A./HEFERMEHL, W.: age., § 1 Rdnr. 589, 598; von GAMM, O.F.: age., Kap. 33 Rdnr. 10; GUDDEN, R.: age., sh. 114; HANS, W.: age., sh. 66; KIENZLE, S.: age., sh. 68-69; JÖRGENS, H.D.: age., sh. 88-89; GIBBERT, I.: age., sh. 47. Aksi görüş için bkz. BETTIN, E.: age., sh. 142 vd.

²¹⁷ KIENZLE, S.: age., sh. 69.

²¹⁸ Bkz. BAUMBACH, A./HEFERMEHL, W.: age., § 1 Rdnr. 585.

²¹⁹ RG, GRUR 1936, sh. 510.

²²⁰ BETTIN, E.: age., sh. 144.

müşteri çevresiyle ilgili bir bölümde çalışmasını yasaklamak ise, serbest rekabetin özünde yer alan işçi, yardımcı şahıs gibi çalışanların ayartılma serbestisini yok edecek derecede sınırlayacaktır. Zira, bir yandan, ayartılan işçinin özel kabiliyetlerinin istihdam edildiği yeni işletmede kullanılmaması durumunda, ayartanın ayartılan işçinin önceki işverenine zarar verme amacıyla hareket ettiği varsayılacak ve ayartma eylemi haksız rekabet sayılacak²²¹; diğer yandan da, bu kabiliyetlerine uygun yerde çalıştırıldığında, -ki bu yer büyük ihtimalle önceki iş yerinde çalıştırıldığı bölümle aynı olacaktır- gene ayartma eylemi haksız rekabet eylemi olarak kabul edilecektir. Dolayısıyla, böyle bir düşüncenin, serbest rekabet düzeninin özüne aykırı olduğu haklı olarak iddia edilebilir. Ayrıca, ayartılan personelin, yeni işyerinde, önceki işyerindeki bölümüyle eş değer bir bölümde çalıştırılmaması, onun Anayasa ile güvence altına alınmış, mesleki ve ekonomik geleceğini bizzat belirleme ve kendini mesleki yönden geliştirme, mesleğini ve işini icra edeceği yeri serbestçe seçebilme; dolayısıyla değiştirebilme özgürlüğünü kısıtlamaktadır. Böyle bir yasak, onun mesleğini serbestçe icra edebilmesini bir nev'i yasaklamaktan da başka bir şey değildir²²². Bu sebeple, ayartma eyleminin haksız rekabet olarak telakki edilebilmesi için, ayartanın, ayartılan işçinin daha önce çalıştığı işletmenin sırtından kendine menfaat sağlamak amacını güttüğünü gösteren daha açık delil ve emarelerin ortaya konması şarttır. Örneğin, ayartan, ayartılan personelin çalıştığı önceki işletmenin müşterilerine, reklam faaliyetleriyle, rakibinin uzman elemanlarının artık kendisi için çalıştığına ve bu kişilere karşı gösterdikleri güveni aynen devam ettirmelerine işaretle yönelirse, onun ayartma eylemini, rakip işletmenin müşterilerinin, kendi işletmesine çekilmek amacıyla yaptığı açıkça orta çıkmış olur²²³. Binaenaleyh, bu durumda, ayartma eylemi haksız rekabet teşkil edecektir.

Doktrinde ve yargı kararlarında, ayartılan personelin tanıtımı yapılırken, tanıtımın üzerinde yapıldığı gazete, broşür, el ilanı, afiş gibi vasıtalarda, yeni personelin ismi yanında, onun önceki işverenin ya da çalıştığı önceki işyerinin adının da açıkça zikredilmesi haksız rekabet teşkil ettiği kabul edilmektedir²²⁴. İşletmenin bu nev'i davranışının dürüstlük kuralına aykırı olarak kabul edilmesinin sebebi, onun, ayartılan işçinin daha önce çalıştığı işletmenin ün ve itibarından haksız fayda temin etmeye çalışmasından dolayıdır²²⁵. İşletme sahibi, bu ilanıyla, yeni personelin kendi işletmesinde istihdam edilmesiyse birlikte, bu şahısların önceden çalıştığı

²²¹ Bkz. sh. dph. 176'ya ilişkin metin.

²²² FRICK, M.: age., sh. 149; BETTIN, E.: age., sh. 144.

²²³ BGH, BB 1956, sh. 703; BAUMBACH, A./HEFERMEHL, W.: age., § 1 Rdnr. 585, FRICK, M.: age., sh. 149; HANS, W.: age., sh. 66.

²²⁴ FRICK, M.: age., sh. 150; BETTIN, I.: age., sh. 145; KIENZLE, S.: age., sh. 63; BGH, GRUR 1964, sh. 316-317.

²²⁵ Bkz. BGH, GRUR 1957, sh. 23-24; BAUMBACH, A./HEFERMEHL, W.: age., § 1 Rdnr. 589; BETTIN, I.: age., sh. 145.

firmayla aynı kalite ve nitelikte mal veya hizmet edimlerini üretebileceğini ima etmektedir. Buna karşın, Alman Federal Mahkemesi'nin *Ansprechpartner* kararında da açıkça vurgulandığı üzere, piyasada yeni faaliyet göstermeye başlayan bir işletme, yaklaşık 5000 potansiyel müşterisine gönderdiği el ilanında, işletmesinde çalışmaya başlayan yeni personeli ve bunların yetkili oldukları alanları tanıtırken, daha önce bir firmada yıllarca yönetim kademesinde faaliyet göstermiş personelin ismine de, bu kişilerin önceden çalıştığı işletmenin adını zikretmeksizin yer vermiş olması durumunda, kendisine ilan gönderilen şahıslardan bir kısmının söz konusu isimleri tanımaları ve isimlerinden bunların önceden çalıştığı işletmenin kimliğini çıkarmaları durumunda haksız rekabetten bahsedilemeyecektir²²⁶. İşletmede çalışmaya başlayan yeni personelin tanıtımında, işletme sahibi bazen, söz konusu kişilerin önceden çalıştığı işletmenin adını, bu işletmenin itibarını ve ününü tehlikeye düşürmek amacıyla da yapabilir. Bu durumda gene haksız rekabetin varlığından bahsedilir. Örneğin, Yargıtay'ın 11. HD.'nin bir kararına konu teşkil eden olayda, Kamil Koç Turizm firması, Pamukkale Turizm firmasından usulüne uygun olarak akdi feshederek ayrılan 11 otobüs sahibinin kendisinde çalışmaya başlaması dolayısıyla yerel bir gazetede verilen ilanının metninde: "NOT: Onbir Ekip Arkadaş Kamil Koç Turizm'e geçmiştir. Yıllarca Pamukkale Turizmde çalışan" ifadesine yer vermişti. Yargıtay 11. HD, bu dava ile ilgili kararında, davalının söz konusu davranışının haksız rekabet teşkil ettiğini haklı olarak kabul etmiştir: "*Davalı firma gazeteye verdiği ilan ile davacı firmada çalışan 11şöförün kendi firmasına geçmekle davalı firmada iyi şöför kalmadığını vurgulamaktadır. Bu şekilde bir ilan ile karşı karşıya kalan davacı firmanın iktisadi menfaat bakımından zarar tehlikesi ile karşı karşıya kaldığı duraksamaya yer vermeyecek şekilde açıktır. Kaldı ki, davalı firma aynı gazetenin 12.1.1995 tarihli nüshasında "Açıklama ve özür" başlığı altında bir ilan daha vererek davacı firma hakkında üzücü imada bulduklarını belirterek yayınladıkları ilanın davacı firma için kötüleyici mahiyette bulunduğunu kabul etmişlerdir"*²²⁷.

D- HEADHUNTING

Headhunting, personel ayartmanın özel bir türüdür. Nitekim, *headhunting* de, herşeyden önce, yüksek kademe yöneticilerinin ayartılması söz konusudur. Bir başka deyişle, *headhunting*, bir işletmede, management fonksiyonlu mevkilerin doldurulmasında başvurulan bir yoldur²²⁸. Ancak *headhunting*'de yüksek kademe yöneticilerinin ayartılmasında uygulanan

²²⁶ BGH, GURUR 1988, sh. 545.

²²⁷ Yarg. 11. HD., E. 1998/9296 K.1999/856 (Yayınlanmamıştır)

²²⁸ ZEHNDER, D.E.D.: Executive Search Consulting, Zürich 1991, sh. 12.

yöntem alışıl gelmiş klasik yöntemlerden²²⁹ farklıdır. Şöyle ki, *headhunting* de yönetici elamanların bulunmasında, gazetelere ilan vermek gibi bir yöntem değil; muhtemel yönetici adayıyla, telefon, e-mail, gibi doğrudan doğruya, şahsen temasa geçme yöntemi uygulanır. Bu nevi bir iş için kendisine başvuru şahıs ya da işletmeye de “*kafatası avcısı*” olarak Türkçe’ye çevirebileceğimiz “*headhunter*” denilmektedir. *Headhunting*, personel danışmanlığının bir türü olduğundan, *headhunter*’a personel danışmanı denilebilir. Ancak personel danışmanı olan *headhunter*’dan bahsedilebilmesi için söz konusu kişilerin, kendisine yönetici eleman bulma görevi veren işletmede istihdam edilmiş bir şahsiyet, yani teşebbüs içi danışman niteliğinde olmaması gerekir. Bu kişiler, yönetici bulma faaliyetini, ticari faaliyet olarak yürütürler²³⁰. Bazen yönetici arayan işletme, doğrudan doğruya arzu ettiği şahıs isimlerini *headhunter*’a ayartması için verir²³¹. *Headhunter* da kendisine bildirilen isimleri, ücret karşılığında, bu kişilerle doğrudan doğruya -hiçbir aracı kullanmadan-, şahsen temasa geçerek ayartmaya çalışır. Eğer ayartılacak şahsın ismi açıkça zikredilmemişse, *headhunter*, kendisini boşalan yönetici kadrosunu doldurmakla görevlendiren işletme tarafından verilen bilgilere istinaden, bu yere uygun olabilecek kişilerin haiz olması gerektiği mesleki kabiliyet, şahsi hususiyet, kariyer, yabancı dil bilgisi, milliyet gibi hususiyetleri belirler. Bir nevi, bu mevkiye uyan bir yönetici profili çizer. Daha sonra çizilen bu profile uygun yöneticilerin çalışması muhtemel hedef işletmeleri belirler. Söz konusu hedef işletmeleri, *headhunter*, genellikle, mesleki ve iktisadi gazete ve dergilerden, internet sayfalarından topladığı bilgilere dayanarak hazırladığı “target list” olarak adlandırılan listeden belirlemektedir. *Headhunter* bu listeyi hazırlarken, ilgili branşın kompetanı olan kişilerle yaptığı görüşmelerden(sourcing) de yararlanır²³². *Headhunter*, daha sonra, target listesinden belirlediği profile uyan şahıslarla doğrudan doğruya -genellikle telefonla- şahsen temas kurar. Bu kişiler, genellikle başka bir işletmede hizmet akdiyle çalışan ve işyerlerini değiştirme arzusu ilk temas anında ne *headhunter*’ın ne de ummun bilgisinde olan kişilerdir²³³. Söz konusu kişilerin iş yerini değiştirme düşüncesi veya kararı ilk olarak *headhunter* tarafından uyandırılmaktadır. *Headhunter* yaptığı ilk görüşmede kendisini bu iş için görevlendiren işletmeyi zikretmez; eğer kabul ederse, sadece, çalışacağı yeni firmadaki mevkiinin faaliyet sahası, ücreti vs. gibi

²²⁹ Almanya’da 1998 yılında yapılan bir araştırma sonucunda, bu ülkede açık bulunan 9315 kademenin %59’u doğrudan doğruya temas yoluyla; %29’u ilan yoluyla yapılan araştırma sonucunda 512’si ise bu iki yöntemin kombinasyonu yoluyla doldurulmuştur (Bkz. QURING, A.: Muss die telefonische Anwerbung von Mitarbeitern verboten werden, WRP 2000, sh. 36).

²³⁰ Bkz ve karş. ZEHNDER, D.E.D.: age., sh. 12.

²³¹ HUBER, M.: Rechtliche Aspekte der Personalberatung, Zürich 1989, sh. 133.

²³² Bkz. ZEHNDER, D.E.D.: age., sh. 17.

²³³ KREKEBAUM, H.: Personaberatung im europäischen Binnenmarkt, Wiesbaden 1994, sh. 11.

konularda bilgiler verir. Şahsen yapılan görüşmede yönetici adayı, işyerini değiştirme teklifini kabul ettiğini beyan ederse, kendisinden başvuru formlarını doldurması söylenir. Teklifi kabul eden muhtemel adayların gönderdiği başvuru formları teker teker incelenerek ilgili mevki için en uygun aday belirlenir ve bu aday yüzyüze görüşme için davet edilir. *Headhunter* yaptığı görüşme sonucunda, yönetici adayını, belirlenen profile uygun olduğuna kani olursa, kendisini bu iş için görevlendiren işletmeye takdim eder.

Headhunting Türk hukuku açısından kural olarak caizdir. Her şeyden önce bu nevi işlerle uğraşmak üzere büroların kurulabilmesi **Türkiye İş Kurumu Genel Müdürlüğü'nün Kanunu'nun** 30'uncu maddesi açısından mümkün hâle gelmiştir. *Headhunter* Türk hukuku açısından tellal olarak değerlendirilebilir. *Headhunter*'ın faaliyeti, ticari işletmelerin ihtiyaç duyduğu yönetici şahsiyetlerin bulunması ve bu şahsiyetlerle onları istihdam etmek isteyen işletme sahiplerini bir araya getirmekten ibaret olduğundan, *headhunter* ile kendisine bu iş için görevlendiren işletme arasındaki ilişki Türk Ticaret Kanunu'nun 100 vd. maddelerine tabidir.

Haksız rekabet hukuku açısından da *headhunting* kural olarak caizdir²³⁴. Bu sonuç, özellikle, *headhunting*, yönetici adayının işvereni ile arasındaki mevcut akdi ilişkisini olağan, kanuna uygun bir şekilde sona erdirmesine yönelik ise kabul edilmelidir²³⁵. Alman hukukunda "headhunting" faaliyetinin haksız rekabet teşkil edip etmediği meselesiyle ilgili tartışmalar, bu hususta verilen iki aktüel kararlar alevlenmiştir. Söz konusu kararlardan biri, LG Heilborn'un diğeri ise OLG Stuttgart'ın verdiği kararlardır. LG Heilborn'un kararına konu teşkil eden olayda²³⁶, computer ürünlerini doğrudan doğruya işletmede satışa arz suretiyle değil de, prospektüs veya katalog göndermek ya da gazete, dergilerde ilan suretiyle tanıttığı ürünlerini alıcıya posta vs. yolla göndermek suretiyle satan bir işletme, bilgisayar programı(computersoftware) ticaretiyle uğraşan bir işletmede çalışan bir personelin ayartılması için davalı *headhunter*'i görevlendirir. LG Heilborn, bu olayda ayartma olayı gerçekleşmediğinden, ayartma teşebbüsünün ancak bazı olayların eşlik etmesi halinde haksız rekabet teşkil edeceği görüşünden hareket etmiştir. Mahkemeye göre somut olayda şu hususlar, ayartma teşebbüsünü, ahlak ve adaba aykırı kılar ve eylemi haksız rekabet eylemi haline dönüştürür: Her şeyden önce, *headhunter*, personele, müşteri telefon hizmeti yoluyla işyerinde ulaşmıştır. İkincisi, personel danışmanlık işletmesinin(*Headhunting*) çalışanı ile kendisiyle telefon konuşması yoluyla

²³⁴ REUFELS, M.J.: Neue Fragen der wettberbsrechtlichen Beurteilung von "Headhunting", GRUR 2001, sh. 214.

²³⁵ FRICK, M.: age., sh. 109.

²³⁶ LG Heilborn, NJW-RR 1999, sh. 1567.

temas kurulan ayartılmaya çalışılan personel arasında herhangi bir şahsı ilişki söz konusu değildir. Üçüncüsü, personel danışmanlık işletmesinin çalışanı, kendisiyle temas kurduğu işletmenin çalışanından, danışmanlık şirketinin adı, adresi, telefon numarası ve e-mail adresini, teklif edilen işe ilgisi olabilecek şahıslara iletmesini rica etmiştir. LG Heilborn, bütün bu vakıaları, işletmenin çalışma sürecinde ağır aksaklığa sebep olabilecek nitelikte görmüştür. Keza, mahkemeye göre, söz konusu vakıalar, personelin, işverenine olan sadakatlerinin sarılmasına da yol açabilir. Hâkeza, bu nevi bir ayartma denemesi, sadece işletmenin telefonunun meşgul edilmesi dolayısıyla değil, kendisiyle temas kurulan şahsın bu konuşma yüzünden işine hasretmesi gerektiği zamanı işletme içi görevi doğrultusunda kullanamaması dolayısıyla da bir miktar masrafa neden olmuştur. Çalışanın, yapılan teklifi düşünmesi ve düşünme zarfında çalışanın kendisini işe vermemesi gerçeği de göz önüne alındığında, onun, işyerinde üstlendiği görevine hasredemediği süre sadece telefon konuşması süresiyle de sınırlı değildir.

Benzeri bir olay da *OLG Stuttgart*'ın kararına konu teşkil etmişti²³⁷. Karara konu teşkil eden olayda da, *headhunter* tarafından yapılan telefon konuşmasında ayartılmaya çalışılan personel mevcut akdi ilişkisini sona erdirmemişti. Eyalet Yüksek Mahkemesi'ne göre, bu durum, ancak özel bir takım vakıaların mevcudiyeti halinde haksız rekabet hükümlerine tâbi olacaktır. Yapılan eylemin ahlak ve adaba aykırılığı uygulan araç ve yöntem bakımından karar verilmelidir. Binaenaleyh, ayartma eylemi telefon bağlantısıyla başkasının iş yaşamına müdahale suretiyle gerçekleşmişse ahlak ve adaba aykırıdır. Günümüzdeki teknolojik gelişmeyle bağlantılı olarak, telefon, e-mail veya internet yoluyla başkasının iş ve özel yaşamına daha da artan ölçüde müdahale söz konusu olmaktadır. Bu şekilde bir başkasının iş ya da özel yaşamına müdahalenin yarattığı rahatsızlığın ölçüsü, bir kimsenin arzu edilmediği halde ticari amaçla başkasının evini ziyaret etmesinin ev sahibinde yarattığı rahatsızlığın ölçüsünden aşağı kalır yanı yoktur. *Headhunter*, iş yaşamına müdahaleyi de, işletme sahibinin kendi mâli imkanlarıyla hazırladığı işletme sistemi ve işletme donanımını kötüye kullanarak gerçekleştirmektedir. İşletme sahibinin kurduğu sistemden yararlanmasa, ayartmaya çalıştığı kişiye ulaşması büyük masrafların yapılmasını gerektirecekti. Bu ayartma teşebbüsüyle, işletmede çalışan kişi, hem konuşma esnasında hem de teklifin etkisiyle konuşmadan sonra belirli bir süre kendi görevlerini layiki veçhile getirmesinden alıkonacaktır. Bu suretle, işletmenin masraf yaparak kurduğu sistem, geçici de olsa, çalışanların kendi görevlerini yapamaması amacıyla kullanılmış olmaktadır. Bunun sonucunda, *headhunter* işletme sahibi ile çalışan arasındaki sadakat ilişkisine zarar verici şekilde müdahale etmiş olmakta; bütünlük işletme

²³⁷ Karar ve karara konu teşkil eden olay için bkz. *OLG Stuttgart WRP 2000*, sh. 318 vd.

donanımlarının kullanılmak suretiyle de işletmenin fonksiyon birliğinin bozulmasına sebep olmaktadır. *Headhunter* bu hareketiyle, bizzat işletmenin kendisini, hiç de istemediği halde, kendisine zarar verme teşebbüsünün yardımcıları haline getirmektedir. Bu sebeple, *headhunter*'ın davranışı kınanabilir bir davranış olup; rekabet hukuku açısından tasvip edilemez.

LG Heilborn ile OLG Stuttgart'ın yukarıda zikredilen iki kararı Alman hukuku doktrinde eleştirilmiştir. Yapılan eleştiriler şu şekilde özetlenebilir: gerçi *headhunter*'ın işletmede çalışan birisiyle telefon görüşmesi yaptığı esnada, işletme müşterileri ilgili şahsa(personele) ulaşılammaktadır. Ancak, sırf bu vakıa, yapılan eylemi haksız rekabet teşkil etmesi için yeterli bir sebep olarak telakki edilemez. bir işletmede çalışan personelle, işletme dışından birisinin özel amaçlı temas kurmasını yasaklamak hayat gerçeklerine uymaz²³⁸. Ayrıca, OLG Stuttgart'ın, tek bir telefon görüşmesiyle işletmenin fonksiyon görebilmesinin engelleneceği yönündeki görüşü de abartma olup iş hayatının gerçekleriyle bağdaşmaz²³⁹. İşverenin, *Headhunter*'ın işletmenin olanaklarını(telefonunu) kullanarak, personeli ayartma girişimini ab initio püskürtmek ve böylece, işçisini dış etkilere karşı kapalı kapılar ardında tutmak hakkına sahip olduğunu iddia etmenin mantığı da yoktur²⁴⁰. Bu kararın sonucu, *headhunter*'ın, işçi ayartmak için onunla, işletmede çalıştığı esnada telefon görüşmesi, e-mail yoluyla temas kurmayı peşinen haksız rekabet olarak kabul etmedir ki, bu görüş *headhunting* mesleğinin sonu demektir²⁴¹. Şüphesiz, LG Heilborn'un ayartma eylemini haksız rekabet olarak nitelendirirken, *headhunter*'ın kendisiyle ile telefon görüşmesi yaptığı işletme personelini şahsen tanımaması vakıasına dayandırması da aynı sonuca götürecektir. Böylece, *headhunter*'ın, işletme personeliyle ilk defa yapacağı her telefon görüşmesi haksız rekabet hükümlerine tâbi tutulacaktır ki, bu görüş de hayatın gerçeklerine yabancıdır²⁴². Keza, telefonla ayartmanın işletme nezdinde masraf kalemini doğuracağı şeklinde de düşünce de yerinde değildir. Her şeyden evvel telefon etmekle, telefon masrafı, işletme nezdinde değil, *headhunter* nezdinde doğar. Telefon görüşmesi esnasında işinden alıkoyulması dolayısıyla doğan masraf ise, OLG Stuttgart'ın hesaplarına göre, 13.33 DM dir. Bu miktar ise, dikkate alınması göz ardı edilebilecek bir tutardır. Bir başka deyişle, birkaç dakikalık konuşmanın işletme nezdinde sebep olduğu masraf, ayartma teşebbüsünü, rekabete aykırı bir eylem olarak nitelendirebilecek büyüklükte bir masraf değildir²⁴³. *Headhunter*'ın telefon görüşmesinden sonra, mesleki geleceğini düşünmeye başlayan personelin

²³⁸ Bkz. REUFELS, M.J.: age., GRUR 2001, sh. 216-217.

²³⁹ Bkz. REUFELS, M.J.: age., GRUR 2001, sh. 217.

²⁴⁰ Bkz. REUFELS, M.J.: age., GRUR 2001, sh. 217.

²⁴¹ Bkz. REUFELS, M.J.: age., GRUR 2001, sh. 217.

²⁴² Bkz. REUFELS, M.J.: age., GRUR 2001, sh. 217.

²⁴³ Bkz. REUFELS, M.J.: age., GRUR 2001, sh. 218.

daimi surette işine yoğunlaşamayacağından görevlerini aksatacağı iddiası da hayatın gerçeklerine yabancısıdır²⁴⁴. Tek bir telefon konuşmasıyla, işverenle personel arasında sadakat ilişkisinin zarar göreceği fikrinin de anlaşılması mümkün değildir²⁴⁵.

SONUÇ

Ayartma, bir müteşebbisinin, diğer bir işletmenin işçi, personel gibi yardımcı şahıslarının işyerini değiştirmesine yönelik olarak çaba göstermesidir. Ayartma eylemi, Türk Ticaret Kanunu'nun 57'nci maddesinde özel olarak düzenlenmemiştir. Bu sebeple, ayartma eyleminin haksız rekabet teşkil edip etmediği kural olarak 56'ncı madde açısından değerlendirilmelidir. Bu noktada, 56'ncı maddenin şartlarını her somut olayda gerçekleşip gerçekleşmediğinin araştırılması zorunludur. Ayartma eylemi iktisadi rekabeti etkileyebilecek nitelikte bir eylemdir. Zira, ayartan, işinde ehil, uzman, bilgi ve yetenekli bir çalışanı kendisine çekmekle rekabet gücünü artırırken, ayartılanın önceki işvereni olan şahsın rekabet gücünü zayıflatmaktadır. Türk Ticaret Kanunu'nun 56'ncı maddesine göre, aldatıcı hareketle veya hüsnüniyet kaidelerine aykırı olarak iktisadi muamelelerin yapılmış olması haksız rekabet teşkil eder. Kanun koyucu bu hükümleri, bütün hukuki ilişkiler için geçerli bir prensip olan doğruluk ve dürüstlük ilkesini iktisadi rekabete iştirak eden her şahsın yaptığı eylem ve işlemlerin haksız olarak nitelendirilip nitelendirilmemesinde bir ölçü olarak koymaktadır. Buna göre, ayartma eyleminin haksız rekabet teşkil edip etmediği, söz konusu eylemin doğruluk ve dürüstlük kurallarını ihlal edecek surette yapılıp yapılmadığına verilecek cevaba göre belirlenir. Ayartma eylemi uygulanan yöntem ya da araç yönünden de hüsnüniyet kurallarına aykırılık teşkil edebilir. Bundan başka, takip edilen amaç açısından da hüsnüniyet kaidelerine aykırı bir eylemin işlenmiş olup olmadığı tespit edilebilir. Örneğin, ayartma eyleminin rakip işletmenin iktisadi piyasadan silinmesi amacıyla yapılmış olması, söz konusu eylemin haksız rekabet eylemi sayılmasını intaç eder. Ayrıca, ayartma eyleminin, ayartanın daha önce çalıştığı işletmenin ticari ve işletme sırlarını elde etme amacıyla yapılmış olması da eylemin haksız rekabet sayılması için yeterlidir. Ancak bu takdirde, söz konusu eylemin Türk Ticaret Kanunu'nun 57'nci maddesinin 7 ve 8'nci bendi açısından da haksız rekabet teşkil edebileceği hususu unutulmamalıdır.

²⁴⁴ Bkz. REUFELS, M.J.: age., GRUR 2001. sh. 218.

²⁴⁵ Diğer eleştirilere ilişkin ayrıntılar için bkz. Bkz. REUFELS, M.J.: age., GRUR 2001, sh. 218 vd.