

TİCARET HUKUKUNDA TİCARİ SIR VE KORUNMASI

ÖĞRENCİ ADI VE SOYADI :ÇAĞATAY YILMAZ
ÖĞRENCİ NUMARASI :101613059

İSTANBUL BİLGİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
EKONOMİ HUKUKU YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

TEZ DANIŞMANI :YRD.DOÇ.DR.GÜL OKUTAN NILSSON
MEZUN OLUNAN YIL :1995

TİCARET HUKUKUNDA TİCARİ SIR VE KORUNMASI

TRADE SECRETS AND PROTECTION IN TRADE LAW

ÇAĞATAY YILMAZ
101613059

TEZ DANIŞMANI : YRD.DOÇ.DR.GÜL OKUTAN NILSSON
JÜRİ ÜYESİ :
JÜRİ ÜYESİ :

TEZİN ONAYLANDIĞI TARİH :

TOPLAM SAYFA SAYISI : 131

ANAHTAR KELİMELELER (TÜRKÇE)

- 1- Ticari Sır
- 2- Fikri Mülkiyet
- 3- Haksız Rekabet
- 4- Know-How
- 5- İşletme Sırrı

ANAHTAR KELİMELELER (İNGİLİZCE)

- 1- Trade Secret
- 2- Intellectual Property
- 3- Unfair Competition
- 4- Know-How
- 5- Business Secret

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER	i
KISALTMALAR	iv
GİRİŞ	
I.KONUNUN ÖNEMİ VE SINIRLANDIRILMASI	1
II.TARİHÇE	3
III.TARİHSEL SÜREÇ İÇİNDE TİCARİ SIR KORUMASININ HUKUKİ DAYANAĞI	
1. Mülkiyet Hakkı	6
2. Sözleşme	8
3. Sebepsiz Zenginleşme	11
4. Haksız Fiil	12
A. Hukuka Aykırı Fiil	13
B. Zarar	15
C. Nedensellik Bağı	16
D. Kusur	16
BİRİNCİ BÖLÜM	
KAVRAM	
I.KAVRAM	
1.Genel Olarak Sır Kavramı	17
2.Ticari Sır Kavramı	20
II.TİCARİ SIR KAVRAMININ UNSURLARI	22
1. Bilginin Ticari Olarak Bir Değer İfade Etmesi	22
2. Bilginin Genel Olarak Bilinmemesi	25
3. Bilginin Gizli Tutulması İradesi	28
4. Bilginin Rekabet Üstünlüğü Sağlaması	31
5. Bilginin Kolay Ulaşılabilir Olmaması	34
6. Yardımcı Unsur Olarak Yatırım	34
III. TİCARİ SIRRIN KAPSAMI	36
IV. TİCARİ SIRRIN BAZI YAKIN KAVRAMLARLA KARŞILAŞTIRILMASI	
1.Know How	38
2.Patent	40
3.Eser Sahipliği	43
İKİNCİ BÖLÜM	
KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA TİCARİ SIR	
I.ULUSLARARASI DÜZENLEMELERDE TİCARİ SIR	45
1. Paris Konvansiyonu	45
2. TRIPS	46
II.BÖLGESEL DÜZENLEMELERDE TİCARİ SIR	

1. NAFTA	51
2. Avrupa Birliği	52
III.YABANCI HUKUKLARDA TİCARİ SIR	57
1. ABD	57
A. Tarihçe	58
B. Uniform Trade Secrets Act (UTSA)	59
i. Tanımlar	60
ii. İhtiyati Tedbir	60
iii. Zararların Tazmini	63
iv. Gizliliğin Korunması	64
v. Zamanaşımı	64
vi. Etki Alanı	64
2.JAPONYA	65
ÜÇÜNCÜ BÖLÜM	
TÜRK TİCARET KANUNUNDA TİCARİ SIR	
I. TİCARİ SIRRIN TÜRK TİCARET KANUNUNUN HAKSIZ REKABET HÜKÜMLERİ	
ÇERÇEVESİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ	67
1. TTK 57/7 Maddesi	68
2. TTK 57/8 Maddesi	70
3. Hukuki Sorumluluk	
A- Fiilin Haksız Olup Olmadığının Tespiti	72
B- Men Davası	75
C- Haksız Rekabet Sonucu Oluşan Maddi Durumun	
Ortadan Kaldırılması, Yanlış, Yanıltıcı Beyanların Düzeltilmesi	77
D- Tazminat Davası	79
E- Kararın İlan Edilmesi	82
F- Zamanaşımı	83
G- İhtiyati Tedbirler	84
4. Cezai Sorumluluk	84
5. Türk Ticaret Kanunu Tasarısının 54-63.Maddeleri	85
II. ANONİM ORTAKLIKLARDA PAY SAHİBİNİN SIR SAKLAMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ	
1. Türk Ticaret Kanunu Düzenlemesi	90
2. Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Konuyla İlgili Hükümleri	92
III. ANONİM ORTAKLIKLARDA YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN SIR SAKLAMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ	
1. Türk Ticaret Kanunu Düzenlemesi	95
2. Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Konuyla İlgili Hükümleri	97
IV. ANONİM ORTAKLIKLARDA DENETÇİLERİN SIR SAKLAMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ	
1. Türk Ticaret Kanunu Düzenlemesi	99
2. Türk Ticaret KanunuTasarısının Konuyla İlgili Hükümleri	103
V. TİCARİ DEFTER VE BELGELER	105

1. Ticari Defter ve Belgelerin Teslimi	106
A. Miras	106
B. Şirket	107
C. İflas	108
D. Diğer Ayrık Durumlar	109
2. Ticari Defter ve Belgelerin İbrazı	109
3. Türk Ticaret Kanunu Tasarının Konuyla İlgili Hükümleri	116
SONUÇ	119
KAYNAKÇA	124

KISALTMALAR

A.B.D.	Amerika Birleşik Devletleri
AB	Avrupa Birliği
AK	Avukatlık Kanunu
ALI	American Law Institute
BEHK	Bilgi Edinme Hakkı Kanunu
BK	Borçlar Kanunu
Colo.	Colorado
Corp.	Corporation
E.	Esas
EEC	European Union Commission
FSEK	Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu
HD	Hukuk Dairesi
HUMK	Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İK	İcra ve İflas Kanunu
K.	Karar
KHK	Kanun Hükmünde Kararname
Koop K.	Kooperatifler Kanunu
Mass.	Massachusetts
Md.	Madde
Minn.	Minnesota
MK	Medeni Kanun
NAFTA	North American Free Trade Agreement
NY	New York
OJ	Official Journal of European Union
RG	Resmi Gazete
RKHK	Rekabetin Korunması Hakkında Kanun
S.	Sayı
T.	Tarih
TD	Ticaret Dairesi
TRIPS	Trade Related Aspects Of Intellectual Property Rights
TTK	Türk Ticaret Kanunu
TTKT	Türk Ticaret Kanunu Tasarısı
UTSA	Uniform Trade Secrets Act
VUK	Vergi Usul Kanunu
Wash.	Washington
Y.	Yargıtay

TİCARET HUKUKUNDA TİCARİ SIR VE KORUNMASI

GİRİŞ

I.KONUNUN ÖNEMİ VE SINIRLANDIRILMASI

Ticari alanda faaliyet gösteren gerçek kişi ve tüzel kişilerin sahip oldukları tecrübe, bilgi birikimi, araştırma geliştirme çalışmaları, günümüzde fiziksel varlık kazanmış maddi mal varlıklarının ötesinde değer ifade edebilmekte, bazı durumlarda işletmenin ana sermayesini oluşturmaktadırlar.

Öte yandan sır niteliğinde bir bilgiye ulaşabilmek için çoğu zaman kapsamlı ve masraflı bir araştırma geliştirme süreci söz konusu olabilmektedir. Bu çalışmaların da istenen sonucu vermeme riski bulunmaktadır. Bu nedenle pek çok işletme için bu zahmetli ve riskler barındıran sürece katlanmaktansa bir başka işletmenin ortaya çıkarttığı bilgiden yararlanmak daha çekici gelebilmektedir ¹.

Bu nedenle sır niteliğindeki bu bilgilerin korunmaları ciddi bir gereklilik olarak belirmektedir.

A.B.D.'deki verilere göre sadece 1999 yılı içinde ticari sırrın hukuka aykırı şekilde kullanılması sonucu ortaya çıkan kayıp 45 milyar dolardır. Yine aynı hukuka aykırı eylem, A.B.D.'de her yıl ortalama 2.600 adet tam zamanlı iş gücünün yitirilmesine ve satışlarda yıllık en az 600 milyon dolar kayba neden olmaktadır ².

¹ ÖĞÜZ Tufan, Know-How Sözleşmesi (İstanbul 2001) sf 2

² Washington D.C. Beyaz Saray Uluslararası İlişkiler Komitesi 13.09.2000 tarihli toplantı tutanağı
www.whitehouse.gov

Konu sadece sanayileşme ve ihracatta dünya lideri konumundaki A.B.D. için değil, liberal ekonomi kuralları çerçevesinde dünyayla bütünleşerek sanayileşme yolunda ilerleyen ülkemiz için de önem taşımaktadır.

Herşeyden önce ticari sırrın kapsamlı olarak korunabildiği bir hukuk düzeninin varlığı, yabancı yatırımcının o ülkeye daha rahat bir şekilde yatırım yapmasını sağlamaktadır. Öte yandan sanayileşme beraberinde, kendi bünyesinde ticari sırların ortaya çıkmasına ve bir ekonomik değer olarak korunmalarına ihtiyaç duyulmasına neden olmaktadır.

Ancak sanayileşmenin ilk dönemlerinden farklı olarak sermaye ve işletme varlığının temelini oluşturan bu unsurlar –bilgi olmaları nedeni ile- elle tutulup gözle görülememektedirler. Bu da onların korunmasını oldukça güçleştirmektedir.

Bu çerçevede özellikle AB ile bütünleşme yolundaki gümrük birliği sürecinde fikri ve sınai haklar ülkemizde de büyük önem kazanmış marka, patent ve endüstriyel tasarımların korunmasına ilişkin düzenlemeler yapılmıştır³ . Yine bu süreçte 5846 S. Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda da ciddi değişiklikler yapılmıştır⁴ . Ancak ticari sırların korunması ile ilgili ayrı bir özel hukuk düzenlemesi yapılması yolu tercih edilmemiştir .⁵

Bu çalışma ile kavramın kapsadığı alanın genişliği göz önünde bulundurularak konu, ticaret hukuku ile sınırlı tutulmuş ve bu çerçevede ticari sır kavramının Türk ticaret hukuku içindeki yeri, yürürlükteki düzenlemelerin ihtiyaçları karşılayıp

³ 551 S.Patent Haklarının Korunması Hakkında KHK, 556 S.Marka Hakkının Korunması Hakkında KHK ve 554 S. Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında KHK 27.06.1995 tarih ve 22326 S.Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

⁴ 5846 S. Yasada son dönemde 07.06.1995 Tarih 4110 S.Yasa, 21.02.2001 Tarihli 4630 S.Yasa, 03.03.2004 5101 S.Yasa ve 14.07.2004 5217 S.Yasa ile değişiklikler yapılmıştır.

⁵ Bununla birlikte ticari sır kavramının ayrıntılı bir tanımının yer aldığı ve bu kapsamdaki bilginin tasarı hükümlerine aykırı şekilde açıklanmasının yaptırımı bağlandığı “Ticari Sırlar Kanun Tasarısı” halen yasalaşmış olmamakla birlikte gündemdeki yerini korumaktadır.
www.alomaliye.com/ticari_sirlar_kanun_tasarisi.htm (Ziyaret Tarihi 31.08.2005)

karşılamağı ve sonuç olarak diğer bazı ÷lkelerde olduğu gibi ticari sırrın korunmasına ilişkin ayrı ve kapsamlı bir dñzenlemenin gerekliliği tartışılmaya çalışılmıştır .

Çalışma ile ticari sır korumasına ilişkin ticaret hukuku mevzuatımızın genel, kapsayıcı bir dñzenlemeye sahip olup olmadığının sorgulanması amaçlandığından genele değil de dñzenledikleri alana ilişkin özel dñzenlemeler olması nedeni ile sermaye piyasası ve bankalar mevzuatı çalışma kapsamı dışında tutulmuşlardır.

Yine aynı şekilde kavramın ceza hukuku boyutu da ticari sırrın ticaret hukuku üzerindeki yansımaları ele alınmaya çalışıldığından çalışma kapsamı dışında bırakılmıştır.

Tezin hazırlanması sırasında 24.02.2005 Tarihinde Türk Ticaret Kanunu Tasarısının T.C. Adalet Bakanlığı Türk Ticaret Kanunu Komisyonunun gñrüşüne sunulmuş olduğu dikkate alınarak, tasarı ile getirilen yenilik ve değişiklikler de ilgili bölümlerde ayrı bir başlık olarak ele alınmıştır .

II. TARİHÇE

Ticaretle birlikte, ticarete ilişkin sırların da var olduğu şüphesizdir. Dolayısıyla çok eski dönemlerde dahi ticaretle uğraşanlar, kendilerine rekabet avantajı sağlayan gizli bilgileri korumak istemişlerdir.

Ticaretin kıyasen sofistike bir yapıya kavuştuğu dönemlerde eski Roma ve Yunan'da ticari sır korumasına ilişkin hukuki bir dñzenleme ya da uygulama olup olmadığı tartışma konusudur ⁶ .

⁶ SHILLER Arthur, Trade Secrets and the Roman Law:The Actio Servi Corruptio, Columbia Law Review V.837 (1930), sf.30

Öğretide, Roma imparatorluğunun ilk dönemlerinde *actio servi corruptio* adı verilen bir düzenleme ile bir kölenin, kendi sahibinden öğrendiği sırları rakiplere vermesinin yasaklandığına değinilmiştir ⁷.

Ancak ortaçağda dahi ticari sırrın temel olarak rekabet kuralları ile korunmaya çalışıldığı gözlenmektedir.

Ticari sırrın bağımsız bir kavram olarak ele alınarak korunmasının kapsamlı hale getirilmesi ihtiyacı, temel olarak sanayi devrimi ve bu devrimle birlikte işgücünün yer değiştirmeye başlaması (Mobilite) ile belirmiştir ⁸.

Bu çerçevede Avrupa’da bilinen ilk ticari sır davası, 1851 yılında İngiltere’de mahkemeye yansımış olan *Morrison v.Moat* ⁹ davası gibi gözükmetedir ¹⁰.

Dava konusu olayda davacı Morrison’s Universal Medicine firması, bir ilaca ilişkin patent konusu yapılamayacak bir bileşen geliştirmiştir. Davalı ise davacı ile aralarındaki sözleşmesel ilişkiyi ihlal ederek, söz konusu bilgiye ulaşmıştır. Davacı, söz konusu bilginin kullanılmasının engellenmesine yönelik bir tedbir talebi ile mahkemeye başvurmuştur. Mahkeme, davacıyı haklı görerek davalının öğrenmiş olduğu bu bilgiyi kullanmamasına, açıklamamasına, bu bilgiden yararlanarak üretim ve ticaret yapmamasına karar vermiştir.

Amerika Birleşik Devletlerinde ise ticari sırra ilişkin bilinen ilk dava 1837 tarihli *Vickery v.Welch* ¹¹ davasıdır. Dava konusu olayda davalı, çikolata üretiminde kullanılan değirmenini davacıya devretmektedir. Taraflar arasındaki sözleşmeye

⁷ SHILLER sf.42

⁸ İş gücünün (mobilitesi) yer değiştirmesinin bugünkü ticari sır koruması üzerindeki etkileri için bkz.KITSCH W.Edmund, The Expansion of Trade Secrecy Protection and the Mobility of Management Employees:A New Problem For The Law (Chicago Law Review 1996 sf 24 vd)

⁹ English Report Cases (1220-1865) C.68, sf. 492

¹⁰ COHEN Jerry & GUTTERMAN Alan S., Trade Secret Protection and Exploitation (Massachusetts 1996) sf 14

¹¹ Westlaw Massachusetts Reports V.36 Sf.523

göre, deęirменle birlikte davalı satıcı, çikolata yapımına ilişkin sahip olduğu ve gizli nitelikteki bilgileri de alıcıya devredecektir. Devir sözleşmesinde satıcının bu bilgileri alıcıdan başka hiç kimseye açıklamayacağı, bu bilgileri başka hiç kimseye paylaşmayacağına ilişkin hüküm de bulunmaktadır. Ancak satıcı, ilgili devre ilişkin bedeli almasına ve söz konusu sözleşmeyi imzalamış olmasına karşın, bu tür bir sır saklama yükümlülüğü olamayacağını, sözleşmedeki ilgili hükmün kendisini bağlamasının mümkün olmadığını beyan etmiştir. Bu beyan üzerine alıcının söz konusu sırrın üçüncü kişilere açıklanmasını engelleyici ihtiyati tedbir talebi Massachusetts mahkemesi tarafından kabul edilmiştir ¹².

İngiltere ve A.B.D.’de görölmüş olan bu ilk davaların her ikisinin de sırrın kullanılmasının engellenmesinin amaçlandığı tedbire yönelik davalar olması ilgi çekicidir. Aslında bu, bilginin “sır” niteliğinden gelmektedir çünkü çoğu zaman sırrın sadece açıklanması, asıl hak sahibi için telafisi imkansız zararlar yaratabilmektedir. Bu nedenle ticari sırrın söz konusu olduğu durumlarda, tedbire yönelik uygulamalar büyük önem taşımaktadır.

III.TARİHSEL SÜREÇ İÇİNDE TİCARİ SIR KORUMASININ HUKUKİ DAYANAĞI

Sır niteliğindeki bilginin hukuken korunması gerekliliği bu korumanın hukuki dayanağının tartışılmasını da beraberinde getirmiştir. Tarihsel süreç içinde ticari sırrın korunmasına ilişkin pek çok teori ve uygulama tartışılmıştır.

¹² COLEMAN Allison, Legal Protection Of Trade Secrets (Londra 1992) sf.19

1. MÜLKİYET HAKKI

Tarihsel gelişim içinde ticari sırrın sahibine sağladığı hukuksal korumanın dayanağı olarak mülkiyet hakkı üzerinde durulmuş, ticari sır da mülkiyet hakkının konusu olarak görülmüştür ¹³.

A.B.D.'deki pek çok davada mahkemeler, ticari sırrın sahibine hukuksal olarak mülkiyet hakkı verdiğinin altını çizmişlerdir. Ticari sırrın konu edildiği ilk büyük davalardan birisi olan *Peabody v.Norfolk* davasında¹⁴ Massachusetts yüksek mahkemesi, 1868 yılında verdiği kararda “ Bir kişi bir iş kurar ve kendi yetenek ve çalışmaları ile bu işe bir değer kazandırırsa hukuk, bu değeri ona mülkiyet olarak tanır.” ifadesine yer vermiştir.

Günümüzde dahi ticari sırrın sahibine bir tür mülkiyet hakkı verdiğine ilişkin ifadeler yer veren mahkeme kararları ile karşılaşmak mümkündür ¹⁵.

Ticari sır korumasının temellerini mülkiyet hakkına dayandırma düşüncesinin altında, ticari sırrın önemli bir varlık olduğu inancı ve bu öneminden dolayı korumayı mutlak ve dokunulmaz bir hak olarak ortaya koyma kaygısı yatar. Çünkü “... mülkiyet kişilere eşya üzerinde en geniş yetkiler sağlayan...” bir haktır ¹⁶.

Korumanın mülkiyet ile ilişkilendirilmesi sır sahibini, mülkiyetten kaynaklanan ;

- eşyayı eylemli olarak olabildiğince kullanma ve semerelerinden yararlanma,

¹³ HILL James Trade Secrets, Unjust Enrichment and the Classification of Obligations, Virginia Journal of Law and Technology (Spring 1995) sf.5

¹⁴ Westlaw Massachusetts Reports V.98 sf.452

¹⁵ IMED Corp.v.Systems Engineering Ass. Corp (1992) Westlaw So.2d V.602 sf.344

¹⁶ KARAHASAN Mustafa Reşit, Türk Eşya Hukuku (İstanbul 1991) C1 sf.54

- eşyayı zilyedliğinde bulundurma ve
- satış, bağışlama, nesnel haklar kurma ve kişisel haklarla sınırlama gibi üzerinde dilediğince tasarrufta bulunma,

hakları ile donatacaktır¹⁷.

Ticari sırrın mülkiyet hakkı içinde değerlendirilmesi ile sahibine, ticari sır üzerinde münhasır bir koruma hakkı sağlanması amaçlanmaktaysa da bu görüşün pek çok noktada sorunlara yol açtığı da açıktır¹⁸.

Her şeyden önce mülkiyet hakkının konusu ancak bir eşya olabilir¹⁹ oysa ticari sır bir eşya değildir, soyut olarak ticari sırrı bir eşya olarak nitelendirmek mümkün değildir. Soyut ticari sırrın, üzerinde somutlaştığı fiziki varlık bir eşyadır ancak bu eşya için geçerli olan mülkiyet hakkının sağladığı korumadan soyut ticari sırrın da yararlandırılması her zaman mümkün olmamaktadır²⁰.

Örneğin satışların artmasını sağlayacak, üzerinde çalışılan bir pazarlama tekniğinin yazıya dökülerek bir bilgisayar çıktısı olarak fiziki varlık kazanması durumunda söz konusu bilgisayar çıktısının mülkiyet konusu olduğu ve mülkiyet hakkının sahibine verdiği koruma yollarından yararlanılabileceği açıktır. Ancak bu şekilde fiziki varlık kazanmamış bir fikir ya da formülün aynı şekilde korunması mümkün değildir.

¹⁷ KARAHASAN Eşya Hukuku sf.56

¹⁸ BABIRAK E.Milton, The Virginia Uniform Trade Secrets Act: A Critical Summary of the Act and Case Law, Virginia Journal of Law and Technology (Fall 2000) sf.4

¹⁹ OĞUZMAN M.Kemal, SELİÇİ Özer, Eşya Hukuku (İstanbul 2002) sf.4 vd., HATEMİ Hüseyin, SEROZAN Rona, ARPACI Abdülkadir, Eşya Hukuku (İstanbul 1991) sf.66 vd.

²⁰ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku (İstanbul 2004) sf 6. Tekinalp, soyut olan fikrin fiziki varlık üzerinde somutlaşması durumunda fikri ürünün mülkiyet değil ama “zilyedlik” konusu yapılabileceğinin altını çizmektedir.

Bununla birlikte ticari sırda, mülkiyet ile eşya üzerinde sağlanan münhasır hak sahipliğinin sağlanması da mümkün değildir²¹.

Örneğin bir firmanın kendi emek ve çabası ile maliyetleri düşüren, üretimi artıran, rakiplerince bilinmeyen özel bir üretim metodu bulduğunu varsaydığımızda bu bilginin firma için bir ticari sır olduğu tartışmasızdır ama teorik olarak bir başkasının da hiçbir hukuk dışı yola baş vurmadan yine kendi emeği ve çabası ile aynı metodu bulma olasılığı vardır ve bu durumda ikinci firma da aynı ticari sır üzerinde ilk firma ile aynı koruma hakkına sahip olacaktır.

Dolayısıyla ticari sırrı mülkiyet hakkının konusu olarak görüp, ticari sırrın sahibine sağladığı korumayı da bu çerçevede değerlendirmek gerek teoride ve gerekse pratikte ticari sırrın korunması gerekliliği ile hedeflenen sonuca ulaşmayı sağlamamaktadır²².

2.SÖZLEŞME

Konu daha çok işçi işveren ilişkilerinde gündeme geldiğinden pek çok olayda korumanın dayanağını sözleşme oluşturmaktadır. Bu noktada işçiyi önceki işvereninde öğrendiği ticari sırrı kullanmadan alıkoymanın en açık dayanağını bu yönde hükümler içeren taraflar arasındaki hizmet sözleşmesi oluşturmaktadır .

Bununla birlikte bir hizmet ilişkisinden bağımsız olarak da ticari sırrın korunması için sözleşmeler akdedildiği görülmektedir. Aşağıda uygulamada sıklıkla görülen ve ticari sırrın korunması için taraflar arasında “Gizlilik Sözleşmesi” akdedilen bazı somut durumlar üzerinde durulmuştur.

²¹ BABIRAK sf 17

²² BABIRAK sf.4

-Şirket Birleşmeleri: Şirket birleşmelerinde, tarafların pazarlık süreci içinde her iki şirket de kendisiyle ilgili pek çok önemli bilgiyi –çoğu zaman rakibi konumunda olan- karşı tarafa sunmak durumunda kalmaktadır. Bunlar çoğu zaman sadece mali bilgilerle sınırlı kalmamakta, araştırma geliştirme projeleri, pazar bilgileri, müşteri bilgilerini de kapsamaktadır. Özellikle tarafların herhangi bir nedenle birleşmekten vazgeçmeleri durumunda, paylaşılan söz konusu bilgilerin korunması büyük önem taşımaktadır ve ilişkinin en başında akdedilmiş olan “Gizlilik Sözleşmeleri” bu nedenle büyük önem taşımaktadırlar .

-Ziyaretçiler : Özel üretim tekniklerine sahip pek çok firmanın üretim sahası -ticari sır niteliğindeki özel üretim tekniklerinin üçüncü kişilerce öğrenilmemesi için – dışarıdan ziyaretçilere kapalıdır . Ancak ticari hayatın akışı ve ilişkiler gereği bir üçüncü kişinin söz konusu üretim sahasını gezip görmesinin gerektiği durumlarda, bu ziyaretçi ile firma arasında da “Gizlilik Sözleşmesi” akdedildiği görülmektedir.

-İş Görüşmesinde Bulunanlar : Yukarıda değinildiği gibi pek çok işveren çalışanını işe alırken çoğu kez hizmet sözleşmesi içinde taraflar arasındaki hizmet ilişkisi süresince ve sona erdikten sonra da çalışanın öğrendiği ticari sırrın korunması için gizlilik şartları içeren hizmet sözleşmesi akdetmektedir. Ancak uygulamada öyle durumlar olabilmektedir ki henüz taraflar arasında hizmet ilişkisi kurulmadan ve kurulup kurulmayacağı belli değilken, taraflar arasındaki görüşmeler sürerken, firma, ticari sır niteliğindeki bazı bilgileri işe almak amacı ile görüşme yaptığı kişiyle paylaşmak durumunda kalabilmektedir.

Örneğin firmanın rakiplerince bilinmeyen ve çok özel bir proje için işe alınacak teknik kişilerle yapılan iş görüşmelerinde, görüşme yapılan kişiye, proje ile ilgili bilgi vermek çoğu zaman kaçınılmaz olmaktadır. Özellikle projenin dar bir ticari çevrenin ilgilendiği çok spesifik bir konuyu kapsadığı durumlarda görüşme yapılan

kişinin birkaç rakip firmadan birinde çalışıyor olması çok muhtemel olmakta, bu da taraflar arasında akdedilecek gizlilik sözleşmesine büyük önem yüklemektedir.

- Öğrenciler : Özellikle üniversitelerde özel sektörden firmalarla ortak yürütülen, bu firmalarca desteklenen araştırma geliştirme çalışmalarında, sadece konuyla ilgili akademisyenlerin değil, lisans ya da yüksek lisans düzeyinde öğrencilerin de bu çalışmalara dahil olduğu görülmekte, çalışma konusunun gizliliğinin sağlanabilmesi için öğrenci ile üniversite arasında akdedilen gizlilik sözleşmelerinden yararlanılmaktadır.

- Pay Sahibi - Ortaklık Sözleşmeleri: Şirket ortaklarından birisinin, sahibi bulunduğu ticari sırrı ortağı bulunduğu şirkete vermesi durumunda özellikle ortaklık ilişkisinin sona ermesinden sonra söz konusu bilginin diğer ortaklar tarafından kullanımının engellenebilmesi amacı ile bu tür sözleşmeler akdedilmektedir²³.

Korumanın sınırlarının bir sözleşme ile çizildiği durumlarda ihtilafın çözümlenmesinin nispeten daha kolay olduğu açıktır çünkü çoğu kez bunların, ticari sırrın niteliği, içeriği, korunması usullerini ve sözleşmeye aykırılığın yaptırımlarını içeren çok ayrıntılı sözleşmeler olduğu görülmektedir.

Ancak ticari sırrın sahibine sağladığı korumanın tek dayanağının sözleşme olduğunu ileri sürmek de mümkün olmamak gerekir. Ticari sırrın, sahibi ile ticari ya da şahsi hiçbir bağlantı ve ilişkisi olmayan kişilerce, haksız olarak ele geçirildiği ya da kullanıldığı durumlarda, taraflar arasında hiçbir ilişki bulunmadığından, ticari sır kullanımını yasaklayan ya da yasakladığı varsayılan bir sözleşmeden de

²³ ESİN İsmail/ LOKMANHEKİM Tunç,Uygulamada Birleşme ve Devralmalar (İstanbul 2003) sf.109 Yapıtta her ne kadar know-how sözleşmesinden bahsedilmekteyse de ticari sırrın da bu kapsamda değerlendirilebileceğini söylemek yanlış olmayacaktır.

bahsedilemeyecektir ki bu ticari sır korumasında ciddi bir boşluğa neden olabilecektir²⁴.

3.SEBEPSİZ ZENGİNLEŞME

Öğretide ticari sır korumasına dayanak olarak ticari sırdan haksız şekilde yararlanan kişinin, sebepsiz olarak zenginleştiği üzerinde de durulmuştur²⁵.

Ancak sebepsiz zenginleşmeden bahsedebilmek için ;

- Bir edimin ifası veya başka bir yolla,
- Bir zenginleşmenin
- Geçerli bir nedene dayanmaksızın,
- Başkasına ait şeyler veya başkasının fakirleşmesi,

sayesinde gerçekleşmesi gerekir²⁶.

Aslen uygulamada haksız şekilde ticari sırrı ele geçirenin bu bilgiyi kullanmakla zenginleşmesi ve hatta asıl hak sahibinin fakirleşmesi koşulları yerine gelmekteyse de sırrı haksız olarak ele geçirenin zenginleşmediği durumlar, koruma kapsamı dışında kalmaktadır.

Örneğin sırrı hukuka aykırı olarak ele geçiren kişinin söz konusu sırrı kamuya ya da genel olarak tüm rakiplere açıkladığı durumlarda aslen herkes söz konusu bilgiye sahip olduğu için bilgi, rekabette üstünlük sağlama niteliğini yitireceğinden

²⁴ BABIRAK sf .6, HILL sf.4

²⁵ HILL , sf.15

²⁶ OĞUZMAN Kemal, ÖZ Turgut Borçlar Hukuku Dersleri (İstanbul 2000) sf.213

pratikte bilgiyi ele geçirip yayan kişiye bir değer kazandırmayacaktır, dolayısıyla kimseyi zenginleştirmeyecektir. Ama bu durumda da asıl hak sahibinin zarara uğradığı açıktır.

Ticari sırra ilişkin hakların ihlal edilmesi durumunda temel sorunlardan birisi asıl hak sahibinin uğradığı zararın belirlenmesi olmakla sebepsiz zenginleşme, günümüzde daha çok ticari sırrın haksız olarak ele geçirilerek kullanılması sonucunda asıl hak sahibinin uğradığı zararın belirlenmesinde yardımcı bir unsur olarak kullanılmaktadır^{27 28} .

İleride daha ayrıntılı olarak değinileceği üzere, haksız rekabet eylemi sonucu oluşan zararın belirlenmesinde bizim Ticaret Kanunumuz da klasik tazminat hukuku mantığından ayrılmış ve mahkemenin “ davacı lehine tazminat olarak ... haksız rekabet neticesinde davalının elde etmesi mümkün görülen menfaatin karşılığına dahi ” hükmedebileceği düzenlemesini getirmiştir (TTK md. 58) .

4.HAKSIZ FİİL

Ticari sırrın özellikle mülkiyet hakkı kapsamında değerlendirilmesinin yukarıda değinilen sakıncalarının önüne geçebilmek amacı ile ticari sır haksız fiil sorumluluğu kapsamında korunmaya çalışılmıştır.

Bilindiği gibi haksız fiil sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için :

-Hukuka aykırı bir fiil,

-Zarar,

²⁷ HILL ,sf 16 vd.

²⁸ UTSA da zararın hesaplanması konusunda sebepsiz zenginleşmeyi bir yöntem olarak öngörmüştür.(UTSA Md.4)

-Hukuka aykırı fiil ile zarar arasında bir illiyet bağı ve,

-Kusur bulunmak gerekir.

Ticari sırra ilişkin korumanın -çalışmamızda ayrı bir başlık olarak ele alındığı üzere- temelde Ticaret Kanununun haksız rekabete ilişkin hükümleri (TTK md. 56 vd.) ile sağlandığı ülkemizde de haksız rekabetin temelde bir haksız fiil ²⁹ olması nedeni ile Ticaret Kanununda ayrıca bir hüküm bulunamaması durumunda Borçlar Kanununun³⁰ haksız fiillere ilişkin 41 vd. maddeleri hükümleri uygulama alanı bulacaktır ³¹ .

Ticari sır korumasının temel dayanağının haksız fiil sorumluluğu olduğu gerek uygulama ve gerekse öğretide genel kabul gördüğünden³² haksız fiil sorumluluğunun unsurları üzerinde durmakta fayda vardır.

A- Hukuka Aykırı Fiil

Bu şart bir fiilin varlığı ve bu fiilin hukuka aykırı olması olarak kendi içinde iki unsurdan oluşmaktadır ³³ .

Bir kimsenin haksız fiil sorumluluğuna gidebilmek için ortada bir fiil olmalıdır

Fiil, insanın kendi iradesi sonucu ortaya çıkan bir davranış olmakla “yapma” eylemi olarak ortaya çıkabileceği gibi “yapmama” eylemi olarak da ortaya çıkabilir ^{34 35} .

²⁹ Yabancı Hukuk öğretisi de konuyu temelde haksız fiil sorumluluğu kapsamında değerlendirmektedir. BABIRAK sf 11, HILL sf.7.

³⁰ RG 29.04.1926 Sayı.359

³¹ DOĞANAY İsmail, Türk Ticaret Kanunu Şerhi (İstanbul 2004) sf.425 özellikle dipnot 89

³² DOĞANAY sf.425

³³ OĞUZMAN/ÖZ sf.10

³⁴ KARAHASAN Türk Borçlar Hukuku (İstanbul 1992) sf.376, OĞUZMAN sf.10, Haluk TANDOĞAN Türk Mesuliyet Hukuku (Ankara 1961) sf.15.

Haksız fiil sorumluluğundan bahsedebilmek için söz konusu fiilin hukuka aykırı olması gerekir. Her ne kadar Borçlar Kanunu 41.maddede hukuka aykırılıktan değil de “haksız bir surette” meydana gelen zarardan bahsediliyorsa da bunun aslen “hukuka aykırılık” olarak anlaşılması gerektiği konusunda öğretisi, görüş birliği içindedir³⁶.

Zarar veren eylemin, zarar görenin rızasına dayanması, hukuka aykırılık unsurunun oluşmasını engeller. Bu rıza, açık olabileceği gibi örtülü de olabilir. Yine rıza, doğrudan fiile ilişkin olabileceği gibi bir olaydaki riski kabullenme şeklinde de olabilir³⁷.

Zarar görenin rızası olgusunu ticari sır sahibi çerçevesinde ele alacak olursak, her şeyden önce hak sahibinin sırrın açıklanması veya kullanılmasına açık rıza göstermesi durumunda hukuka aykırılık unsurunun oluşmayacağı açıktır.

Ancak örtülü rıza ve fiile ilişkin riskin kabullenilip kabullenilmediğinin belirlenmesi çoğu zaman güç olabilmektedir.

Örneğin ticari sır korumasına ilişkin A.B.D. düzenlemesinde, ticari sırrın korunabilmesi için sır sahibi tarafından makul önlemlerin alınmış olması bir koşul olarak aranmaktadır³⁸. Bu çerçevede sırrın korunması için yeterli önlemlerin alınmadığı pek çok durum, mahkemeler tarafından örtülü bir rızanın varlığı ya da olaydaki riskin kabullenildiği şekilde yorumlanabilmiştir .

³⁵ “...eylem, bir şeyi yapma şeklinde olabileceği gibi yapmama şeklinde de olabilir. Ancak böyle olumsuz bir davranışın hukuka aykırı sayılabilmesi için de aktif eylem (yapma) görevini yükleyen bir hukuk normunun bulunması gereklidir.” (Y4.HD 11.04.1989 T. 1989/2654 E. 1989/3367 K-Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bankası)

³⁶ KARAHASAN Eşya Hukuku sf.371, OĞUZMAN/ÖZ sf.11, EREN Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (İstanbul 2001) sf.14

³⁷ OĞUZMAN sf.18

³⁸ UTSA md.1

Bu anlamda A.B.D.'de verilmiş bir kararda³⁹ konuyla ilgili tüm çalışanlar, tedarikçiler, müşteriler ve üretim tesisini ziyaret eden misafirlerle ayrı bir gizlilik sözleşmesi akdedilmemiş olması ticari sırrın korunması için yeterli önlemlerin alınmadığı ve dolayısıyla açıklanması veya kullanılması yolunda örtülü bir izin olduğu ya da bu riskin hak sahibi tarafından kabul edildiği şeklinde yorumlanabilmiştir .

Bir haksız fiil sorumluluğu olarak ele alındığında aynı durum Türk Hukuku için de geçerli olabileceğinden yabancı öğretilerde salık verildiği üzere sır niteliğindeki belgelerin “ticari sır” ibaresi ile etiketlenmesi, saklı tutulması, ilgili kişilerle gizlilik sözleşmeleri akdedilmesi⁴⁰, olası bir ihtilafta hukuka aykırılık unsurunun varlığını kanıtlamada yardımcı olabilecektir.

B- Zarar

Haksız fiil sorumluluğunun bir diğer temel unsuru olan zarar, “Bir kimsenin malvarlığında rızası dışında meydana gelen azalma”⁴¹ olarak tanımlanabilir.

Bu çerçevede zarar, malvarlığının aktifinin azalmasından, mahrum kalınan kardan veya pasifin artmasından meydana gelebilir⁴².

Fiili zarar, doğrudan malvarlığı üzerinde meydana gelen, onun aktifinde azalma meydana getiren zarardır. Kar mahrumiyeti ise, elde edilebilecek kazançtan mahrum kalmayı ifade eder.

³⁹ Kewanee Oil Co. v.Bicron Corp (1974) Westlaw So 2d V.602 sf.344

⁴⁰ MC REA Stephen Protecting Trade Secrets and Confidential Business Information sf.44 (New York 1998)

⁴¹ OĞUZMAN sf.30

⁴² OĞUZMAN sf.31, TUNÇOMAĞ Kenan Borçlar Hukuku Dersleri C.1 (İstanbul 1976) sf.269, KAYNAR Reşat Türk Borçlar Hukuku Dersleri (Ankara 1965) sf.137, EREN sf 114

C- Nedensellik bağı

Bir haksız fiil sorumluluğundan söz edebilmek için hukuka aykırı eylem ile meydana gelen zarar arasında bir nedensellik bağı bulunmak gerekir. Bir nedenin zararı meydana getirmeye uygun bir neden olup olmadığı mantiki illiyet zinciri içinde araştırılacaktır. Burada önemli olan failin, o sonucu öngörebilmesi değil objektif olarak fiilin o zararı meydana getirebileceğinin olayların normal akışına göre kabul edilebilmesidir⁴³.

D- Kusur

Hukuka aykırı sonucu istemek (kast) veya bu sonucu istemiş olmamakla birlikte hukuka aykırı davranıştan kaçınmak için iradesini yeterli derecede kullanmamak (ihmal) olarak tanımlanan⁴⁴ kusur da haksız fiil sorumluluğunun bir başka unsurudur.

Bilindiği üzere, temelde kast ve ihmal olarak iki çeşit kusur bulunmaktadır. Hukuka aykırı ve zarar verici sonucu bilerek ve isteyerek hareket etmek kusurun en ağır derecesi olan kast, o sonucu istemiş olmamakla birlikte sonucun meydana gelmemesi için iradesini yeteri derecede kullanmamak ise ihmal olarak nitelendirilir.

Borçlar Kanunu, ihmalin yanı sıra “teseyyüp ve tedbirsizlik” e de yer vermiştir ki teseyyüp özen göstermeme, kayıtsız kalma tarzındaki ihmal, tedbirsizlik ise gerekli önlemlerin alınmasındaki ihmali ifade etmektedir⁴⁵.

Ticari sırrın hukuka aykırı olarak ele geçirilmesi, kullanılması, açıklanması ticaret hukuku içinde bir haksız rekabet oluşturur. Haksız rekabet ise bir haksız fiildir. Bu

⁴³ OĞUZMAN sf.34, TANDOĞAN sf.72, TUNÇOMAĞ sf.270

⁴⁴ OĞUZMAN sf.41, TANDOĞAN sf.46

⁴⁵ OĞUZMAN sf.43

nedenle ticari sır koruması da temel dayanak noktasını, haksız fiil sorumluluğu kapsamında bulacaktır. Ancak özellikle uğranılan zararın belirlenmesi noktasında ileride ayrıca üzerinde durulacağı üzere klasik tazminat hukuku mantığından ayrılmak bir zorunluluk olarak belirecektir.

BİRİNCİ BÖLÜM

KAVRAM

I. KAVRAM

1. Genel Olarak Sır Kavramı :

Ticari sırdan bahsedebilmek için öncelikle “sır” kavramı üzerinde durmakta fayda vardır.

Türk Dil Kurumu sözlüğünde sır, varlığı veya bazı yönleri açığa vurulmak istenmeyen, gizli kalan, gizli tutulan şey, giz; Bir işin, bir şeyin dikkat, yetenek, tecrübe ve sezgi yardımıyla kavranabilen en zor, en ince yanı; Bir amaca ulaşmak için kullanılan, başvuru özel ve gizli yöntem olarak tanımlanmıştır⁴⁶.

Hukuk öğretisinde de “sır” kavramı üzerinde durularak bir tanım yapılmaya çalışılmıştır. Örneğin DONAY sırrı “...genel olarak herkes tarafından bilinmeyen ve açıklanması sahibinin şeref ve menfaatine zarar verme tehlikesi gösteren hususlar”⁴⁷ olarak, DOĞANAY “işitmek, görmek veya sair suretlerle öğrenilen ve fakat maddi bir varlığı olmayan, gizli, yani aleni olmayan veya mahdut şahıslar tarafından bilinen ve bu şahıslar tarafından saklı tutulması lazım gelen bir husus”

⁴⁶ www.tdk.gov.tr/TDKSOZLUK

⁴⁷ DONAY Süheyl, Meslek Sırrının Açıklanması Suçu (İstanbul 1978) sf.4

⁴⁸ olarak, AYTAÇ ise “gizli tutulup söylenmemesi, kimseye açıklanmaması gereken şey”⁴⁹ olarak tanımlamıştır.

Farklı hukuk alanlarında “sır” kavramına ilişkin farklı düzenlemeler olması nedeni ile öğretide meslek sırrı⁵⁰, banka sırrı, iş sırrı⁵¹, şirket sırrı⁵², ortaklık sırrı⁵³, işletme sırrı gibi pek çok farklı sır türüne yer verildiğini görmek mümkündür.

Kanunlarımızda ise her ne kadar açıkça sır tanımı yapılmamışsa da sır kavramına ilişkin pek çok düzenleme bulunmaktadır.

Örneğin Ceza Kanununun⁵⁴ 239.maddesi “Sıfat veya görevi, meslek veya sanatı gereği vakıf olduğu ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgeleri yetkisiz kişilere veren veya ifşa eden kişi, şikayet üzerine, bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Bu bilgi veya belgelerin, hukuka aykırı yolla elde eden kişiler tarafından yetkisiz kişilere verilmesi veya ifşa edilmesi halinde de bu fıkraya göre cezaya hükmolunur” hükmünü içermektedir.

Benzer şekilde Bankalar Kanununun⁵⁵ 22/8 maddesi “Bu Kanunun uygulanmasında ve uygulanmasının denetiminde görev alanlar, görevleri sırasında öğrendikleri bankalar ile bunların iştirakleri, kuruluşları ve müşterilerine ait sırları bu Kanuna ve özel kanunlarına göre yetkili olanlardan başkasına açıklayamazlar ve kendi yararlarına kullanamazlar. Bu yükümlülük görevden ayrılmalarından sonra da devam eder.” hükmünü taşımaktadır.

⁴⁸ DOĞANAY, C.2 sf.1048

⁴⁹ AYTAÇ Zühtü, Anonim Ortaklık Denetçilerinin Sır Saklama Yükümlülüğü BATİDER C.10 (1979) sf 183

⁵⁰ DONAY, sf.8

⁵¹ UŞAN M.Fatih, İş Hukukunda İş Sırrının Korunması, Sır Saklama ve Rekabet Yasağı (Ankara 2003) sf.11

⁵² NOMER Fusun, Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Sadakat Yükümlülüğü (İstanbul 1999) sf.92

⁵³ AYTAÇ sf.187

⁵⁴ RG 12.10.2004 Sayı.25611

⁵⁵ RG 23.06.1999 Sayı 23734

Ticaret Kanunumuzda da sır kavramına ilişkin düzenlemeler bulmak mümkündür ki bu anlamda Ticaret Kanununun Haksız Rekabete ilişkin 4. Faslında yer alan 57. maddesi, anonim ortaklık pay sahiplerinin sır saklama yükümlülüğünün düzenlendiği 363.maddesi, anonim ortaklık denetçilerinin sır saklama yükümlülüğünün düzenlendiği 358.maddesi ilk planda göze çarpan hükümler olmaktadır.

Bu çerçevede sır “ Genel olarak herkes tarafından bilinmeyen ve bilenler tarafından açıklanmadığı sürece genel olarak herkes tarafından bilinmesi mümkün ya da olası olmayan bilgi” olarak tanımlanabilir.

Görüldüğü üzere sır kavramı yasalarda belli Kanunlara tabi kişilerin davranışlarına sınır getirmek için kullanılarak sır niteliğindeki bilgilerin açıklanması yasaklanmış ve aykırı hareketler yaptırma bağlanmıştır. Ancak genel bir sır tanımından bahsedebilmek mümkün değildir çünkü ilgili düzenlemenin kapsadığı alana göre sır kavramının içeriği de değişmektedir. Örneğin ülke güvenliği için gizli tutulması gereken bilgi başka bir ticari işletme açısından gizli tutulması gereken bilgi başkadır. Bu nedenle ticaret hukuku söz konusu olduğunda da ticari sır kavramı irdelenmek gerekecektir.

2.Ticari Sır Kavramı :

Ticari sır kavramı da yasalarımızda tanımlanmış değildir. Ancak Bilgi Edinme Hakkı Kanununun 23.maddesi “Ticari Sır” başlığını taşımakta ve *Kanunlarda ticari sır olarak nitelenen bilgi veya belgeler ile, kurum ve kuruluşlar tarafından gerçek veya tüzel kişilerden gizli kalması kaydıyla sağlanan ticari ve mali bilgiler bu Kanun kapsamı dışındadır.*” hükmünü içermektedir⁵⁶ .

⁵⁶ Bilindiği gibi 4982 S. Bilgi Edinme Hakkı Kanunu 09.10.2003 tarihinde kabul edilmiş 24.04.2004 tarihinde de yürürlüğe girmiştir (RG 24.10.2003 Sayı 25269)

Öte yandan Ticari Sırlar Kanun Tasarısında kapsamlı bir tanım yer almaktadır. Tasarının 3.maddesinde “*Ticarî sır, bir ticarî işletme veya şirketin faaliyet alanı ile ilgili yalnızca belirli sayıdaki mensupları ve diğer görevlileri tarafından bilinen, elde edilebilen, rakiplerince bilinmemesi ve üçüncü kişilere ve kamuya açıklanmaması gereken işletme ve şirketin ekonomik hayattaki başarı ve verimliliği için büyük önemi bulunan; iç kuruluş yapısı ve organizasyonu, malî, iktisadî, kredi ve nakit durumu, araştırma ve geliştirme çalışmaları, faaliyet stratejisi, hammadde kaynakları, imalatının teknik özellikleri, fiyatlandırma politikaları, pazarlama taktikleri ve masrafları, pazar payları, toptancı ve perakendeci müşteri potansiyeli ve ağları, izne tâbi veya tâbi olmayan sözleşme bağlantılarına ilişkin bilgi, belge, elektronik ortamdaki kayıt ve verilerden oluşur.*” ifadesi ile ticari sırrın ayrıntılı sayılabilecek bir tanımı yapılmıştır.

Kavram öğretide de tanımlanmaya çalışılmıştır. Örneğin CAMCI ticari sırrı “*Tacirin ticari faaliyetleri esnasında kullandığı, aynı olanağa sahip olmayan veya kullanamayan rakiplerine karşı kendisi için avantaj teşkil eden herhangi bir formül, düzen, model ve sair toplam bilgiler*”⁵⁷ olarak tanımlamıştır.

Yabancı hukuk kaynaklarına baktığımızda, her bir federe devletin bu konuda kendi düzenlemesini oluşturması için federal düzeyde bir tür çerçeve yasa olarak kabul

Kanun, demokratik ve şeffaf yönetimin gereği olan eşitlik, tarafsızlık ve açıklık ilkelerine uygun olarak kişilerin bilgi edinme hakkını kullanmalarına ilişkin esas ve usulleri düzenlemektedir (BEHK md.1).

Bu çerçevede kanun, kamu kurum ve kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının faaliyetlerinden uygulanacaktır (BEHK md.2). Kanun ile amaçlanan, kamu kaynakları ile ortaya çıkartılan ve aslen gizliliği olmayan bilgilere ulaşımın gereksiz yere kısıtlanmasının engellenmesi ve özellikle halkın kendisini ilgilendiren bilgilere kolaylıkla ulaşabilmesinin sağlanmasıdır.

Bilgiye, kısıtlama olmaksızın ve kolaylıkla ulaşabilmenin sınırını ise kamusal gizlilik, özel hayatın gizliliği ve sır niteliğindeki bilgilerin gizliliği oluşturmaktadır. Gerçekten de Kanunun dördüncü bölümü “Bilgi Edinme Hakkının Sınırları” başlığını taşımakta ve bu bölümde yer alan 23.maddede ticari sır kavramına yer verilmektedir.

⁵⁷ CAMCI Ömer, Haksız Rekabet Davaları C.1.(İstanbul 2001) sf.94

edilmiş bulunan, A.B.D. *Uniform Trade Secrets Act* (UTSA), bu konuda temel bir metindir ve bu düzenlemede ticari sır konusunda oldukça ayrıntılı bir tanım yer almaktadır.

UTSA'nın tanımlar başlıklı 1.maddesinde ticari sır, “*Gelecekte ya da o anda bağımsız ekonomik değere sahip, genel olarak bilinmeyen kullanımından ya da açıklanmasından ekonomik yarar sağlayabilecek olanların kolaylıkla elde edemeyecekleri, formül, numune, alet, yöntem, teknik ve üretim sürecinin de dahil olduğu her türlü bilgi*” olarak tanımlanmıştır⁵⁸ .

Dünya Ticaret Örgütü nezdinde akdedilmiş bir uluslararası anlaşma olan *Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights* (TRIPS) anlaşmasında ise “*açıklanmamış bilgilerin korunması* ” ndan bahsedilmiş ve bunu “*bir bütün olarak veya unsurlarının kesin konfigürasyonunda veya grubunda normal olarak söz konusu bilgilerle uğraşan çevrelerdeki şahıslarca genelde bilinmeyen veya bu şahısların kolaylıkla elde edemeyeceği anlamında gizli, gizli olduğu için ticari değeri olan ve yasal olarak bu bilgileri kontrol eden şahıs tarafından gizli kalması için ilgili koşullar altında makul önlemlerin alındığı...*” bilgi olarak tanımlanmıştır (TRIPS md. 39)⁵⁹ .

Bu çerçevede ticari sır kavramını “*ticari olarak bir değer ifade eden, genel olarak bilinmeyen ve kolaylıkla elde edilmesi mümkün olmayan, sahibi tarafından gizli kalması istenen ve bu sayede sahibine rekabet üstünlüğü sağlayan her türlü bilgi*” olarak tanımlamak mümkündür.

⁵⁸ Yazarın serbest çevirisidir.

⁵⁹ RG 25.02.1995 Sayı 22213

II.TİCARİ SIR KAVRAMININ UNSURLARI

Yukarıda yapılan tanım kapsamında bir bilginin ticari sır olarak nitelendirilebilmesi için beş temel unsurun bulunması gerekliliği ortaya çıkmaktadır :

1.Bilginin Ticari Olarak Bir Değer İfade Etmesi :

Herhangi bir değer ifade etmeyen bir bilginin ticari anlamda sır olarak nitelendirilebilmesi mümkün değildir. Ancak bilginin o anda değil de gelecekte değer ifade etme potansiyeli olması, bu unsurun varlığı için yeterli kabul edilmek gerekir ⁶⁰.

Örneğin geliştirilerek ileride kendi başına ticari bir değer taşıması ihtimali söz konusu olan ama henüz bağımsız olarak ticari değere sahip olmayan bir araştırma geliştirme çalışmasının sonuçlarının ticari sır olarak nitelendirilmesi gerekliliği açıktır ⁶¹.

Ancak bilginin “ gelecekte değer ifade etme potansiyeli” olup olmadığının belirlenmesi ciddi bir sorundur. Henüz tamamlanmamış bir çalışmanın ifade ettiği değeri belirleyebilmek çoğu zaman mümkün olmamaktadır ancak bu anlamda bilginin ileride ticari hayatta kullanılabilme ihtimali olmasının yeterli görülmesi gerektiği üzerinde durulmaktadır ⁶².

Yine aynı şekilde bilginin sahibi tarafından fiilen kullanılıyor olması da bir zorunluluk olmamak gerekir. A.B.D. Illionis’de görülmüş olan *Syntex Ophtalmics Inc. v. Tsuetaki* davasında⁶³ sır niteliğinde olduğu iddia edilen bir kısım bilgileri davacının uzun süredir, diğer bir kısım bilgiyi ise hiç kullanmadığı belirtilerek bu

⁶⁰ COLEMAN sf.23

⁶¹ Westlaw BNACPS No.43-2 Trade Secrets: Protection and Remedies sf.3

⁶² COLEMAN sf.23

⁶³ Westlaw [701 F.2d 677, 682 \(7th Cir. 1983\)](#).

bilgilerin artık sır olarak nitelendirilemeyeceği savunması getirilmiştir. Konu yüksek mahkemede tartışılmış ve fiilen işinde kullanılıyor olsun olmasın ticari anlamda ekonomik değer ifade eden bilginin ticari sır olduğu, sahibi tarafından fiilen kullanılıyor olmasının bir bilginin ticari sır olarak nitelendirilebilmesi için gerekli bir unsur olmadığı gerekçeleri ile savunma reddedilmiş ve söz konusu bilginin gerekli hukuki korumadan yararlanması gerektiği kararına varılmıştır.

Burada bahsedilen ekonomik değerın açık ve belirgin olması zorunlu değilse de *de minimis* den daha fazla olması gerekir⁶⁴. Örneğin gelecekte yazmayı tasarladıkları eserleri belirli bir yayınevi aracılığı ile yayınlamayı düşünen –müstakbel- yazarlara ilişkin ilgili yayınevinin tuttuğu liste, ilgili kişinin kitap yazma olasılığı, eserin yayıma değer bulunma olasılığı ve eserin ticari anlamda başarı elde etme olasılığı gibi olasılıkların değerlendirilmesi sonucunda ortaya çıkan belirsizlik ve ticari değerinin varlığının belirlenememesi nedeni ile ticari sır olarak görülmeyebilir⁶⁵. Öte yandan ticari bir değer ifade ettiği ortaya konabildiğinde bir algoritmanın dahi ticari sır kapsamında görülmesi mümkün olabilmektedir⁶⁶.

Burada önemli olan bilginin sadece ekonomik olarak değer ifade etmesi değil bunun ticari anlamda bir değer olmasıdır.

Bu çerçevede bir üniversite bünyesinde tamamen akademik kaygılarla yürütülen ve ticari anlamda ileride dahi kullanılması imkanı olmayan bir araştırmaya ilişkin bilginin ticari sır olarak nitelendirilemeyeceği belirtilmektedir⁶⁷. A.B.D.'de görülen bir davada hiçbir ticari amaç taşımaksızın bir araya gelen dört bilim adamının ortaya çıkarttıkları ürünün, onlar için ticari bir değer ifade etmediğinden hareketle

⁶⁴ BABIRAK sf.15

⁶⁵ [Kendall/Hunt Publishing Co. v. Rowe, 424 N.W.2d 235, 246 \(Iowa 1988\)](#)

⁶⁶ [Vermont Microsystems, Inc. v. Autodesk, Inc., 88 F.3d 142, 149 \(2d Cir. 1996\)](#) Davada genellikle mimar ve mühendisler tarafından kullanılan AutoCAD adı verilen bir bilgisayar çizim programında kullanılan ve önceki bir davada unsurları bulunmadığı gerekçesi ile eser sahipliği korumasından yararlanamayacağına karar verilmiş bir algoritma, ticari sır olarak değerlendirilmiş algoritma sahibi lehine hüküm kurulmuştur.

⁶⁷ COLEMAN sf.24

ticari sır olarak nitelendirilemeyeceği sonucuna varılmıştır⁶⁸. Dolayısıyla buradan hareketle bilginin ekonomik değer ifade etmesi unsuru içinde onun sahibi için ticari bir değer ifade etmesi gerektiği şeklinde ifade edilebilecek bir sübjektif alt unsurun varlığından söz etmek mümkündür.

A.B.D. uygulamasında temel olarak iş bilgisinin (Business information) ticari sır korumasından yararlanabileceği belirtilmekteyse de öğretilerde kar amacı gütmeyen kuruluşların da sahip oldukları bir kısım bilginin ticari sır olarak nitelenebileceği yolunda görüşler ortaya atılmaktadır. Bu çerçevede bir derneğe henüz üye olmamış ama olma olasılığı çok yüksek olan kişilerin ya da büyük bağış yapanların yer aldığı listenin ticari sır olarak nitelendirilebileceği görüşü ileri sürülmekteyse⁶⁹ de bu görüş uygulamada kabul görmüş değildir⁷⁰.

Gerçekten de uygulamanın bu yaklaşımı doğru gözükmemektedir, çünkü her şeyden önce kar amacı gütmeyen bir kuruluşun sahip olduğu bilgi, ekonomik olarak değer ifade etse dahi bu değer sahibi için ticari bir değer olarak ifade edilmesi mümkün değildir. Kaldı ki kar amacı gütmeyen kuruluşların ticaret hukuku anlamında birbirleri ile rekabet etmeleri de mümkün olmadığından söz konusu bilginin – ticari sır sayılabilmek için gereken diğer bir unsur olarak- sahibine rekabet üstünlüğü sağlaması da söz konusu olamayacaktır.

Burada bahsedilen bilgi, bizzat kendisi bir nihai ürün olarak ticaret konusu yapılan bilgi (Information as Production) değil ticaret konusu ürünün ortaya çıkması için geliştirilen, kullanılan bilgidir (Information for production)⁷¹. Bir firmanın ticari faaliyet konusu, müşterilerine belirli bilgilerin sağlanması ya da bir başka deyişle

⁶⁸ [Washington Research Project, Inc. v. Department of Health, Educ. & Welfare, 504 F.2d 238, 244 \(D.C. Cir. 1974\)](#)

⁶⁹ PERRIT H.Henry, Trade Secrets : A Practitioners Guide (Villanova 1994)

⁷⁰ [St. Paul's Benevolent Educ. & Missionary Inst. v. United States, 506 F. Supp. 822, 829, 830 \(N.D. Ga. 1980\)](#) – Kilisenin tutmuş olduğu aç ve yardıma muhtaç kimselere ilişkin ayrıntılı bilgi listeleri kilisenin bu bilgileri ticari amaçla kullanmasının mümkün olmaması, kilisenin diğer kiliselerle rekabet etme motivasyonu olamayacağı gerekçeleri ile ticari sır kapsamında değerlendirilmemiştir.

⁷¹ PERRIT CH 3 sf.7

bilgi satışı olabilir. Günümüzde belirli bilgilerin derlenip satılması önemli bir ticari faaliyet alanı haline gelmiştir . Pek çok firma, müşterilerinin ilgi duydukları konularla ilgili olarak talep edilen bilgileri toplamakta ve bunu nihai bir ürün olarak “satmakta”dırlar ⁷². Bu durumda bilgi tek başına o firmanın satışa sunduğu ürünüdür ve bu ürün satılmakla açıklanmış olur ve sır niteliğini kaybeder. Ancak satışa sunulan bilgilerin elde edilmesinde kullanılan ticari olarak değer ifade eden sır niteliğindeki özel yöntemler ticari sır olma niteliğini korurlar .

2.Bilginin Genel Olarak Bilinmemesi :

Herkesçe bilinen ve bilinebilecek olan bir bilginin sır olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Bilgiyi oluşturan parçaların her birinin ayrı ayrı bilinmesi ya da bilinebilir olması bu noktada önem taşımaz. Bu bilinen parçaların bir araya getirilmesi ile oluşan yeni bilginin bilinmiyor olması yeterlidir ⁷³.

Kamuya açıklanmış olması, bilginin sır niteliğini ortadan kaldıracaktır. Bu noktada kamuya açıklamanın, patent alınmasında olduğu gibi sır sahibinin rızası ile olması ile sırrı hukuka aykırı şekilde ele geçiren kişilerin tamamen kötü niyetli olarak örneğin sırrı internette yayınlamaları arasında bir fark yoktur. Açıklama, iyi ya da kötü niyetli, hukuka uygun ya da aykırı yolla yapılmış olsun sonuç değişmeyecek, bilgi artık “genel olarak bilinmeme” niteliğini yitirerek sır olmaktan çıkacaktır ⁷⁴ .

Ancak bu noktada patent başvurusundan hareketle devlet kurumlarına açıklanmasının her durumda bilginin sır niteliğini ortadan kaldıracağı şeklinde bir genelleme yapmanın doğru olmayacağının altını çizmek gerekir. Bilginin devlet kurumlarına açıklanması noktasında açıklamanın yapıldığı ilgili devlet kuruluşunun

⁷² Bu tür bilgi satışının en yaygın uygulaması yabancı ülkede yatırım yapmak isteyen kuruluşlara yatırım yapılacak ülkedeki ücret politikalarının, ilgili sektöre ilişkin finansal göstergelerin sağlanması oluşturmaktadır.

⁷³ Metallurgical Industries v. Fourtek (1986) Westlaw 790 F.2d. sf.1195, [ISC-Bunker Ramo Corp. v. Altech, Inc.](#), 765 F. Supp. 1310, 1322 (N.D. Ill. 1990)

⁷⁴ TURNER E. Amadee, The Law Of Trade Secrets (London 1962) sf.30

söz konusu bilgiyi saklama, açıklamama, kullanmama ve kullandırmama yükümlülüğü bulunması durumunda bilginin sır niteliğini korumaya devam ettiği kabul edilmektedir⁷⁵.

Örneğin bir patent başvurusu söz konusu olduğunda, gerek henüz patent verilmeden önce patent başvurusu ve tekniğin bilinen durumu konusundaki araştırma raporu gerekse patent verildikten sonra ilgili karar ilan edilir (551 S.KHK Md. 55, 57, 61, 63). Dolayısıyla söz konusu ilanlar yapılmakla bilgi sır niteliğini kaybeder.

Buna karşın örneğin Rekabet Kuruluna bir bildirim yapıldığında yasa gereğince Rekabet Kurulu üyeleri ve tüm çalışanlar görevleri gereği öğrendikleri teşebbüs ve teşebbüs birliklerinin ticari sırlarını görevlerinden ayrılmış olsalar dahi açıklayamazlar ve kullanamazlar (RKHK Md.25). Dolayısıyla bilgiyi öğrenenlerin bu açıklamama ve kullanmama yükümlülüğü, kuruma açıklanan bilginin ticari sır niteliğini korumasını sağlayacaktır.

Kamu kurumlarına bilgi açıklanması noktasında Bilgi Edinme Hakkı Kanunu da değinmek gerekir.

Daha önce de değinildiği gibi⁷⁶ Kanun, demokratik ve şeffaf yönetimin gereği olan eşitlik, tarafsızlık ve açıklık ilkelerine uygun olarak kişilerin bilgi edinme hakkını kullanmalarına ilişkin esas ve usulleri düzenlemektedir (BEHK md.1).

Bu çerçevede yasa, kamu kurum ve kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının faaliyetlerinde uygulanacaktır (BEHK md.2). Yani yukarıda sayılan amaçların gerçekleştirilmesi için bilgi açıklama, halkı aydınlatma yükümlülüğü kamuya aittir. Yasa ile amaçlanan, kamu kaynakları ile ortaya

⁷⁵ PERRIT CH 4 sf 5

⁷⁶ Bkz.dipnot 55

çıkartılan ve aslen gizliliği olmayan bilgilere ulaşımın gereksiz yere kısıtlanmasının engellenmesi ve özellikle halkın kendisini ilgilendiren bilgilere kolaylıkla ulaşabilmesinin sağlanmasıdır .

Ancak yasa ile sahip olduğu bilgileri açıklama yükümlülüğü getirilen kamu kuruluşları doğal olarak sadece kendileri ile değil özel sektörde faaliyet gösteren gerçek ve tüzel kişiler hakkında da – bir kısmı sır olarak nitelendirilebilecek- pek çok bilgiye sahip olmaktadır . Ancak elbette ki üçüncü kişilere ait sır niteliğindeki bilgilere ulaşılması, bu yasa kapsamındaki açıklama yükümlülüğü içerisinde değerlendirilmemek gerekir.

Bilgiye, kısıtlama olmaksızın ve kolaylıkla ulaşabilmenin sınırını kamusal gizlilik, özel hayatın gizliliği ve sır niteliğindeki bilgilerin gizliliği oluşturmaktadır. Gerçekten de yasanın dördüncü bölümü “Bilgi Edinme Hakkının Sınırları” başlığını taşımakta ve bu bölümde yer alan 23.maddede ticari sır kavramına yer verilmektedir.

Yasanın 23. maddesi “ *Kanunlarda ticari sır olarak nitelenen bilgi ve belgeler ile kurum ve kuruluşlar tarafından gerçek veya tüzel kişilerden gizli kalması kaydı ile sağlanan ticari ve mali bilgiler bu kanun kapsamı dışındadır*” hükmünü taşımaktadır.

Ancak bir bilginin ticari sır sayılıp sayılmadığı oldukça karmaşık bir sorundur ve aslen konu yargıya yansımadıkça bir bilginin ticari sır olup olmadığını belirleme imkanı yoktur. Bu nedenle kamu kuruluşuna bilgi açıklayan kişi açıkladığı bu bilginin ticari sır olduğuna yürekten inanıyor olsa da kamu kurumu bu görüşte olmayabilir ve BEHK kapsamında bu bilgiyi açıklamakta sakınca görmeyebilir. Bu nedenle kamu kurumlarına açıklanan bilginin sır niteliğinde olduğuna inanan kuruluşun – bu nitelendirmeyi ilgili kamu kuruluşunun yapmasını beklemeksizin- bunun bir ticari sır olduğu ve yasanın yukarıda anılan maddesi gereğince

açıklanmaması gerektiği uyarısını peşinen yapmasının en güvenceli yol olduğu belirtilmektedir⁷⁷.

Bilginin birden fazla kişi tarafından bilinmesi de onun sır niteliğini ortadan kaldırmaz⁷⁸. Bu çerçevede bilginin, sahibinin rızası ile belirli bir çevre ile paylaşılmış olması dahi bilginin sır niteliğini ortadan kaldırmamak gerekir⁷⁹. Bu nedenledir ki lisans verilmesi yolu ile üçüncü kişiye açıklanması, bilginin sır niteliğini ortadan kaldırmayacaktır çünkü burada aranan, sırrın sahibi dışında kimse tarafından bilinmiyor olması değil “genel olarak” bilinmiyor olmasıdır⁸⁰.

3.Bilginin Gizli Tutulması İradesi :

Öz itibari ile gizli kalması amaçlanmayan bir bilginin sır olarak nitelendirilebilmesi mümkün değildir.

Bilginin gizli tutulması ile ilgili olarak, sır sahibine ilişkin ve sırrı öğrenen kişiye ilişkin olmak üzere, kendi içinde iki ayrı unsur olduğu söylenebilir.

Sır sahibine ilişkin unsur, sahibinin bilgiyi gizli tutmayı amaçlamış olmasıdır. Ancak bu amacın çok açık ve baskın bir şekilde ifade edilmiş olmasını aramamak gerekir.

Bu kapsamda A.B.D. uygulamasında bir kararda⁸¹ davacının ticari sır olarak nitelendirdiği bir takım teknik çizimlerin, on binin üzerinde satıcıya verilmiş ve

⁷⁷ BOUCHOUX Deborah E., Protecting Your Company's Intellectual Property : A Practical Guide to Trademarks, Copyrights, Patents and Trade Secrets.Saranac Lake, (New York 2001) p 194.

<http://site.ebrary.com/lib/bilgi/Doc?id=10005784&ppg=195>

⁷⁸ DONAY, sf 4 ve özellikle dipnot 7

⁷⁹ DAVIDSON J.Stephen/DeMAY L Robert, Application of Trade Secrets Law to New Technology- Unwinding the Tangled Web, William Mitchell Law Review (1986) sf. 591

⁸⁰ PERRIT, CH 4 sf.4

⁸¹ Rockwell Graphic Systems v. DEV Industries (1991) Westlaw F.2d V.925 sf.174

iadesinin istenmemiş olmasının, ticari sır sahibinin gizli tutma iradesinin ortadan kalkmış olduğu şeklinde yorumlanıp yorumlanamayacağı üzerinde durulmuştur.

Her ne kadar davalı söz konusu bilginin, binlerce kişiye verilmiş ve geri alınmamış olduğundan hareketle, sır sahibinin artık sırrını gizli tutma iradesi kalmadığı savunmasını getirdiyse de mahkeme, davacının söz konusu çizimleri verdiği herkesle ayrı ayrı “gizlilik sözleşmesi” akdetmiş olmasını bu anlamda yeterli bulmuş ve bilginin sır niteliğini korumaya devam ettiğine karar vermiştir.

Ancak bilginin genel olarak kamuya açıklanması – bilginin açıklandığı her bir kişi ile gizlilik sözleşmesi akdedilmiş olsa dahi- onun “genel olarak bilinmeme”sini ve dolayısıyla sır niteliğini ortadan kaldıracaktır ⁸².

Sır sahibinin sahip olduğu sır niteliğindeki bilginin gizliliğini korumada göstereceği çaba ve özenin ölçüsü konusunda genel bir kural belirleyebilmek mümkün değildir, bu nedenle durum her bir olay için sır sahibinin elindeki imkanlar çerçevesinde değerlendirilmek gerekir ⁸³.

A.B.D. Yüksek mahkemesinin 1991 yılında vermiş olduğu bir karar ⁸⁴ konuya ışık tutması açısından ilgi çekicidir. Olayda hapisanedeki bir mahkum, sert bazı materyallerin kesilmesinde kullanılabilecek bir aletin önce çizim olarak tasarımını yapmış daha sonra da bundan bir örnek model (Prototip) üretmiştir. Daha sonra mahkumun geliştirdiği ürün herhangi bir karşılık ödenmeksizin devlet tarafından alınmış ve kullanıma sunulmuştur. Mahkum, ticari sır niteliğindeki bilgisinin hukuka aykırı şekilde kullanıldığı iddiası ile devlete karşı dava açmıştır.

Dava sırasında mahkumun sadece tasarıma ilişkin çizim yapmakla yetinmeyip hapisane ortamında bunu saklama imkanı olmayacağını bilerek aletin bir örnek

⁸² PERRIT Ch 4 sf.3

⁸³ PERRIT Ch.4 sf.2

⁸⁴ Lariscey v.US Westlaw Federal Circuit 1992 981 F.2d 1244

modelini yapmasının mahkumun sırrının açığa çıkmaması için gereken özeni göstermediğinin açık kanıtı olduğu iddia edilmiştir. Bu savunmaya göre sadece kağıt üzerinde kalan çizimi hapisane koşullarında dahi saklamak ve dolayısıyla sır niteliğini korumak mümkün iken mahkum, ürünün bir örnek modelini yaparak tamamen kendi rızası ile sırrını açığa çıkartmıştır. Ancak bu iddia, sır sahibinin sahip olduğu bilgiyi geliştirebilmek pratikte kullanılabilir olup olmadığını anlayabilmek için örnek model oluşturmasının onun en doğal hakkı olduğu ve sahip olunan bu sırrı da hapisane ortamında korumasının fiilen mümkün olmadığı gerekçeleri ile reddedilmiş, örnek modelin yapılıp – koşullar gereği – saklanamamış olmasının bilginin sır niteliğini ortadan kaldırmayacağından hareketle davacı lehine hüküm kurulmuştur.

Sırrı öğrenen kişiye ilişkin unsur ise bu kişinin, bilginin gizli tutulması iradesini veya gerekliliğini bilebilecek durumda olmasıdır. Hukuka uygun yolla sır niteliğindeki bilgiyi öğrenmiş olan kimsenin, bu bilginin asıl hak sahibi tarafından gizli tutulmak istendiğini veya gizli tutulmasının gerekliliğini bilmemesi ve bilebilecek durumda olmaması bilginin o bilgiyi öğrenen kişi için sır olma niteliğini ortadan kaldıracaktır.

A.B.D.’de görülmüş olan *Religious Center v. Lerma*⁸⁵ davasında davalılar, davacıya ait sır niteliğindeki bilgileri davacının rızası olmaksızın internette yayınlamışlardır. Söz konusu yayın (Şifreleme vb.) hiçbir kısıtlamaya tabi olmaksızın her internet kullanıcısının kolaylıkla ulaşabileceği şekilde yapılmıştır. Bu noktada mahkeme, söz konusu bilgiyi internet üzerinden öğrenmiş olan üçüncü kişilerin sorumluluklarını sorgulamış ve iki nedenle bu kişilerin sorumlu tutulmalarının mümkün olmadığı sonucuna varmıştır:

⁸⁵ *Religious Center v. Lerma* (1995) Westlaw Federal Supplement V.897 sf.260

- Bilginin herhangi bir sınırlama ve engelleme olmaksızın internet ortamında yayınlanması artık bilgiyi kamuya açıklanmış ve dolayısıyla sır niteliğini kaybetmiş bir bilgi haline getirir.
- İnternet üzerinden bu bilgiyi öğrenen kişiler, bilgi herkese açık bir şekilde internet ortamında yayınlanmış olduğu için bu bilginin gizli tutulması gerektiğini veya asıl hak sahibinin bu yönde bir iradesi olduğunu bilemezler ve bilebilecek durumda değildirler.

Birbirinden ayrı gibi gözükse de her iki unsur aslında çok iç içe geçmiştir çünkü ilk unsur olan gizli tutma iradesinin ortaya konmuş olması, üçüncü kişinin bu anlamdaki iyi niyetini bertaraf etmede ve dolayısıyla sırrın korunmasında önemli rol oynayacaktır.

Gerçekten de yine A.B.D.'de verilen bir başka kararda ticari sır niteliğindeki belgelerin bulunduğu odanın kapısının kilitli tutulmaması, belgelere kolaylıkla ulaşmanın engellenmemiş olması, belgelerin “sır” olduğunun belge üzerinde belirtilmemiş olması bilginin gizli tutulma iradesinin ortadan kalktığı şeklinde yorumlanabilmiştir ⁸⁶. Davada, sır sahibi tarafından en azından belgelerin üzerine “ticari sırdır” ibaresi konulmuş olmasının bu bilgiyi öğrenen kişilerin bu anlamdaki iyi niyetinin ortadan kalkacağı üzerinde durulmuştur.

4. Bilginin Rekabet Üstünlüğü Sağlaması

Yukarıda sayılan üç koşulu taşımakla birlikte sahibine rekabet üstünlüğü sağlamayan bilginin ticari sır olarak nitelendirilmesi mümkün değildir ⁸⁷.

⁸⁶ ElectroCraft v. Controlled Motion (1983) Westlaw NW V.332 2d sf.897

⁸⁷ BABIRAK sf.14

Bilginin sır niteliğinin varlığı sorgulanırken sahibine rekabet üstünlüğü sağlama niteliği bulunup bulunmadığı kıstası, pek çok yabancı mahkeme kararlarında da bir ölçüt olarak yer almıştır ⁸⁸ .

Rekabet üstünlüğü sağlanması bilginin ticari sır niteliğine sahip olup olmadığı sorgulamasında yukarıda sayılanlarla birlikte bağımsız bir unsur olarak ele alındığı gibi diğer ana unsurların varlığının belirlenmesinde bir tür yardımcı unsur olarak da kullanılabilir.

Örneğin yukarıda da değinildiği gibi bilginin ticari bir değer ifade etmesi onun ticari sır olarak nitelendirilebilmesi için gereken temel unsurlardan birisi olmakla birlikte bu ticari değer belirlenmesi çoğu zaman çok güç olabilmektedir. Bu noktada bilginin ekonomik değerinin varlığı belirlenemese dahi sahibine rekabet üstünlüğü sağlanması onun ticari bir değer ifade ettiğini dolayısıyla söz konusu koşulu taşıdığını gösterebilecektir ⁸⁹ . Bu çerçevede ticari olarak ifade ettiği değer belirlenemese bile teorik olarak bu bilgiye sahip olan kişi veya kuruluşun ilgili pazardaki payının artacağı kabul edilebilirse bilginin ticari bir değer ifade ettiği sonucuna varılabilecektir ⁹⁰ .

Yine aynı şekilde bilginin “genel olarak bilinmemesi” unsuru incelenirken sır sahibi ile rakip konumda olanların aynı bilgiye sahip olup olmadıkları üzerinde durulmaktadır. Bu çerçevede bilginin açıklama ile sır niteliğini yitirebilmesi için açıklamanın bilginin sahibine sağladığı rekabet üstünlüğünü ortadan kaldıracak bir kitleye yapılmış olması gerekir. Dolayısıyla pek çok firmanın rekabet içinde olduğu bir pazarda bu firmalardan sadece bir kaçının sır niteliğindeki aynı bilgiye sahip olmaları veya sırrın sadece sınırlı sayıda rakibe açıklanmış olması –bilgi ona sahip olanlara rekabet üstünlüğü sağlamaya devam ettiği sürece- onun sır niteliğini ortadan kaldırmayacaktır .

⁸⁸ Westlaw Minnesota Reports V.332 sf. 890 ElectroCraft Corp. V.Controlled Motion Inc. (1983)

⁸⁹ PERRIT CH 5 sf 5

⁹⁰ [Electro-Craft Corp. v. Controlled Motion, Inc., 332 N.W.2d 890, 900 \(Minn. 1983\).](#)

Tersinden düşünecek olursak, sadece kısıtlı bir çevre tarafından bilinmekle beraber bu sınırlı çevre tarafından bilinmenin bilginin rekabet üstünlüğü sağlama unsurunu ortadan kaldırdığı durumlarda bilgi ticari sır niteliğini kaybedecektir. Bu nedenle aslında genel olarak bilinmemekle birlikte pazarda faaliyet gösteren çok kısıtlı sayıdaki firmanın sahip olduğu bilginin ticari sır olarak nitelendirilmesi mümkün değildir⁹¹.

Öte yandan pazarda rekabetin olmadığı durumda sahip olunan bilginin ticari sır kapsamında değerlendirilmesi mümkün değildir. Ancak bu değerlendirme yapılırken halihazırda rekabet olmasa dahi söz konusu pazarda ileride rekabet olabilmesi ihtimalinin göz önünde bulundurulması gerekir. Örneğin aslen maliyet ve fiyatlandırma bilgilerinin ticari sır olduğu tartışmasız olmasına karşın A.B.D.'de 1983 yılında verilen bir kararda henüz bu tür pazar olmadığı ve ilk defa bu tür bir faaliyette bulunduğu ve bu konuda herhangi bir rakip de bulunmadığı gerekçesi ile nükleer santral yapımına ilişkin maliyet ve fiyatlandırma bilgileri ticari sır kapsamında değerlendirilmemiştir⁹². Aslen nükleer santral yapımının günümüzde ciddi bir ticari pazar haline geldiği ve bu pazar içinde de birbirine rakip pek çok firmanın olduğu gözetildiğinde 1980'lerin başında verilen bu karar katılmak pek mümkün gözükmemektedir⁹³.

⁹¹ Sadece uçak mühendisleri ve pilotlarla sınırlı olsa dahi uçak fren sistem tasarımının bunlarca biliniyor olması onu sır olmaktan çıkartır. *Aerospace Am., Inc. v. Technologies, Inc.*, 738 F. Supp. 1061 (Westlaw E.D. Mich. 1990), Benzer şekilde *Machen, Inc. v. Aircraft Design, Inc.*, 828 P.2d 73 (Westlaw Wash. Ct. App. 1992), Otomobil tamirinde kullanılan usül kısıtlı da olsa bu işi yapan çevre tarafından bilindiğinden ticari sır olarak nitelendirilemez. *Buckley v. Seymour*, 1996 Westlaw 263610,

⁹² *Wisconsin Elec. Power Co. v. Public Serv. Comm'n*, 329 N.W.2d 178, 182 (Westlaw Wis. 1983)

⁹³ Merkezi A.B.D.'de bulunan Nükleer Enerji Enstitüsü (NEI) kayıtlarına göre sadece 2005 yılı içinde dünyada 24 adet nükleer santral yapımı devam etmektedir (Kaynak: www.nei.org ziyaret tarihi 01.09.2005)

5. Bilginin Kolay Ulaşılabilir Olmaması :

Yukarıda sayılan dört ana unsuru taşımakla birlikte kolayca elde edilebilir bir bilginin ticari sır olduğundan bahsetmek mümkün olmayabilir. Bilginin sadece genel olarak bilinmiyor olması onu ticari sır korumasından yararlandırmak için yeterli olmayabilir.

A.B.D.'de görülmüş bir davada söz konusu faaliyet konusunda bilgi ve beceri sahibi bir kimsenin, dikkate değer bir emek ve para harcamaksızın aynı bilgiye kolaylıkla ulaşabileceğinden hareketle bu tür bir bilginin ticari sır olarak nitelendirilmesinin mümkün olmadığı sonucuna varılmıştır⁹⁴.

Yine aynı şekilde aslen ticari sır davalarının çok büyük bölümünde sır kapsamında değerlendirilen müşteri listeleri, harici kaynaklardan kolayca ulaşılabilir olmaları durumunda ticari sır olarak nitelendirilmemektedirler⁹⁵.

6. Yardımcı Unsur Olarak Yatırım :

Yukarıda sayılan tüm unsurları taşıyan bilgi ticari sır olarak nitelendirilmek gerekir ancak bu unsurları tespit edebilmek her zaman kolay olmamaktadır. Bu nedenle uygulamada bir tür yardımcı unsur olarak yatırımdan da yararlanıldığı görülmektedir.

⁹⁴ Computer Care v. Service Sys. Enters., 982 F.2d 1063, 1072 (Westlaw 7th Cir. 1992)

⁹⁵ Colorado Supply Co. v. Stewart, 797 P.2d 1303 (Westlaw Colo. Ct. App. 1990),); Hamer Holding Group, Inc. v. Elmor, 560 N.E.2d 907 (Westlaw Ill. App. Ct. 1990),); Gary Van Zealand Talent, Inc. v. Sandas, 267 N.W.2d 242 (Westlaw Wis. 1978), American Printing Converters, Inc. v. JES Label & Tape, Inc., 477 N.Y.S.2d 660 (Westlaw N.Y. App. Div. 1984)

⁹⁸ Laurie Visual Etudes, Inc. v. Chesebrough-Pond's Inc., 441 N.Y.S.2d 88, 90 (Westlaw App. Div. 1981)

Bu çerçevede A.B.D.'de verilmiş bir kararda çalışanların 2.000 saatin üzerinde emek harcamış olmaları ortaya çıkarttıkları bilginin ticari sır olarak nitelendirilmesinde önemli bir dayanak oluşturmuştur⁹⁸.

Bir başka kararda ise aslında genel olarak bilinen ve evlerde kullanılan ama ticarileştirilmemiş bir patates pişirme yönteminin geliştirilmesi ve ticarileştirilmesi için belirli bir yatırım yapılmış olunması, yöntemin ticari sır korumasından yararlanması için önemli bir unsur olarak görülmüştür⁹⁹.

Ancak öğretilerde bunun asla temel bir unsur olarak algılanmaması gerektiği, ciddi bir yatırım yapılmaksızın tamamen tesadüfen elde edilen bir bilginin dahi koşullarını taşıması durumunda ticari sır olarak nitelendirilebileceği üzerinde durulmaktadır¹⁰⁰.

Bir başka kararda ise aslında genel olarak bilinen bilgilerin bir araya getirilmesi ile oluşturulan yeni bilginin ticari sır sayılmasında bilgilerin bir araya getirilmesinde harcanan emek yardımcı bir unsur olarak dikkate alınmıştır¹⁰¹.

III. TİCARİ SIRRIN KAPSAMI

Yukarıda yapılan tanım kapsamında teknik üretim sırları, üretim yöntemleri, kimyasal formüller, kalite kontrol usul ve yöntemleri, araştırma geliştirme planlarının¹⁰² ticari sır olduğu tartışmasızdır.

Ancak bunlara ek olarak müşteri listeleri, maliyet bilgileri, geleceğe yönelik stratejik planlar, pazarlama stratejileri de duruma göre ticari sır olarak nitelendirilebilirler.

⁹⁹ Basic American Inc v. Shatila Westlaw 992 P.2d 175 Idaho 1999, benzer bir karar olarak bkz In Weston v. Buckley, 1997 Westlaw 1207598 (Ind. App. 1997)

¹⁰⁰ MILGRIM M.Roger, Milgrim On Trade Secrets § 2.02[2], bölüm 2-38 2-43 arası (New York 1967), PERRIT, Ch.5 sf 5

¹⁰¹ [ISC-Bunker Ramo Corp. v. Altech, Inc., 765 F. Supp. 1310, 1322 \(Westlaw N.D. Ill. 1990\)](#)

¹⁰² CAMCI, Haksız Rekabet Davaları 2.Cilt sf 94 vd.

- Özel Yöntemler : Kimyasal, mekanik yöntemlerle birlikte pazarlama yöntemleri ve hatta çalışanlar için uygulanan özel eğitim yöntemleri de üretim maliyetlerini düşürdüğü ve rekabet avantajı sağladığından hareketle ticari sır kapsamında değerlendirilmektedirler ¹⁰³ .

- Ticari Stratejiler : Pazarlama stratejileri, reklam ve halkla ilişkiler kampanyaları, yeni geliştirilmiş bir ürünün tanıtım yöntemleri, yeni geliştirilmiş ürüne verilecek isim, yeni ürünün lansman tarihi gibi bilgiler de ticari sır kapsamında değerlendirilebilmektedirler.

- Formüller : “Merchandise 7X” olarak bilinen Coca-Cola içeceğinin formülü bu konudaki en iyi örneği oluşturmaktadır. Formülün hiçbir şekilde başkaları tarafından öğrenilmemesi için bugüne kadar patentini alma yoluna gidilmemiştir. Ancak yönetim kurulunun alacağı bir kararla açılacak olan Atlanta’da bir banka kasasında saklanan formülün, aynı anda en fazla iki kişi tarafından bilinebilmesine izin verilmekte ve bu kişilerin de isimleri gizli tutulmaktadır. Bu yöntem sayesinde formül, bulunduğu 1886 yılından günümüze kadar tam bir sır olarak kalabilmiştir.

- Makineler : Fiziksel varlık kazanmış makineler, aletler de ticari sırrın konusunu oluşturabilir, her ne kadar kamuya açıklanmakla bu özelliklerini yitireceklerse de açıklanmaya kadar ya da patenti alınmaya kadar ticari sır korumasından yararlanabileceklerdir.

-Müşteri Listeleri : Müşteri listeleri pek çok işletme için gerçek anlamda ticari sırdır, bu nedenle çalışanın eski işverenin müşteri listelerini kullanarak kendi kurduğu işte bu müşterilere mal ve hizmet satması haksız rekabet oluşturabilecektir.

¹⁰³ PERRIT Ch 3 sf 9

Bu noktada müşteri listelerine harici ve hukuka uygun yollardan ulaşmanın kolay olduğu durumlarda bu listeler ticari sır olarak nitelendirilemeyeceklerdir .

Örneğin bir gazete reklamına mektup yolu ile başvurulara ilişkin liste, ticari sır sayılabilecekken zaten referans olarak kamuya açıklanmış müşteri listeleri bu kapsamda değerlendirilemeyecektir¹⁰⁴. Buradan hareketle müşteriler arasında toptancı müşteriler ve perakendeci müşteriler olarak ikili bir ayırım yapılmakta ve toptancı sınıfında yer alan müşteri listesinin genel olarak bilinen ya da kolayca ulaşılabilir bir bilgi olmasından hareketle bu anlamda sadece perakendeci müşterilere ilişkin listelerin ticari sır olduğu üzerinde durulmaktadır¹⁰⁵.

- Negatif Bilgi : Yapılan bir araştırmanın olumsuz sonuçları dahi duruma göre ticari sır olarak nitelendirilebilir . Örneğin bir ürün için yeni ve daha az maliyetli bir üretim metodu geliştirilmesi çalışmaları sırasında alınan başarısız sonuçlar, rakiplere ne yapmaları değil ama ne yapmamaları gerektiğini göstermesi açısından değerlidir . Bunu öğrenen bir rakip en azından bu tür bir üretim yöntemini denememesi gerektiği bilgisini – çalışmanın maliyetlerine katlanmak zorunda kalmaksızın- elde etmiş olacaktır¹⁰⁶ .

- Fiyatlandırma bilgileri : Gizlilik unsurunu taşıdığı sürece müşteriler için uygulanan fiyatlandırma listeleri ticari sır olarak kabul edilmektedir¹⁰⁷.

-Sözleşme yenilenme dönemleri : Dönemsel olarak yenilenen sözleşmelerin yenilenme tarihleri, koşullarını taşıması durumunda, ticari sır olarak nitelendirilebilirler¹⁰⁸.

¹⁰⁴ Panther Sys. II Ltd. v. Panther Computer Sys., Inc., 783 F. Supp. 53, 66-69 (Westlaw E.D.N.Y. 1991)

¹⁰⁵ PERRIT CH 3 sf 8

¹⁰⁶ BOUCHOUX, sf. 194.

¹⁰⁷ Panther Sys. II Ltd. v. Panther Computer Sys., 783 F. Supp. 53 (Westlaw E.D.N.Y. 1991), Courtesy Temporary Serv. v. Camacho, 272 Cal. Rptr. 352 (Westlaw Cal. Ct. App. 1990),); Allan Dampf, P.C. v. Bloom, 512 N.Y.S.2d 116 (Westlaw N.Y. App. Div. 1987)

-Mal tedarik listeleri : Hammadde tedarik kaynakları, bunlara ilişkin maliyet bilgileri de ticari sır kapsamında değerlendirilmek gerekir ¹⁰⁹ .

IV. TİCARİ SIRRIN BAZI YAKIN KAVRAMLARLA KARŞILAŞTIRILMASI

1. Know-How

Mevzuatımızda ¹¹⁰ yer almış olmasına karşın herhangi bir tanımı yapılmamış olan know-how için öğretide “ Belirli bir tekniği uygulamaya koyabilmek için gerekli teknik, ticaret ve işletmecilik bilgi ve becerilerin” know- how olarak değerlendirildiği ¹¹¹ belirtilmiştir.

Know-how’ın gerek tanımı ve gerekse unsurları üzerinde durulurken öğretide sıklıkla AB’nin 240/96 Sayılı Belirli Kategorideki Teknoloji Transferi Sözleşmelerine İlişkin Grup Muafiyet Tüzüğü’nde yer alan tanımdan yararlanılmıştır ¹¹². Bu çerçevede know-how gizlilik, esaslılık ve tanımlanabilirlik olmak üzere üç temel unsura sahiptir.

Ticari sırda da, know-how’da da gizlilik temel ve belirleyici unsurdur.

¹⁰⁸ TIE Sys. v. Telcom Midwest, Inc., 560 N.E.2d 1080 (Westlaw Ill. App. Ct. 1990)

¹⁰⁹ Davis v. Eagle Prods., Inc., 501 N.E.2d 1099 (Westlaw Ill. App. Ct. 1986)

¹¹⁰ Rekabet Kurulunun Araştırma ve Geliştirme Anlaşmalarına İlişkin 2003/2 Sayılı Grup Muafiyet Tebliğinde ve 4875 S.Yasa ile yürürlükten kaldırılan Yabancı Sermaye Çerçeve Kararı Tebliğinde know-how kavramına yer verilmiştir.

¹¹¹ BAKIRCI Mehmet Enes, Teknoloji Transferinde Patent ve Know-How Lisansı Sözleşmeleri (İstanbul 2001) sf.12

¹¹² Bahsi geçen tüzük 27.04.2004 tarihli 772/2004 Sayılı tüzük ile yürürlükten kaldırılmışsa da know-how tanımı ve unsurları yeni tüzükte de korunmuştur.

Know-how'ın bir diğer unsuru olan esaslılık “ gizli bilginin, üretim yönteminin veya ürünün ya da hizmetin kendisinin veya ürünün geliştirilmesinin tamamı ya da önemli bir kısmı bakımından esaslı önemi haiz olması” olarak tanımlanmaktadır¹¹³.

Tanımlanabilirlik ise bilginin gizlilik ve esaslılık koşullarını yerine getirdiğini doğrulayacak şekilde tanımlanması ve kaydedilmesidir¹¹⁴.

Bu çerçevede ticari sır ve know how kavramları birbirine çok yakın, hatta iç içe kavramlar gibi gözükmemektedir.

Dilimizde teknik bilgi¹¹⁵, bilme-yapma¹¹⁶, nasılı bilme¹¹⁷ olarak da kullanılan know-how'ın ticari sırla karşılaştırması doktrinde yapılmış ve farklı sonuçlar ortaya konmuştur.

Bir kısım yazarlar ticari sırrın, aslında know-how'ın içinde yer alan bir unsur olduğunu, aslen ticari sırrın tek bir metot, tek bir bilgi olmasına karşın know-how'ın bir mamulün üretilmesine, tasarlanmasına hizmet eden bilgi ve metotların tamamını kapsadığını ileri sürmüş¹¹⁸, bir kısım yazarlarsa işletme sırlarının teknik nitelikte know-how olduğu, ticari sırların ise ticari nitelikte know-how olduğu şeklinde yorumlar yapmışlardır¹¹⁹.

Aslen konu incelendiğinde görülmektedir ki know-how'ın kapsamı ve içeriği konusunda da bir görüş birliği bulunmamaktadır. Ancak görüşümüzce know-how, daha çok üretime yönelik ve bu anlamda teknik bilgiyi içeren bir sürece ilişkin bir

¹¹³ BAKIRCI sf.14

¹¹⁴ BAKIRCI sf.15

¹¹⁵ BAŞ Mustafa, Teknik Bilgi Lisans Sözleşmeleri (Ankara 2000), YOSMANOĞLU Nevzat, Dünyada ve Türkiye'de Patentler, Know-How'lar Markalar (Ankara 1978)

¹¹⁶ AKYOL Şener, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri,2.Fasikül,Know-How,Management,Joint Venture ve Büyük Çaplı İnşaat Sözleşmeleri(İstanbul 1997)

¹¹⁷ YÜKSEL Ali Sait ,Patent ve Lisans Hukuku Sözleşmesi (İstanbul 1984)

¹¹⁸ BAKIRCI, sf.16 vd.

¹¹⁹ ÖGÜZ sf.14

yöntem bilgisidir ve bu nedenledir ki doktrinde de know-how'ın patentlenebilir ama patentlenmemiş bilgi olduğu üzerinde durulmuştur ¹²⁰ . Oysa aşağıda patente karşılaştırılması sırasında da değinildiği gibi ticari sır, patentlenebilir ama patentlenmemişle birlikte, gerekli şartları taşımadığı için patentlenmesi mümkün olmayan bilgiyi de kapsar.

Bu nedenle ticari sır, yukarıdaki unsurları taşıyan her türlü bilgiyi kapsayan bir olgu olmakla aslında know-how'ı da kapsayan bir yapıya sahiptir.

2. Patent

Patent, endüstri alanındaki bir buluşun sahibine, resmi bir organizasyon tarafından verilen ve bu buluşunun belirli bir süre kendisinin izni olmaksızın başkalarınınca kullanılmasını engelleme yetkisi sağlayan bir belgedir ¹²¹ .

Bir buluşa patent verilebilmesi için ;

- Buluş olmalıdır: Buluş, insan zekasının ürünü olan, özel teknik bir problemin çözümünü sağlayan yenilik unsuru taşıyan bir fikirdir. ¹²²
- Buluş yeni olmalıdır :Söz konusu buluşun yeni bir buluş olması gerekmektedir, buna göre tekniğin bilinen durumuna dahil olmayan buluş yenidir.
- Buluş sanayiye uygulanabilir olmalıdır: Buluşun tarım dahil sanayinin herhangi bir kolunda üretilebilir veya kullanılabilir olması

¹²⁰ AB Komisyonun 772/2004 sayılı direktifindeki know-how tanımında yer alan “ patentlenmemiş pratik bilgi” ifadesi de bu görüşümüzü destekler niteliktedir.

¹²¹ ŞEHİRALİ Feyza Hayal, Patent Hakkının Korunması (Ankara 1998) Sf.7

¹²² WIPO,Background Reading Material on Intellectual Property www.wipo.org sf 27

¹²⁵ Hayvan çeşitleri, tıbbi tedavi yöntemleri Avrupa'da patent kapsamı dışında tutulmuş olmasına karşın A.B.D.'de durum farklıdır.

gerekmektedir. Burada önemli olan buluşun pratik olarak yararlı olmasıdır.

Bu çerçevede ticari sır ile bir karşılaştırma yapacak olursak, herşeyden önce ticari sırda da, patentte de sahip olunan ve rekabet üstünlüğü sağlayan bilginin, başkaları tarafından kullanımının engellenmesi kaygısı, belirleyici bir unsurdur. Ancak bilginin korunması usulü birbirinden farklıdır. Patent alınabilmesi için söz konusu buluşun, belirli bir yöntemle patent belgesi vermeye yetkili kuruma açıklanması gerekir. Bu açıklama, aslında bilgiyi hak sahibinin açık rızası ile alenileştirmesidir ama alınan patent belgesi ile rızaen açıklanmış bu sır – tanınan koruma süresi içinde- hak sahibine patentten kaynaklanan münhasır bir koruma sağlar.

Ticari sırda ise durum farklıdır . Herşeyden önce bilginin ticari sır olarak nitelendirilebilmesi için gereken üç unsurdan birisi “ bilginin sahibi tarafından gizli tutulması “ olmakla buradaki koruma dayanağını gizlilikten, açıklanmamış olmaktan alır .

Bununla birlikte ticari sırrın konusunu da patentte olduğu gibi bir buluş oluşturabilir ama bir bilginin ticari sır kapsamında değerlendirilebilmesi için -patentten farklı olarak -bu bilginin buluş olması, bir zorunluluk değildir.

Örneğin yeni bir üretim tekniği, bir buluş olması itibari ile usul patentinin konusunu oluşturabileceği gibi aynı zamanda bir ticari sırdır ama firmanın maliyet bilgileri için bunlar da ticari sır olduğu halde aynı şeyi söylemek mümkün değildir.

Aynı belirlemeyi diğer patent verilebilirlik unsurları için de yapmak mümkündür.

Dolayısıyla yukarıda da değinildiği gibi patent konusu bir bilginin ticari sır olması mümkündür ancak bir bilginin ticari sır olarak nitelendirilebilmesi için patentlenebilirlik koşullarını taşıması gerekmez .

Her patentlenebilir buluş, aynı zamanda ticari sırdır ama söz konusu buluş için patent alınması ile birlikte buluş, hukuki anlamda statü değiştirerek patentin sağladığı koruma yollarından yararlanmaya başlar . Çünkü patent alınması ile birlikte ticari sırrın temel unsurlarından birisi olan “bilginin gizli tutulması iradesi” artık ortadan kalkmış olur, dolayısıyla patentin sağladığı koruma süresi dolduktan sonra söz konusu buluş için ticari sırrın sağladığı koruma imkanlarından yararlanma imkanı ortadan kalkar.

Patent ve ticari sırrın iç içe geçmişliği özellikle karşılaştırmalı hukukta daha belirgin hale gelmektedir. Örneğin A.B.D.’de patent ile korunması mümkün olan bir buluş ya da teknik, bir başka ülkede patent kapsamında değerlendirilmiyor olabilmektedir ¹²⁵ . Bu noktada ticari sır bir tamamlayıcı unsur olarak devreye girebilmekte ve patent kapsamı dışındaki teknolojiye, buluşa, bilgiye koruma sağlayabilmektedir.

Bunun yanı sıra patent kapsamı içinde dahi olsa ticari sır koruması bir patente kıyasla tercih edilebilecektir. Bu anlamda patent alınmasının aslında bir anlamda sırrın kamuya açıklanması olması, masraflı ve bürokratik işlemler gerektirmesi ticari sırrın tercih edilmesine neden olabilmektedir.

Öte yandan patent, sahibine zamanla sınırsız bir tekel hakkı vermez. Koruma süresi, incelenerek patent verilmesi durumunda 20 yıl, incelemesiz patent verilmesi durumunda ise 7 yıl ile sınırlıdır (551 S KHK md 72). Oysa ticari sır konusu bilgi, sır olma niteliğini koruduğu sürece hiçbir zaman kısıtlaması olmaksızın koruma kapsamında olacaktır.

Benzer şekilde patent sahibi veya onun yetkili kıldığı kişi patentle korunan buluşu, patentin verildiğine ilişkin ilanının yayınlanmasından itibaren üç yıl içinde kullanmak zorunda iken ticari sırda bu tür bir zorunluluk yoktur (551 S KHK Md.96).

Patent ve ticari sır birbirlerine çok yakın kavramlar olmakla birlikte her ikisinin oynadığı roller farklıdır. Bu nedendir ki bunlardan birisinin varlığı diğerini gereksiz kılmaz

3. Eser Sahipliği

FSEK'e göre “*Sahibinin hususiyetini taşıyan ve ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanatlar veya sinema eserleri olarak sayılan her nevi fikir ve sanat mahsulleri*” eser, bu “*eseri meydana getiren kişi*” ise eser sahibidir (FSEK Md.1/B).

Bir fikir ve sanat eseri ürünün eser olabilmesi için sahibinin hususiyetini taşıması ve yasada belirtilen eser türlerinden birisi içinde yer almalıdır. Sahibinin hususiyetini taşıması ise o ürünün herkes tarafından meydana getirilemeyen, bir özelliği bulunan ve bu nedenle korunmaya layık bir ürün olmasıdır^{126 127} .

FSEK'de eser türleri numerus clausus kuralına göre belirlenmiş olduğundan yasada gösterilenlerle sınırlıdır . Bu türler ise :

- İlim ve edebiyat eserleri,
- Musiki eserleri,
- Güzel sanat eserleri,
- Sinema eserleridir. (FSEK Md. 2-5)

Burada korunan fikrin ifade ediliş tarzı, maddeye aktarılması şekli yani fikrin büründüğü şekildir¹²⁸ .Dolayısıyla özellik taşıması gereken fikrin kendisi değil bunun ifade ediliş şeklidir¹²⁹ .

¹²⁶ HIRCH Ernst E., Fikri ve Sınai Haklar (Ankara 1948) sf 15

¹²⁷ Hususiyet konusundaki farklı görüşler için bkz. TEKİNALP sf.111 vd.

¹²⁸ YARSUVAT Duygun, Türk Hukukunda Eser Sahibi ve Hakları (Ankara 1984) sf.52-53, GÖKYAYLA Emre, Telif Hakkı ve Telif Hakkının Devri Sözleşmesi (Ankara 2001) sf. 71, BELGESAY Mustafa Reşit, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Şerhi (İstanbul 1955) sf.16

Bu çerçevede kataloglar, fiyat listeleri, tarifnamelerin eser olup olmadığı tartışmalıdır¹³⁰. Teknik sistem bilgileri, yöntemler, üretim süreçlerine ilişkin bilgiler ise eser kapsamında değerlendirilmemektedirler¹³¹.

Eser sahipliği için yukarıda belirtilen unsurlar ticari sır için geçerli değildir. Ticari sırrın kendisini meydana getirenin hususiyetini taşıması ya da belirli bir tür içinde yer alması bir zorunluluk değildir. Hatta sır niteliğindeki bilginin ticari sır korumasından yararlanabilmesi için onun maddi bir şekilde ifade edilmiş olması dahi aranmaz¹³².

İKİNCİ BÖLÜM

KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA TİCARİ SIR

I. ULUSLARARASI DÜZENLEMELERDE TİCARİ SIR

Ticari sır konusunda uluslararası düzeyde kapsamlı bir düzenlemenin olduğunu söylemek oldukça güçtür.

Paris Konvansiyonunda, haksız rekabete ilişkin 1.Mükerrer 10.maddesinin potansiyel olarak ticari sır konusuna da uygulanabilirliği söylenebilirse de konuyla ilgili açık bir düzenleme bulunmamaktadır.

¹²⁹ GÖKYAYLA sf.71

¹³⁰ BELGESAY sayılanların fikir içermediklerinden hareketle eser sayılamayacaklarını savunurken sf.11 TEKİNALP genel bir yargıda bulunmaktansa her somut olayın özelliklerine göre değerlendirme yapmanın daha uygun olduğunu ve ferlilik ve hususiyet düzeyi düşük dahi olsa anılanların yeni doktrinde eser olarak kabul edilebildiklerini ifade etmektedir sf.116

¹³¹ TEKİNALP sf.117, PERRIT CH 2 sf 24, Bu konuda ABD uygulamasına örnek olması açısından bkz. *Inc., v. Bentley Sys., Inc.*, Westlaw 946 F. Supp. 1079 (D. Mass 1996).

¹³² *Allen v. Hub Cap Heaven, Inc.*, Westlaw 484 S.E.2d 259 (Ga. Ct. App. 1997)

Bu anlamda en kapsamlı düzenleme “Açıklanmamış Bilgilerin Korunması” başlığı altında TRIPS’de yapılmış gözükmektedir.

1. Paris Konvansiyonu

Haksız rekabetin önlenmesi amacı ile taraf devletleri bir araya getirerek, sınai mülkiyetin korunması amacı ile bir birlik oluşturmayı hedefleyen¹³³ Sınai Mülkiyetin Korunmasıyla İlgili Paris Konvansiyonu 20 Mart 1883 tarihini taşımaktadır¹³⁴.

Metinde “Ticari Sır” a ilişkin özel bir düzenleme bulunmamakta, metin temel olarak patent ve markaların uluslararası düzeyde korunabilmelerine yönelik hükümler içermektedir.

Konvansiyonda açıkça ticari sır kavramına yer verilmemiş olsa dahi (1.Mükerrer) 10.maddesi, “ ...Sınai ve ticari konuda namuskarane örf ve adetlere aykırı her rekabet fiili, bir haksız rekabet fiilini meydana getirir.” hükmünü içermektedir. Bu hüküm 1.maddedeki sınai mülkiyetin çok geniş anlamda anlaşılması gerekliliğine yapılan vurgu ile birlikte ele alındığında, ticari sırların da bu kapsam dahilinde değerlendirilebileceğini söylemek mümkündür . Çünkü yasaya, örf ve adete aykırı şekilde bir ticari sırrın ele geçirilmesi, kullanılması veya açıklanması da bir haksız rekabet oluşturacağından, durum bu madde kapsamında değerlendirilebilecektir.

Ancak taraf devletlere haksız rekabet fiillerini yasaklama yükümlüğü getiren yukarıda anılan (1.mükerrer) 10.madde hükmüne aykırı davranışın herhangi bir

¹³³ Paris Konvansiyonu 1.md.

¹³⁴ Türkiye bu sözleşmenin tarafı olmayı Lozan anlaşması ile taahhüt etmiş ve 1925 tarihli La Haye metnini kabul etmiştir. Daha sonra Londra metnini (1957) ve bir takım çekinceler koyarak Stockholm metnini onaylamış (1975), 1994 yılında ise çekincelerini kaldırmıştır.

yaptırma bağlanmamış olması öğretide ticari sırrın korunması anlamında konvansiyona eleştiriler getirilmesine neden olmuştur¹³⁵.

2. TRIPS

Fikri mülkiyet haklarının korunmasına ilişkin düzenlemeler, her bir ülkede ciddi farklılıklar gösterebilmektedir. Bu anlamda gelişen ticaret ve ticari uluslararası ilişkiler, uluslararası ticarete uygulanabilir, yeknesak kurallar bütününe ihtiyaç göstermiştir.

Buradan hareketle Dünya Ticaret Örgütü nezdinde, 1986-1994 yılları arasında gerçekleştirilen Uruguay Round müzakerelerinde kısaca TRIPS olarak adlandırılan “Trade Related Aspects Of Intellectual Property Rights” (Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Anlaşması) başlıklı bir uluslararası anlaşma akdedilmiştir¹³⁶.

TRIPS ile fikri hakların korunması yolunda global ölçekte büyük bir adım atılmıştır.

Anlaşma, telif, bağlantılı haklar, marka, patent, coğrafi işaretler, endüstriyel tasarımlar gibi konuların yanı sıra “Açıklanmamış Bilgilerin Korunması” başlığı ile ayrı bir bölüm içermektedir.

Anlaşmanın “Açıklanmamış Bilgilerin Korunması” başlıklı 7. Bölümünde yer alan 39. maddesi, ilk paragrafında Paris Konvansiyonunun 1. mükerrer 10.maddesine atıf yaparak haksız rekabetin önlenmesi için açıklanmamış bilgilerin korunması yolunda taraf devletlere sorumluluklar yüklemektedir.

Maddenin 2.bendi ;

¹³⁵ TORRES Pedro Padilla, Overview of International Trade Secret Protection (Londra 1995) sf 21

¹³⁶ Türkiye 26.03.1995 tarihinde Dünya Ticaret Örgütünün üyesi olarak TRIPS de dahil bu bünye içinde yer alan sözleşmelerin tarafı olmuştur.

“ Gerçek ve tüzel kişiler yasal olarak kendi kontrolleri altındaki bilgilerin kendileri izinleri olmadan, dürüst ticari uygulamalara aykırı, başkalarına ifşa edilmesini veya başkaları tarafından elde edilmesini veya kullanılmasını engelleme olanağına sahip olacaktadırlar, ancak şu koşullarla ki bu tür bilgiler ;

- a- bir bütün olarak veya unsurlarının kesin konfigürasyonunda veya grubunda normal olarak söz konusu türde bilgilerle uğraşan çevrelerdeki şahıslarca genelde bilinmeyen veya bu şahısların kolaylıkla elde edemeyeceği anlamında gizli olmalıdır;
- b- gizli olduğu için ticari bir değeri olmalıdır;
- c- yasal olarak bu bilgileri kontrol eden şahıs tarafından gizli kalması için ilgili koşullar altında makul önlemler alınmış olmalıdır. “

hükümünü içermektedir.

Bu bendde sayılan unsurları taşıyan “açıklanmamış bilgi” nin korunabilmesi için üye devletler, gerekli düzenlemeleri yapmakla yükümlü kılınmışlardır. Burada sayılan unsurlar ele alındığında bilginin, korunabilmesi için ;

- O bilgi ile uğraşan çevrelerdeki kişilerce genelde bilinmiyor olması,
- Kolaylıkla elde edilememesi,
- Gizli olması,
- Gizli olması nedeni ile ticari bir değer ifade etmesi,

- Gizli kalabilmesi için sahibi tarafından makul önlemler alınmış olması gerekmektedir.

Maddede sayılan unsurlar bu şekilde alt alta sıralandığında burada aslında “ticari sır” dan bahsedildiğini söylemek yanlış olmayacaktır.

Bu bilginin korunabilmesi için üye devletler, bilginin;

- asıl hak sahibinin rızası dışında ,
- dürüst ticari uygulamalara aykırı olarak ,
- başkaları tarafından elde edilmesini,
- başkaları tarafından kullanılmasını,
- başkalarına açıklanmasını,

önleyici tedbirleri alacaklardır. Maddeye ilişkin dipnotta “dürüst ticari uygulamalara aykırı “ lığın,

- bir sözleşmenin ihlali veya,
- taraflar arasındaki güven ilişkisinin ihlali veya,
- ihlale teşvik edilmesi,

olduğu belirtilmiş, devamında bilginin yukarıda belirtildiği şekilde hukuka aykırı yolla elde edildiğini bilen ya da bilmemesinde ağır kusuru olan üçüncü kişinin de

bu bilgiyi elde etmesi durumunda hüküm kapsamında değerlendirileceği ifade edilmiştir.

Burada bir uluslararası metnin ticari sır korumasını ilk defa bu derece genel ve kapsamlı düzenleme ile ele aldığını görmekteyiz. Bu düzenleme ile diğer uluslararası metinlerden farklı olarak, sadece ticari sırrın sınırları çizilerek tanımı yapılmakla kalmamış, “bilginin hukuka aykırı şekilde elde edilmesi, açıklanması veya kullanılmasının engellenmesi” nin altı çizilerek üye devletlere koruma yöntemleri ile ilgili de yol gösterilmiştir.

Bu çerçevede üye devletler ;

- bilginin hukuka aykırı şekilde öğrenilmesinin engellenebilmesi için hak sahibinin ticari sırrını koruyabilmesine yönelik gerekli önlemler alabilmesine,
- hukuka aykırı şekilde öğrenilmiş bilginin de açıklanması veya kullanılmasının önlenmesine olanak tanıyacak düzenlemeler yapmakla yükümlü kılınmışlardır.

Burada “hukuka aykırı yolla elde edilmiş bilginin açıklanması veya kullanılması” nın önlenmesinden bahsedilmesi, oldukça sevindirici bir gelişmedir çünkü daha önce de değinildiği üzere ticari sır, sır olması ile diğer fikri haklardan daha farklı bir yapıya sahiptir . Bu nedenle bir kez hukuka aykırı şekilde açıklandıktan ya da kullanıldıktan sonra asıl hak sahibinin uğradığı zararın klasik tazminat hukuku mantığı içinde tazmin edilebilmesi oldukça güçtür çünkü her şeyden önce ticari bir değer ifade etme unsuruna sahip olsa da bu değer çoğu zaman kesin, net bir şekilde rakamlarla ortaya konabilen bir değer olmayabilmektedir.

Bu nedenle de ticari sır korumasında oluşan zararın tazmininden ziyade, zararın ortaya çıkmasını engelleyici önlemler çok daha büyük önem kazanmaktadır ki bu anlamda TRIPS md.39/2'nin bu şekilde kaleme alınmış olması çok yerindedir.

Hükmün dolaylı bir şekilde “ihtiyati tedbir” müessesesinden bahsettiğini söylemek yanlış olmayacaktır ki sahip olduğu sırrı koruması yolunda asıl hak sahibine verilecek en büyük ve en önemli araç da bu olmak gerekir.

Maddenin 3.bendinde bazı özel durumlarda büyük çabalar sonucu oluşturulmuş deneylerin veya verilerin belirli onay vb. işlemler için sunulmasının talep edildiği durumlarda, bu bilgilerin de gerek açıklanmaması ve gerekse kullanılmaması için üye devletlerin gereken özeni göstermeleri gerektiği ifade edilmiştir.

Gerçekten de özellikle ürünü ticarileştirebilmenin belirli bir onay sürecine tabi tutulduğu durumlarda ürünle birlikte ürünün meydana getirilmesine ilişkin süreç, deneyler ve formüllerin de açıklanması gündeme gelebilmektedir¹³⁷

II. BÖLGESEL DÜZENLEMELERDE TİCARİ SIR

1. NAFTA

Kanada ve A.B.D. arasında akdedilmiş bulunan 1989 tarihli serbest ticaret anlaşmasının, Meksika'nın da katılımı ile, gelişmiş bir hali olan ve kısaca NAFTA olarak anılan Kuzey Amerika Serbest Ticaret Anlaşması (North American Free Trade Agreement) 01.Ocak.1994 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Anlaşma, temel olarak taraf devletler arasındaki ticaretin geliştirilmesi için gümrük tarifelerinde karşılıklı olarak bazı kolaylıklar yapılmasını öngörmüştür.

¹³⁷ Özellikle ilaç ve tarım sanayiine yönelik ürünlerde çoğu kez sadece nihai ürün değil, ürünün meydana getirilmesindeki tüm süreç ayrıntılı olarak ele alınmakta, incelenmektedir.

Bu çerçevede taraf devletler arasında azami düzeyde bir standardın sağlanabilmesi için ticari sır korumasına ilişkin 1711. madde kaleme alınmıştır.

Söz konusu madde ile taraf devletlere ;

- 1- Genel olarak bilinmeyen kolaylıkla ulaşılma imkanı olmayan,
- 2- Sır niteliğinde olduğu için halihazırda değer ifade eden veya gelecekte bir değer ifade etme potansiyeli olan,
- 3- Sır niteliğinin korunabilmesi için sahibi tarafından gerekli önlemlerin alınmış olduğu,

her türlü bilginin ticari ahlaka aykırı şekilde sahibinin rızası hilafına kullanımını, açıklanmasını, ele geçirilmesini engelleme yükümlülüğü getirilmiştir.

Madde yukarıda incelenen TRIPS md.39 ile oldukça büyük benzerlikler göstermektedir. Bir önemli farklılık, sırrın unsurları arasında sayılan bilginin, halihazırda belirli bir değer ifade etmesinin yanı sıra, “gelecekte değer ifade etme potansiyeli” nin de yeterli olduğunun ifade edilmiş olmasıdır . Bu tanım ile ticari sır alanının genişlediği açıktır.

Bilginin sır olarak nitelendirilebilmesi için halihazırda belirli bir ekonomik değer ifade etmesinin yanı sıra değer ifade etme potansiyeline sahip olmasının da yeterli görülmesi, aslında ticari sırrın niteliği ile örtüşmektedir zira bir bilginin içerik olarak ifade edilebilmesine, tanımlanabilmesine karşın belirli bir ekonomik değere sahip olup olmadığının belirlenmesi güç olabilmektedir .

Bilginin halihazırda ekonomik değer taşımasının, bilgiyi ticari sır niteliğinde değerlendirilebilmek için esaslı bir unsur olarak ele alınması, bilgi sahibine, sırrını koruyucu önlemleri alabilmesi için bilginin, halihazırda bir ekonomik değer ifade ettiğini kanıtlama yükümlülüğü getirebilecektir ki bu tür bir yükümlülük ticari sır korumasının alanını daraltabilecektir.

Aynı maddenin 3.paragrafında yukarıdaki paragrafta anıldığı şekilde sır niteliği devam ettiği sürece bilginin koruma süresine bir sınır getirilemeyeceği hükme bağlanmıştır.

2. Avrupa Birliği

Avrupa Birliği hukukunda ticari sır korumasına ilişkin ayrı bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak pek çok düzenlemede meslek sırrı ve teknik bilgi korumasına ilişkin hükümlere rastlamak mümkündür. Bu nedenle öğretilerde ticari sır konusunda AB'nin yüksek düzeyde bir korumaya sahip olduğu belirtilmektedir¹³⁸.

Herşeyden önce Avrupa Topluluğu kurucu anlaşmasının 287.maddesi (Daha önceki 214.madde) Topluluk enstitü üyelerini, komite üyelerini, tüm çalışan ve görevlileri görevleri sona ermiş olsa dahi özellikle işletmeler, işletmelerin ticari ilişkileri ve mali bilgilerine ilişkin öğrenmiş oldukları her türlü meslek sırrını saklamakla yükümlü kılarak sayılanlara, bu meslek sırrlarını hiçbir şekilde açıklamama yükümlülüğü getirmiştir.

Bir sonraki maddede ise bu yükümlülüğe aykırı davranış nedeniyle uğranılacak zararın tazmin edileceği hükme bağlanmıştır.

Buna benzer bir meslek sırrı korumasına Avrupa Patent Konvansiyonunun 12. maddesinde de rastlamak mümkündür. Konvansiyonun 12.maddesi "Avrupa Patent

¹³⁸ MAGRI Karen, International Aspects Of Trade Secrets Law (New York 1998) sf 14

Ofisi görevlileri, kurumdaki görevlerinin sona ermesinden sonra bile, niteliği itibari ile mesleki sır olan bir bilgiyi ne açıklayabilir ne de kullanabilirler” hükmünü içermektedir.

Yine aynı şekilde AT kurucu anlaşmasının 85 ve 86.maddelerinin yürürlüğüne ilişkin 17 sayılı Komisyon düzenlemesinin¹³⁹ 20.maddesinde de söz konusu düzenleme gereğince işletmeler tarafından yapılan başvurular ve içeriğine ilişkin her türlü bilginin meslek sırrı kapsamında korunacağı ve çalışanların işletmelerle ilgili öğrenmiş oldukları meslek sırlarını açıklayamayacakları ifade edilmiştir.

Tüm bu düzenlemelerde ticari sır değil de “meslek sırrı” na yer verilmiş olsa dahi meslek sırrının gizli tutulması ile dolaylı yoldan ticari sırrın korunmasının amaçlandığı açıktır.

İşletmeler açısından ise konu temel olarak rekabet hukuku kapsamında ele alınmıştır.

Bilindiği gibi Avrupa Birliğinin kurucu anlaşmasının 81. (Eski 85.) maddesine göre üye ülkeler arasındaki ticareti etkileyebilecek ve rekabetin sınırlanması, bozulması, engellenmesi amaç ya da etkisini taşıyan her türlü teşebbüsler arası anlaşma, uyumlu eylem veya teşebbüs birliği kararları hukuka aykırı ve yasaktır.

Madde devamında özellikle bu tür aykırılık olarak değerlendirilecek eylemleri sıralarken (b) bendinde “teknolojik gelişmeyi sınırlandıran veya kontrol altına alan” eylemleri de kapsam altına almıştır.

Ticari sır, sahibine münhasır bir hak sağlamaktadır, bilginin paylaşımı ancak hak sahibinin rızasına bağlı olmaktadır. Bu paylaşım da genellikle taraflar arasında akdedilen (Çoğu zaman lisans konulu) sözleşmeler ile düzen altına alınmaktadır.

¹³⁹ OJ P 013 21/02/1962 P.0204-0211

Söz konusu sözleşmelerde –doğal olarak- asıl hak sahibi, sırrının korunmasına yönelik hükümler koymaktadır. Bu sayede ticari sır sahibi, sadece kendisinin bildiği bir bilgiyi üçüncü kişilere açıklamasını yasaklayarak, bir başkası ile paylaşmaktadır.

Durum yukarıda anılan 81.madde hükmü çerçevesinde ele alındığında özellikle teknolojik bilginin söz konusu olduğu durumlarda, aslında teknolojinin paylaşılmasının engellendiği, dolayısıyla ilerlemenin kısıtlandığı ve teknolojik ilerlemenin açıkça sır sahibi tarafından kontrol edildiği bir durumun doğduğu söylenebilecektir .

Ancak bu tür sözleşmelerin 81.madde kapsamında değerlendirilmesi, ticari sırrın hiç paylaşılmamasına, tamamen sır sahibinin kendi bünyesinde kalmasına neden olabilecektir. Oysa sır sahibi tarafından belirli kısıtlamalara tabi tutulsa dahi sırrın paylaşılması, sonuçta teknolojinin paylaşılarak ilerlemesini sağlayabilecektir ¹⁴⁰ .

Bu düşünceden hareketle Komisyon, 1962 tarihli Patent Lisans Sözleşmelerine İlişkin Bildiriminde pek çok patent lisans sözleşmesinin 81.maddeye aykırılık oluşturmadığını belirtmiştir ¹⁴¹ .

Bu bildirimde rağmen konu açıklığa kavuşmamış, tartışmalar devam etmiştir. O kadar ki 1972 yılında münhasır patent anlaşmasının, 81.maddeye aykırılık oluşturabileceğine ilişkin komisyon kararları verilmiştir ¹⁴² .

1975 tarihli Rekabet Politikasına İlişkin 4.Raporunda ise Komisyon “...münhasırlığın gereklilik sınırları aşılmadıkça, bu tür lisans anlaşmalarının kendiliğinden 81.maddeye aykırılık oluşturmayacağını” belirtmiştir .

¹⁴⁰ BUTTERWORTHS Competition Law (55.Baskı Mart 2004) sf V/137

¹⁴¹ OJ 1962 L39/2922

¹⁴² The Agreements of the Davidson Rubber Co. Komisyon Kararı 72/237/EEC, The Agreements of Burroughs Komisyon Kararı 72/25/EEC

Daha sonra Komisyon, sorunu “Grup Muafiyet Tüzük” ü aracılığı ile çözüme kavuşturmayı daha sağlıklı bulmuştur. Bu nedenle ilk olarak 1989 tarihinde know-how lisanslarına ilişkin bir grup muafiyet tüzüğü yürürlüğe konmuş¹⁴³ daha sonra da 1996 yılında “Teknoloji Transferine İlişkin Grup Muafiyet Tüzüğü” nü uygulamaya alınmıştır¹⁴⁴ .

1996 Tarihli grup muafiyet tüzüğünün 2.maddesi ile “lisans alana –sözleşmenin sona ermesinden sonraki dönemde dahi- lisans verenden edindiği know-how’ı açıklamama yükümlülüğü” getirilmesinin, rekabete aykırı bir eylem olarak değerlendirilmeyeceği açıklıkla hükme bağlanmıştır .

Söz konusu tüzüğün yürürlük süresi iki defa uzatıldıktan sonra 2004 tarihinde yeni bir “Teknoloji Transferine İlişkin Grup Muafiyet Tüzüğü “ yayınlanarak yürürlüğe girmiştir¹⁴⁵ .

Tüzüğün tanımlar başlıklı 1.maddesinde teknik bilgi (Know-how) tanımına yer verilmiştir .

Söz konusu düzenleme know-how’ı ;

- gizli olan yani genel olarak bilinmeyen veya kolayca ulaşılamayan,
- esaslı olan yani söz konusu ürünün üretilmesinde işlevsel ve anlam taşıyan
- tanımlanmış olan yani esaslı olma ve gizlilik kriterlerini yerine getirecek şekilde açıklanabilen,

¹⁴³ EEC 556/89 OJ 1989 L61

¹⁴⁴ EC 240/96 OJ 1996 L31/2

¹⁴⁵ EC 772/2004 OJ L123 27/04/2004 P.0011-0017

tecrübe ve denemeler sonucunda ortaya çıkartılmış patentlenmemiş işlevsel bilgiler bütünü olarak tanımlamıştır.

Her ne kadar aslen teknik bilginin (Know-How) tanımı yapılmışsa da bu tanım içinde “gizlilik” (secrecy) ve dolayısıyla gizli bilginin de bir tanımının verilmiş olması bu anlamda söz konusu düzenlemeyi ticari sır anlamında önemli kılmaktadır.

Özetle belirtmek gerekirse ticari sır koruması konusunda Avrupa Birliği de ayrı ve kapsamlı bir düzenleme yapmaktansa konuyu özellikle rekabet hukuku çerçevesinde ele almayı tercih etmiştir .

III. YABANCI HUKUKLARDA TİCARİ SIR

Karşılaştırmalı hukukta ticari sır konusunun başta A.B.D. olmak üzere bir grup ülkede ayrı bir yasa ile düzenlendiği ¹⁴⁶, ülkemizin de dahil olduğu ve çoğunluğu oluşturan bir grup ülkede ise konu ile ilgili ayrı bir düzenleme olmaksızın özellikle Ticaret Kanunu, fikri haklar ve rekabetin korunmasına ilişkin mevzuatta yer alan bir kısım hükümlerle düzenlendiği görülmektedir.

Tarihsel süreç içinde konu, en çok A.B.D.’de tartışılmış ve fiilen oluşan uygulamalar tüm federe devletlerde yeknesak bir düzenin sağlanabilmesi amacı ile federal düzeyde bir metin ile şekillendirilmişlerdir .

¹⁴⁶ A.B.D.’nin yanı sıra Çek Cumhuriyeti ve 1991 yılında Ticari Sırların Korunmasına İlişkin Yasa’nın kabulü ile Japonya da bu grupta yer almaktadır, karşılaştırmalı olarak ulusal düzenlemeler konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. YELPAALA Kojo, WORLEY Donald R., CAMPBELL Dennis, Licensing Agreements: Patents, Know-How, Trade Secrets and Software (Viyana 1989)

Bu nedenle burada kısaca UTSA olarak adlandırılan A.B.D. Uniform Trade Secrets Act incelenmeye çalışılacak, daha sonra da ticari sır konusunda ayrı bir yasal düzenleme yapma yolunu en son seçen ülkelerden birisi olan Japonya örneği üzerinde kısaca durulacaktır .

1. A.B.D.

Ticari sır, Amerika Birleşik Devletlerinde yaklaşık 200 yıldır mahkemelerde konu edilen, tartışılan bir kavram olmuştur. Bununla birlikte A.B.D. sınırları içinde ticari sırrın ticari hayatta ifade ettiği değerin büyüklüğünden dolayı A.B.D., sadece kendi iç düzenlemesinin çerçevesini çizmekle yetinmemiş, özellikle yatırım yaptığı ülkeler üzerinde de baskı kurarak ticari sırrın ciddi şekilde korunmasını sağlamaya çalışmış ve halen de çalışmaktadır ¹⁴⁷ .

Bu nedenle gerek konuyla ilgili en kapsamlı düzenlemeye sahip olması, gerek fiili hukuk uygulamasında –diğer ülkelere kıyasla- konunun çok daha uzun süredir gündemde olması ve gerekse de bu konudaki uluslararası gücü dikkate alınarak konuya ilişkin A.B.D. düzenlemesi üzerinde daha ayrıntı durmanın yararlı olacağı görüşüdeyiz.

A. Tarihçe

Tarihsel süreç içinde ticari sır koruması A.B.D.’de hep gündemde olmuş, uygulamada mahkemeler, ticari sır ile ilgili uyuşmazlıklara çözüm getirirken temel olarak haksız fiil sorumluluğundan yararlanmakla birlikte ticari sır koruması ile

¹⁴⁷ A.B.D.’nin ticari sır koruması konusunda diğer ülkeler mevzuatı üzerinde etkisi konusuna - çalışmamızda ayrı bir başlık altında değinilen- Japonya iyi bir örnek oluşturmaktadır.

ilgili olarak sözleşme/sözleşme benzeri ilişki ve mülkiyet kavramlarını da esas olarak farklı yaklaşımlar ortaya koyabilmişlerdir.¹⁴⁸

Gelişen teknoloji ile birlikte 20.yy'ın başlarından itibaren konunun önemi artmış ve Amerikan Hukuk Enstitüsü, 1939 yılında yayınladığı Haksız Fiiller Üzerine Bildirim (First Restatement on Torts)¹⁴⁹ metninde, ticari sır konusunu açıklıkla ele almış ve en önemlisi bu konuda bir tanım vermiştir.

Bildirimde yapılan tanım, genel olarak mahkemelerce benimsenmiş ve uygulamada sıklıkla kullanılmıştır. Ancak konu ile ilgili uyumsuzlukların ivmeli bir şekilde artması ticari sırrın korunması konusunda tüm federe devletlerde yeknesak bir uygulamaya ihtiyaç göstermiş ve bunun sağlanabilmesi amacı ile ortak bir yasa metni üzerinde çalışılmak üzere 1969 yılında bir komisyon kurulmuştur. Bu komisyonun hazırlamış olduğu metin 1979 yılında Uniform Trade Secrets Act (UTSA) adı ile son halini alarak yayınlanmıştır . 1985 yılında metin üzerinde bazı değişiklikler yapılmıştır¹⁵⁰.

B. Uniform Trade Secrets Act (UTSA)

UTSA, bizim hukukumuzdakinden farklı olarak, bir yasa değildir, her bir federe devletin bu konuda yapacağı yasanın içeriğini belirleyen bir metindir ve kısa sürede hemen hemen tüm eyaletlerde yasalaşarak yürürlüğe girmiştir¹⁵¹.

¹⁴⁸ FRANCIS H.William, COLLINS C.Robert, Cases and Materials on Patent Law (Michigan 2002) sf.8 vd.

¹⁴⁹ Restatement adı verilen bu metinler, seçkin hukuk profesörleri, hakimler ve avukatları çatısı altında toplamış bulunan bir organizasyon olan American Law Institute (ALI) tarafından yayınlanmakta ve Amerikan Hukuku'nun yorum ve biçimlenmesinde önemli bir kaynak oluşturmaktadır.

¹⁵⁰ Bu nedenledir ki artık ticari sırrın, haksız fiil kavramından ayrılarak bağımsız bir kişilik kazandığına inanılmış ve 1979 tarihli 2.Haksız Fiil Üzerine bildirimde ticari sır konusuna hiç yer verilmemiştir. Ancak 1995 tarihli Haksız Rekabete İlişkin 3.Bildirimde konu rekabet hukuku yönünden ayrıntılı bir biçimde ele alınmıştır.

¹⁵¹ 2004 yılı verilerine göre UTSA toplam 48 eyalette yasalaşarak yürürlüğe girmiştir. Kaynak:uniform law commissioners http://www.nccusl.org/Update/uniformact_factsheets/uniformacts-fs-utsa.asp (Ziyaret Tarihi 14.04.2004)

UTSA, toplam 12 maddeden oluşan oldukça kısa ve net bir metindir . İlk maddesi tanımlara, 2.maddesi ihtiyati tedbir müessesine, 3.maddesi oluşan zararın hesaplanması usulüne ayrılmıştır. Diğer maddelerde ise avukatlık ücretleri, yargılama sırasında öğrenilen sırların korunması tedbirleri, zamanaşımı ve yürürlükle ilgili hükümler yer almaktadır.

Böylesine kapsamlı bir konunun, adeta çerçeve niteliğinde oldukça kısa sayılabilecek bir metinde düzenlenmiş olmasının, Amerikan Hukuku'nun ayırt edici özelliklerinden birisi olan “hakimin hukuk yaratma prensibi” nin ¹⁵² etkisi ile olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır . Zira bu sistemde yazılı kurallar dahi olsa bunlar, çoğu zaman çerçeveyi belirlemekle yetinerek uygulamada hakimleri Kara Avrupası hukuk sistemine kıyasla daha özgür bırakmaktadır ¹⁵³. Bu nedenle UTSA'da da konunun çerçevesi çizilmekle yetinilmiş, her somut olayı hakimin hakkaniyete en uygun şekilde sonuçlandırabilmesine imkan tanınmıştır.

i. Tanımlar

UTSA, temel olarak ticari sırrın açık bir tanımını yapmış ve ticari sırrın haksız bir şekilde ele geçirilmesi durumunda başvurulabilecek yolları somutlaştırmıştır.

UTSA'nın tanımlar başlıklı 1.maddesinde ticari sır “Gelecekte ya da o anda bağımsız ekonomik değere sahip, genel olarak bilinmeyen, kullanımından ya da açıklanmasından ekonomik yarar sağlayabilecek olanların kolaylıkla elde edemeyecekleri, formül, numune, alet, yöntem, teknik ve üretim sürecinin de dahil olduğu her türlü bilgi” olarak tanımlanmıştır .

¹⁵² Anglo Saxon Hukukunda yazılı hukuk kurallarının yer aldığı “statute law” un yanı sıra yazılı olmayan örf ve adetin esas alındığı “common law” ve örf adetin hüküm vermede yetersiz kaldığı “equity” adı verilen bir hukuk uygulaması bulunmaktadır.

¹⁵³ SLAPPER & KELLY Principles Of English Law (Londra 1998) sf.3

Yine aynı maddede sırrın, elektronik ve/veya her türlü yolla ele geçirilmesi için yapılan hırsızlık, rüşvet, yalan beyanda bulunmak, görevin, sorumluluğun ihlali ya da bir başkasının ihlale teşvik edilmesi “uygunsuz yol” (improper means) olarak tanımlanmıştır.

Metinde ayrıca sırrın uygunsuz yollardan ele geçirildiğini bilen ya da bilmesi gereken kişinin sırrı ele geçirmesi de hukuka aykırı bir davranış olarak düzenlenmiştir.

ii. İhtiyati Tedbir

Ticari sırrın niteliği gereği, hukuka aykırı ele geçirmeden ve/veya hukuka aykırı kullanımdan ve/veya açıklasından hemen önce ve olabildiğince hızlı hareket etmek gerektiğinden UTSA, ticari sır korumasında “ihtiyati tedbir” müessesesini ayrı ve ayrıntılı bir madde olarak düzenlemiştir. Bu çerçevede sırrın hukuka aykırı şekilde ele geçirildiği durumda açıklanmasını veya kullanılmasını engelleyici bir ihtiyati tedbir kararı alınabileceği gibi bu yolla sırrın ele geçirilmesi de engellenebilecektir.

Bu durumda mahkeme –koşulların oluştuğuna inanırsa- ticari sırrın varlığı süresince, bir başka deyişle ticari sır, sır niteliğini koruduğu sürece devam edecek bir ihtiyati tedbir kararı vererek ticari sırrı koruyacaktır.

Madde metnine göre, ticari sırrın sır niteliğini kaybetmesinden sonra dahi bunu hukuka aykırı şekilde ele geçiren kişiye ticari bir üstünlük sağlamaya devam etmesinin söz konusu olduğu durumlarda tedbir kararının etki süresi, sır niteliğinin ortadan kalkmasından sonraki bir zaman dilimini kapsayacak şekilde dahi verilebilecektir.

Buradaki ihtiyati tedbir, karşı tarafa bir “ yapmama, açıklamama, kullanmama” borcu yükleyen bir karar olacaktır ancak gerekli görüldüğünde mahkemenin vereceği ihtiyati tedbir kararı ile karşı tarafa bir yapma borcu da yükleyebileceği de madde metninde hükme bağlanmıştır.

UTSA düzenlemesine göre yukarıda tanımlandığı şekilde bir ihtiyati tedbir kararı verilebilmesinin adaletsiz, hukuken mümkün olmadığı durumlarda, sırrı ele geçiren kişinin belirli bir bedel ödeyerek bu sırrı kullanmaya devam etmesi sağlanabilecektir. Bu yola başvurunun çok istisnai durumlarla sınırlı olacağı UTSA metninde açıkça dile getirilmiştir . Burada geçen “ihtiyati tedbir kararı verilebilmesinin adaletsiz olduğu durumlar” ın özellikle sırrın hukuka aykırı yollardan değil de hataen öğrenildiği durumları kapsadığı ve bu nedenle de ihtiyati tedbir kararı verilebilmesi koşullarının bulunmadığı ve çok istisnai durumlar olduğu üzerinde durulmuştur ¹⁵⁴ .

Bu istisnai durumdan yararlanabilmek de yine, mahkemeden –bu konuda- alınacak bir ihtiyati tedbir kararı ile mümkün olacaktır .

Bu noktada A.B.D.’de geliştirilmiş olan ve dilimize “kaçınılmaz açıklama” olarak çevrilebilecek olan “ Inevitable Disclosure “ doktrininden de bahsetmekte fayda vardır .

Doktrin, eski çalışanın rakip firmada çalışmaya başlaması durumunda sahip olduğu sır niteliğindeki bilgileri açıklamasının veya kullanmasının önüne geçebilmek amacı ile geliştirilmiştir .

Doktrin temelde şu şekildedir :

¹⁵⁴ BABIRAK sf.20 vd.

Çalışan yaptığı iş nedeniyle ticari sırlar öğrenmektedir . Bu öğrenme, çalışanın işi nedeni ile olduğu, hatta bizzat işvereni tarafından verildiği için hukuka aykırı bir öğrenme değildir . Rakip firmada eski işyerindeki benzer bir iş yapması durumunda – özellikle eski işvereni ile arasında akdedilmiş bir gizlilik sözleşmesi bulunmadığı durumlarda- çalışanın sahip olduğu bilgiyi yeni işyerinde de kullanması kaçınılmazdır. Oysa sır niteliğindeki bu bilgilerin rakip firmada kullanılması eski işveren için telafisi imkansız zararlara neden olabilecektir. Ancak çalışma özgürlüğü içinde çalışanın, dilediği yerde çalışma hakkı bulunmaktadır. Bu noktada çalışma özgürlüğü ile ticari sırrın korunması birbiri ile çatışmaktadır ¹⁵⁵. Bu nedenle açıklamanın kaçınılmaz olduğu bu tür durumlarda önleyici tedbirler alınmasına olanak sağlanmalıdır .

Günümüzde doktrin, A.B.D.'de 21 eyalet mahkemesinde kabul görmüş ve uygulanmaktadır ¹⁵⁶ . Bu çerçevede çalışanın işvereni seçebilmesine izin veren ama söz konusu işveren yanında daha önceki işyerinde öğrendikleri sırları kullanamayacakları işte çalıştırılabilecekleri yolunda kararlar verilmektedir ¹⁵⁷ .

iii. Zararların Tazmini

Ticari sırrın hukuka aykırı şekilde ele geçirilmesi durumunda koşulları oluşmuşsa bir tazminat sorumluluğunun doğacağı açıktır.

UTSA, bu durumda tazminat miktarını belirlerken mahkemenin, hem asıl hak sahibinin bu hukuka aykırı eylem nedeni ile uğramış olduğu zararının tazminine hem de bu fiili zararın miktarı hesaplanırken dikkate alınmamış olan, ticari sırrı ele

¹⁵⁵ HOFFMAN Ivan, Inevitable Disclosure of Trade Secrets (Virginia 1997) sf 22

¹⁵⁶ BRENNER S.Jules The Doctrine Of Inevitable Disclosure and Its Inevitable Effect On Companies and People, Law and Business Review of Americas (Fall 2001) Sf. 181

¹⁵⁷ Konuyla ilgili ilk karar 1966 yılında Allis Chalmers Mfg. Co. v. Continental Aiviation & Eng. Corp (Westlaw 255 F. Supp.655 1966) davasında verilmiş, davalının rakip firmada çalışabileceğine ancak sahip olduğu sır niteliğindeki bilgiyi kullanma imkanı olmayan bir bölümde çalıştırılmasına karar verilmiştir.

geçiren kişinin, bu eylemi nedeni ile sağladığı zenginleşmeyi iade etmesine hükmedebileceğini belirtmiştir ¹⁵⁸ .

Dolayısıyla UTSA bir anlamda ticari sırrın uygun olmayan yollarla ele geçirilmesi veya kullanılmasını temelde bir haksız fiil olarak görmüş ancak bu haksız fiil sonucu oluşan zararın tazmininde klasik tazminat hukuku mantığından ayrılarak bir anlamda sebepsiz zenginleşme hükümlerinden de yararlanmaya çalışmış, bu ikisini birleştirmiştir ¹⁵⁹ .

Kusurun ağırlığına göre mahkeme yukarıda belirtilen tazminatı iki kata kadar artırma yetkisine sahip kılınmıştır ¹⁶⁰ .

iv. Gizliliğin Korunması

Bilindiği gibi ticari sır konusunda bir uyuşmazlık nedeni ile mahkemeye gidildiğinde, çoğu zaman sırrların –en azından mahkeme önünde – açıklanması kaçınılmaz olmaktadır. Bu durum göz önüne alınarak UTSA'nın “Gizliliğin Korunması” başlıklı 5.maddesi ile bu kanunun uygulanması sırasında açıklanan sırrların korunması gerekliliğinin altı çizilmiştir.

Bu madde ile mahkeme, bu kanunun uygulanması nedeni ile ortaya çıkan sırrların korunması için gereken önlemleri almakla yükümlü kılınmıştır. Bu çerçevede

¹⁵⁸ TTK md.58'den farklı olarak burada uğranılan zararlar birlikte davalının elde ettiği menfaatin de talep edilebilmesi söz konusudur ki klasik tazminat hukuku mantığından farklı olarak uğranılan zarardan fazlasına hükmedilmesi “punitive damage” adı verilen bir tür cezalandırma mantığı ile açıklanmaktadır.

¹⁵⁹ HILL sf.14

¹⁶⁰ Yukarıda bahsedilen “punitive damage” kavramının somut bir görünümü olan bu düzenleme ile zararın tazmininden ziyade hukuka aykırı eylemde bulunan kişiyi cezalandırma amacı güdülmektedir.

mahkeme, yargılamada görevli olanlara öğrendikleri sırları açıklamama yükümlülüğü getirebilecek, duruşma tutanaklarının mühürlü bir şekilde saklanmasına karar verebilecektir.

v. Zamanaşımı

Zamanaşımı süresi – hukuka aykırı ele geçirmenin öğrenilmesinden ya da öğrenilmiş olması gerektiği tarihten itibaren- üç yıldır.

vi. Etki Alanı

UTSA, ilgili federe devlette kabul edilerek yasalaşmakla birlikte, ticari sırrın ele geçirilmesine ilişkin haksız fiil ve diğer özel hukuk düzenlemelerinin yerine geçer ancak ;

1-Ticari sır korumasına ilişkin sözleşmesel yükümlülükler,

2-Özel hukukta ticari sır koruması dışındaki diğer düzenlemeler,

3-Ticari sır korumasına ilişkin ceza hukukuna ilişkin düzenlemeler

geçerliliklerini yasa yürürlüğe girdikten sonra da sürdürecektir.

2. JAPONYA

İkinci dünya savaşından sonra sanayi alanında büyük ve hızlı atılımlar gerçekleştiren Japonya, ticari sırrı ayrı bir yasa ile koruma yolunu seçen en yeni ülkelerden birisi olmakla dikkat çekicidir.

Teknoloji alanındaki atılımını, gelişmiş diğer ülkelerdeki teknolojiyi taklit ederek gerçekleştirmekle eleştirilen Japonya¹⁶¹ gerçekten de ticari sırrın korunması kavramından çok uzun yıllar uzak durmaya çalışmıştır.

Bunda özellikle sahip olduğu farklı kültürel yapının bir unsuru olan “ömür boyu sadakatle aynı işveren emrinde çalışma” bilinci de etkili olmuştur. Bu sayede Japonya, hem teknolojiyi kopyalamayı, hem de kendi bünyesinde ortaya çıkarttığı ticari sırları kültürel gelenekleri ile korumayı başarabilmiştir.

1991 Yılına kadar Japonya’da ticari sır korumasına ilişkin özel bir düzenleme yapılmamış, koruma temel olarak sözleşmesel boyutta sağlanmaya çalışılmıştır . Bu da sır sahibi ile sözleşmesel ilişkisi bulunmayan 3.kişilerin ticari sırrın gizliliğini ihlal ettiği durumlarda ciddi sorunlara yol açmıştır.

1980’lerin sonuna gelindiğinde başta A.B.D. olmak üzere fikri hakların korunması konusunda hassas olan pek çok ülkenin baskısı, Japon endüstrisinin gelişerek ciddi değerler ifade eden “sır” niteliğindeki bilgileri kendi bünyesinde ortaya çıkartmaya başlaması ve işçinin ömür boyu aynı işverene bağlı çalışmasına ilişkin geleneğin yıkılması, ülkede ticari sır konusunda ayrıntılı ve kapsamlı içeriğe sahip bir düzenleme yapılması ihtiyacını doğurmuştur ¹⁶².

Bu nedenle Haksız Rekabetin Önlenmesine Dair Yasa’da ciddi değişiklikler yapılarak ticari sır kapsamlı bir şekilde koruma altına alınmıştır.

Yasanın 1.maddesinde yer alan “Ticari faaliyette kullanılabilen her türlü üretim, pazarlama metodu veya iş bilgisi” olarak tanımlanan ticari sır oldukça geniş bir alanı kapsar gözükmektedir.

¹⁶¹ MAGRI A Karen, International Aspects Of Trade Secrets Law/Japan sf 21 (New York 1997)

¹⁶² MAGRI sf.4

Yasada ticari sırrın açıklanması veya kullanılmasının önlenmesi için önleyici tedbir yollarına yer verildiği gibi sır saklama yükümlülüğünün ihlal edilmesi durumunda hak sahibinin zararının tazmin edilmesine ilişkin düzenlemeler de yapılmıştır.

Bu çerçevede henüz hak ihlali olmadan önce önleyici nitelikte tedbir kararı alınabilmesine imkan tanınmıştır.

Söz konusu düzenlemeden önce sıklıkla eleştirilen bir konu olan, ticari sır koruması anlamında 3.kişilerin sorumluluğunun altı çizilmiş olmakla birlikte 3.kişinin ticari sırrı uygun olmayan yollarla ele geçirmiş olduğu durumlarda sorumlu olabilmesi ağır kusur şartına bağlanmıştır.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM **TÜRK TİCARET KANUNUNDA TİCARİ SIR**

I. TİCARİ SIRRIN TÜRK TİCARET KANUNUNUN HAKSIZ REKABET HÜKÜMLERİ ÇERÇEVESİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ

Daha önce de değinildiği üzere, ticari sır koruması konusunda karşılaştırmalı hukukta iki temel eğilim gözlenmektedir. Başta A.B.D.'nin yer aldığı bazı ülkelerde ticari sırrın korunması konusu ayrı bir yasa ile düzenlenmişken çoğunluğu oluşturan ve Türkiye'nin de dahil olduğu diğer ülkelerde ise konu, ayrı bir düzenleme konusu yapılmaksızın haksız rekabet kavramı kapsamında düzenlenmiştir.

Bilindiği gibi Ticaret Kanununun Birinci Kitabının 4.Faslı Haksız Rekabet başlığını taşımakta ve bu başlık altında yer alan ilk madde olan 56. maddede “..aldatıcı hareket veya hüsünüyet kaidelerine aykırı sair suretle iktisadi her türlü suiistimal...” in haksız rekabet olduğu belirtilmiş hemen ardından gelen 57.maddede ise bu tanımda belirtilen bazı “ hüsünüyet kaidelerine aykırı hareketler” e yer verilmiştir.

Ticaret Kanunumuzun Birinci Kitabının “Haksız Rekabet” başlıklı 4.faşlında yer alan 57. maddenin 7. ve 8. bendlerinde ticari sırdan değilse de “ imalat ve ticaret ” sırlarından bahsedilmiştir ancak imalat ve ticaret sırrının tanımına yer verilmemiştir.

Burada geçen imalat sırları daha çok, buluşlar, üretim teknikleri, teknik araştırma geliştirme çalışmaları, üretim metotları vb nin dahil olduğu üretime yönelik teknik sırlar olarak anlaşılmalıdır ¹⁶³ .

Ticaret sırları ise ticarete ilişkin her türlü diğer sırları ifade etmektedir, dolayısıyla yasada bahsi geçen imalat ve ticaret sırları birlikte ele alındığında yukarıda ticari sır kapsamında belirttiğimiz know-how ve patentlenebilir buluş da dahil olmak üzere her türlü teknik sır ile birlikte bu nitelikte olmayan ama sır özelliği taşıyan her türlü bilgi, yasanın anladığı anlamda ticari sır kapsamında anlaşılmalıdır.

1. TTK 57/7. Maddesi

Türk Ticaret Kanununun 57. maddenin 7. bendine göre “*müstahdemleri, vekilleri veya diğer yardımcı kimseleri iğfal sureti ile istihdam edenin veya müvekkillerinin imalat veya ticari sırlarını ifşa ettirmek veya ele geçirmek*” haksız rekabet oluşturur.

¹⁶³ CAMCI sf.94 vd.

Dolayısıyla ;

- müstahdemleri, vekilleri veya diğer yardımcı kimseleri,
- iğfal ederek,
- istihdam edenin veya müvekkillerinin
- imalat ve ticaret sırlarını,
- açıklamak veya
- ele geçirmek

haksız rekabet oluşturur.

Bu kapsamda ticari sırrın öğrenildiği kişilerin (Müstahdem, vekil, diğer yardımcı kimseler) oldukça geniş tutulmuş olması, hatta özellikle “diğer yardımcı kimseler” ifadesi karşısında, hükmün, ticari sır hakkında bilgi sahibi olan ve ticari sır sahibi işletme veya kişi ile herhangi bir şekilde ilişkisi olan hemen herkesi kapsadığı söylenebilir .

Maddede tanımlandığı şekilde bir haksız rekabet oluşabilmesi için yukarıda anılan kişilerin “ iğfal edilmiş “ olmaları gerekmektedir.

Buradaki ilgi çekici nokta haksız rekabetin oluşabilmesi için bu şekilde ele geçirilen bir ticari sırrın açıklanması ile birlikte ele geçirilmiş olmasının dahi tek başına yeterli görülmesi olmasıdır.

Yasada tanımlandığı şekilde öğrenilen bir ticari sırrın açıklanması elbette haksız rekabet oluşturacaktır çünkü açıklama ile birlikte söz konusu bilgi, sır niteliğini kaybedecek, bu nedenle de rakiplerine karşı sahibine sağladığı avantaj ortadan kalkacaktır.

Ancak maddenin lafzından, açıklanmamış olsa dahi sadece sırrın ele geçirilmiş olmasının da haksız rekabet oluşturacağı anlamı çıkmaktadır ki aslen teorik olarak kullanılmamış, kullanılmayan ve açıklanmayan bir bilginin sadece ele geçirilmesinin asıl ticari sır sahibinin o bilgiye sahip olması nedeni ile sahip olduğu avantajları yitirmesine neden olmayacağı, sırrın sadece üçüncü kişi tarafından –hukuka aykırı bir şekilde dahi olsa- öğrenilmiş olmasının onun sır niteliğini ortadan kaldırmayacağı söylenebilecektir .

Aslen burada da iğfal sureti ile aslında elde edilmemesi gereken bir bilginin ele geçirilmesi söz konusudur yani hukuka aykırılık unsuru vardır ancak henüz bir zarar doğmamıştır.

Düzenleme, haksız rekabet eylemi ile karşılaşan kişilerin açabilecekleri davaların sıralandığı bir sonraki madde ile birlikte ele alınmak gerekir. Gerçekten de 58. madde de sadece haksız rekabet nedeniyle uğranılan zararın tazminine yönelik tazminat davasından değil, “ fiilin haksız olup olmadığına yönelik tespit “ davasından da bahsetmiştir . Bu tür bir tespit davasının açılabilmesi için zararın doğmuş olması aranmayacağından 57.maddede bilginin sadece ele geçirilmiş olmasının sayılmış olması yerindedir.

Ticari sırrın sadece hukuka aykırı olarak elde edildiği ama herhangi bir şekilde kullanılmadığı ve açıklanmadığı noktada –aşağıda açıklanacağı üzere- fiilin haksızlığının tespiti ve men davası açılabileceği gibi ihtiyati tedbir talebinde de bulunulabilecektir. Ancak bir zarar söz konusu olmadığı için tazminat davası açılması mümkün olmayacaksa da iğfal edilerek söz konusu bilgiyi veren kişiye

karşı, koşulları oluşmuşsa, ticari sır sahibi ile arasındaki ilişkiye dayanarak ve yine herhangi bir zarar söz konusu olmadığı için ancak varsa bu konuda önceden kararlaştırılmış olan cezai şartın talep edilebileceği söylenebilir.

2. TTK 57/8 Maddesi

Ticaret Yasasının 57. Maddenin 8.bendinde ise “*Hüsnüniyet kaidelerine aykırı bir şekilde elde ettiği veya öğrendiği imalat veya ticaret sırlarından haksız yere faydalanmak veya onları başkalarına yayma*” nın da haksız rekabet oluşturacağı hüküm altına alınmıştır.

Burada ise ;

-Hüsnüniyet kaidelerine aykırı bir şekilde,

-Elde edilen veya öğrenilen

-Bir sır olmalı ve

-Bu sırdan haksız yere yararlanılmalı veya,

-Bu sır başkalarına yayılmalıdır.

TTK 57/8.maddesi bu anlamda çok daha geniş bir kapsama yer vermiştir, sırrın kimden öğrenildiği fiilin haksız rekabet oluşturması için bir önem taşımamakta, bilginin sadece “hüsnüniyet kaidelerine aykırı bir şekilde elde edilmiş” olması yeterli gözükmektedir.

Haksız rekabetten bahsedilebilmesi için bu şekilde elde edilen bilginin

– 57/7’den farklı olarak - sadece elde edilmiş olması yeterli görülmemiş ayrıca bu bilgiden haksız şekilde yararlanılması veya başkalarına yayılması da bir koşul olarak öngörülmüştür.

Bendin kaleme alınış biçiminden sadece hukuka aykırı bir şekilde ele geçirilen bilgiden yararlanmanın haksız rekabete neden olmayacağı, bu yararlanmanın da “haksız” bir yararlanma olması gerektiği anlamı çıkmaktadır. Bu durumda

– özellikle düzenlemenin haksız rekabet başlığı altında yapıldığı da gözetildiğinde- sırrı hukuka aykırı şekilde ele geçiren kişinin bu sırrı asıl ticari sır sahibi kişi/kurumla rekabet halinde olmayan ve olamayacak bir iş için kullanması durumunda bu kullanmanın asıl ticari sır sahibine herhangi bir zarar vermesi söz konusu olmayacağından, sonradan ele geçirenin bu şekilde kullanımının da haksız olmayacağı çünkü aslen haksız rekabet olmadığı sonucuna götürebileceği düşünülebilir.

Ancak teknolojilerin ve sektörlerin iç içe girdiği günümüz dünyasında, aslen rekabet halinde olmayan bir iş/işletme için kullanılan bu tür bir sırrın orta veya uzun vadede asıl hak sahibine asla zarar vermeyeceği söylenemeyecektir. Bu nedenle görüşümüzce, aslen bu şekilde yani hukuka aykırı bir şekilde edilen bilgiden her türlü yararlanmanın “haksız” bir yararlanma olarak kabul edilmesi ve dolayısıyla bilginin hukuka aykırı ele geçirilmiş olmasının yanı sıra kullanımının da haksız olup olmadığının ayrıca sorgulanmaması gerekir.

Bendde sadece bilginin kullanılması değil, “başkalarına yayılması “ da –çok yerinde olarak- haksız rekabet olarak nitelendirilmiştir. Bu tür bir eylem herşeyden önce bilginin temel unsuru olan “ sır “ niteliğini ortadan kaldıracaktır.

Burada yer alan “ başkaları” kelimesini de sadece asıl ticari sır sahibi ile rekabet halinde olanlar olarak değil olabildiğince geniş yorumlamak gerektiği düşüncesindeyiz.

3. Hukuki Sorumluluk

Yasanın 58.maddesi haksız rekabet ile karşılaşılması durumunda açılacak beş davadan bahsetmiştir:

A.Fiilin Haksız Olup Olmadığının Tespiti

Bu dava ile davalının eyleminin, haksız rekabet oluşturduğunun tespiti istenecektir. Yukarıda incelenen TTK 57/7.maddesinin, sadece bilgiyi ele geçirmeyi de haksız rekabet olarak nitelendiren düzenlemesi göz önüne alınarak henüz bir zarar oluşmadan önce dahi bu dava ile davalının fiilinin objektif iyiniyet kurallarına aykırı olup olmadığının belirlenmesi talep edilebilecektir.

Pek çok somut olayda, zarar doğmuş olmasa dahi sadece sır niteliğindeki bilginin objektif iyiniyet kurallarına aykırı bir biçimde elde edildiğinin belirlenmesinde davacının hukuki yararının olacağı açıktır.

Örneğin bir işletmenin (A) üzerinde çalıştığı ve sır niteliği taşıyan bir kimyasal formülünün bir başka işletme (B) tarafından hukuka aykırı bir şekilde öğrenildiği ancak formülün ele geçiren bu işletme tarafından kullanılmadığı ve kimseye açıklanmadığı, (A)’nın da bu süreçten haberdar olduğu var sayıldığında, formül kullanılmadığı veya açıklanmadığı için doğmuş bir zarardan bahsedebilmek mümkün değildir .Bu durumda (A)’nın, (B)’ye karşı sadece ele geçirmenin hukuka aykırı şekilde yapıldığının tespitini isteme hakkına sahip olması, (A)’ya hem bu tespit sayesinde ileride karşılaşabileceği bir haksız rekabet durumunda gerekli hukuki adımları hızlı atabilme imkanı verecek hem de bu 58/b’deki gibi bir men ya

da 58/c'deki gibi bir eski hale iade davası olmamasına karşın (B) için elindeki bilgiyi kullanmasını, haksız rekabet oluşturabilecek bir eyleme girişmesini ciddi anlamda engelleyecek bir unsur oluşturacaktır.

Yasada aktif dava ehliyeti de şu şekilde hükme bağlanmış ve

1-“*haksız rekabet nedeni ile müşterileri, kredisi, mesleki itibarı, ticari işletmesi veya diğer iktisadi menfaatleri bakımında zarar gören veya böyle bir tehlikeye maruz kalan kimse*” lerin, (TTK 58/1)

2-“*haksız rekabet yüzünden iktisadi menfaatleri haleldar olan müşteriler*” in,

3-“*ticaret ve sanayi odaları, esnaf dernekleri, borsalar ve nizamnamelerine göre azalarının iktisadi menfaatlerini korumaya صلاحiyeti bulunan diğer mesleki ve iktisadi birlikler*” in bu davayı açabileceği belirtilmiştir¹⁶⁴.

Davalı ise ;

1-Haksız rekabeti oluşturan eylemde bulunan kişi,

2-Eylemin hizmet veya işlerini gördüklerini sırada yardımcı veya işçiler tarafından gerçekleştirilmiş olması durumunda bunları istihdam eden (TTK 59) ,

3-Eylemin basın yolu ile gerçekleştirilmiş olması durumunda yazı sahibi, yayının yazı işleri müdürü, basın kuruluşunun imtiyaz sahibi, ilan veren (TTK 60) olabilmektedir.

¹⁶⁴ Öğretide özellikle mesleki ve ekonomik birliklere de dava açma hakkı tanınmasının müşterilere tanınan hakkı sembolik düzeyde kıldığına, müşterilerin davacı olduğu davalarla uygulamada karşılaşılmadığı belirtilmiştir. ARKAN sf.310, KARAYALÇIN sf.472.

Bir tespit davası olmakla bu davanın açılabilmesi için davalının kusurlu olması koşulu aranmaz ¹⁶⁵.

Haksız rekabetin varlığının tespitinin istendiği durumlarda bu “*tespit davası usul hukukundaki eda davası açma olanağı varken tespit davası açılmayacağı kuralına önemli bir istisna oluşturmaktadır. Tespit davası ile haksız rekabet sadece saptanır.Önlenmesi, maddi ve manevi giderim isteniyorsa, bu hususların ayrıca dava edilmesi gerekir. Diğer davaların bir kısmının veya tümünün tespit davası ile birlikte açılması mümkün ise de zorunlu değildir.Tespit davası ikame edilip, haksız rekabetin varlığı kesinleştirilip, diğer davalar daha sonra ikame edilebilir.*” (Yarg.11HD 15.05.1986,E.244 K.2943)¹⁶⁶

B. Men Davası

Önleyici bir içeriğe sahip olmakla bu dava ile fiilen mevcut olan veya tehdit oluşturan eylemin engellenmesi sağlanır.

Dava sonucunda men kararı verilebilmesi için ;

- korunmak istenen hakkın tecavüz tehdidi altında bulunması veya,
- daha önce gerçekleşmiş hukuka aykırılığın tekrarlanması tehlikesinin bulunması gerekmektedir ¹⁶⁷.

Burada belirtilen tecavüz veya tekrarlanma tehlikesinin varlığını kabul edebilmek için yakın, ciddi, somut bir tehlikenin bulunması gerekmektedir ¹⁶⁸.

¹⁶⁵ İPEKÇİ Nizam Ticaret Şiketleri Tatbikatı (Ankara 2002) sf 595

¹⁶⁶ İstanbul Barosu Yargıtay Kararları Bilgi Bankası

¹⁶⁷ KALE Serdar Haksız Rekabet Hukukunda Eski Hale Getirme Davası (Tecavüzün Refi Davası) (İstanbul 2003) sf 28

¹⁶⁸ KALE sf 28

Bu bir eda davası olmakla mahkeme belirli bir eylemin yapılmasına –örneğin kanuni, akdi, teamuli iş şartlarına uygun hareket edilmesine¹⁶⁹- veya yapılmamasına –örneğin hukuka aykırı yolla elde edilmiş bilginin kullanılmamasına- karar verecektir.

Ticari sır koruması açısından değerlendirildiğinde, bilgi kullanıldığında ya da açıklandığında sır niteliğini kaybetmiş olacağından, pek çok durumda daha önce gerçekleşmiş hukuka aykırılığın tekrarlanması tehlikesinin önlenmesinden ziyade bu dava yoluna korunmak istenen ticari sırrın tecavüz tehdidi altında bulunması durumunda veya ele geçirilen bilginin kullanılmasının engellenmesi amacı ile başvurulacağını belirtmek yanlış olmayacaktır.

Bu noktada korunmak istenen ticari sırrın fiziki bir varlık taşımadığı durumların mahkeme kararının uygulanmasını güçleştireceği açıktır.

Örneğin (A) firmasının üzerinde çalıştığı pazarlama stratejisi gereği daha önce hedef kitlesi içinde yer almayan bir müşteri grubunu hedeflediği ve bu stratejinin de sır niteliğinde olduğu varsayımında bu çalışma içinde yer alan bir çalışanın bu bilgiden yararlanabilecek bir başka işletmeye transfer olması durumunda (A) firması için yakın, somut ve ciddi bir tehlike olduğu söylenebilir ve bu durumda (A)'nın eski çalışanına karşı, sahip olduğu bu bilgiyi yeni işvereni ile paylaşmasını engellemeyi amaçlayan bir men kararı alması mümkün olmak gerekir.

Ancak bu durumun TTK 57.maddede sayılan diğer haksız rekabet oluşturan eylemlerden –örneğin iltibasa neden olan işaretlerin kullanımından- farklı olduğu açıktır çünkü ortada somut ve çoğu zaman fiziki vücut kazanmış bir varlık bulunmaktadır ve men kararı verilebilmesinin koşulu olan ciddi, somut, yakın tehdidin varlığı da bu somut varlıklarla ortaya konabilmektedir.

¹⁶⁹ DOĞANAY sf 427

Kaldı ki ticari sırrın mülkiyet hakkı gibi sahibine münhasır bir hak vermediği de göz önüne alındığında ticari sırrı ele geçirenin aslında ele geçirmediği, kendi emek ve becerisi ile aynı fikre ulaştığı savunması ile karşılaşmak da mümkün olacaktır.

Bu çerçevede Yargıtay'ın işçinin eski işyerinde edindiği bilgileri yeni işyerinde kullanması ve bunlardan yararlanmasının çalışanın kişisel gelişimi ile ilgili olduğu ve bu durumun haksız rekabet olarak değerlendirilemeyeceğine ilişkin kararı da dikkat çekicidir¹⁷⁰.

Söz konusu olayda davacı firma, eski çalışanın kendisinden ayrılarak çalışmaya başladığı rakip firmada, kendisinde çalıştığı dönemde kendisinden öğrenmiş olduğu pazarlama tekniği ve müşteri portföyünü kullanmasının haksız rekabet olduğunu ileri sürmüştü, ancak Yargıtay “bu bilgi, birikim ve teknik gelişmenin yeni firmada kullanılmasının çalışanın kişisel gelişimi ile ilgili olduğu ve dolayısıyla haksız rekabet olarak nitelendirilemeyeceğine” ilişkin yerel mahkeme kararını onamıştır.

Haksız rekabetin menî davasının açılabilmesi için de davalının kusurlu olması bir koşul değildir.

Aktif ve pasif husumet ehliyeti tespit davasında olduğu gibidir.

C. Haksız Rekabet Sonucu Olan Maddi Durumun Ortadan Kaldırılması, Yanlış, Yanıltıcı Beyanların Düzeltilmesi Davası :

Bu dava ile haksız rekabet sonucunda oluşan maddi durumun ortadan kaldırılması amaçlanır.

Dolayısıyla yukarıda bahsedilen menî davasından farklı olarak burada sadece tehlike ihtimalinin varlığı yeterli olmayacak, davanın kabulü için haksız rekabet

¹⁷⁰ Y11HD 27.04.1998/1239-2803 (Kazancı İçtihat ve Mevzuat Bankası)

oluşturan eylem sonucu değişen bir maddi durumun varlığı da koşul olarak aranacaktır¹⁷¹ .

Durumu ticari sır açısından ele aldığımızda zararın ancak sırrın açıklanması veya kullanılması ile ortaya çıkacağı ve dolayısıyla bu eylem ile bilginin zaten sır niteliğini kaybedeceği düşünöldüğünde ticari sır ile ilgili olarak eski hale iade olarak da nitelendirilebilecek¹⁷² bu davanın pratikte davacıya bir yarar sağlamayacağını söylemek yanlış olmayacaktır.

Çünkü ticari sır söz konusu olduğunda tekrar eden bir haksız rekabet eyleminden bahsetmek güçleşmektedir.

Bu durumda davacı zararının tazminine yönelik tazminat davasını tercih edecektir.

Ancak binlerce farklı ürüne ait maliyet listeleri ya da özel formüller gibi karmaşık ve kolayca akılda kalması mümkün olmayan bir bilginin söz konusunun olduğu durumlarda bu dava ile elde edilen bilginin iadesinin istenebileceğini belirtmek gerekir.

Aktif ve pasif husumet ehliyeti tespit davasında olduğu gibidir.

Yasanın 58.maddesinin (b) ve (c) bendlerinde sayılan haksız rekabetin menı ve maddi durumun ortadan kaldırılmasına ilişkin davaların davacı lehine sonuçlanması durumunda hüküm haksız rekabete konu oluşturan malı doğrudan ya da dolayısı ile haksız rekabet eylemini gerçekleştiren failden elde etmiş olan kişiler hakkında da uygulanır.

¹⁷¹ KALE sf 33

¹⁷² KALE sf 32, DOĞANAY sf.428

Örneğin TTK md.57/5 uyarınca iltibasa neden olan markayı taşıyan malları failden almış olan kişiler de aslında davanın tarafı olmadıkları halde dava sonucundan etkileneceklerdir.

Kesinleşen bir hükmün davada taraf olmayan kimseler hakkında icra edilmesinin mümkün olmadığı yolundaki usül ve icra hukuku ilkesine ters düştüğü belirtilen¹⁷³ bu düzenleme, adliye encümeni mazbatasında¹⁷⁴ da belirtildiği üzere, haksız rekabete uğrayan kişinin haklarının etkili şekilde korunması amacıyla kabul edilmiştir.

Buradan hareketle alınan kararın sır niteliğindeki bilginin herhangi bir şekilde fiziki varlık kazanmış olması durumunda, bunu elinde bulunduran dava dışı üçüncü kişilere karşı da uygulanması söz konusu olabilecektir.

D. Tazminat Davası

Bu dava ile haksız rekabet sonucu uğranılan zararın tazmin edilmesi amaçlanır. Haksız rekabet de haksız fiil sorumluluğu kapsamında yer aldığından bu tür bir tazminattan bahsedebilmek için haksız fiil sorumluluğuna ilişkin unsurların bulunması gerekir. Bu nedenle yukarıda sayılan üç davadan farklı olarak burada haksız rekabet eylemini gerçekleştiren kişinin kusurlu olması tazminata hükmedilebilmesi için temel bir unsurdur. Bu nedenle Yasa ancak “ kusur varsa “ zarar ve ziyanın tazmin edilebileceğinin altını çizmiştir (TTK md.58/d) .

Borçlar Kanunu uyarınca zarar gördüğünü kanıtlama yükü davacıya aittir(BK md.41/1).Ancak haksız rekabet davasında davacı zarara uğradığını kanıtlayabilmekteyse de zarar miktarının belirlenmesi ciddi bir sorun olarak

¹⁷³ KARAYALÇIN sf.476

¹⁷⁴ 04.06.1956 T. 1/150E. 50 K. Sayılı Adliye Encümeni Mazbatası

belirmektedir ¹⁷⁵. Bu nedenle aktif dava ehliyeti ile ilgili olarak 04.06.1956 tarih ve 1/150 E., 50 sayılı adliye encümeni mazbatasında “davacının haksız rekabet yüzünden uğradığı zararı ispat etmiş olması şarttır. Fakat tatbikatta görüldüğü üzere pek çok hallerde bu zararın ispatı imkansız bulunmakta ; ispatı mümkün olan hallerde dahi miktarın ispatı ya pek zor ya da imkansız bulunmaktadır. Hadisede Borçlar Kanununun 42.maddesindeki takdir hakkının kullanılması da tatmin edici neticeler vermemekte ...” dir denilmekte ve bu durumun hakkaniyete aykırı sonuçlar meydana getirdiği gözetilerek 58.maddeye tazminat miktarının belirlenmesi ile ilgili olarak haksız rekabet sonucunda davalının elde etmesi mümkün görülen menfaatin karşılığının da dikkate alınacağına ilişkin bir hüküm eklendiği belirtilmiştir .

Bu sayede çok yerinde olarak 58.madde “ Davacı lehine ve (d) bendi hükmünce tazminat olarak hakim, haksız rekabet neticesinde davalının elde etmesi mümkün görülen menfaatin karşılığına dahi hükmedebilir. “ ifadesini taşımaktadır.

Haksız rekabet oluşturan eylem sonucu uğranılan zararın belirlenmesindeki güçlük, ticari sır özelinde daha belirgin hale gelmektedir. Çünkü daha önce de değinildiği üzere belirli bir ekonomik değer ifade etmesi, bir bilginin ticari sır niteliği kazanması için bir unsur olsa dahi bu değer kesin, açık ve net bir değer olmak zorunda değildir.

Dolayısıyla daha, ekonomik değeri kesin, açık ve net bir biçimde ortaya konamayan bir bilginin, hukuka aykırı şekilde kullanılması sonucu ortaya çıkan zararın belirlenebilmesi, çözümü oldukça güç bir sorundur. Bu sorunun aşılabilmesi için sadece ülkemizde değil yabancı hukuklarda da klasik tazminat hukuku yaklaşımından çıkılarak davalının kazancını esas alan düzenlemeler getirilmiştir ¹⁷⁶.

¹⁷⁵ ARKAN Sabih Ticari İşletme Hukuku (Ankara 2004) sf.307, SAKA Zafer Ticaret Hukuku Ticari İşletme (İstanbul 1998) sf.280

¹⁷⁶ UTSA md 3.

Ancak bu gibi hallerde davacının uğramış olduğu zarardan daha fazla tazminat alması ihtimalinin de belirttiği bir gerçektir. Uğranılan zarardan daha fazla tazminat alınması tehlikesi ile ilgili olarak öğretilerde davalının, başkasının emek ve tecrübelerinden hukuka aykırı şekilde yararlanmasını yaptırımsız bırakmaktansa, zarardan fazla tazminata hükmedilmesinin tercih edilmesinin gerekliliği üzerinde durulmuştur¹⁷⁸

Uygulamamızda davacı hem yoksun kaldığı kazancı hem de davalının elde etmesi mümkün görülen kazancı birlikte talep edemez¹⁷⁹. Uygulamada zarar miktarının belirlenmesi için ilk olarak davacının uğradığı zarar miktarı yani davalının haksız rekabeti nedeni ile davacının elde etmekten mahrum kaldığı kar miktarı belirlenmeye çalışılmakta, zararın bu şekilde belirlenmesinin mümkün olmaması durumunda ikinci bir yol olarak davalının haksız rekabet sonucu elde etmesi mümkün bulunan menfaatleri dikkate alınmaktadır.

Gerçekten de Yargıtay 2001 tarihli bir kararında “ Haksız rekabette davacının maddi tazminat istemi sebebiyle uğradığı zarar, davalının elde ettiği kar miktarı olamayıp, davalının haksız rekabet nedeni ile, davacının elde etmekten mahrum kaldığı kar miktarıdır. Davacı zararı buna rağmen belirlenemezse, istek halinde davalının elde etmesi mümkün bulunan menfaatin karşılığına karar vermek gerekir.”¹⁸⁰ hükmünü vermiştir.

Burada bahsedilen *elde edilmesi mümkün görülen menfaatin* belirlenebilmesi için davalının ticari defterleri üzerinde bilirkişi incelemesi yapılmak gerekir¹⁸¹.

¹⁷⁸ İPEKÇİ sf.431.

¹⁷⁹ ARKAN sf.308

¹⁸⁰ Y.11.HD 12.03.2001 T. 10825 E. 1872 K. (Kazancı İçtihat ve Mevzuat Bankası)

¹⁸¹ Y.11.HD 17.11.1977 T. 4848 E. 5119 K.(İstanbul Barosu Yargıtay Kararları Bilgi Bankası),

Y.11.HD 18.10.1982 T. 4115 E. 3971 K.(İPEKÇİ Sf.614)

Dayanılan davalı defterlerinin sunulmaması durumunda davacıya yemin verdirilmek gerekir¹⁸².

Zararın belirlenmesinde kıstas olarak anılan “davalının elde etmesi muhtemel” kazancının belirlenmesi konusunda ise Yargıtay 1988 tarihli bir kararında¹⁸³ “ davacının haksız rekabet nedeniyle satamadığı mal miktarı üzerinden karşı tarafın bu tutarda malı satmasından dolayı elde edebileceği “ menfaat olduğunu belirtmiştir.

1999 Tarihli bir başka kararında da Yargıtay¹⁸⁴ burada belirlenecek tazminatın, haksız rekabet sonucunda davalının elde etmesi mümkün görülen menfaatle sınırlı olması gerektiğini belirtmiş, davalının ticari çalışmaları nedeni ile elde ettiği üç yıllık karın tamamına tazminat olarak hükmedilmesini, haksız rekabet oluşturan eylem olmasa idi, davalının hiçbir iş yapamayacağı anlamına geleceğinden bu durumun hayatın olağan akışına ters düşeceğini belirtmiştir.

Ancak davalının karının ne kadarlık kısmının haksız rekabet sonucunda elde edildiğinin belirlenmesinin de oldukça güç bir iş olduğu ortadadır¹⁸⁵.

Maddi tazminatın yanı sıra Borçlar Kanununun 49. maddesinde belirtilen unsurların oluşmuş olması durumunda davalıdan manevi tazminat talep edilmesi de mümkündür (TTK md.58/e).

Tazminat davasını yukarıdaki diğer davalardan farklı olarak 58/III’de bahsedilen kuruluşlar açamazlar, haksız rekabet nedeniyle uğranılan zararın tazminini ancak zarar gören kişi ve müşteriler açabilirler (TTK md.58/I,II).

¹⁸² ARKAN SF.308, SAKA sf.280

¹⁸³ Y.11.HD. 03.11.1988 T. 7315 E. 6357 K.(İPEKÇİ Sf.610)

¹⁸⁴ Y.11.HD. 16.12.1999 T. 5830 E. 10402 K.(İstanbul Barosu Yargıtay Kararları Bilgi Bankası)

¹⁸⁵ ARKAN sf.308

Davalı ise haksız rekabet eylemini gerçekleştiren, istihdam eden veya yazı işleri müdürü, yayımcı, matbaacı olacaktır.

E. Kararın İlan Edilmesi

Haksız rekabet nedeniyle açılan davalarda dava lehine sonuçlanan tarafın istemi ile ve masrafları haksız çıkan tarafından karşılanmak üzere kesinleşen kararın duyurulmasına da karar verebilir (TTK md.61, BK md.43, md.49).

Dolayısıyla bu sadece dava lehine sonuçlanan davacı için değil, davanın reddedilmiş olması durumunda davalı için de bir haktır.

İlan kararı ancak talep üzerine verilebilir. Gerçekten de Yargıtay “Haksız rekabet davasını kazanan davacının istemi olmadan, duyuru yapılmasına karar verileme..” yeceğini belirtmiştir ¹⁸⁶

İlanın biçim ve kapsamını mahkeme belirler .

F. Zamanaşımı

TTK 58.maddede öngörülen davalar dava açma hakkı olanın bu hakkın doğumunu öğrenmesinden itibaren bir yıl ve her halükarda hakkın doğumundan itibaren üç yıl içinde açılmak gerekir (TTK md.62, TTK md.6, BK md.48, 60, 125). Bu sürelerin geçmesi durumunda dava zamanaşımına uğrar.

¹⁸⁶ Y. 11 HD. 18.02.1992 4377 E. 1874 K. (Kazancı İçtihat ve Mevzuat Bankası)

¹⁸⁷ Y. 4HD 25.05.1960 847 E. 5455 K. “ Belirli bir hukuksal durumun saptanmasını amaçlayan davalarda, herhangi bir şeyin yapılması veya yapılmaması söz konusu olmadığından zamanaşımı da söz konusu olmaz” (Kazancı İçtihat ve Mevzuat Bankası)

Ayrıca Ceza Kanunları gereğince daha uzun zamanaşımı süresine bağlanan cezayı gerektiren bir eylem söz konusu olursa bu süre, ilgili hukuk davası için de uygulanır (TTK md.62) .

Zamanaşımı konusu ile ilgili olarak belirtmekte fayda vardır ki bir eda davası olmadığından TTK md. 58/a uyarınca açılacak tespit davaları ve TTK 58/b uyarınca açılacak men davaları herhangi bir zamanaşımına bağlı değildir ve haksız rekabet süresince açılabilirler ¹⁸⁸ .

G. İhtiyati Tedbirler

Yasanın 63.maddesi hükmüne göre dava açma hakkına sahip olan kimsenin talebi üzerine 58.maddenin birinci fıkrasının (b) ve (c) bendlerinde belirtilen haksız rekabet sonucu olan maddi durumun ortadan kaldırılması, haksız rekabetin menine ve yanlış ve yanıltıcı beyanların düzeltilmesine ve gerekli diğer tedbirlerin alınmasına HUMK'un ihtiyati tedbir hakkındaki hükümlerine göre (HUMK md.101-113) mahkemece karar verilebilecektir .

İhtiyati tedbir talebi asıl dava açıldıktan sonra istenebileceği gibi asıl dava açılmadan önce de talep edilebilir (HUMK md.101). İhtiyati tedbir talebinin asıl dava açılmadan verilmiş olması durumunda karardan itibaren 10 gün içinde dava açılmak gerekir, aksi takdirde verilmiş bulunan tedbir kararı kendiliğinden ortadan kalkar (HUMK 109). Gecikmesinde tehlike olan ve önemli bir zararın ortaya çıkacağına anlaşılması durumunda hakim gerekli gördüğü ihtiyati tedbirlerin alınmasına karar verebilir (HUMK md.103) .

4. Cezai Sorumluluk

TTK 64.maddesi uyarınca Yasanın 57/8 bendinde tanımlanan haksız rekabet fiilini kasten işleyenler veya müstahdemleri, vekilleri veya diğer yardımcı kimseleri, istihdam edenin veya müvekkillerinin imalat veya ticaret sırlarını açıklamaları veya ele geçirmeleri için iğfal edenler hapis veya ağır para cezası ya da her ikisi ile birlikte cezalandırılacaklardır.

Burada düzenlenen şikayete bağlı bir suç olmakla Mahkeme, Yasanın 58.maddesinde belirtilen hukuk davasını açma hakkına sahip olanların şikayeti üzerine harekete geçecektir.

5.Türk Ticaret Kanunu Tasarısının 54-63. Maddeleri

24.02.2005 Tarihinde T.C.Adalet Bakanlığı Türk Ticaret Kanunu Komisyonunun görüşüne sunulan Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nın Dördüncü Bölümü "Haksız Rekabet" başlığını taşımakta ve 54. ve 63. maddeler arasında konuyu düzenlemektedir.

Tasarının " Amaç ve ilke" başlıklı 54.maddesi "*Haksız rekabete ilişkin aşağıdaki hükümlerin amacı, bütün katılanların menfaatine, dürüst ve bozulmamış rekabetin sağlanmasıdır*

Rakipler arasında veya tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen aldatıcı veya diğer şekillerdeki dürüstlük kurallarına aykırı davranışlar veya ticarî uygulamalar haksız ve hukuka aykırıdır" hükmünü taşımaktadır.

Madde gerekçelerinde de belirtildiği üzere tasarının 54.maddesi 6762 sayılı yasanın 56.maddesinden oldukça farklı bir şekilde kaleme alınmıştır . Gerekçede halen yürürlükte olan yasada haksız rekabet kavramının, anlamı ve içeriği tam olarak bilinmeyen ve aslen hukuki bir kavram da olmayan " iktisadi rekabet" kavramı üzerine temellendirildiği belirtilmiş ve tasarı ile artık haksız rekabet kavramının " tüm

katılanların menfaatine dürüst ve bozulmamış rekabetin sağlanması gerekliliği” ve “dürüst davranış kuralı” olarak iki ana belirleyici unsur üzerine inşa edildiği vurgulanmıştır.

Bu çerçevede ilk fıkrada yer alan “*bütün katılanların*” ifadesi ile sadece birbiri ile rekabet içinde olanlar değil ekonomi, tüketici ve kamu üçgeni içinde yer alan herkes kapsam içine alınmaya çalışılmıştır.

Tasarının “*Dürüstlük kurallarına aykırı davranışlar, ticari uygulamalar* “ başlıklı 55.maddesinde – yürürlükteki yasanın 57.maddesi hükmüne benzer şekilde- bazı haksız rekabet oluşturan eylemler sıralanmıştır¹⁸⁹ .

¹⁸⁹ II - Dürüstlük kurallarına aykırı davranışlar, ticarî uygulamalar
MADDE 55. – (1) Aşağıda sayılan davranışlar dürüstlük kurallarına aykırı haksız rekabet teşkil eder:

a) Dürüstlük kurallarına aykırı reklam ve satış yöntemleri ile diğer hukuka aykırı davranışlar; özellikle:

1) Başkalarını veya onların mallarını, iş ürünlerini, fiyatlarını, faaliyetlerini veya ticarî işlerini yanlış, yanıltıcı veya gereksiz yere incitici açıklamalarla kötülemek,

2) Kendisi, firması, işletme işaretleri, malları, iş ürünleri, faaliyetleri, fiyatları, stokları, satış kampanyalarının biçimi ve iş ilişkileri hakkında gerçek dışı veya yanıltıcı açıklamalarda bulunmak veya aynı yollarla üçüncü kişiyi rekabette öne geçirmek,

3) Paye, diploma veya ödül almadığı halde bunlara sahipmişçesine hareket ederek müstesna yeteneğe malik bulunduğu zannını uyandırmaya çalışmak veya buna elverişli doğru olmayan meslek adları ve sembolleri kullanmak,

4) Başkasının malları, iş ürünleri, faaliyetleri veya işleri ile karıştırılmaya müsait önlemler almak,

5) Kendisini, mallarını, iş ürünlerini, faaliyetlerini, fiyatlarını, gerçeğe aykırı, yanıltıcı, rakibini gereksiz yere kötüleyici veya gereksiz yere onun tanınmışlığından yararlanacak şekilde; başkaları, malları, iş ürünleri veya fiyatlarıyla karşılaştırmak ya da üçüncü kişiyi benzer yollardan öne geçirmek,

6) Seçilmiş bazı malları, iş ürünlerini veya faaliyetleri birden çok kere tedarik fiyatının altında satışa sunmak, bu sunumları reklamlarında özellikle vurgulamak ve bu şekilde müşterilerinin, kendisinin veya rakiplerinin yeteneği hakkında yanıltılmak; şu kadar ki satış fiyatının, aynı çeşit malların, iş ürünlerinin veya faaliyetlerinin benzer hacimde alımında uygulanan tedarik fiyatının altında olması halinde yanıltmanın varlığı karine olarak kabul olunur; davalı, gerçek tedarik fiyatını ispatladığı takdirde bu fiyat değerlendirmeye esas olur,

7) Müşteriyi ek edimlerle sunumun gerçek değeri hakkında yanıltılmak,

8) Müşterinin karar verme özgürlüğünü özellikle saldırgan satış yöntemleri ile sınırlamak,

9) Malların, iş ürünlerinin veya faaliyetlerin özelliklerini, miktarını, kullanım amaçlarını, yararlarını veya tehlikelerini gizlemek ve bu şekilde müşteriyi yanıltılmak,

10) Taksitle satım sözleşmelerine veya buna benzer hukukî işlemlere ilişkin kamuya yapılan ilânlarda unvanını açıkça belirtmemek, nakit veya toplam satış fiyatını veya taksitle satımdan kaynaklanan ek ödemeyi Türk Lirası ve yıllık oranlar üzerinde belirtmemek,

11) Tüketici kredilerine ilişkin kamuya yapılan ilânlarda unvanını açıkça belirtmemek veya kredilerin net tutarlarına, toplam giderlerine, efektif yıllık faizlerine ilişkin açık beyanlarda bulunmamak,

Madde haksız rekabet oluşturabilecek eylemleri altı kategori içinde sınıflandırmıştır ancak madde gerekçesinde de belirtildiği gibi bu kategoriler numerus clausus değildir . Bu maddede yer almamış olsa dahi tasarının 54.maddesi kapsamında değerlendirilebilecek tüm eylemler haksız rekabet olarak nitelendirileceklerdir .

55.maddedeki altı kategoriden birisini “Sözleşmeyi ihlale veya sona erdirmeye yöneltmek” oluşturmakta bu kategorinin alt 2.bendi de “*Üçüncü kişilerin işçilerine, vekillerine ve diğer yardımcı kişilerine, hak etmedikleri ve onları işlerinin ifasında yükümlülüklerine aykırı davranmaya yöneltebilecek çıkarlar sağlayarak veya önererek, kendisine veya başkalarına çıkar sağlamaya çalışmak,*” hükmünü taşımaktadır. Hüküm halen yürürlükteki yasanın 56/6 maddesinin içerik olarak tekrarı olarak gözükmektedir.

12) İşletmesine ilişkin faaliyetleri çerçevesinde, taksitle satım veya tüketici kredi sözleşmeleri sunan veya akdeden ve bu bağlamda sözleşmenin konusu, fiyat, ödeme şartları, sözleşme süresi, müşterinin dönme veya fesih hakkı veya kalan borcu vadeden önce ödeme hakkına ilişkin eksik veya yanlış bilgiler içeren sözleşme formülleri kullanmak,

b) Sözleşmeyi ihlâl veya sona erdirmeye yöneltmek; özellikle:

1) Onlarla kendisinin bizzat sözleşme yapabilmesi için, müşterileri başkalarıyla yapmış oldukları sözleşmelere aykırı davranmaya yöneltmek,

2) Üçüncü kişilerin işçilerine, vekillerine ve diğer yardımcı kişilerine, hak etmedikleri ve onları işlerinin ifasında yükümlülüklerine aykırı davranmaya yöneltebilecek çıkarlar sağlayarak veya önererek, kendisine veya başkalarına çıkar sağlamaya çalışmak,

3) İşçileri, vekilleri veya diğer yardımcı kişileri, işverenlerinin veya müvekkillerinin üretim ve iş sırlarını ifşa etmeye veya ele geçirmeye yöneltmek,

4) Onunla kendisinin bu tür bir sözleşme yapabilmesi için, taksitle satış, peşin satış veya tüketici kredisi sözleşmesi yapmış olan alıcının veya kredi alan kişinin, bu sözleşmeden caymasına veya peşin satış sözleşmesi yapmış olan alıcının bu sözleşmeyi feshetmesine yöneltmek.

c) Başkalarının iş ürünlerinden yetkisiz yararlanma; özellikle:

1) Kendisine emanet edilmiş teklif, hesap veya plân gibi bir iş ürününden yetkisiz yararlanmak,

2) Üçüncü kişilere ait teklif, hesap veya plân gibi bir iş ürününden, bunların kendisine yetkisiz olarak tevdi edilmiş veya sağlanmış olduğunun bilinmesi gerektiği halde, yararlanmak,

3) Kendisinin uygun bir katkısı olmaksızın başkasına ait pazarlanmaya hazır çalışma ürünlerini teknik çoğaltma yöntemleriyle devralıp onlardan yararlanmak.

d) Üretim ve iş sırlarını hukuka aykırı olarak ifşa etmek; özellikle, gizlice ve izinsiz olarak ele geçirdiği veya başkaca hukuka aykırı bir şekilde öğrendiği bilgileri ve üretenin iş sırlarını değerlendiren veya başkalarına bildiren dürüstlüğü aykırı davranmış olur.

e) İş şartlarına uymamak; özellikle yasa veya sözleşmeyle, rakiplere de yüklenmiş olan veya bir meslek dalında veya çevrede mutad olan iş şartlarına uymayanlar dürüstlüğü aykırı davranmış olur.

f) Dürüstlük kurallarına aykırı işlem şartları kullanmak; özellikle yanıltıcı bir şekilde diğer taraf aleyhine;

1) doğrudan veya yorum yoluyla uygulanacak yasal düzenlemeden önemli ölçüde ayrılan veya

2) sözleşmenin niteliğine önemli ölçüde aykırı haklar ve borçlar dağılımını öngören,

önceden yazılmış genel işlem şartlarını kullananlar dürüstlüğü aykırı davranmış olur.

Maddenin devamında alt 3.bent ise “İşçileri, vekilleri veya diğer yardımcı kişileri, işverenlerinin veya müvekkillerinin üretim ve iş sırlarını ifşa etmeye veya ele geçirmeye yöneltmek” hükmü ile 6762 S. Yasanın 57/7.maddesinin tekrarıdır. Ancak burada yürürlükteki yasadan farklı olarak ticaret sırrı yerine “iş sırrı” kavramına yer verilmiştir . Bu sayede madde kapsamının genişlediği, doğrudan ticaret ile ilgili olsun olmasın işe ilişkin her türlü sırrın hüküm kapsamında değerlendirileceği söylenebilir.

Tasarının 55. maddesinde yer alan bir başka kategori de “ Başkalarının iş ürünlerinden yetkisiz yararlanma” dır (TTKT md. 55/c) . Madde gerekçesinde bu bend ile hukukumuzda bir boşluğun doldurulduğunun altı çizilmiş ve devamla gerekçede “Yeni hüküm hukuken korunan fikrî mülkiyet hakları hakkında öngörülmuş değildir; onları da kapsamamaktadır. Hükümün kapsamına giren hukuken özel olarak korunmayan ancak, iş, faaliyet, üretim vs. yönünden önem taşıyan, teklif, hesap, plan gibi ürünlerden yetkisiz yararlanmaktır. Bu fıkra haksız rekabet hukukunu temellendiren emek ilkesinin geniş bir uygulamasıdır. Hüküm başkalarının emeğinden, iş, sonuç ve deneyimleri haklı olmayan yararlanmaları önlemeyi amaçlamaktadır. Hükümdeki yararlanma, ekonomik yarar elde etmeyi, başkasının emeğiyle haklı olmadığı halde sonuç almayı ifade etmektedir.” denilmiştir.

Hüküm – doğrudan değinmese de – ticari sır konusunda bir düzenleme içermesi açısından önemlidir . Düzenleme ticari sır kavramına ilişkin bir tanım vermemekle birlikte gerekçe ile birlikte değerlendirildiğinde en azından kavramın unsurlarına ilişkin bazı ipuçları vermektedir . Buna göre ;

- Ortada bir “iş ürünü” olmalıdır,
- Bu üründen üçüncü kişinin yararlanması söz konusu olmalıdır,
- Bu yararlanma haksız (yetkisiz) olmalıdır.

Her şeyden önce düzenleme gerek başlığında yer alan “iş ürünü” ifadesi ve gerekse gerekçede “ürün” e vurgu yapılmış olması nedeni ile sadece sonuca ulaşmış, bir ürün halini almış bir çalışmaya özgülenmiş gözükmektedir. Burada bahsedilenin ticarileştirmek amacı ile belirli bir üretim süreci sonucu ortaya çıkan bir ürün olmadığı madde gerekçesinde verilen teklif, hesap, plan örneklerinden de anlaşılmaktadır . Ancak korumanın sadece ürüne özgülenmiş olmasının kapsamı daralttığı açıktır. Bu düzenlemede henüz sonuçlanmamış ama ileride ticari değer ifade etme potansiyeline sahip bir çalışmaya ilişkin verilerin korunması oldukça güç gözükmektedir .

Yine gerekçede “ emek “ unsuruna ciddi bir vurgu yapılmıştır . Buradan hareketle “iş ürününün “ madde kapsamında değerlendirilebilmesi için belirli bir emek ve çaba ile ortaya çıkmış olmasının aranacağı söylenebilecektir . Bu durumda daha önce değinmiş olduğumuz yabancı öğretilerde süregelen tamamen tesadüf eseri elde edilmiş sır niteliğindeki bilginin korunması gerekliliğine ilişkin tartışmalar içinde tasarının tercihini ancak belirli bir emek ve çaba ile ortaya çıkartılanların korunması gerektiği şeklinde belirttiği söylenebilir .

Haksız rekabetin oluşabilmesi için söz konusu iş ürününden yetkisiz olarak yararlanılması gerekmektedir . Ancak çok yerinde olarak maddenin hemen devamında (d) bendi ile yeni bir kategori oluşturulmuş ve hukuka aykırı yolla ele geçirilen bu tür “ iş ürünleri” nin ifşa edilmesinin, başkalarına açıklanmasının da haksız rekabet oluşturacağı hükme bağlanmıştır .

Haksız rekabet nedeni ile açılacak davalar tasarının 56.maddesinde düzenlenmiş aslen yürürlükteki yasanın 58.maddesindeki düzenleme korunmuştur ¹⁹⁰.

Dava açma süresinin düzenlendiği tasarının 60.maddesine “ *...Türk Ceza Kanunu gereğince daha uzun bir zamanaşımı süresine tabi olan cezayı gerektiren bir fiil*

¹⁹⁰ Tasarıda aktif husumet ehliyeti açısından tüketici menfaatlerini koruyan örgütlere de tespit, men ve maddi durumun ortadan kaldırılması, yanlış, yanıltıcı beyanların düzeltilmesi davası açma hakkı verilmiştir.

işlenmişse, bu süre hukuk davaları için de geçerli olur.” ibaresi eklenerek uygulamada yaşanan tereddüt giderilmeye çalışılmıştır.

II. ANONİM ORTAKLIKLARDA PAY SAHİBİNİN SIR SAKLAMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

1. Türk Ticaret Kanunu Düzenlemesi

Pay sahiplerinin ortaklığın ekonomik durumu hakkında aydınlanmasının¹⁹¹, denetçiler aracılığı ile yapılan denetime ek olarak organların ve şirketin işleyişinin kontrol edilmesinin¹⁹², şirket organlarının doğru karar almalarının ve elbette ki pay sahipliğinden kaynaklanan hakların bilinçli bir şekilde kullanılabilmesinin sağlanması amacı ile Ticaret Kanunumuzun 362.maddesi ile pay sahiplerine vazgeçilemez ve bertaraf edilemez bir hak olarak “bilgi alma hakkı” tanınmıştır.

TTK 363.maddeye göre pay sahipleri şüpheli gördükleri noktalarda denetçilerden gerekli açıklamayı istemek ve genel kurulun açık izni veya yönetim kurulunun kararı ile de şirketin ticari defteri ile muhaberatını inceleme hakkına sahiptirler.

Pay sahibinin “bilgi alma hakkı”nda geçen “bilgi”nin içine duruma göre “ticari sır”ın da gireceği açıktır. Bu nedendir ki TTK 363.maddesi ile “*incelenmesine müsaade edilen defter ve vesikalardan öğrenilecek sırlar hariç olmak üzere hiçbir*

¹⁹¹ KAYA Arslan, Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Bilgi Alma Hakkı (Ankara 2001) sf.22

¹⁹² POROY Reha, TEKİNALP Ünal, ÇAMOĞLU Ersin Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku (İstanbul 2003) sf 548

ortak şirketin iş sırlarını öğrenmeye salahiyyetli değildir” hükmü getirilmiş ve devamında anonim şirketin her bir pay sahibine, her ne suretle olursa olsun öğrenmiş olduğu, şirkete ait iş sırlarını, sonradan pay sahipliği sıfatını kaybetmiş olsa dahi daima gizli tutma yükümlüğü getirilmiştir.

Maddenin korumaya çalıştığı yarar göz önünde tutularak buradaki “iş sırları” kavramını en geniş anlamı ile ticari sır olarak değerlendirmek gerekecektir. Bu nedendir ki öğretide pek çok yazar “iş sırrı” yerine daha kapsayıcı olan “ortaklık sırrı”¹⁹³ veya “şirket sırrı”¹⁹⁴ kavramlarının kullanılmasının daha yerinde olacağına değinmektedir.

“Sır” kavramının açıklanmakla niteliğini yitireceğinden hareketle pay sahiplerine yüklenen bu “susma” , “açıklamama” yükümlülüğü, pay sahibi, pay sahipliği sıfatını yitirmiş olsa dahi, bilgi sır niteliğini korumaya devam ettiği sürece geçerli olacak bir yükümlülüktür.

Söz konusu yükümlülük diğer pay sahiplerine karşı değil, ortaklığa karşı yüklenilmiştir dolayısıyla söz konusu ortaklığın herhangi bir nedenle sona ermesi durumunda bilgi hala sır niteliğini korumaya devam ediyor olsa dahi pay sahibinin pay sahipliğinden kaynaklanan bu yükümlülüğü artık kalmamak gerekir.

363.madde ile kendisine yüklenen sır saklama yükümlülüğüne aykırı davranması durumunda pay sahibi, hem hukuki hem de cezai sorumlulukla karşılaşabilecektir. Bu çerçevede sır saklama yükümlülüğünün ihlali nedeni ile şirketin zarara uğraması durumunda pay sahibi, bu zararı tazmin etmekle yükümlü olmanın yanı sıra şirket, bu nedenle herhangi bir zarara uğramasa dahi, şirketin şikayeti üzerine bir yıla kadar hapis veya ağır para cezası veya her ikisi ile birden cezalandırılabilir.

¹⁹³ KAYA sf. 232

¹⁹⁴ NOMER sf 92

363.maddede belirtilen hukuk davası uygulamada karşılaşılan bir dava olmamakla birlikte olası bir davada hükmedilecek tazminatın belirlenmesinde şirketin uğradığı zararın belirlenmesinin büyük güçlükler doğuracağı açıktır. Çünkü yukarıda da değinildiği gibi ticari sırrın ekonomik olarak değerlemesini yapmak çoğu zaman mümkün değildir. Haksız rekabet eylemine ilişkin özel bir düzenleme olması nedeni ile zararın belirlenmesinde TTK md. 58'in öngördüğü bir tür yardımcı unsur olan “ davalının elde etmesi mümkün görülen menfaat karşılığına” hükmedilmesi de burada mümkün olmamak gerekir. Bu çerçevede bu zarar miktarının belirlenmesi yöntemi ile ilgili bir düzenlemeye ihtiyaç duyulduğu açıktır.

2. Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Konuyla İlgili Hükümleri

Pay sahibinin bilgi alma hakkı tasarının 437. maddesinde düzenlenmiştir .

Tasarının “Bilgi alma ve inceleme hakkı” başlıklı 437.maddesi “ *Finansal tablolar, konsolide finansal tablolar, yıllık rapor, denetleme raporları ve yönetim kurulunun kâr dağıtım önerisi, genel kurulun toplantısından en az on beş gün önce, şirketin merkez ve şubelerinde pay sahiplerinin incelemesine hazır bulundurulur. Bunlardan finansal tablolar ve konsolide tablolar bir yıl süre ile merkezde ve şubelerde pay sahiplerinin bilgi edinmelerine açık tutulur. Her pay sahibi, gideri şirkete ait olmak üzere gelir tablosuyla bilânçonun bir suretini isteyebilir.*

Pay sahibi genel kurulda, yönetim kurulundan, şirketin işleri; denetçilerden denetimin yapılma şekli ve sonuçları hakkında bilgi isteyebilir. Bilgi verme yükümü, 200 üncü madde çerçevesinde şirketin bağlı ortaklıklarını da kapsar. Verilecek bilgiler özenli, gerçeğe ve hesap verme ilkelerine uygun olmalıdır.

Bilgi verilmesi, sadece şirket sırlarının açıklanacağı veya korunması gereken diğer şirket menfaatlerinin tehlikeye girebileceği gerekçesi ile reddedilebilir.

Şirketin ticarî defterleriyle yazışmalarının, pay sahibinin sorusunu ilgilendiren kısımlarının incelenebilmesi için, genel kurulun açık izni veya yönetim kurulunun bu hususta kararı gerekir.

Bilgi alma veya inceleme talepleri cevapsız bırakılan, haksız olarak reddedilen, ertelenen ve bu fıkra anlamında da bilgi alamayan pay sahibi, reddi izleyen on gün içinde mahkemeye başvurabilir. İhtilaf basit muhakeme usulüne göre incelenir. Mahkeme kararı bilginin genel kurul dışında verilmesi talimatını ve bunun şeklini de içerir. Mahkemenin kararı temyiz edilirse, acele işlere özgü usule tabi tutulur.

Bilgi alma ve inceleme hakkı esas sözleşmeyle ve şirket organlarından birinin kararıyla kaldırılamaz ve sınırlandırılmaz.” hükmünü içermektedir .

Görüldüğü üzere tasarı ile pay sahibinin bilgi alma hakkı çok daha ayrıntılı düzenlenmiştir. Madde gerekçesinde de belirtildiği gibi günümüzdeki genel eğilim pay sahibinin bilgi alma hakkının genişletilmesi yönünde olmakla birlikte bu hakkın sınırsız olduğunu kabul etmek mümkün değildir. Bu nedenle şirket sırları veya korunması gereken şirket menfaatleri kavramları 3.fıkra hükmü ile bilgi alma hakkının sınırını belirlemiştir .

Madde gerekçesinde şirket sırrı kavramına girecek bilgi ile ilgili olarak “*Şirket sırrında, rakip bir şirketin bilmediği, öğrenmemesi gereken, şirketin zararına kullanabileceği, elde etmek için çalıştığı, peşinde olabileceği "bilgi" ölçüsünün “ kabul edilebileceği belirtilmiş ve maddede geçen “zarar” ile sadece malvarlığı zararının kastedilmediğinin altı çizilmiştir .*

Maddenin 5.fikrası ile bilgi alma hakkı kullandırılmayan pay sahibine bu hakkın kullandırılması için dava açma hakkı öngörülmüştür . Bu düzenlemeye göre dava hakkının kullanılması için pay sahibinin talebinin açıkça reddedilmiş olmasının yanı sıra talebin tamamen yanıtsız bırakılmış olması ve yanıtın ertelenmiş olması dahi yeterli olacaktır .

Tasarının 527.maddesi “ Sır saklama yükümü “ başlığını taşımakta ve “..., görevi dolayısıyla incelemesine sunulan defter ve belgeleri inceleyenlerin, elde ettikleri

veya verilen bilgilerden öğrendikleri iş ve işletme sırlarını açıklamaları yasaktır.” hükmünü içermektedir . Tasarının “Suçlar ve cezalar” başlıklı 562.maddesinin (h) fıkrası ise bu yükümlülüğe aykırı davranışı hapis veya para cezası ile müeyyidelendirmiştir. Düzenleme sadece görev dolayısıyla öğrenilen sırların saklanmasını öngörmüştür oysa 6762 S.Yasanın pay sahibinin sır saklama yükümlülüğünü düzenleyen 363.maddesinde pay sahibinin her ne suretle olursa olsun öğrenmiş olduğu sırları saklaması gerekliliği hüküm altına alınmıştır . Dolayısıyla tasarı ile sır saklama yükümlülerinin kapsamının daraldığı söylenebilecektir . Pay sahipliği bir görev olarak nitelendirilemeyeceğine göre pay sahibinin herhangi bir şekilde öğrenmiş olduğu sırları saklama yükümlülüğü olduğundan bahsetmek mümkün değildir . 6762 S.Yasanın 363.maddesi ile verilen sır saklama yükümlülüğünü yerine getirmeyen pay sahibine karşı hukuk ve ceza davası açma imkanına tasarıda yer verilmemiş olması bu anlamda tutarlı gözükmemektedir .

6762 S.Yasanın 363.maddesi, pay sahibine sır saklama yükümlülüğü yüklenmişken aynı zamanda sır olduğu gerekçesi ile bilgi alma hakkının kullanımının sınırlandırılmasının kendi içinde çelişki yarattığı öne sürülerek öğretilen de eleştirilen bir konu olmuştur¹⁹⁵ . Bu anlamda tasarı bu eleştirileri dikkate almış gözükmemektedir .

Bu durumda pay sahibine bilgi veren organ ya da kişi, söz konusu bilginin sır niteliğinde olup olmadığı sorgulamasını tek başına ve çok hızlı yapmak durumunda kalacaktır çünkü tasarının 437/5 fıkrasındaki düzenleme ile pay sahibinin bu konuda bir dava açabilmesi için bilgi alma hakkının ertelenmesi dahi yeterli görülmüştür . Bu nedenle kanımızca aleyhe dava açılması ile bilgi verme arasında sıkışan organ ya da kişi, bilginin niteliğinden, sır olup olmadığından şüpheye düştüğü durumlarda şirket menfaatlerini ve kendisini korumak adına talep edilen bilgiyi vermekten kaçınarak bilginin mahkeme tarafından nitelendirilmesini tercih

¹⁹⁵ KAYA sf. 272-278

edecektir .

III. ANONİM ORTAKLIKLARDA YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN SIR SAKLAMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

1. Türk Ticaret Kanunu Düzenlemesi

Anonim ortaklığın idaresi ve dışarıya karşı temsili zorunlu bir organ olan yönetim kurulu tarafından yerine getirilir. Bu görevlerin yerine getirilebilmesi için de yönetim kurulu üyelerinin, diğer pay sahiplerine kıyasla ortaklık ve işleyişi hakkında daha fazla bilgiye sahip olmaları çoğu zaman bir zorunluluktur.

Ancak belirtmekte fayda vardır ki yönetim kurulu üyeleri dahi, ortaklık defter ve kayıtlarını sınırsız bir şekilde inceleme hakkına sahip değillerdir, TTK 331.madde bu tür bir incelemenin ancak yönetim kurulu kararı ile yapılabileceğini hükme bağlamıştır¹⁹⁶ .

Sır saklama yükümlülüğü, yönetim kurulu üyeleri için yasada açık bir şekilde düzenlenmiş değildir. Ancak özel düzenleme bulunmaması, şirkete ilişkin sırları konumu gereği kolaylıkla öğrenme şansına sahip, yönetim kurulu üyelerinin sır saklama borcu olmadığı şeklinde yorumlanamaz.

Her şeyden önce TTK md.312 gereğince pay sahibi olunması yönetim kurulu üyesi olabilmek için gereken temel niteliklerdendir. Dolayısıyla yukarıda değinilen 363.madde ile her bir pay sahibine yüklenen sır saklama borcunun, yönetim kurulu üyeleri için de geçerli olacağı söylenebilecektir.

¹⁹⁶ POROY TEKİNALP ÇAMOĞLU sf.314

Bunun yanı sıra öğretide genel kabul gördüğü üzere, yönetim kurulu üyesi ile şirket arasındaki ilişki, bir sözleşme ilişkisidir. Bu sözleşmenin içeriği, taraflarca özgürce belirlenebilecektir ancak söz konusu sözleşmede özel bir hüküm bulunmaması durumunda yönetim kurulu üyesi ile şirket arasında vekalet, unsurları bulunduğu durumda da hizmet ilişkisi bulunduğu sonucuna varılmaktadır^{197 198} .

Dolayısıyla –363.maddede pay sahibi için öngörülmüş bulunan genel hüküm dışında ve buna ek olarak -bu sözleşmesel ilişki, yönetim kurulu üyesine, öğrenmiş olduğu sırları saklama yükümlülüğü yüklemektedir.

Yönetim kurulu üyelerinin, şirket işlerinde gösterecekleri özen borcunun kapsamını belirleyen 320.madde de adi şirket ortaklarının özen borcunun düzenlendiği BK 528 maddenin ikinci fıkrasına gönderme yapmaktadır ki bu fıkra da “*Şirket işlerini ücretle idare eden şerik tıpkı bir vekil gibi mesul olur.*” hükmü yer almaktadır.

Ticaret Kanununun 336.maddesi yönetim kurulu üyelerinin yapmış oldukları işlemlerden dolayı sorumlu olacakları halleri saymış 5.bendde de “Gerek kanun gerek esas mukavelelerinin kendilerine yüklediği sair vazifelerin kasden veya ihmal neticesinde yapılmaması” nı da sorumluluk hallerinden birisi olarak hükme bağlamıştır.

Şartların oluşması durumunda sır saklama yükümlüğünün ihlal edilmesi bu bend kapsamında değerlendirilebilecektir¹⁹⁹ .

¹⁹⁷ POROY TEKİNALP ÇAMOĞLU Sf.306, DOĞANAY sf.949

¹⁹⁸ İPEKÇİ bu ilişkinin vekalet değil hizmet ilişkisi olduğu görüşündedir sf.1139

¹⁹⁹ Aynı görüşte HELVACI Mehmet, Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Üyesini Hukuki Sorumluluğu (İstanbul 2001) sf 99 vd. “Bu kanun (Ticaret Kanunu) dışında da örneğin Borçlar Kanunu’nun vekalet veya hizmet sözleşmeleri için düzenlenen hükümleri nedeni ile de Yönetim Kurulu üyelerinin sorumluluğuna gidilebilecektir.”

Sır saklama yükümlülüğünün ihlali nedeni ile şirketin zarara uğraması durumunda TTK 338.madde gereğince yönetim kurulu üyeleri müteselsilen sorumlu olacaktırlar ancak bu sorumluluk kusura dayanan bir sorumluluk olup “...*müteselsil mesuliyeti mucip olan muamelelerde bir kusuru olmadığını ispat eden veya hususiyle bu muamelelere muhalif rey vermiş olup keyfiyeti müzakere zaptına yazdırmakla beraber murakıplara hemen yazılı olarak bildiren veya mazeretine binaen o muamelenin müzakeresinde hazır bulunmayan aza...*”sorumluluktan kurtulacaktır.

TTK 340.maddesinin Yasanın 309.maddesine yapmış olduğu yollama gereğince, bu tür bir tazminat davasında aktif husumet ehliyeti, zarara uğrayan şirketin yanı sıra –hükmolunacak tazminat şirkete verilmek üzere- pay sahiplerine ve şirket alacaklılarına da aittir.

2. Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Konuyla İlgili Hükümleri

Tasarının 369.maddesi “Özen ve bağlılık yükümlülüğü” başlığını taşımakta ve ilk fıkrası “*Yönetim kurulu üyeleri ve yönetimle görevli üçüncü kişiler, görevlerini tedbirli bir yöneticinin özeniyle yerine getirmek ve şirketin menfaatlerini dürüstlük kurallarına uyarak gözetmek yükümlülüğü altındadırlar.*” hükmünü taşımaktadır .

Madde gerekçesinde yönetim kurulu üyelerinin özen borcunun düzenlendiği 6762 S.Yasanın 320.maddesindeki özen ölçüsünün açık olmaması ve işletme konusuna sıkı sıkıya bağlanmış olmasının pek çok soruna yol açtığı belirtilerek 369.madde ile özenin tedbirli bir yönetici ölçüsü ile tanımlandığı ve bu anlamda şirket menfaatlerinin gözetilmesine vurgu yapıldığının altı çizilmiştir .

Maddenin “*Üyelerin ve yöneticilerin, görevlerini yerine getirirken bu madde anlamında özenle hareket ettikleri karinedir.*” Hükmünü taşıyan son fıkrası ile ispat yükü aksini iddia edene yüklenmiştir .

Yönetim kurulu üyesinin şirket işlerini özenli yapabilmesi gerekli bilgilere sahip olması ile mümkün olabilecektir . Konu tasarının “1) Her yönetim kurulu üyesi şirketin tüm iş ve işlemleri hakkında bilgi isteyebilir.

(2) Yönetim kurulu toplantılarında yönetim kurulunun bütün üyeleri gibi şirket yönetimiyle görevlendirilen kişiler ve komiteler de bilgi vermekle yükümlüdür.

(3) Her yönetim kurulu üyesi, yönetim kurulu toplantıları dışında, yönetim kurulu başkanının izniyle, şirket yönetimiyle görevlendirilen kişilerden, işlerin gidişi ve belirli münferit işler hakkında bilgi alabilir ve görevinin yerine getirilebilmesi için gerekliyse, yönetim kurulu başkanından, şirket defterlerinin ve dosyalarının incelemesine sunulmasını talep edebilir.

(4) Başkan bir üyenin bilgi alma, soru sorma ve inceleme talebini reddederse, bu hususta kararı yönetim kurulu verir.

(5) Yönetim kurulu üyesinin bu maddeden doğan hakları kısıtlanamaz, kaldırılmaz. Esas sözleşme ve yönetim kurulu, üyelerin bilgi alma ve inceleme haklarını genişletebilir.

(6) Her yönetim kurulu üyesi başkandan, yönetim kurulunu toplantıya çağırmasını yazılı olarak isteyebilir.” hükmünü içeren 392.maddesinde düzenlenmiştir .

Alınacak bilginin niteliği, gizliliği ve sır olması ile ilgili olarak herhangi bir sınır getirilmemiş olması madde gerekçesinde şu şekilde açıklanmıştır : “Birinci sebep şudur: Güvenilmeyen bir kişi üye seçilmemeli, seçilmişse uzaklaştırılmalıdır. İkincisi ise, Tasarının 369 uncu maddesinde "şirketin menfaatlerinin" gözetilmesi de vurgulanarak ağır bir özen yükümünün getirilmiş olması ve özen yükümünün sorumlulukla doğrudan ilgili bulunması ve ayrıca bilgi sızdırmanın cezaî yaptırıma bağlanmasıdır. Hukukî ve cezaî yaptırımlar yeterince caydırıcı kabul edilmelidir. Üçüncü sebebe gelince: Somut olayın özelliği, istenilen bilginin verilmemesini gerekli kılıyorsa yönetim kurulu başkanı tedbir talebiyle mahkemeye başvurabilir.

Yönetim kurulu üyesinin görevinin güvene dayalı olduğuna ilişkin temel düşünce, yaptığı işin nitelik ve önemi ve nihayet yüklendiği sorumluluk ve sorumluluğa bağlı hukukî ve cezaî yaptırımlar ondan bir bilginin saklanması ve esirgenmesini haklı gösteremez.”.

Tasarıda da yürürlükteki yasanın 331.maddesindeki düzenleme korunarak üyelerin kurul dışındaki bilgi alma, defter ve kayıtları inceleme hakları sınırlandırılmıştır .

Tasarının 553.maddesi ile kanundan ya da esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerini kusuru ile ihlal eden yönetim kurulu üyesinin hem şirkete, hem pay sahiplerine, hem de şirket alacaklılarına karşı sorumlu olacağı hükme bağlanmıştır .

Öte yandan 527. madde ile görev dolayısıyla öğrenilen iş ve işletme sırlarının açıklanması yasaklanmış, bu hükme aykırılık tasarının 562/e maddesi ile para veya hapis cezası ile müeyyidelendirilmiştir . Tasarının 562/e bendi “ 369.maddeye aykırı bir şekilde şirketin gizli bilgilerini rakibe veya bundan yararlanabilecek kişilere verenler ...” için para veya hapis cezası öngörmüştür . Burada suçun oluşması için bilgilerin rakip ya da bundan yararlanabilecek kişilere verilmiş olmasının aranmasının özellikle “ bundan yararlanabilecek kişiler “ kavramının belirsizliği karşısında uygulamada sorun çıkartabileceği söylenebilir.

Özellikle tasarının 562/e maddesi göz önüne alındığında yönetim kurulu üyelerinin sır saklama borcu konusuna tasarıda önem verildiğini belirtmek yanlış olmayacaktır.

IV. ANONİM ORTAKLIKLARDA DENETÇİLERİN SIR SAKLAMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

1.Türk Ticaret Kanunu Düzenlemesi

Anonim ortaklıklarda iç denetim, anonim ortaklık için zorunlu bir unsur olarak öngörölmüş bulunan denetçi veya denetim kurulu aracılığı ile gerçekleştirilir.

Denetçiler, temel olarak ortaklığın işleyişini denetlemenin yanı sıra hesapların, veznenin kontrolü, bilançoların hazırlanması, yolsuzlukların ihbar edilmesi, şikayetlerin değerlendirilmesi gibi oldukça geniş yetki ve görevlere sahiptirler²⁰⁰.

Bu görevlerinin yerine getirilebilmesi için de denetçiler, şirketin tüm kayıt ve belgelerini inceleme hakkına sahiptirler. Bu nedenle şirketin ticari sırlarına en kolaylıkla ulaşabilecek olanlar denetçilerdir.

TTK 347. maddesi hükmü gereğince denetçilerin, pay sahipleri arasından seçilmesi zorunluluğu bulunmamaktadır ki bu da pay sahibi olmayan denetçinin, TTK 363’de pay sahibine getirilen sır saklama yükümlölüğünün dışında kalmasına neden olabilecektir. Bu durumun önlenmesi için yasakoyucu, denetçilerin sır saklama yükümlölüğünü 358.madde ile özel olarak düzenlemiştir.

Sır saklama yükümlölüğü başlıklı 358.madde ile “*Murakıplar, vazifelerini yaptıkları esnada öğrendikleri hususları münferit pay sahiplerine ve üçüncü şahıslara ifşa etmekten memnurdurlar.*” hükmü getirilmiştir.

Aslen yönetim kurulu üyesinin durumu ile özdeş olarak denetçi ile ortaklık arasında da sözleşmesel²⁰¹ bir ilişki kurulmakta ve sır saklama yükümlölüğü, sırların bu derece yakınında bulunan denetçi ile ortaklık arasındaki bu sözleşmenin en temel unsurunu oluşturmaktadır. Ancak denetçinin özel durumu gereği yasakoyucu, sır saklama yükümlölüğünü ayrı olarak düzenleme ihtiyacı hissetmiştir.

²⁰⁰ Denetçilerin görevleri TTK 308, 341, 348, 353, 354, 355, 356 maddelerinde düzenlenmiştir.

²⁰¹ Yine yönetim kurulu üyesinin durumu ile özdeş olarak denetçi ile ortaklık arasında kurulan sözleşmesel ilişkinin vekalet veya hizmet sözleşmesi olduğu öğretilmektedir. AYTAÇ sf.181 dipnot 15

358.maddenin başlığı “Sır Saklama Mükellefiyeti “ olmasına karşın madde metninde “sır” dan değil de “hususlar” dan bahsedilmiştir. Bu da denetçinin saklamakla yükümlü olduğunun sadece sır niteliğindeki bilgileri değil bunun da ötesinde sır niteliğine sahip olmayan bilgileri de içerdiği izlenimini uyandırmaktadır²⁰² .

Denetçilerin sır saklama yükümlülüğü münferit pay sahiplerine ve 3.kişilere karşıdır.

Pay sahiplerine yönelik sır saklama yükümlülüğü, 363.maddede tanımlanan pay sahibinin bilgi alma hakkı ile çatışır gözükmemektedir, bu yükümlülük ile hak arasındaki sınırın en iyi şekilde çizilmesi gerekmektedir. Çünkü aslen bilgi alma hakkı çerçevesinde kendisine verilmesi gereken bir bilginin pay sahibinden saklanması da, bilgi alma hakkının sınırları içinde değerlendirilemeyecek bir bilginin pay sahibine açıklanması da hem şirketin işleyişine zarar verebilecek, hem de denetçinin sorumluluğuna yol açabilecektir.

Herşeyden önce 358.maddede “münferit pay sahibi” ifadesinin kullanılmış olması denetçinin –münferiden değil de - genel kurulda sırları açıklayabileceği anlamına gelmemek gerekir çünkü yukarıda da incelendiği üzere 363.madde, pay sahibinin bilgi alma hakkının sınırlarını “...hiçbir ortak şirketin iş sırlarını öğrenmeye *salahiyetli değildir.*” hükmü ile çizmiştir.

Bu hüküm karşısında pay sahibinin bilgi alma hakkının şirket sırları ile çatışması durumunda şirket sırları tercih edilerek bilgi alma hakkı sınırlandırılacaktır. Bir başka deyişle şirket sırları, pay sahibinin bilgi alma hakkının sınırlarını oluşturmaktadır²⁰³ .

²⁰² AYTAÇ sf.195

²⁰³ “Bu sınır ‘pay sahiplerinin bireysel, müktesep, vazgeçilmez nitelikteki bilgi alma ve inceleme hakkı vardır; inceleme ve bilgi alma hakkı pay sahibine ancak görülebilir şirket menfaatleri zarar görmüyorsa verilebilir’ şeklinde formüle edilebilir.” KAYA sf.266, “...denetçiler karşısında da bilgi alma hakkı ortaklık sırrı ile sınırlandırılmıştır.”AYTAÇ sf.201

Bir bilginin ne zaman şirket sırrı oluşturduğuna ölçüt olarak öğretide “şirket yararı” ileri sürülmüştür²⁰⁴. Dolayısıyla haklı nitelikte bir şirket yararı söz konusu olduğunda yani bilginin açıklanması durumunda şirketin zarar görmesinin söz konusu olduğu durumlarda bilgi alma hakkının sınırlandırılabilmesi için haklı bir yarar olduğundan bahsedilebilecektir²⁰⁵.

Bilginin açıklanmasının şirkete doğrudan bir zarar vermesinin aranmaması gerekir, dolayısıyla bir zarar doğması ihtimalinin dahi bu sınırlama kapsamı içinde değerlendirilmesi gerekir²⁰⁶.

Ancak öğretide de haklı olarak eleştirildiği üzere, bilgi alma hakkının sınırlandırılmasında sır kavramı, pay sahibine karşı bir kalkan gibi kullanılarak kötüye kullanmanın bir aracı haline getirilmemelidir²⁰⁷. Öğretide haklı olarak bu tür kötüye kullanımların önüne geçebilmek için bilginin açıklanmasının şirketin zararına olabileceğini kanıtlama yükümlülüğünün denetçide olması üzerinde durulmuşsa da²⁰⁸ bilgiyi vermeden, bu tür bir kanıt yükümlülüğünün yerine getirilmesinin, fiili güçlükleri olacağı açıktır.

Sorumluluklarının düzenlendiği 359.madde ile denetçiler, sır saklama yükümlülüğünü hiç veya gereği gibi yerine getirmemiş olmaları nedeniyle doğan zarardan sorumlu tutulmuşlardır. Bu, kusura dayanan ve –birden fazla denetçi olması durumunda- tüm denetçiler için müteselsil bir sorumluluk olmakla, kusursuz olduğunu ispat eden denetçinin sorumluluğu kalmayacaktır.

359.maddenin 309.maddeye yapmış olduğu yollama gereği bu tür bir zarar durumunda aktif dava ehliyeti şirkete, pay sahiplerine ve şirket alacaklılarına ait olup hükmolunan tazminat şirkete verilecektir.

²⁰⁴ AYTAÇ sf.203 özellikle dipnot 99

²⁰⁵ AYTAÇ sf.204

²⁰⁶ AYTAÇ sf.204

²⁰⁷ AYTAÇ sf 204, KAYA sf.270, İPEKÇİ sf.1232, POROY TEKİNALP ÇAMOĞLU sf.552

²⁰⁸ AYTAÇ sf.204, İPEKÇİ sf 1232

2. Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Konuyla İlgili Hükümleri

Denetçilerin sır saklama borcu tasarının “(1) Denetçi, işlem denetçileri ve özel denetçi, bunların yardımcıları ve bağımsız denetleme kuruluşunun denetime yardımcı olan temsilcileri, denetimi dürüst ve tarafsız bir şekilde yapmak ve sır saklamakla yükümlüdürler. Faaliyetleri sırasında öğrendikleri, denetleme ile ilgili olan iş ve işletme sırlarını izinsiz olarak kullanamazlar. Kasten veya ihmal ile yükümlerini ihlâl edenler şirkete ve zarar verdikleri takdirde bağlı şirketlere karşı sorumludurlar. Zarar veren kişi birden fazla ise sorumluluk müteselsildir.

(2) Birinci fıkrada öngörülen yükümlüğün yerine getirilmesinde ihmali bulunan kişiler hakkında, verdikleri zarar sebebiyle, bir denetim için yüz bin Türk Lirasına, pay senetleri borsada işlem gören anonim şirketlerde ise üç yüz bin Türk Lirasına kadar tazminata hükmedilebilir. İhmalleriyle zarara sebebiyet veren kişilere ilişkin bu sınırlama denetime birden çok kişinin katılmış veya birden çok sorumluluk doğurucu eylemin gerçekleştirilmiş olması halinde uygulandığı gibi, katılanlardan bazılarının kasıtlı hareket etmiş olmaları durumunda da geçerlidir.

(3) Denetçinin bir bağımsız denetleme kuruluşu olması halinde sır saklama yükümü bu kurumun yönetim kurulunu ve üyelerini de kapsar.

(4) Bu hükümlerden doğan tazmin yükümü sözleşme ile ne kaldırılabilir ne de daraltılabilir.

(5) Denetçinin bu maddeden doğan sorumluluğuna ilişkin talepler rapor tarihinden başlayarak beş yılda zamanaşımına uğrar.” hükmünü taşıyan 404.maddesi ile düzenlenmiştir .

Konu 6762 S.Yasanın 358.maddesine kıyasla daha ayrıntılı ve kapsamlı düzenlenmiş, denetçilerle birlikte, bunların yardımcılara da faaliyetleri sırasında öğrenmiş oldukları sırları saklama yükümlülüğü getirilmiştir .

Maddede sır saklama dışında, dürüst ve tarafsız denetim yapılması da bir sorumluluk olarak denetçiye yüklenmişse de sadece sır saklama yükümlülüğünün denetçinin bağımsız denetim kuruluşu olması durumunda kurumun yönetim kurulu ve üyeleri de kapsayacağı hüküm altına alınmıştır .

Madde gerekçesinde de belirtildiği üzere “”Sır” ile denetleme faaliyeti sırasında öğrenilen bilgiler anlaşılır. Sorumluluğun şartı sırrın kullanılmasıdır. Ancak sorumluluk için kullanma sonucunda bir yarar/menfaat elde edilmiş olması şart değildir. Kullanmanın anlamını öğretti ve mahkeme kararları belirler. ”Kullanma” içeriden öğrenenlerin ticaretine ve borsaya özgülenmemelidir. Sırrın izinle kullanılması sorumluluğu ortadan kaldırır. İzin denetlenenin kanunî mümessili tarafından verilmesi gerekir. Hüküm hem şirketin hem de üçüncü kişinin zararının tazminini öngörmüştür. Zararın muhatapları aynı zamanda aktif dava ehliyetini de belirler. Şirketin/bağlı şirketlerin pay sahipleri tazminat davası ikamesine ehil değillerdir.”

Yine gerekçede sır saklama yükümlülüğünün ihlal edilmiş olması için bilginin üçüncü kişiye aktarılmış olmasının yeterli olacağı belirtilmiştir .

Tasarının getirdiği önemli bir değişiklik, ihmal ile zarar verenlere ilişkin tazminat sorumluluğuna sınırlama getirilmiş olmasıdır .

Öte yandan tasarının suçlar ve cezaların düzenlendiği 562.maddesinin f bendi ile 404.maddesinin ihlali para cezası ile, çıkar sağlanmış olması durumunda ise hapis cezası ile müeyyidelendirmiştir .

Koşulları oluştuğunda denetçi kurumun yönetim kurulu üyelerini dahi kapsam içine alan ve ihlalin hapis cezası ile müeyyidelendirildiği göz önüne alındığında denetçilerin sır saklaması konusunda tasarının oldukça hassas davrandığını söylemek yanlış olmayacaktır .

V. TİCARİ DEFTER VE BELGELER

Ticaret Yasamızın tacir olmanın hükümlerinin düzenlendiği 20.maddesine göre “Tacirler kanun hükümlerine uygun olarak ... ticari defterler tutmaya mecburdurlar”

Bu zorunluluk çerçevesinde gerçek kişi tacirler, yevmiye defteri, defteri kebir, işletme defteri ve envanter defteri tüzel kişi tacirler ise yevmiye defteri, defteri kebir, envanter defteri ve karar defteri tutmakla yükümlüdürler (TTK md 66) .

Buna ek olarak tacir, işletmesi ile ilgili işler dolayısıyla aldığı mektup, yazı, telgraf, fatura, cetvel, senet gibi vesika ve kağıtlarla, ödemelerini gösteren vesikaları ve yazdığı mektup, yazı, telgrafların kopyalarını, imzaladığı sözleşmeleri, taahhüt, kefaletine ilişkin belgeleri, teminat senetlerini, belgelerini ve mahkeme ilamı gibi belgeleri de düzenli şekilde dosya halinde saklamak zorundadır (TTK md 66) .

Tüm bu defter ve belgelerde en azından işletmenin maliyet bilgileri, ödeme bilgileri, yazışmaları, pazar bilgileri, gibi rakip işletmelere ya da üçüncü kişilere açıklanmasında sakınca görülebilecek bilgiler bulunacağı açıktır²⁰⁹.

Bu nedenle bu defter ve kayıtların herkese açık bir halde bulundurulması elbette tacir bakımından sakıncalar doğurabilecektir.

Bu sakıncanın önlenmesi için defter kayıtları ve ilgili belgelerin ancak özel durumlarda incelenebileceği hüküm altına alınmıştır.

Bu çerçevede Ticaret Yasamızın 79.maddesi defter ve belgelerin teslimini, 80.maddesi ise ibrazını düzenlemektedir. Teslim, defter ve kayıtların tamamının

²⁰⁹ ARKAN sf.332

incelenebileceği durumları, ibraz ise uyuşmazlık konusu ile bölümlerinin incelenmesini ifade etmektedir.

1.Ticari Defter ve Belgelerin Teslimi

TTK 79.maddesi ile ticari defterler ve saklanması mecburi diğer kağıtların ancak ;

- Miras,
- Şirket ve
- İflas

işlerinde istenebileceğini hükme bağlamıştır.

A.Miras

Bilindiği gibi mirasbırakanın ölümü ile mirasçılar bir bütün olarak mirası kendiliğinden ve ayrıca bir işleme gerek kalmaksızın kanun gereğince kazanırlar (MK.md.599).

Mirasbırakanın ölümü ile mirasçılara kalan malvarlığı bütününe tereke adı verilir. Mirasçılarının haklarının belirlenebilmesi, dağıtımın yapılabilmesi için terekenin belirlenmesi ve korunması önemlidir.

Bunun yanı sıra her ne kadar miras, ölüm ile kendiliğinden gerçekleşmekteyse de yasa, mirasçılara, mirası reddetme hakkı da vermektedir (MK md.605) .

Dolayısıyla hem terekenin sağlıklı bir şekilde belirlenebilmesi ve korunmasında, hem de mirasçılarının mirası red haklarını kullanmalarında mirasbırakanın malvarlığı üzerinde bilgi sahibi olunması mutlak önem göstermektedir.

Bu nedenle de yasa, tacir mirasbırakanın defterlerinin mirasçılarca incelenmesine olanak tanımıştır²¹⁰.

B. Şirket

Şirket ilişkisinde ortaklar, şirket defter ve belgelerinin kendilerine teslim edilerek bunları inceleme hakkına sahiptirler ancak bu durum, şirket türüne göre farklılıklar göstermektedir.

Adi şirkette yönetim yetkisi bulunmasa dahi her bir ortağın bilgi isteme, ortaklığın defter ve kayıtlarını inceleme, hakkı vardır ve bu hakkı ortadan kaldıran ya da kısıtlayan sözleşmeler geçersizdir (BK md. 531).

Buna benzer şekilde kolektif şirketlerde de her ortak şirketin defter ve kayıtlarını incelemek ve bunlara göre kendisi için şirketin mali durumunu gösteren bir hesap varakası düzenlemek hakkına sahiptir. Buna aykırı sözleşmeler geçersizdir.(TTK md.167)

Komandit şirketlerde komandite ortakların defter ve kayıtları inceleme hakkı, kolektif şirketlerde olduğu gibidir (TTK md.247 ve 167) . Komanditer ortaklar ise iş yılı sonunda ve iş saatleri içinde şirket envanteri ve bilanço içeriğini bizzat veya bir uzman aracılığı ile inceleme hakkına sahiptirler ancak komanditer ortağın şirketle rekabet etmesi halinde bu inceleme hakkı sona erer (TTK md.250). Bir yolsuzluğun bulunduğuna ilişkin güçlü kanıtlar bulunması gibi²¹¹ olağanüstü

²¹⁰ ARKAN sf.322

²¹¹ ARKAN sf.333

durumlarda komanditer ortak, yıl sonunu beklemeksizin dahi gerekli incelemeyi yapabilir. Bu tür olağanüstü durumlarda şirketle rekabet halindeki komanditer ortak dahi, gerekli incelemeyi yapma hakkına sahiptir. Şirket sözleşmesinin bu hükümlere aykırı hükümleri geçersizdir (TTK md.249) .

Ortak sayısı yirmiden az olan limited şirketlerde müdür sıfatına sahip bulunmasa dahi her ortak, şirket defter ve belgelerini inceleme hakkına sahiptir ve aksine sözleşme geçersizdir (TTK md.548, BK md.531). Ortak sayısının yirmiye geçtiği durumlarda ise anonim şirkette olduğu gibi denetçi veya denetim kurulu, şirket için zorunlu bir organ olur ve bu mutlak ve sınırsız inceleme hak ve yetkisi de denetçi veya denetim kuruluna ait olur (TTK md.548) .

Anonim şirketlerde denetçi veya denetim kurulu zorunlu bir organ olarak öngörülmüşlerdir ve yukarıda da incelendiği üzere şirketin her türlü defter, kayıt belgelerini inceleme konusunda mutlak ve sınırsız bir hakka sahiptirler. Şirket yönetim kurulu üyeleri ve diğer pay sahiplerinin inceleme hakları kısıtlanmıştır.

Kooperatiflerde de durum anonim ortaklıklarda olduğu gibidir. (Koop K.md.24, 25)

C. İflas

Tacirin iflasına karar verilmekle iflas dairesi, müflisin ticari defterlerini koruma altına alır (İİK md. 210) . Ancak iflas kararı verilmeden önce alacaklıların çıkarı için gerekli görürse mahkeme bir koruyucu önlem olarak ticari defterlerini kapsayan ihtiyati tedbir kararı verebilir (İİK md.159) . Bu defterler, müflis tacirin malvarlığının belirlenmesinde büyük önem taşır.

D. Diğer Ayrık Durumlar:

Şirketin iflas dışı tasfiyeye girdiği durumlarda da tasfiye memurları, şirketin mali durumunu gösteren bir envanter ve bilanço hazırlarlar ve bu envantere gözüken tüm mallarla birlikte şirketin tüm defter ve belgelerini de muhafaza altına alırlar (TTK md. 226, 450, 552) .

Bütün bunlara ek olarak gerçek veya tüzel kişi işletmede, ücrete ek olarak, işletme kazancından bir pay verilmesinin söz konusu olduğu durumlarda işveren, işçiye veya onun yerine mahkemenin atadığı tarafsız bir kişiye, işletmenin kar zarar durumunu belirlemek üzere defterlerin incelenmesine izin vermek zorundadır (BK md.323).

Vergi Usül Yasası uyarınca da vergi yükümlüsü tacir, tutmak zorunda bulunduğu defter ve belgeleri saklamakla yükümlü olduğu süre içerisinde talepleri halinde, yetkili kamu görevlilerine sunmak zorundadır (VUK md.253, 256).

2. Ticari Defter Ve Belgelerin İbrazı

Madde, tutulması ve saklanması zorunlu defter ve belgelerin incelenmek veya kanıt oluşturmak üzere mahkemeye sunulmasını düzenlemiştir. Yukarıda incelenen 79.maddeden farklı olarak burada defter ve belgelerin ancak uyuşmazlık konusu ile ilgili kısımları incelenebilecektir.

Defter ve belgelerin sunulmasına taraflardan birisinin talebi üzerine veya mahkeme tarafından doğrudan karar verilebilir. Söz konusu davanın ticari olması gerekmez²¹².

²¹² KARAYALÇIN Yaşar Ticari İşletme Hukuku (Ankara 1968) sf.359, SAKA sf 306

Tacirin defter ve belgelerini sunmakla yükümlü kılınabilmesi için yargılama sırasında ;

- haklı bir çıkarın varlığı kanıtlanmalı ve
- mahkeme kanıt açısından defter ve kayıtların sunulmasını bir zorunluluk olarak kabul etmiş olmalıdır (TTK md.80)

Defterlerin sahibi lehine kanıt oluşturabilmesi için mahkeme, davacıya, defterlerinde yer alan kayıtların doğru olduğuna ve halen davalıda yerine getirilmesi gereken bir hakkı bulunduğuna ilişkin resen tamamlayıcı yemin verecektir. Yemin verme mahkemenin takdirine bırakılmamış olup defterin sahibi lehine kanıt oluşturabilmesi için öngörülmüş bir unsurdur²¹³(TTK md.83).

TTK md.80 gereğince sunulan defter ve belgelerin aslen yalnızca uyuşmazlıkla ilgili kısımları incelenebilecekse de mahkeme veya taraflar, birbirlerini doğrulaması gereken tüm defter ve dayanağı belgelerin de sunulmasını isteyebileceklerdir (TTK md.82).

Ayrıca sunulan defter kaydının, sahibi lehine kanıt oluşturabilmesi için tüm defterin yasaya uygun tutulmuş olması gerekmektedir (TTK md.80, 82). Bu nedenle 80.madde kapsamında sadece ilgili bölümleri incelense dahi yasal anlamda usulüne uygun tutulup tutulmadığına ilişkin defter incelemesi, tüm defter üzerinden yapılacaktır.

82.maddenin bu hükmü karşısında uygulamada, tüm defter ve kayıtlar mahkemeye sunulmakta, bu durum, defter ve kayıtlardaki tüm bilgileri, özellikle karşı tarafa açık hale getirmekte bu da kötü niyetli uygulamaları teşvik eder gözükmektedir.

²¹³ ARKAN sf.342

Örneğin aynı pazarda faaliyet gösteren ve dolayısıyla birbirleriyle rakip durumda bulunan (A) ve (B) firmaları için birbirlerinin ürün satış fiyatları sır niteliğinde olabilecektir. Çünkü belirli bir müşteriye hangi fiyattan mal verildiğinin bilinmesi durumunda rakip firma, bilinçli olarak daha düşük fiyat vererek o müşteriye kendisi almaya çalışabilecektir.

(B) firmasının önemli ve değerli bir müşterisine verdiği fiyatı öğrenebilmek için (A)'nin (B)'ye aslen dayanağı olmayan bir fatura düzenleyip gönderdiğini varsayalım. Bu durumda fatura, (B) tarafından itiraz dahi görmüş olsa (A) (B)'ye karşı – bu faturayı dayanak yaparak- bir alacak davası açabilecektir. Bu durumda faturanın (B)'nin defterlerinde yer almış olup olmamasının belirlenebilmesi için (B)'nin defterleri üzerinde inceleme yapılacaktır. Bu inceleme, TTK 80.madde kapsamında yapılacağından sadece ilgili faturaya ilişkin bölüm incelenecekse de TTK 82.madde hükmü nedeni ile defterin delil niteliği olup olmadığının belirlenebilmesi için tüm defter mahkemeye ibraz edilecektir. Doğal olarak defter kayıtlarında ilgili müşteriye ilişkin satış bilgileri de yer alacağından (A), (B)'nin bu bilgisine kolaylıkla ulaşabilecektir.

Bu durumda defter ve kayıtların ibrazından kaçınmanın mümkün olup olmadığını tartışmakta yarar vardır.

Ticaret Kanunu, defterlerin mahkemeye ibraz edilmemesinin yaptırımını ve bu durumda izlenecek yolu ayrıca düzenlemiştir (TTK md.80, 83). Bu nedenle ticari defterlerin ibrazı konusunda öncelikle TTK'deki özel kurallar uygulanacak, özel kural bulunmaması durumunda ise HUMK 326-366 maddeleri uygulanacaktır²¹⁴.

Defterlerin ibraz edilmemesi durumunda, diğer tarafın birbirini teyid eden ve usulüne uygun tutulmuş defterleri, defterini ibraz etmeyen aleyhine kanıt oluşturacaktır (TTK md. 86, 82). Ancak defterlerini ibraz etmeyen tarafın, diğer

²¹⁴ KURU Baki, ASLAN Ramazan, YILMAZ Ejder, İcra ve İflas Hukuku (Ankara 2004) C.2, sf.1529

tarafın defterlerinde yer alan kayıtları “vesika veya muteber deliller” ile çürüterek, bu defter kayıtlarının aleyhine delil oluşturmasını engelleme imkanı vardır (TTK md. 85, 86).

Burada geçen “diğer muteber deliller” ifadesinin kapsamı öğretilerde tartışmalıdır. Öğretilerde bu durumda tanıklık dahil, her türlü delilin muteber bir delil olarak kabul edilebileceği ²¹⁵, TTK md.83 hükmüne göre defter kayıtlarının ancak tamamlayıcı yemin ile kesin delil niteliği kazanacağından hareketle bu kayıtlarının aksinin ancak tamamlayıcı yeminden önce tanık delili ile kanıtlanabileceği ²¹⁶ ve kural olarak ticari defter kayıtlarının aksinin tanıkla kanıtlanmasının mümkün olmadığı aksi takdirde defterlerin sahibi lehine kanıt oluşturabilmesini belirli özel koşullara bağlamanın bir anlam ifade etmeyeceği ²¹⁷ görüşleri ileri sürülmüştür.

Gerçekten de ticari defterlerin sahibi lehine kanıt oluşturabilmesinin ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiş ve defterlerin yazılı delil niteliğinde olması karşısında defter kayıtlarının aksinin tanık delili ile kanıtlanamayacağına ilişkin görüş yasa sistematığına daha uygun gözükmektedir. Bu nedenle defterlerini ibrazdan kaçınan taraf, diğer tarafın delil niteliğindeki defter kayıtlarının aksini ancak senet veya diğer kesin kanıtlarla kanıtlayabilmelidir ²¹⁸.

Dolayısıyla gerek HUMK 326 –366 maddeleri ve gerekse TTK 79-86. maddeleri karşısında yargılama sırasında, ticari sır niteliğindeki bilgilerin karşı tarafa açıklanmasına neden olabileceği ileri sürülerek, defterlerin ibrazından kaçınabilme imkanı yoktur. Bu durumda senet veya diğer kesin kanıtlarla (Yemin, ikrar) karşı tarafın defter kayıtlarının aksini kanıtlamak yegane imkan gibi gözükmektedir.

²¹⁵ ARSLANLI Halil, Kara Ticareti Hukuku Dersleri Umumi Hükümler 3.Baskı (İstanbul 1960) sf.144, OLGAC Kutlu, ÇENBERCİ Mustafa, İspat Hukuku Yönünden Ticari Defterler (BATİDER 1965 C.3S.1) sf.116-117

²¹⁶ ÜLGEN Hüseyin, Ticari Defterlerde İspat, BATİDER 1967 C.4 S.1 sf.87-88

²¹⁷ KURU sf.2478

²¹⁸ ARKAN sf.342

Dolayısıyla özellikle ticari rakip konumunda bulunan hasma karşı taraflar arasındaki rekabeti etkileyebilecek nitelikteki bilgi ve belgelerin sunulmasını engelleyici bir düzenlemenin bulunmamasının önemli bir eksiklik olduğunu belirtmek yanlış olmayacaktır.

Defterlerin sunulmalarında güçlük bulunması durumunda mahkeme defterlerin buldukları yerde de inceleme yapılmasına karar verebilir (HUMK md.323)

Defterlerini mahkemeye sunmakla yükümlü olanlar ;

- Söz konusu belge, kayda dayanan taraf,
- Karşı taraf (hasım)
- Üçüncü kişilerdir.

Üçüncü kişinin defter veya belgelerinin sunulmasının söz konusu olabilmesi için mahkemenin, taraflar arasındaki uyuşmazlığın çözüme kavuşturulmasında, bu defter ve kayıtların kanıt niteliğinde olduğuna karar vermesi gereklidir (HUMK md.326, 333, 334, TTK md.79, 81, 111, 112)

Defterler ve belgelerin mahkemeye sunulması taraflar arasında usulüne uygun şekilde akdedilmiş bir delil sözleşmesi nedeniyle de söz konusu olabilecektir (HUMK md. 287).

Ticari defter ve saklanması zorunlu diğer belgelerin, üçüncü kişilerce incelenmesi konusunda ayrı bir düzenlemeye yer verilmiş olması ve bu çerçevede defter ve belgelerin tamamı üzerinde inceleme yapabilecek olanların 79.madde ile sınırlı bir şekilde belirlenmiş olması şüphesiz çok yerindedir.

Ancak mahkemeye teslim veya ibraz edilen defter ve belgelerin gizliliğinin yargılama ve sonrası süreçte nasıl korunabileceğine ilişkin düzenleme olmaması önemli bir eksikliklerdir.

Her şeyden önce genel kural, yargılamanın aleni yapılmasıdır (HUMK md.149). Bu nedenle adap ve genel ahlaka aykırılık olmadığı sürece yargılamanın gizli yapılması mümkün değildir.

Davacı ve davalı veya vekilleri dava dosyasını inceleme hakkına sahiptirler (HUMK md 157). Avukatlar, fotokopi veya benzeri yolla dava dosyasından örnek alabilir, aldırabilirler (AK md.46).

Bu çerçevede yargılama süreci ve sonrasında, mahkemeye sunulmuş olması nedeni ile sır niteliğindeki bilgilere ulaşma imkanı olanları ayrı ayrı irdeleyecek olursak ;

- Hakimler :

Devlet memuru olmalarına karşın 657 S. Devlet Memurları Yasasının kapsam başlıklı değişik 1/III maddesi gereğince hakimler, 2802 S. Hakimler ve Savcılar Yasasına tabidirler. Söz konusu yasa hakimin, mesleğini icra etmesi sırasında öğrenmiş olduğu ticari sır niteliğindeki bilgileri koruması, açıklamaması, kullanmaması, kullandırmaması yönünde herhangi bir hüküm içermemektedir. Ancak her halükarda hakimin bu tür eylemi, Ceza Yasası'nın 239.maddesi kapsamında değerlendirilecektir. Dolayısıyla cezai anlamda bir kanun boşluğundan söz etmek mümkün gözükmemektedir .

Hakimin sır saklama yükümlülüğünü ihlal etmesi durumunda doğacak tazminat sorumluluğu konusunda ise HUMK md. 573 hangi hallerde hakime karşı tazminat davası açılabilirliğini saymıştır. Hakime karşı tazminat davası açılabilir

durumlar bu maddede sayılanlarla sınırlıdır, genişletilemez²¹⁹. Bu çerçevede maddede hakimın sır saklama yükümlülüğünü ihlal etmesi durumunun sayılmamış olması ciddi bir eksikliklerdir.

- Mahkeme Kalem Çalışanları:

Mahkeme kalem çalışanları 657 S.Yasaya tabi devlet memurudurlar . Yasanın “Gizli Bilgileri Açıklama Yasağı “ başlıklı 31. maddesi ile devlet memurlarına, kamu hizmetleri ile ilgili gizli bilgileri görevlerinden ayrılmış olsalar dahi yetkili bakanın yazılı izni olmadıkça açıklama yasağı getirilmiştir. Bu çerçevede sadece devletle ilgili değil yargılamanın taraflarına ait gizli bilgiler dahi bu kapsamda değerlendirilmek gerekir.

- Avukatlar

Taraf vekilleri dava dosyasını ve dolayısıyla delilleri inceleyebilir, bunlardan örnek alabilirler (AK md. 46). Ancak mesleklerini icra ederken öğrenmiş oldukları sırları açığa vurmaları yasaktır . Avukatlar, iş sahibinin onayı olsa dahi bu konularda tanıklık etmekten kaçınma hakkına sahiptirler (AK md.36) .

Madde her ne kadar “iş sahibi” nden bahsediyorsa da, mesleğin icrası sırasında avukatın karşı tarafın sır niteliğindeki bilgilerini de öğrenmesi çoğu zaman kaçınılmaz olduğundan bunu “sır niteliğindeki bilgiye sahip olan kişi” olarak değerlendirmek daha doğru olacaktır.

²¹⁹ KURU sf.706

- Bilirkişi

Çözümü özel veya teknik bilgiyi gerektiren hallerde mahkeme, bu özel ve teknik durumla ilgili bilgisi olan bilirkişinin görüş ve oyuna başvurur (HUMK md.275) bu sayede bilirkişi, özel ve teknik hallerde, hakime yardım eder²²⁰.

Bilirkişilik müessesesi ile ilgili düzenlemenin yer aldığı HUMK 275 – 286. maddelerinde bilirkişinin, bilirkişilik görevini ifa ederken öğrendiği sırları saklama yükümlülüğüne ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır . Sır niteliğindeki bilgileri mahkeme adına inceleme yetki ve görevi olan bilirkişilerin hukuki sorumluluklarının belirtilmemiş olması bir eksiklik tir.

Özetle belirtmek gerekirse yargılama sırasında sır niteliğindeki bilgi ve belgelerin mahkemeye sunulmasının söz konusu olduğu durumlarda bunların, gerek yargılama süresince ve gerekse sonrasında korunabilmesi için hakimin, dava dosyasının veya ilgili belgelerin kasa içinde muhafaza edilmesi, yargılamanın gizli yapılması gibi alması gereken tedbirlere ve ayrıca yargılama nedeni ile sırları öğrenen kişilerin bu sırları açıklamama, kullanmama yükümlülüğüne ilişkin kapsamlı ve açık bir düzenlemeye ihtiyaç olduğu açıktır.

2.Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Konuyla İlgili Hükümleri

Türk Ticaret Kanunu tasarısının 18.maddesi tacir olmanın hükümleri arasında ticari defter tutulmasını tacir için bir zorunluluk olarak belirtmiş, 64. ve devam eden maddelerde ise bu yükümlülükle ilgili düzenlemelere yer verilmiştir .

Tasarısının 64/4 maddesi ile pay, karar ve müzakere defterlerinin de ticari defter oldukları hükme bağlanmıştır .

²²⁰ KURU sf.397

Ticari defterlerin ibraz ve teslimi ise tasarının 83-86 maddelerinde düzenlenmiştir .

Tasarının “ Hukuki uyuşmazlıklarda ibraz” başlığını taşıyan 83.maddesi “*1) Ticarî uyuşmazlıklarda mahkeme, tarafların ticarî defterlerinin ibrazına, re’sen veya taraflardan birinin talebi üzerine, karar verir.*

(2) Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun, muhakemeye muhtaç davalarda ihzarî işlemlere ait hükümleriyle senetlerin ibrazı mecburiyetine dair olan hükümleri ticarî işlerde de uygulanır “ hükmünü içermektedir .

Tasarının “Uyuşmazlıklarda suret alınması başlıklı 84.maddesi ise “*(1) Eğer bir hukukî ihtilafta ticarî defterler ibraz edilmişse, defterlerin uyuşmazlıkla ilgili kısımları tarafların katılımı ile incelenir. Gerekli görülen hallerde, defterlerin ilgili yapılarından suret alınır. Defterlerin içeriklerinin diğer kısımları Türkiye Muhasebe Standartları yönünden denetimlerinin gerekli kıldığı ölçüde mahkemece açıklanır* “ hükmünü içermektedir . Bu anlamda ticari sırların korunması konusunda tasarının daha özenli olduğu söylenebilir çünkü bu düzenleme ile defterlerin uyuşmazlıkla ilgili olmayan kısımları ancak Türkiye Muhasebe Standartları yönünden denetimlerinin gerekli kıldığı ölçüde açıklanabilecektir .

Defterlerin tümü ile incelenmesi ise tasarının 85.maddesi hükmü uyarınca ancak malvarlığı hukukuna ilişkin ve özellikle miras, mal ortaklığı ve şirket tasfiyesinde söz konusu olabilecektir .

Bu çerçevede tasarı hükümlerinin konuyla ilgili hükümlerinin 6762 S.Yasa ile oldukça paralel olduğu söylenebilecektir .

Tasarıdaki önemli bir değişiklik 6762 S.Yasada ticari defterlerin kanıt kuvvetinin düzenlendiği 82-86. madde düzenlemelerine tasarıda yer verilmemiş olmasıdır . Defterlerin yasaya uygun tutulmamış olmaları konusunda 64.madde gerekçesinde “Defterin kanuna uygun tutulmaması ceza hükümlerine ve icra ve iflas kanununa

göre hükümler doğurur .” açıklaması bulunmaktadır . Gerçekten de tasarının cezai hükümler başlıklı 562.maddesinin (a) bendinde ticari defterlerin usulüne uygun tutulmaması, 86.madde gereğince ibraz edilmemesi adli para cezası ile müeyyidelendirilmiştir .

Tasarının genel gerekçeler bölümünde ticari defterlerle kanıt yönteminin artık hiçbir ülke düzenlemesinde yer almadığı ve kanıt hukukunun ilkeleri ile de bağdaşmadığı gerekçesi ile ticari defterle kanıt yöntemine son verildiği belirtilmiş, ticari defterlerin mahkemenin takdirine bağlı delil niteliğini koruduklarının altı çizilmiştir .

SONUÇ

Özellikle son yıllarda teknolojinin gelişmesi ile birlikte ticari sırlar, ciddi ekonomik değerler ifade etmeye başlamıştır. İletişim imkanlarının ve iş gücü hareketliliğinin artması ile birlikte bu değerlerin hukuken korunması pek çok ülkede önemli bir sorun olarak belirmiştir.

Çalışmada ilk olarak ticari sırrın unsurları belirlenmeye çalışılmıştır. Bu yapılırken, yabancı hukuk öğretisinden, uygulamalarından ve özellikle yüz yıldan uzun süredir ülkenin hukuk gündeminde yoğun olarak yer almış olması nedeni ile A.B.D. uygulaması ve yasal düzenlemesinden yararlanılmıştır.

Bu çerçevede ticari sır, ticari olarak bir değer ifade eden, genel olarak bilinmeyen, sahibi tarafından gizli kalması istenen, kolaylıkla elde edilemeyen ve bu nedenle sahibine rekabet üstünlüğü sağlayan her türlü bilgi olmakla, geliştirilmiş özel formüller, bileşenler, özel üretim teknikleri, metodları gibi daha çok üretime yönelik gizli teknik bilgilerle beraber, işletmenin geleceğe yönelik pazarlama stratejileri, müşteri portföyü, hedef kitle planlamaları, maliyet bilgileri ve hatta yeni bir ürünün lansman tarihi gibi bilgileri de kapsar.

Ticari sırrın korunması gerekliliği, ticaretin ilk günlerinden itibaren üzerinde durulan bir konu olmuştur. Bu korumanın hukuki dayanağı noktasında tarihsel süreç içinde pek çok farklı görüş ve uygulama ortaya konmuştur. Ticari sırrın korunması gerekliliği, sahibine mutlak ve münhasır bir koruma sağlaması nedeni ile mülkiyet hakkına, ihtilafların daha çok işçi işveren ilişkilerinde, eski çalışanın rakip işletmede çalışması ile belirmesinden hareketle sözleşmeye, ticari sırrı hukuka aykırı yolla elde edenin bunu kullanarak, haksız şekilde zenginleştiğinden hareketle sebepsiz zenginleşmeye dayandırılmaya çalışılmıştır. Ancak bu yaklaşımların hiçbirisi tek başına ticari sırrın korunmasını sağlayabilecek bir hukuk

şemsiyesi oluşturmaya yetmemiş, korumanın hukuki dayanağını haksız fiil sorumluluğunun oluşturduğu görüşünde birleşmiştir.

Ancak ticari sırrın taşıdığı ekonomik değerin belirlenmesi çoğu zaman çok güç olabilmektedir. Bu da konu, haksız fiil sorumluluğu kapsamında değerlendirildiğinde, hukuka aykırı eylem sonucu ortaya çıkan zararın belirlenmesini zorlaştırmaktadır. Bu nedendir ki zararın belirlenmesi noktasında gerek yabancı hukuk ve gerekse ülkemiz hukuku, klasik tazminat hukuku mantığının dışına çıkarak, sebepsiz zenginleşme teorisinden tamamlayıcı bir unsur olarak destek alma yolunu seçmiştir.

Ticari sır için yapılan tanım, ticari sırrın know-how, patent ve eser sahipliği kavramları ile yakınlığını belirgin şekilde ortaya koyduğundan, bu kavramlar arasındaki ilişkinin de ortaya konması bir gerekliliktir.

Know-how, daha çok üretime yönelik ve bu anlamda teknik bilgiyi içeren bir sürece ilişkin bir yöntem bilgisi olmakla, patentlenebilir ama patentlenmemiş bilgiyi kapsar. Oysa ticari sır, bir buluş da olduğu gibi, patentlenebilir ama patentlenmemişle birlikte, yeni bir ürünün reklam kampanyası hazırlıkları gibi, patent alınması imkanı olmayan bilgiyi de içerir.

Kavramın patentle karşılaştırmasında ise şu belirlemeleri yapmak mümkündür: Patent alınma yeterliliğine sahip her buluş, aslında bir ticari sırdır ancak patent alınması ile birlikte buluş, hukuki anlamda statü değiştirerek patentin sağladığı koruma yollarından yararlanmaya başlar . Çünkü patent alınması ile birlikte ticari sırrın temel unsurlarından birisi olan “bilginin gizli tutulması iradesi” artık ortadan kalkmış olur, dolayısıyla patentin sağladığı koruma süresi dolduktan sonra söz konusu buluş için ticari sırrın sağladığı koruma imkanlarından yararlanma imkanı ortadan kalkar. Kaldı ki ticari sır, patent alınabilme imkanı olmayan bilgiyi de kapsamaktadır.

Eser sahipliği ile karşılaştırıldığında ise FSEK’de eser sahipliği için belirtilen unsurlar ticari sır için geçerli değildir. Ticari sırrın kendisini meydana getirenin hususiyetini taşıması ya da belirli bir tür içinde yer alması bir zorunluluk değildir. Hatta sır niteliğindeki bilginin ticari sır korumasından yararlanabilmesi için onun maddi bir şekilde ifade edilmiş olması dahi aranmaz.

Çalışmada, ticari sırrın uluslararası düzenlemelerdeki yerine de değinilmiştir. Bu çerçevede Paris Konvansiyonu açıkça ticari sır konusunu düzenlememiş olsa da ticari sır korumasının, konvansiyonun, haksız rekabet fiillerinin yasaklandığı 1.mükerrer 10.maddesi kapsamında değerlendirilebileceğini söylemek yanlış olmayacaktır. Bu anlamda en kapsamlı düzenleme, “Açıklanmamış Bilgilerin Gizliliği “ başlıklı 39.maddesi ile TRIPS ‘de yer almış gözükmektedir.

Bölgesel düzenlemelerde ise NAFTA anlaşması konuyu ayrı bir başlık altında ele alırken TRIPS’dekine çok benzer bir düzenleme yapma yolunu seçmiş gözükmektedir.

Ülkemizi de yakından ilgilendiren bir başka bölgesel düzenleme AB düzenlemesidir. AB, konuyu ayrı bir başlık altında ele almaktansa rekabetin korunması kapsamında değerlendirmiştir. Farklı uygulama ve görüşlerin ortaya çıktığı tarihsel süreç sonunda bilginin, gizli tutularak bundan sadece sahibinin yararlanması ve bilgiyi başkaları ile paylaşırken, onlara da bunu açıklamama yükümlülüğü yüklemesinin ticari rekabeti bozmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

Yabancı hukuklarda ise konunun ayrı bir yasa ile düzenlendiği A.B.D. hukuku ilgi çekicidir. UTSA olarak anılan federal bir metin, ticari sır konusunun özel hukuka ilişkin tüm temel noktalarını düzenlemiş ve 48 eyalette yasalaşarak yürürlüğe girmiştir.

Ülkemizde ise Ticaret Kanununun 57. maddesinin 7. ve 8. bendlerinde konu bir haksız rekabet eylemi olarak ele alınmıştır. Bu çerçevede sadece hukuka aykırı şekilde öğrenilen sırlardan yararlanılması veya bunların yayılması değil çalışanları, vekilleri veya diğer yardımcı kimseleri iğfal ederek işverenin veya müvekkilin sırlarının açıklanması veya ele geçirilmesi dahi bir haksız rekabet oluşturmakla gerek hukuki ve gerekse cezai yaptırıma bağlanmıştır.

Buna ek olarak Ticaret Kanununun farklı bölümlerinde de ticari sır ile ilişkin düzenlemeler bulmak mümkündür. Bu anlamda anonim ortaklık pay sahibinin bilgi alma hakkının sınırını, ortaklığın ticari sırları oluşturmaktadır. Bu ilke, bilgi alma hakkının kullanılmasında, pay sahibinin muhatabı konumunda olan ortaklık denetçisi/denetim kurulu için de büyük önem taşımaktadır. Yasa, görevini ifa edebilmesi için, her türlü bilgi, belge ve kayda ulaşmada, incelemede denetçiye sınırsız bir yetki vermiştir. Ancak denetçi, sır kapsamındaki bilgileri görevi sona erdikten sonra dahi kimseye paylaşmama yükümlüğü altındadır. Bu nedenle de pay sahiplerini bilgilendirirken ticari sırları da gözetmek zorundadır. Denetçi gibi pay sahibinin her ne şekilde olursa olsun öğrenmiş olduğu ortaklığa ilişkin sırları saklama borcu bulunmaktadır.

Denetçi ve pay sahibinin sır saklama yükümlüğü kaynağını, açık yasal düzenlemeden alır. Ancak bu tür açık bir düzenleme olmamasına karşın anonim ortaklık yönetim kurulu üyesi de hem pay sahibi olması hem de yönetim kurulu üyesi olarak ortaklıkla arasında kurulmuş bulunan sözleşmesel ilişki gereği ortaklık sırlarını saklamakla yükümlüdür.

Pek çok ticari sır niteliğindeki bilgiyi içerdiklerinden, şirket defter ve kayıtlarının incelenmesi de çalışmada ayrı bir başlık altında ele alınmıştır. Yasa, defter ve kayıtların tamamı üzerinde inceleme yapılabilecek durumları şirket, miras, iflas, iflas dışı tasfiye, vergi mevzuatı gereği inceleme yapılması halleri ile sınırlı tutarak ticari sırların gizliliğini korumaya özen göstermiştir.

Yasa, yukarıda sınırlı sayılan haller dışındaki durumlarda defter ve kayıtların, ancak çözüme kavuşturulmak istenen uyuşmazlıkla ilgili bölümlerinin incelenebileceğini hükme bağlamışsa da defterlerin delil niteliği kazanabilmelerinin ancak ve ancak tüm defterin usulüne uygun tutulmuş olması koşuluna bağlanmış olması, uygulamada yine tüm defterin sunulmasına ve incelenmesine neden olmaktadır.

Bu noktada ticari sırların açığa çıkma tehlikesi ileri sürülerek, defter ibrazından kaçınmak mümkün değildir. Bu durumda diğer tarafın defterleri, ibrazdan kaçınan taraf aleyhine delil oluşturacak ve defterlerini ibrazdan kaçınan taraf, diğer tarafın delil niteliğindeki defter kayıtlarının aksini, ancak senet veya diğer kesin kanıtlarla kanıtlayabilecektir.

Yargılama sırasında ticari sırların açığa çıkmasını engelleyici önlemlere ilişkin ve yine bu süreçte öğrenilen sırların saklanması konusunda ayrı ve kapsamlı bir düzenleme olmaması önemli bir eksikliktir.

KAYNAKÇA

AKYOL Şener, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri,2.Fasikül,Know-How,Management,Joint Venture ve Büyük Çaplı İnşaat Sözleşmeleri (İstanbul 1997)

ARKAN Sabih, Ticari İşletme Hukuku (Ankara 2004)

ARSLANLI Halil, Kara Ticareti Hukuku Dersleri Umumi Hükümler 3.Baskı (İstanbul 1960)

AYTAÇ Zühtü, Anonim Ortaklık Denetçilerinin Sır Saklama Yükümlülüğü (BATİDER 1979 C.10 sf 183)

BABIRAK E.Milton, The Virginia Uniform Trade Secrets Act: A Critical Summary of the Act and Case Law, Virginia Journal of Law and Technology sf 54 (Fall 2000)

BAKIRCI Mehmet Enes, Teknoloji Transferinde Patent ve Know-How Lisansı Sözleşmeleri (İstanbul 2001)

BAŞ Mustafa, Teknik Bilgi Lisans Sözleşmeleri (Ankara 2000)

BELGESAY Mustafa Reşit, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Şerhi (İstanbul 1955)

BNA CORPORATE PRACTICE SOLUTIONS (BNACP WESTLAW) No.43-2 Trade Secrets: Protection and Remedies

BOUCHOUX, Deborah E., Protecting Your Company's Intellectual Property : A Practical Guide to Trademarks, Copyrights, Patents and Trade Secrets (New York 2001).

BRENNER S.Jules, The Doctrine Of Inevitable Disclosure and Its Inevitable Effect On Companies and People, Law and Business Review of Americas (Fall 2001) Sf.181

BUTTERWORTHS Competition Law 55.Baskı (Mart 2004)

CAMCI Ömer, Haksız Rekabet Davaları C.1.(İstanbul 2001)

- COHEN Jerry & GUTTERMAN Alan S., Trade Secret Protection and Exploitation (Columbia 1996)
- COLEMAN Allison, Legal Protection Of Trade Secrets (Londra 1992)
- DAVIDSON J.Stephen, DeMAY L. Robert, Application of Trade Secrets Law to New Technology- Unwinding the Tangled Web, William Mitchell Law Review (1986)
- DOĞANAY İsmail, Türk Ticaret Kanunu Şerhi (İstanbul 2004)
- DONAY Süheyl, Meslek Sırrının Açıklanması Suçu (İstanbul 1978)
- ESİN İsmail, LOKMANHEKİM Tunç, Uygulamada Birleşme ve Devralmalar (İstanbul 2003)
- FRANCIS H.William, COLLINS C.Robert, Cases and Materials on Patent Law (Michigan 2002)
- GÖKYAYLA Emre, Telif Hakkı ve Telif Hakkının Devri Sözleşmesi (Ankara 2001)
- HATEMİ Hüseyin, SEROZAN Rona ,ARPACI Abdülkadir, Eşya Hukuku (İstanbul 1991)
- HELVACI Mehmet, Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu (İstanbul 2001)
- HILL James, Trade Secrets, Unjust Enrichment and the Classification of Obligations, Virginia Journal of Law and Technology sf.41 (Spring 1995)
- HIRSCH, Ernst E., Fikri ve Sınai Haklar, (Ankara 1948)
- HOFFMAN Ivan, Inevitable Disclosure of Trade Secrets (Virginia 1997)
- İPEKÇİ Nizam, Ticaret Şirketleri Tatbikatı (Ankara 2002)
- KALE Serdar, Haksız Rekabet Hukukunda Eski Hale Getirme Davası (Tecavüzün Refi Davası) (İstanbul 2003)

KARAHASAN Mustafa Reşit, Türk Borçlar Hukuku (İstanbul 1992)

KARAHASAN Mustafa Reşit, Türk Eşya Hukuku (İstanbul 1991)

KARAYALÇIN Yaşar, Ticari İşletme Hukuku (Ankara 1968)

KAYA Arslan, Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Bilgi Alma Hakkı (Ankara 2001)

KAYNAR Reşat, Türk Borçlar Hukuku Dersleri (Ankara 1965)

KITCH W.Edmund, The Expansion of Trade Secrecy Protection and the Mobility of Management Employees:A New Problem For The Law sf 84 (Chicago Law Review 1996)

KURU Baki, ASLAN Ramazan, YILMAZ Ejder, İcra ve İflas Hukuku (Ankara 2004)

MAGRI Karen, International Aspects Of Trade Secrets Law (New York 1998)

Mc REA Stephen, Protecting Trade Secrets and Confidential Business Information (New York 1998)

NOMER Füsun, Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Sadakat Yükümlülüğü (İstanbul 1999)

OĞUZMAN Kemal, ÖZ Turgut, Borçlar Hukuku Dersleri (İstanbul 2000)

OĞUZMAN M.Kemal, SELİÇİ Özer, Eşya Hukuku (İstanbul 2002)

OLGAÇ Kutlu,ÇENBERCİ Mustafa, İspat, Hukuku Yönünden Ticari Defterler (BATİDER 1965 C.3S.1 Sf. 116)

ÖĞÜZ Tufan, Know-How Sözleşmesi (İstanbul 2001)

PERRIT H.Henry, Trade Secrets : A Pratitioners Guide (Villanova 1994)

POROY Reha,TEKİNALP Ünal,ÇAMOĞLU Ersin, Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku (İstanbul 2003)

ROGER M. MILGRIM, Milgrım On Trade Secrets (New York 1967)

SAKA Zafer, Ticaret Hukuku Ticari İşletme (İstanbul 1998)

SHILLER Arthur, Trade Secrets and the Roman Law:The Actio Servi Corruptio Columbia Law Review V.837 (1930)

SLAPPER & KELLY, Principles Of English Law (London 1998)

ŞEHİRALİ F.Hayal, Patent Hakkının Korunması (Ankara 1998)

TANDOĞAN Haluk, Türk Mesuliyet Hukuku (Ankara 1961)

TEKİNALP Ünal, Fikri Mülkiyet Hukuku (İstanbul 2004)

TORRES Pedro Padilla, Overview of International Trade Secret Protection (London 1995)

TUNÇOMAĞ Kenan, Borçlar Hukuku Dersleri C.1 (İstanbul 1976)

TURNER E. Amedee, The Law Of Trade Secrets (London 1962)

UŞAN M.Fatih, İş Hukukunda İş Sırrının Korunması, Sır Saklama ve Rekabet Yasağı (Ankara 2003)

ÜLGEN Hüseyin, Ticari Defterlerde İspat (BATİDER 1967 C.4 S.1 Sf.87-88)

YARSUVAT Duygun, Türk Hukukunda Eser Sahibi ve Hakları (Ankara 1984)

YELPAALA Kojo, WORLEY Donald R., CAMPBELL Dennis, Licensing Agreements:Patents, Know-How,Trade Secrets and Software (Viyana 1989)

YOSMANOĞLU Nevzat, Dñnyada ve Tñrkiye’de Patentler, Know-How’lar Markalar
(Ankara 1978)

YURTSEVER Őaziye , Patentin Hukuki Korunması ve İlgili Mevzuat (Ankara 2000)

YŐKSEL Ali Sait, Patent ve Lisans Hukuku SۆzleŐmesi (İstanbul 1989)

Internet Kaynakları

www.nccusl.org

www.tdk.gov.tr

www.westlaw.com

www.whitehouse.gov

www.wipo.org

www.wto.org