

**T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (TİCARET HUKUKU)
ANABİLİM DALI**

**TÜRK ÖZEL HUKUKUNDA
VE
ÖZELLİKLE ANONİM ŞİRKETLERDE
TİCARÎ SİRRİN KORUNMASI**

Doktora Tezi

Aslı Elif GÜRBÜZ

Ankara – 2008

**T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (TİCARET HUKUKU)
ANABİLİM DALI**

**TÜRK ÖZEL HUKUKUNDA
VE
ÖZELLİKLE ANONİM ŞİRKETLERDE
TİCARÎ SİRRİN KORUNMASI**

Doktora Tezi

Aşlı Elif GÜRBÜZ

**Tez Danışmanı
Prof.Dr. Asuman TURANBOY**

Ankara – 2008

İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR	VIII
BİBLİYOGRAFYA	XII
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

TİCARÎ SIR KAVRAMI VE TİCARÎ SIRRIN HUKUKÎ NİTELİĞİ

§ 1 – TİCARÎ SIR KAVRAMI.....	4
I. GENEL OLARAK SIRRIN TANIMI VE UNSURLARI.....	4
A - Sırrın Tanımı.....	4
B - Sırrın Unsurları.....	6
1. Gizli Bilgi	6
2. Sırrı Gizli Tutma İradesi.....	8
3. Sahibinin Sırrın Gizli Kalmasında Menfaatinin Olması.....	9
4. Gerçeklik	10
II. SIR TÜRLERİ	11
A – Genel Olarak.....	11
B - Mutlak Sır - Nispî Sır Ayrımı.....	13
III. NİSPÎ BİR SIR OLARAK TİCARÎ SIR KAVRAMI.....	15
A- Ticarî Sırrın Tarihî Gelişimi.....	15
B- Tanım.....	19
C- Ticarî Bilgiyi Sır Yapan Unsurlar.....	27
1. Gizlilik unsuru.....	28
a) Gizlilik unsuru açısından ticarî sır oluşturan bilginin kullanılan işletme dışında genel olarak bilinmemesi.....	30
b) Ticarî sırrın korunması konusunda önlem alınması	33
c) Ticarî sırrın hukuka uygun yollardan elde edilememesi.....	35
2. Ekonomik Bir Değere Sahip Olma ve Kullanılma Şartı.....	37
D- Ticarî Sır Niteliğini Ortadan Kaldıran Durumlar	40
IV. TİCARÎ SIRRIN DİĞER SIR TÜRLERİ İLE İLİŞKİSİ.....	43
A - Devlet Sırrı, Kişisel Veri ve Ticarî Sır.....	43

1. Devlet Sırrı – Ticarî Sır.....	44
2. Kişisel Veri – Ticarî Sır	45
B - Meslek Sırrı.....	46
C - Şirket Sırrı.....	48
D - Görüşümüz.....	50
§ 2 - TİCARÎ SİR ÜZERİNDEKİ MENFAATİN HUKUKÎ NİTELİĞİ.....	53
I. TİCARÎ SIRRIN GAYRÎ MADDÎ MAL OLARAK DEĞERLENDİRİLMESİ	
SORUNU.....	54
II. TİCARÎ SIRRIN FİİLÎ BİR DURUM OLDUĞUNA İLİŞKİN GÖRÜŞ.....	56
III. TİCARÎ SİR ÜZERİNDEKİ MENFAATİN HAK OLDUĞUNA İLİŞKİN	
GÖRÜŞLER	57
A – Ticarî Sır Üzerindeki Menfaati Mülkiyet Hakkı Olarak Kabul Eden Görüş	57
B – Ticarî Sır Üzerindeki Menfaati Fikrî Mülkiyet Hakkı Olarak Kabul Eden Görüş.....	60
C – Ticarî Sır Üzerindeki Menfaati Kişilik Hakkı Olarak Kabul Eden Görüş.....	65
D – Ticarî Sır Üzerindeki Menfaati Eksik Münhasır Hak Olarak Kabul Eden Görüş.....	67

İKİNCİ BÖLÜM

TİCARÎ SIRRIN KORUNMASI

§1 - KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA TİCARÎ SIRRIN KORUNMASI

I. TİCARÎ SIRRIN KORUNMASINA İLİŞKİN ÇEŞİTLİ GÖRÜŞLER.....	69
A – Sözleşme Teorisi - Sözleşmesel Yükümlülük Teorisi	70
B – İçeriği Kötüye Kullanma Teorisi.....	71
C – Kişisel Gizlilik Hakkı Teorisi.....	73
D – Değerlendirme.....	74
II. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA VE ULUSLARARASI SÖZLEŞMELER	
ÇERÇEVESİNDE TİCARÎ SIRRIN KORUNMASINA İLİŞKİN ÇEŞİTLİ	
DÜZENLEMELER.....	75
A – Anglo – Sakson Hukuk Sisteminde.....	75
1. Amerikan Hukukunda.....	75
a) Birinci Haksız Fiil Düzenlemesi.....	76
b) Yeknesak Ticarî Sırlar Kanunu.....	77
c) Üçüncü Haksız Rekabet Düzenlemesi.....	77

d) Glass – Stegall Act ve Gramm – Leach Bliley Act	78
2. İngiliz Hukukunda	79
B – Kıta Avrupası Hukuk Sisteminde	80
1. Alman Hukukunda	81
2. İsveç Hukukunda	82
C – Uluslar arası Sözleşmeler Çerçevesinde	83
1. Paris Sözleşmesi	83
2. Ticaretle Bağlantılı Fikrî Mülkiyet Hakları Sözleşmesi	84
§ 2 – TÜRK HUKUKUNDA TİCARÎ SIRRIN KORUNMASI	87
I. ANAYASAL KORUMA	87
II. DOĞRUDAN KANUNA DAYALI KORUMA	88
A – Kişilik Hakkı Hükümleri	88
B – Haksız Rekabet Hükümleri	90
1. Genel Olarak	90
2. Ticarî Sırrın TTK Haksız Rekabet Hükümlerine Göre Korunması	93
a) TTK m. 57/b.7 Hükmüne Dayalı Koruma	94
b) TTK m. 57/b.8 Hükmüne Dayalı Koruma	96
3. Ticarî Sırrın İhlali Sonucu Haksız Rekabet Hükümlerine Göre Açılacak Davalar (TTK m. 58)	97
a) Tespit Davası	98
b) Men Davası	99
c) Haksız Rekabetin Sonucu Olan Maddî Durumun Ortadan Kaldırılması Davası	100
d) Tazminat Davası	101
e) İhtiyati Tedbir	103
f) Zamanaşımı	104
4. Haksız Rekabet Nedeniyle Cezaî Sorumluluk	105
C – İş Kanunu Hükümleri	106
D – Bilgi Edinme Hakkı Kanunu Hükümleri	107
E – Değerlendirme	108
III. SÖZLEŞMEYE DAYALI KORUMA	109
A – Sözleşme Öncesi Durum (Culpa in Contrahendo)	109

B – Sözleşme İlişkisi Nedeniyle Doğan Sorumluluk.....	112
1. Çeşitli Sözleşme Türlerinde Sır Saklama Yükümlülüğü	112
a) Vekâlet Sözleşmesi.....	112
i. Tanımı	112
ii. Vekâlet sözleşmesinde sır saklama yükümlülüğü	113
b) Hizmet Sözleşmesi.....	114
i. Tanımı.....	114
ii. Hizmet sözleşmesinde sır saklama yükümlülüğü.....	115
c) Know – How Sözleşmesi	116
i. Genel olarak know – how kavramı	116
ii. Know – how sözleşmesinin tanımı ve know – how sözleşmesinde sır saklama yükümlülüğü	117
d) Franchise Sözleşmesi.....	119
i. Tanımı	119
ii. Franchise sözleşmesinde sır saklama yükümlülüğü	120
aa. Franchise – verenin sır saklama yükümlülüğü	120
bb. Franchise – alanın sır saklama yükümlülüğü	123
e) Tek Satıcılık Sözleşmesi.....	124
i. Tanımı	124
ii. Tek satıcılık sözleşmesinde sır saklama yükümlülüğü	125
f) Banka Kredi Sözleşmesi.....	126
i. Tanımı	126
ii. Banka kredi sözleşmesinde sır saklama yükümlülüğü.....	126
g) Şirket Sözleşmesi	127
i. Adi Şirket	127
aa. Tanımı	127
bb. Adi şirkette sır saklama yükümlülüğü	128
ii. Kollektif ve Komandit Şirket	129
aa. Tanımı	129
bb. Kollektif ve komandit şirketlerde sır saklama yükümlülüğü	130
iii. Limited Şirket.....	132
aa. Tanımı	132

<i>bb. Limited şirketlerde sır saklama yükümlülüğü</i>	133
2. Sözleşme İlişkisi İçerisinde İşçi Buluşları	134
a) Hizmet Buluşları	135
b) Serbest Buluşları	137
c) Teknik İyileştirme Teklifleri	137
d) Değerlendirme	137
3. Gizlilik Sözleşmeleri	138
a) Tanımı	138
b) Unsurları	140
i. Gizli bilginin tanımlanması	140
ii. Ticarî sır ve gizli bilgi olarak tanımlanamayacak hususların belirlenmesi	140
c) Ticarî Sırrın Verildiği Kişinin Borçları	142
d) Sona Ermesi	144
e) Değerlendirme	144
C - Sözleşme Sonrası Durum	146
IV. TBMM İÇ TÜZÜĞÜ'NDE YER ALAN KORUMA	151
V. TİCARÎ SIR BANKA SIRRİ VE MÜŞTERİ SIRRİ HAKKINDA KANUN TASARISI'NIN ÖN GÖRDÜĞÜ KORUMA	152

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ANONİM ŞİRKETLER AÇISINDAN TİCARÎ SIR VE TİCARÎ SIRRIN KORUNMASI

§1 – TÜRK TİCARET KANUNU'NDA ANONİM ŞİRKETLER AÇISINDAN TİCARÎ SIR VE SIR SAKLAMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

I. ANONİM ŞİRKETİN TİCARÎ SIRRİ	152
II. ANONİM ŞİRKETİN TİCARÎ SIRRININ ÇEŞİTLİ HUKUKÎ KURUMLARLA İLİŞKİSİ	153
A – TTK m. 363, Pay Sahibinin Bilgi Alma Hakkı – Anonim Şirketin Ticarî Sırrı İlişkisi	153

1. Pay Sahibinin Bilgi Alma Hakkı Kavramı	153
2. TTK'da Pay Sahibinin Bilgi Alma Hakkının Düzenlenişi ve Anonim Şirketin Ticarî Sırrı ile İlişkisi.....	154
3. TTK Tasarısı'nda Yer Alan Pay Sahibinin Bilgi Alma Hakkına İlişkin Değerlendirme	164
B – Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin ve Denetçilerin Sadakat Yükümlülüğü ve Ticarî Sır İlişkisi.....	166
1. Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin ve Denetçilerin Özen Yükümlülüğü ve Ticarî Sır İlişkisi.....	167
2. Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyelerinin ve Denetçilerin Sır Saklama Yükümlülüğü ve Anonim Şirketin Ticarî Sırrı İlişkisi.....	171
3. Yönetim Kurulu Üyelerinin ve Denetçilerin Sadakat Yükümlülüğüne Aykırı Davranışlarının Sonuçları.	173
a) Yönetim Kurulu Üyelerinin Sadakat Yükümlülüğüne Aykırı Davranışlarının Sonuçları	176
b) Denetçilerin Sadakat Yükümlülüğüne Aykırı Davranışlarının Sonuçları....	169
§ 2 - SERMAYE PİYASASI KANUNU ÇERÇEVESİNDE TİCARÎ SIR VE TİCARÎ SIRRIN KORUNMASI	
I. HALKA AÇIK ANONİM ORTAKLIK.....	179
A – Kamuyu Aydınlatma İlkesi	179
1. Tanım, Amaç ve Türk Hukukunda Düzenlenişi.....	179
2. Kurumsal Yönetim İlkeleri Açısından Kamuyu Aydınlatma İlkesi.....	184
3. Bilgi Edinme Hakkı Kanunu Çerçevesinde Sermaye Piyasası ve İstanbul Menkul Kıymetler Borsası'nın Bilgi Verme Yükümlülüğü	187
4. Değerlendirme.....	189
B – Bağımsız Denetim ve Derecelendirme Faaliyetleri	191
1. Bağımsız Denetim Faaliyeti.....	191
2. Derecelendirme Faaliyeti.....	192
3. Değerlendirme.....	194
C – İçerden Öğrenenlerin Ticareti	195
1. Tanım.....	195
2. Unsurları	198

a) Bilginin Sermaye Piyasası Araçlarının Değerini Etkileyebilecek Nitelikte Olması	198
b) Bilginin Kamuya Açıklanmamış Olması	201
c) İçerden Sermaye Piyasası Araçlarının Değerini Etkileyen Bilgiyi Elde Etmesi ve Bu Bilginin İçerden Öğrenenler Tarafından Kullanılması	202
3. İçerden Öğrenenler	203
4. Bilgi İzolasyonu	204
5. Değerlendirme	208
II. ARACILIK FAALİYETLERİ	210
III. DİĞER FAALİYETLERİ	212
A – Yatırım Danışmanlığı	212
B – Portföy Yönetimi	214
§ 3 - ANONİM ŞİRKET OLARAK KURULMASI GEREKEN ŞİRKETLER AÇISINDAN TİCARÎ SIR VE TİCARÎ SIRRIN KORUNMASI	
I. BANKALAR AÇISINDAN TİCARÎ SIR VE TİCARÎ SIRRIN KORUNMASI	216
A – Diğer Hukuk Sistemlerinde Bankacılık Sırrı ve Bankacılık Sırrının Korunması	204
B - Türk Hukukunda Bankacılık Sırrı ve Bankacılık Sırrının Korunması	221
II. SİGORTA VE REASÜRANS ŞİRKETLERİ AÇISINDAN TİCARÎ SIR VE TİCARÎ SIRRIN KORUNMASI	221
A - Sigorta ve Reasürans Şirketlerinde Ticarî Sır	226
B - Sır Saklama Yükümlülükleri	229
1. Sigorta Acentesi	229
2. Diğer Kişiler	231
SONUÇ	233
ÖZET	241
ABSTRACT	243

KISALTMALAR

AB	Avrupa Birliği
ABD	Ankara Barosu Dergisi
AdD	Adalet Dergisi
Admin. L. Rev	Administrative Law Review
AGB – Gesetz	Gesetz über Allgemeine Geschäftsbedingungen
AktG	Aktiengesetzbuch
Alb. L. Rev.	Albany Law Review
Am. J. Trial Advoc.	American Journal of Trial Advocacy
AnSVG	Anlegerschutzverbesserungsgesetz
APOK	Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu
Ariz L. Rev.	Arizona Law Review
Ariz. J. Int’I & Comp. L	Arizona Journal of International and Comparative Law
aşa.	aşağıda
Aufl.	Auflage
AÜHFD	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜSBFD	Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
B.	Bası
b.	bent
B. C. Int’I & Comp. L. Rev.	Boston College International and Comparative Law Review
Batider	Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
Bd.	Band
BDDK	Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu
BEHK	Bilgi Edinme Hakkı Kanunu
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BK	Türk Borçlar Kanunu
Bk.	Bakınız
Brook. L. Rev.	Brooklyn Law Review
Bus. Law.	Business Lawyer
C.	Cilt
Cal. L. Rev.	California Law Review
Cardozo Arts & Ent. L. J.	Cardozo Arts & Entertainment Law Journal
CML Rev.	Common Market Law Review
Colum. L. Rev.	Columbia Law Review
Comp. Lab. L. & Pol’y J.	Comparative Labor Law & Policy Journal
Çev.	Çeviren
Diss.	Dissertation
dn.	dipnotu
Duke L. J.	Duke Law Journal
E.	Esas
EBLR	European Business Law Review
EC	European Community
Ed./ed.	Edition / edited

EDI L. Rev.	EDI Law Review
EEA	The Economic Espionage Act of 1996
Erasmus L. & Eco. Rev.	Erasmus Law & Economics Review
ESADER	Eskişehir İktisadî ve Ticarî İlimler Akademisi Dergisi
EU	European Union
Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L. J.	Fordham Intellectual Property, Media & Entertainment Law Journal
Fordham J. Corp. & Fin. L.	Fordham Journal of Corporate & Financial Law Review
FSEK	Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu
Ga. L. Rev.	Georgia Law Review
GATT	General Agreements on Tariffs and Trade
Geo. Mason L. Rev.	Georgia Mason Law Review
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
HAAO	Halka Açık Anonim Ortaklık
Harv. L. Rev.	Harvard Law Review
Hastings Comm. & Ent. L. J.	Hastings Communications and Entertainment Law Journal
HD	Yargıtay... Hukuk Dairesi
HGB	Handelsgesetzbuch
Hous. L. Rev.	Houston Law Review
HUMK	Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
IDEA	IDEA The Journal Of Law and Technology
Int'l J. L. & Info. Tech.	International Journal of Information Technology
Int'l J. of Franchising & Distribution L.	International Journal of Franchising and Distribution Law
Int'l Tax & Bus. Law.	International Tax & Business Lawyer
İkt. Mal.	İktisat ve Maliye Dergisi
İMKB	İstanbul Menkul Kıymetler Borsası
İsv. BK	İsviçre Borçlar Kanunu
J. Corp. L.	Journal of Corporation Law
J. Pat & Trademark Off. Soc'y	Journal of the Patent and Trademark Office Society
Jurimetrics J.	Jurimetrics Journal
K.	Karar
KHK	Kanun Hükmünde Kararname
krş.	karşılaştırınız
Law & Bus. Rev. Am.	Law and Business Review of Americas
m.	madde
MAD	Market Abuse Directive
MED	Muhasebe Enstitüsü Dergisi
MHAD	Mukayeseli Hukuk Araştırma Dergisi
Mich. YBI Legal Stud.	Michigan Yearbook of International Legal Studies
MK	Türk Medenî Kanunu

N., No.	Numara, Number, Nummer
N.Y.U.L. Rev.	New York University Law Review
Neb. L. Rev.	Nebraska Law Review
NW. J. Int'l L. Bus.	Northwestern Journal of International Law & Business
OR	Obligationenrecht
p.	paragraf
PatKHK	Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun
Rekabetin Korunması Hakkında Kanun	Hükmünde Kararname
RG	RKK
s.	Resmî Gazete
S. C. L. Rev.	sayfa
S.M.U. L. Rev.	Souht California Law Review
SEC	SMU Law Review
SerPK	Securities Exchange Commission
SK	Sermaye Piyasası Kanunu
SPK	Sigortacılık Kanunu
SPKKYİ	Sermaye Piyasası Kurulu
St. Louis U. L. J.	Sermaye Piyasası Kurulu Kurumsal Yönetim İlkeleri
Stan. L. Rev.	Saint Louis University Law Journal
TCK	Stanford Law Review
Tex. Intell. Prop. L. J.	Türk Ceza Kanunu
TRIPS	Texas Intellectual Property Law Journal
TTK	Agreement on Trade – Related Aspects of Intellectual Property Rights
Tul. J. Tech & Intell. Prop.	Türk Ticaret Kanunu
U. Cin. L. Rev.	Tulane Journal of Technology and Intellectual Property
UCLA L. Rev.	University of Cincinnati Law Review
UTSA	UCLA Law Review
UWG	Uniform Trade Secrets Act
V.	Gesetz zum Schutz gegen den unlauteren Wettbewerb
v.	Volume
Val. U. L. Rev.	versus
vb	Valparaiso University Law Review
vd	ve benzeri, ve bunun gibi, ve başkaları
W. New Eng. L. Rev.	ve devamı
Wash. U. L. Q.	Western New England Law Review
Wm. & Mary L. Rev.	Washington University Law Quarterly
WTO	William and Mary Law Review
Y.	World Trade Organization
Yale J. L. & Hum.	Yıl
Yön	Yale Journal of Law & the Humanities
	Yönetmelik

BİBLİYOGRAFYA*

- AKIN, Yusuf Murat** : Şirketler Hukukunda ve Özellikle A.Ş. lerde Pay Sahibinin Sadakat Borcu, İstanbul 2002.
- AKİPEK, Jale G./AKINTÜRK, Turgut** : Türk Medenî Hukuku, C. I, B. 4, İstanbul 2002.
- AKYOL, Şener** : Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri), Know – How, Management – Joint Venture ve Büyük Çaplı İnşaat Sözleşmeleri, İstanbul 1997.
- AKYOL, Şener** : Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasası, B. 2, İstanbul 2006.
- ALTOP, Atilla** : Türk, İsviçre ve Alman Hukuklarında Bankaların Verdikleri Banka Bilgilerinden Dolayı Hukukî Sorumlulukları, İstanbul 1996.
- ANDENAS, Mads/ZLEPTNIG, Stefan** : “Surveillance and Data Protection: Regulatory Approaches in the EU and Member States”, ELBR 2003, V. 14, s. 765 vd.
- ANSAY, Tuğrul** : Çağdaş Anonim Şirketlerin Sorunları ve Türk Anonim Şirketleri, Ankara 1971.
- ANSAY, Tuğrul** : Anonim Şirketler Hukuku, B. 6, Ankara 1982 (Anılış: *Ansay*, AŞ).
- ARKAN, Sabih** : Ticarî İşletme Hukuku, B. 10, Ankara 2007.
- ARSEVEN, Haydar** : Nazarî ve Tatbikî Alâmeti Farika Hukuku, İstanbul 1951.
- ARSLANLI, Halil** : Anonim Şirketler I, Umumî Hükümler, B. 3, İstanbul 1960 (Anılış: *Arslanlı*, AŞ).
- ARSLANLI, Halil** : Kara Ticareti Hukuku, Umumî Hükümler, İstanbul 1960.
- ATABEK, Reşat** : “Banka Sırrı”, Batider 1982, C. XI, S. 4, s. 95 vd.
- ATAN, Turhan** : Anonim Şirketlerde İdare Meclisi Azalarının Hukukî Mesuliyeti, Ankara 1967.
- ATEŞ, Mustafa** : Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması, Ankara 2003.
- AUBERT, Maurice** : “The Limits of Swiss Banking Secrecy Under Domestic and International Law”, Int’l Tax & Bus. Law 1984, V. 2, s. 273 vd.
- AYHAN, Rıza** : Haksız Rekabet Nedeniyle Elde Edilen Menfaatlerin İadesi, Konya 1990.
- AYİTER, Nuşin** : Mamelek Kavramı Üzerine İnceleme, Ankara 1968.
- AYTAÇ, Zühtü** : “Denetçilerin Sır Saklama Yükümlülüğü”, Batider 1979, C.X, S. 1, s. 177 vd. (Anılış: *Aytaç*, Sır)
- AYTAÇ, Zühtü** : Anonim Ortaklıkta İbra, Ankara 1982 (Anılış: *Aytaç*, İbra).

(*) Birden çok eserinden yararlanılan yazarlara ve dörtten fazla yazarı olan bazı eserlere yapılan yollamalarda kullanılan kısaltmalar parantez içinde gösterilmiştir.

- BARLAS, Nami** : Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri, İstanbul 1998.
- BARRET, Margreth** : “The Law of Ideas Reconsidered”, J. Pat. & Trademark Off. Soc’y 1989, V. 71, s. 691 vd.
- BARTON, William B.** : “A Study in The Law of Trade Secrets”, U. Cin. L. Rev. 1939, V. 13, s. 507 vd.
- BAŞ, Mustafa** : Teknik Bilgi Lisans Sözleşmesi, Ankara 2000.
- BATTAL, Ahmet** : Güven Kurumu Nitelendirmesi Işığında Bankaların Hukukî Sorumluluğu, Ankara 2001 (Anılış: *Battal*, Güven).
- BATTAL, Ahmet** : Bankacılık Kanunu Şerhi, Ankara 2006.
- BAYKAL, Murat** : “Banka Kredi Sözleşmesi”, Batider 2002, C. XXI, S. 3, s. 49 vd.
- BAYTAN, Dilek Karakuzu** : Fikir Mülkiyeti Hukuku, İstanbul 2005.
- BENTLY, Lionel/ SHERMAN, Brad** : Intellectual Property Law, 2nd Ed., Oxford 2004.
- BERGKAMP, Lucas/DHONT Jan** : “Data Protection in Europe and the Internet. An Analysis of the European Community’s Privacy Legislation in the Context of World, Wide, Web”, The EDI L. Rev. 2000, V. 7, s. 71 vd.
- BERNACCI, Richard L./FRANK, Peter B./STATLAND, Norman** : Bernacchi on Computer Law A Guide to the Legal and Management Aspects of Computer Technology, V. 1, Boston 1986.
- BIGGER, Nahum/PLAUT, Steven E.** : “Trade Secrets, Firm-Specific Human Capital and Optimal Contracting”, EJLE 2000, V. 9, s. 49 vd.
- BIRDS, John/BOYLE Tony/MacNEIL, Iain/McCORMACK, Gerard/FLESNER, Christian/VILLIERS, Charlotte** : Boyle & Birds’ Company Law, 5th Ed., Bristol 2004 (Anılış: *Boyle & Birds* ve diğerleri).
- BİLGE, Mehmet E.** : “Limited Şirketlerde Ortakların Bilgi Alma Hakkı”, AUEHFD 2005, C. IX, S. 1-2, s. 429 vd. (Anılış: *Bilge*, Limited Şirket).
- BİLGE, Mehmet E.** : Ticarî Sırların Korunması, Ankara 2005 (Anılış: *Bilge*, Ticarî Sır).
- BİLGE, Necip** : Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri, Ankara 1971.
- BLAIR QC, William** : “England”, European Banking Law The Banker – Customer Relationship (ed. Ross Cranston), 2nd Ed., London/Hong Kong 1999, s. 11 vd.
- BONE, Robert G.** : “A New Look to the Trade Secret Law: Doctrine in Search of Justification”, Cal. L. Rev. 1998, V. 86, s.

- 241 vd.
- BOUCHOUX, Deborah E.** : Intellectual Property, The Law of Trademarks, Copyrights, Patents and Trade Secrets, New York 2000.
- BRENNER, Jules S.** : “The Doctrine of Inevitable Disclosure and its Inevitable Effect on Companies and People”, Law & Bus. Rev. Am. 2001, s. 647 vd.
- BRIDGE, Michael** : Personal Property Law, 3rd Ed., London 2002.
- BRUDNEY, Daniel** : “Hypothetical Consent and Moral Force”, L. & Phil. 1991, V. 10, s. 235 vd.
- BUSCH, David A./GEISSLER, Oliver S.** : “Sim-Lock, Prepaid Bundles und Strafbarkeit”, <http://www.jurawelt.com/download/aufsaeetze/simlock.pdf>, (15.10.2005).
- BÜRGI, Wolfahrt F.** : Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, 5. Teil, Die Aktiengesellschaft b/1: (Art. 660/697), Zürich 1957.
- CAMCI, Ömer** : Haksız Rekabet Davaları, İstanbul 2002.
- CANARIS, Claus-Wilhem** : Bankvertragsrecht, 3. Aufl., Berlin / Newyork 1988.
- Case L – 101/01 Bodil Lindquist, CML Rev. 2004, s. 1368 vd.
- CATE, Fred H** : Privacy in Information Age, Washington 1997.
- CHIAPPETTA, Vincent** : “Myth, Chameleon or Intellectual Property Olympian? A Normative Framework Supporting Trade Secret Law”, Geo. Mason L. Rev. 1999, V. 8, s. 69 vd.
- COHEN, Jerry/GUTTERMA, Alan S.** : Trade Secrets Protection and Exploitation, with 2000 Supplement, New York 1998.
- COLEMAN, Allison** : “Protecting Confidential Information”, Computer Law (ed.Chris Reed/John Angel), London 2000, s. 244 vd.
- CORNISH, William/LLEWELYN, David** : Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights, 5th Ed., London 2003.
- Corporate Law – Fiduciary Duties of Directors – Delaware Court of Chancery Finds Disney Directors Not Liable For Approval Of An Employment Agreement Providing \$ 140 Million In Termination Payments – In re Walt Disney Co. Derivative Litigation, No. Civ. A. 15452, 2005 WL 205665I (Del. Ch. Aug. 9, 2005)”, Harv. L. Rev. 2006, V. 119, s. 932 vd.
- ÇAMOĞLU, Ersin** : Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukukî Sorumluluğu, İstanbul 1972.
- ÇEVİK, Orhan N.** : Kollektif Şirketler Hukuku ve Uygulaması, Ankara 1978.
- ÇEVİK, Orhan N.** : Anonim Şirketler, Ankara 1988.
- ÇEVİK, Orhan N.** : Limited Şirketler Hukuku ve Uygulaması, Ankara 2003 (Anılış: Çevik, Limited Şirketler).
- DAVIES, Paul L.** : Gower’s Principles on Modern Company Law, London 2000.
- DE CARVALHO, Nuna Pires** : The TRIPS Regime of Patent Rights, The Hague

- 2002.
- DE MOTT, Deborah** : “Breach of Fiduciary Duty: On Justifiable Expectations of Loyalty and Their Consequences”, Ariz. L. Rev. 2006, V. 48, s. 925 vd.
- DELOITTE** : Uluslararası Finansal Raporlama Standartları, UFRS Cep Kitapçığı 2007.
- DENOZZA, Francesco** : “Nonfinancial Disclosure between Shareholder Value and Socially Responsible Investing”, Investor Protection in Europe (ed. Guido Ferrarini/Eddy Wymeersch), New York 2006, s.365 vd.
- DEREN – YILDIRIM, Nevhis** : Haksız Rekabet Hukuku ile Fikrî ve Sinaî Mülkiyet Hukuku’nda İhtiyati Tedbirler, B. 2, İstanbul 2002.
- DOĞAN, Murat** : “İnternette Şahsiyet Hakkının İhlali ve Korunması”, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp’e Armağan 2003, C. 2, s. 463 vd.
- DOĞAN, Ümit** : Adi Şirket Akdi, İstanbul 1968.
- DOMANIÇ, Hayri** : Adi, Kolektif ve Komandit Şirketler, B. 3, İstanbul 1970.
- DOMANIÇ, Hayri** : Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C. 1, İstanbul 1988 (Anılış: *Domaniç*, TTK Şerhi).
- DONAY, Süheyl** : Meslek Sırrının Açıklanması Suçu, Ankara 1978.
- DREYFUSS, Rochelle C.** : “Trade Secrets: How Well Should We Be Allowed to Hide Them? The Economic Espionage Act of 1996”, Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L. J. 1998, V. 9, s. 1 vd.
- DURAL, Mustafa** : Tüzel Kişiliğin Perdesinin Aralanması ya da Tüzel Kişinin Tabanına Basılması, Sermaye Piyasası Kurulu 15. Yıl Sempozyumu, Ankara 1998.
- DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan** : Türk Özel Hukuku, C. II, İstanbul 2004.
- DURDIK, Paul** : “Reverse Engineering As A Fair Use Defense To Software Copyright Infringement”, Jurimetrics J. 1994, V. 34, s. 451 vd.
- EFFRON, Robin** : “Secrets and Spies: Extraterritorial Application Of The Economic Espionage Act And The Trips Agreement”, N.Y.U.L. Rev. 2003, V. 78, s. 1475 vd.
- EPSTEIN, Michael A./ LEVI, Stuart D.** : “Protecting Trade Secret Information: A Plan For Proactive Strategy”, Bus. Law. 1988, V. 43, s. 887 vd.
- EPSTEIN, Richard A.** : “Privacy, Property Rights and Misrepresentation”, Ga. L. Rev. 1978, V. 12, s. 455 vd.
- ERBAY, İsmail** : Know – How Sözleşmesi, Ankara 2002.
- ERDEM, Ercüment** : “Tek Satıcılık Sözleşmesinde Denkleştirme Talebi”, Ünal Tekinalp’e Armağan, C. I, İstanbul 2003, s. 91 vd.
- EREL, Şafak** : Türk Fikir ve Sanat Hukuku, B. 2, Ankara 1998.
- EREM, Faruk/ALTIOK, Akın/TANDOĞAN, Halûk** : Bankalar Kanunu Şerhi, Ankara 1975.

- EREN, Fikret** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B. 9, İstanbul 2006.
ERİŞ, Gönen : Anonim Şirketler Hukuku, Ankara 1995.
EROĞLU, Cengiz A. : Kurumsal Yönetim İlkeleri Çerçevesinde Kamunun Aydınlatılması, Yeterlik Etüdü, Ankara 2003.
- ERTAŞ, Kudret** : İşçinin Sadakat Borcu, Ankara 1982.
ESENER, Turhan : İş Hukuku, B. 3, Ankara 1978.
EVİK, Ali Hakan : Sermaye Piyasası Araçlarının Değerini Etkileyebilecek Aldatıcı Hareketler Yapma (Manipülasyon) Suçları, Ankara 2004.
- FAGYAL, Paul** : “The Anti – Money Laundering Provisions of The Patriot Act: Should They Be Allowed To Sunset”, St. Louis U. L. J. 2006, V. 50, s. 1361 vd.
- FAHLBECK, Reinhold** : “Electronic Technology and Work: A Swedish Perspective”, Comp. Lab. L. & Pol’y J. 2002, V. 2, s. 257 vd.
- FERRARINI, Guido A.** : “The European Market Abuse Directive”, CML Rev. 2004, V. 41, s. 721.
- FISHER, Jonathan/BEWSEY, Jane/WATERS, Malcolm/OVEY, Elizabeth** : The Law of Investor Protection, 2nd Ed., London 2003 (Anılış: *Fisher* ve diğerleri).
- FOSTER Frank H./ SHOOK, Robert L.** : Patents, Copyrights and Trademarks, 2nd Ed., Ohio 1993.
- FRANCIS, William H./COLLINS, Robert C.** : Cases and Materials on Patent Law Including Trade Secrets, Copyrights, Trademarks, St Paul/ MN 2002.
- GELLHORN, Ernest** : “Business Secrets in Administrative Agency Adjudication”, Admin. L. Rev. 1969 – 1970, V. 22, s. 515 vd.
- GILL, Adam** : “The Inevitable Disclosure Doctrine: Inequitable Results Are Threatened But Not Inevitable”, Hastings Comm. & Ent. L. J. 2002, V. 24, s. 403 vd.
- GOODE, Roy** : Commercial Law, 3rd Ed., London 2004.
GORMAN, Christopher M. : “Are Chinese Walls The Best Solution to The Problems of Insider Trading and Conflicts of Interest in Broker – Dealers?”, Fordham J. Corp. & Fin. L. 2004, V. 9, s. 475 vd.
- GREEN, Mary Catherine** : The Bank Secrecy Act and The Common Law: In Search of Financial Privacy”, Ariz. J. Int’l & Comp. L. 1990, V. 7, s. 261 vd.
- GUHL, Theo/ KOLLER, Alfred/ SCHNYDER, Anton K./ DRUEY, Jean N** : Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Aufl., Zürich 2000.
- GUYENOT, Jean (Çev. ÖZTEK, Selçuk)** : “İmtiyazlı Bilgilere Sahip Olabilen ve Bu Bilgileri Borsada Kullanabilen Şahıslar: Fransa’da İçerden

- Öğrenen veya ‘İnsider Trading’”, Batider 1984, C. XII, S. 2 – 3, s. 99 vd.
- GÜLSOY, Tefik** : John Locke’un Siyaset Teorisinin Temel Kavramları ve Yasama Gücü, <http://www.jura.uni-sb.de/turkish/TGuelsoy1.html#fn6>, (05.01.2007).
- GÜMÜŞ, Alper M.** : Türk - İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu, İstanbul 2001.
- GÜNAL, Vural** : “Sermaye Şirketlerinde Halkı Aydınlatma İlkesi”, İstanbul Sanayi Odası Dergisi, S. 55, s. 31 vd.
- GÜNAY, Cevdet İlhan** : Cezaî Şart, Ankara 2002.
- GÜRPINAR, Damla** : Sözleşme Dışı Yanlış Tavsiyede Bulunma, Öğüt veya Bilgi Vermeden Doğan Hukukî Sorumluluk, İzmir 2006.
- GÜRZUMAR, Osman** : “2002/2 Sayılı Rekabet Kurulu Tebliği Çerçevesinde Dikey Anlaşmalar”, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu – I, Kayseri 2003, s.79 vd. (Anılış: *Gürzumar*, Dikey Anlaşma).
- GÜRZUMAR, Osman B.** : Franchise Sözleşmeleri ve Bu Sözleşmelerin Temelini Oluşturan “Sistem”lerin Hukuken Korunması, İstanbul 1995.
- HACIMAHMUTOĞLU, Sibel** : “AT Düzenlemeleri Işığında İçerden Öğrenilen Bilgi Kavramının Değerlendirilmesi”, Prof. Dr. Turgut Kalpsüz’e Armağan, Ankara 2003, s. 147 vd.
- HAMLER, Nathan** : “The Impending Merger of the Inevitable Disclosure Doctrine and Negative Trade Secrets: Is Trade Secret Law Headed in the Right Direction?”, J. Corp. L. 2000, V. 25, s. 383 vd.
- HANSEN, Jesper Lau** : “MAD in a Hurry: The Swift and Promising Adoption of the EU Market Abuse Directive”, EBLR 2004, V. 15 (2), s. 183 vd.
- HARRIS, Jonathan O.** : “The Doctrine of Inevitable Disclosure: A Proposal To Balance Employer and Employee Interests”, Wash. U. L. Q. 2000, V. 78, s. 325 vd.
- HASSELBACH, Kai** : “Report from Germany”, European Company Law 2005, V. 1, s. 27 vd.
- HEFERMEHL, Wolfgang/KÖHLER, Helmut/ BORNKAMM, Joachim** : UWG Kommentar, 26. Aufl., München 2008.
- HEISER, Kristian J.** : “Can Capital Market Law Approaches Be Harmonized With Essential Principles of Company Law”, EBLR 2000, V. 11, s. 60 vd.
- HELVACI, Mehmet** : Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukukî Sorumluluğu, B. 2, İstanbul 2001.
- HELVACI, Serap** : Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar, İstanbul 2001.
- HENGELLER, Hans** : “Zum Beratungsgeheimnis im Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft”, Gesellschaftsrecht und

- Unternehmensrecht, Festschrift für Wolfgang Schilling zum 65. Geburtstag am 5.6.1973, Zurich 1973, s. 173 vd.
- HERRMANN, Harald** : “Bank – Customer Relationship in German Law and Practice”, German Banking Law and Practice in International Perspective (Ed. Norbert Horn), Berlin 1999.
- HILTON, Willam E.** : “What Sort of Improper Conduct Constitutes Misappropriation of a Trade Secret”, IDEA 1989 – 1990, V. 30, s. 287 vd.
- HİRŞ, Ernst** : Ticaret Hukuku, B. 3, İstanbul 1946.
- HORN, Norbert** : “Germany”, European Banking Law The Banker – Customer Relationship (ed. Ross Cranston), 2nd Ed., London/ Hong Kong 1999, s. 63 vd.
- HUTTER, Michael J.** : “Trade Secret Misappropriation: A Lawyer’s Practical Approach to The Case Law”, W. New Eng. L. Rev. 1978, V. 1, s. 1 vd.
- İHTİYAR, Mustafa** : Sermaye Piyasası Hukukunda Kamuyu Aydınlatma İlkesi, İstanbul 2006.
- İMRE, Zahit** : “Şahsiyet Hakkının Korunmasına İlişkin Genel Esaslar, Özellikle İsim Hakkı ve İsim Hakkının Koruması”, Dr. A. Recai Seçkin’e Armağan 1974, s. 797 vd.
- İMREGÜN, Oğuz** : Kara Ticareti Hukuku Dersleri, B. 4, İstanbul 1977.
- İMREGÜN, Oğuz** : Kollektif, Komandit, Sermayesi Paylara Bölünmüş Komandit Ortaklıklar, İstanbul 1989 (Anılış: *İmregün*, Kolektif Şirket)
- İMREGÜN, Oğuz** : Anonim Ortaklıklar, B. 4, İstanbul 1989 (Anılış: *İmregün*: AŞ).
- İMREGÜN, Oğuz** : “Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyelerinin Ortaklığa Karşı Hukuksal Sorumu”, Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu’na 65. Yaş Günü Armağanı 2001, B. 2, s. 255 vd. (Anılış: *İmregün*, Hukukî Sorum).
- İNAN, Nurkut** : “Tek Satıcılık Sözleşmesi ve Üçüncü Kişiler”, Batider 1993, C. XVII, S. 2, s. 55 vd.
- İŞGÜZAR, Hasan** : Tek Satıcılık Sözleşmesi, Ankara 1989.
- İZVEREN, Adil** : “Bankalarda Meslekî Sır ve Bunun İfşasının Hukukî Neticeleri”, ABD 1955, C.1, S. 1 – 6, s. 690 vd.
- JAMIESON, Kirk D.** : “A Model to Harmonize Trade Secret Injunctions”, Neb. L. Rev. 1993, V. 72, s. 515 vd.
- JONES, Todd** : “Compulsion Over Community: The United States’ Assault on Foreign Bank Secrecy”, NW. J. Int’l L. Bus. 1992, V. 12, s. 454 vd.
- KABAALİOĞLU, Haluk** : “Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Finansal Bilgi Alma Hakkı”, MED 1980, Y. 6, S. 21 – 22, s. 25 vd.
- KAPANİ, Münci** : Kamu Hürriyetleri, B. 7, Ankara 1993.

- KAPLAN, İbrahim** : “Kişilik Haklarının Kitle Haberleşme Araçları Karşısında Korunması”, AdD 1979, S. 3 – 4, s. 200 vd.
- KAPLAN, İbrahim** : Banka Sözleşmeleri Hukuku, C. I, Ankara 1996 (Anılış: *Kaplan*, Banka Sözleşmeleri).
- KAPLAN, İbrahim** : “Banka Gizliliği-Bankanın Sır Saklama Borcu”, Batider 1990, C. XV, S. 4, s. 3 vd. (Anılış: *Kaplan*, Banka Gizliliği).
- KAPLAN, Tuncay Emine** : “ İş Hukukunda Hakların Özellikle Bilgisayarda Toplanan Bilgilere Karşı Korunması”, AÜSBFD 1997, C. 52, No. 1-4, s. 367 vd.
- KARAHAN, Sami** : Yeni Marka Hukuku Mevzuatı, Notlu, B. 2, Konya 2000.
- KARASU, Rauf** : “Ticaret Kanunu Tasarısı’na Göre Anonim Şirket Pay Sahibinin Bilgi Alma Hakkı”, Batider 2005, C. XXIII, S. 2, s. 73 vd.
- KARAYALÇIN, Yaşar** : Ticaret Hukuku Dersleri, C. I Ticarî İşletme, B. 3, Ankara 1968 (Anılış: *Karayalçın*, Ticarî İşletme).
- KARAYALÇIN, Yaşar** : Muhasebe Hukuku, B. 2, Ankara 1988 (Anılış: *Karayalçın*, Muhasebe).
- KARSLI, Muharrem** : Sermaye Piyasası, Borsa, Menkul Kıymetler, İstanbul 2003
- KATZ, Larissa** : “A Power – Based Approach to the Protection of Ideas”, Cardozo Arts & Ent. L. J. 2006, V. 23, s. 687 vd.
- KAYA, Arslan** : Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Bilgi Alma Hakkı, Ankara 2001 (Anılış: *Kaya*, Bilgi Alma).
- KAYA, Arslan** : Türkiye Barolar Birliği Bilgi Edinme Hakkı Paneli, Ankara 2004 (Anılış: *Kaya*, Bilgi Edinme).
- KAYA, Arslan** : Marka Hukuku, İstanbul 2006 (Anılış: *Kaya*, Marka).
- KAYAR, İsmail** : Anonim Ortaklıkta Malî Durumun Bozulması ve Alınacak Tedbirler, Konya 1997.
- KAYIHAN, Şaban** : Türk Hukukunda Acentelik Sözleşmesi, B. 2, Ankara 2003.
- KENDER, Rageyân** : Türkiye’de Hususi Sigorta Hukuku, B. 7, İstanbul 2001
- KILIÇ, Saim** : Sermaye Piyasasında Yatırımcının Korunması, Ankara 1997.
- KILIÇOĞLU, Ahmet** : Şeref, Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırıdan Hukuksal Sorumluluk, B. 2, Ankara 1993.
- KIRCA, Çiğdem** : “Know – How Sözleşmesinin Hukukî Niteliği”, Prof. Dr. Ali Bozer’e Armağan, Ankara 1998, s. 243 vd. (Anılış: *Kırca*, Know – How Sözleşmesi).
- KIRCA, Çiğdem** : Bilgi Vermeden Dolayı Üçüncü Kişiye Karşı Sorumluluk, Ankara 2004.
- KIRCA, Çiğdem** : Franchise Sözleşmesi, Ankara 1997 (Anılış: *Kırca*, Franchise).
- KITCH, Edmund W.** : “The Expansion of Trade Secrecy Protection and The

- Mobility of Management Employees: A New Problem for the Law”, S. C. L. Rev. 1996, V. 47, s. 659 vd.
- KLOEPFER, Michael** : Informationrecht, München 2002.
- KOCAAĞA, Köksal** : Türk Özel Hukukunda Cezaî Şart, Ankara 2003.
- KRAUSKOPT, Lutz** : “Comments on Switzerland’s Insider Trading, Money Laundering and Banking Secrecy Laws”, Int’l Tax & Bus. Law. 1991, V. 9, s. 277 vd.
- KROITZ, Rainer** : Informatikrecht, Berlin 2002.
- LARENZ, Karl** : Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. I Allgemeiner Teil, 14. Aufl., München 1987.
- LIPTON, Jacqueline** : “A Revised ‘Property’ Concept for the New Millennium?”, Int’l J. L. & Info. Tech. 1999, V. 7, No. 2, s. 171 vd.
- LIPTON, Martin/MAZUR Robert B.** : “The Chinese Wall Solution to the Conflict Problems of Securities Firms”, N.Y.U.L. Rev. 1975, V. 50, s. 459 vd.
- LOWRY, Suellen** : “Inevitable Disclosure Trade Secret Disputes: Dissolutions of Concurrent Property Interests”, Stan. L. Rev. 1988, V. 40, s. 519 vd.
- MANAVGAT, Çağlar** : Alenî Pay Alım Teklifi, Ankara 1997.
- MANAVGAT, Çağlar** : “Türk Hukukunda ‘İçerden Öğrenen Kavramı’, Batider 1998, C. XIX, S. 4, s. 177 vd. (Anıliş: *Manavgat, İçerden Öğrenen*).
- MARKUS, E.J.** : “Trade – Related Intellectual Property Rights”, European Economy 1993, No. 52, s. 157 vd.
- MCNEIL, Michael** : “Trade Secret Protection for Mass Market Computer Software: Old Solutions For New Problems” Alb. L. Rev. 1987, V. 51, s. 293 vd.
- MEDICUS, Dieter** : Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, 17. Aufl., München 2006.
- MENCKEN, Jennifer A.** : “Supervising Secrecy: Preventing Abuses Within Bank Secrecy and Financial Privacy Systems, B. C. Int’l & Comp. L. Rev. 1998, V. 21, s. 461 vd.
- MERRILL, Thomas W./ SMITH, Henry E.** : “Optimal Standartization in The Law of Property: The Numerus Clausus Principle”, Yale J. L. 2000, V. 110, s. 1 vd.
- MIGRIM, Roger M.** : Milgrim on Trade Secrets, V. I, New York 2006.
- MILLARD, Christopher** : “Communications Privacy”, Telecommunications Law (ed. Ian Walden/John Angle), London 2001, s. 382 vd.
- MİMAROĞLU, Sait Kemal** : Anonim Şirketlerde İdare Meclisi Azalarının Hukukî Mesuliyeti, Ankara 1967.
- MUSIELAK, Hans Johachim** : “Die Bankauskunft nach dem Recht der Bundesrepublik Deutschland”, Bankgeheimnis und Bankauskunft in der Bundesrepublik Deutschland in ausländischen Rechtsordnungen, Abteilung B:

- Rechtswissenschaft, Bd. 2, Berlin 1986.
- NARMANLIOĞLU, Ünal** : İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri I, B. 3, İzmir 1998.
- NIMMER, Raymond T.** : The Law of Computer Technology, 3rd Ed., New York 1997.
- NOMER, Füsün N.** : Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Sadakat Yükümlülüğü, İstanbul 1999.
- NORTON, Joseph J.** : “A United States Comparison”, European Banking Law The Banker – Customer Relationship (ed. Ross Cranston), 2nd Ed., London/Hong Kong 1999 s. 165 vd.
- ODAMAN, Serkan** : İşverenin Hizmet Sözleşmesini Ahlak ve İyiniyet Kuralları ve Benzerlerine Aykırılık Nedeniyle Fesih Hakkı, Ankara 2003.
- OECD** : Corporate Governance in Turkey, A Pilot Study, OECD 2006 (Anılış: *Pilot study*).
- OFFICIAL JOURNAL OF EUROPEAN COMMUNITIES:** Guidelines on Vertical Restraints, (2000) C 291/1
- OĞUZMAN, Kemal M./SELİÇİ, Özer/OKTAY, Saibe** : Kişiler Hukuku, B. 8, İstanbul 2005.
- OĞUZMAN, Kemal/ BARLAS, Nami** : Medeni Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, B. 13, İstanbul 2006.
- OĞUZMAN, Kemal/ SELİÇİ, Özer/OKTAY, Saibe** : Eşya Hukuku, B. 11, İstanbul 2006 (Anılış, *Oğuzman, Eşya*)
- OĞUZMAN, Kemal/ÖZ, Turgut** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B. 4, İstanbul 2005
- ORTAN, Ali Necip** : İşçi Buluşları Hukuku, İzmir 1987.
- ORTAN, Ali Necip** : Patent Lisansı Sözleşmesi, Ankara 1979.
- ÖÇAL, Akar** : “İsviçre’de ve İtalya’da Hesap Denetçilerinin Sorumluluğu”, ESADER 1978, C. XIV, S. 1, s. 366 vd.
- ÖĞÜZ, Tufan** : Know – How Sözleşmesi, İstanbul 2001.
- ÖRS, Halil Fahri** : Türk Hususî Hukukunda Haksız Rekabet, Hukukî Mahiyeti ve Rekabet Hakkının Himayesi, Ankara 1958.
- ÖZ, Turgut** : Öğreti ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme, İstanbul 1990.
- ÖZAKMAN, Cumhur** : “Sebepsiz Zenginleşme Davasının Mahiyeti ve Konusu”, Günümüzde Yargı 1977, S. 18, s. 5 vd.
- ÖZKAYA, Eraslan** : Vekâlet Sözleşmesi ve Hakkın Kötüye Kullanılması, Ankara 1997.
- ÖZSUNAY, Ergun** : Gerçek Kişilerin Hukukî Durumu, İstanbul 1979 (Anılış: *Özsunay, Gerçek Kişiler*).

- ÖZSUNAY, Ergun** : Medenî Hukuka Giriş, B. 5, İstanbul 1986 (Anılış: *Özsunay*, Medeni Hukuk).
- ÖZTEK, Selçuk** : “Şirketler Gruplarında Yavru Şirketlerdeki Azınlık Pay Sahiplerinin Türk Ticaret Kanunu m. 363 / İsviçre Borçlar Kanunu m. 697 Çerçevesinde Bilgi Alma Hakkı”, Prof. Dr. Ernst E. Hirsh’in Hatırasına Armağan, Ankara 1986, s. 293 vd.
- ÖZTRAK, İlhan** : Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Haklar, Ankara 1971.
- PASLI, Ali** : Anonim Ortaklık Kurumsal Yönetimi, B. 2, İstanbul 2005.
- PENNER, James** : “The Bundle of Rights Picture of Property”, UCLA L. Rev. 1996, V. 43, s. 711 vd.
- PENNER, James** : The Idea of Property in Law, Oxford 2000.
- PETERSEN, Jens** : Das Bankgeheimnis, Individualschutz und Institutionsschutz, Tübingen 2005.
- PETERSON, Gale R.** : “Trade Secrets in an Information Age”, Hous. L. Rev. 1995 – 1996, V. 32, s. 385 vd.
- PFISTER, Bernard** : Das technische Geheimnis “Know – how” als Vermögensrecht, München 1974.
- PHILLIPS, Joseph F.** : “Inevitable Disclosure Through an Internet Lens: Is The Doctrine’s Demise Truly Inevitable?”, Wm. & Mary L. Rev. 2003, V. 45, s. 395 vd.
- PIANON, Alberto** : “Trade Secret Vs. Open Source: And The Winner Is...”, Erasmus L. & Eco. Rev. 2004, V. 1, s. 47 vd.
- POOLEY, James/ LEMLEY, Mark A./ TOREN, Peter J.** : “Understanding the Economic Espionage Act of 1996”, Tex. Intell. Prop. L. J. 1997, V. 5, s. 177 vd.
- POROY, Reha/TEKİNALP, Ünal/ ÇAMOĞLU, Ersin** : Ortaklıklar Hukuku, C. I, B. 2, İstanbul 1975.
- POROY, Reha/TEKİNALP, Ünal/ÇAMOĞLU Ersin** : Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, B. 10, İstanbul 2005.
- POROY, Reha/YASAMAN, Hamdi** : Ticarî İşletme Hukuku, B. 11, İstanbul 2006.
- POSER, Norman S.** : “Chinese Wall or Emperor’s New Clothes? Regulating Conflicts of Interest of Securities Firms in the U.S. and the U.K.”, Mich. YBI Legal Stud. 1988, s. 91 vd.
- PULAŞLI, Hasan** : Şirketler Hukuku, B. 4, Adana 2003.
- REED, Christopher** : Internet Law: Text and Materials, London 2000
- REICHMAN, J. H.** : “Design Protection in Domestic and Foreign Copyright Law: From The Bern Revision of 1948 to the Copyright Act of 1976”, Duke L. J. 1983, V. 1983, s. 1143 vd.
- REİSOĞLU, Seza** : Hizmet Akdi: Mahiyeti – Unsurları – Hükümleri, Ankara 1968.

- REİSOĞLU, Seza** : Bankalar Kanunu Şerhi ve Bankacılık Uygulamasında Diğer Kavramlar, Ankara 2002 (Anılış: *Reisoğlu*, Şerh).
- ROCKMAN, Howard B.** : Intellectual Property Law for Engineers and Scientists, Chicago 2004.
- ROWE, Elizabeth A.** : “When Trade Secrets Become Shackle: Fairness and the Inevitable Disclosure Doctrine”, Tul. J. Tech & Intell. Prop. 2005, V. 7, s. 169 vd.
- RUHL, Christopher A.** : “Corporate and Economic Espionage: A Model Penal Approach for Legal Deterrence to Theft of Corporate Trade Secrets and Proprietary Business Information”, Val. U. L. Rev. 1999, V. 33, s. 763 vd.
- RÜTZEL, Sonja** : “Illegale Unternehmensgeheimnisse?”, GRUR 1995, s. 557 vd.
- SABAN, Nihal** : Franchising ve Vergilendirme, İstanbul 1997.
- SANDEEN, Sharon K.** : “A Contract by Other Name Is Still A Contract: Examining the Effectiveness of Trade Secret Clauses To Protect Trade Secret Cases”, IDEA 2004 – 2005, V. 45, s. 119 vd.
- SAYMEN, Ferit H.** : Türk İş Hukuku, İstanbul 1958.
- SCHEPPELE, Kim Lane/**
WALDRON, Jeremy : “Contractarian Methods in Political and Legal Evaluation”, Yale J. L. & Hum. 1991, V. 3, s. 195 vd.
- SCHILLER, Arthur** : “Trade Secrets and The Roman Law: The Actio Servi Corrupti”, Colum. L. Rev. 1930, V. 30, s. 837 vd.
- SEROZAN, Rona** : Medenî Hukuk, Genel Bölüm, İstanbul 2005 (Anılış: *Serozan*, Medeni).
- SEROZAN, Rona** : Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. III, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, B. 4, İstanbul 2006 (Anılış: *Serozan*, İfa).
- SEROZAN, Rona** : “ ‘Culpa in Contrahendo’, ‘Akdin Müsbet İhlali’ ve ‘Üçüncü Kişiyi Korumucu Etkili Sözleşme’ Kurumlarının Ortak Temeli: Edim Yükümünden Bağımsız Borç İlişkisi, MHAD 1968, s. 108 vd.
- SICHTERMANN, Siegfried/**
FEUERBORN, Sabine : Das Bankgeheimnis, Bonn 1987.
- SIMPSON, Michael** : “Future of Innovation, Trade Secrets, Property Rights, and Protectionism – An Age – Old Tale”, Brook. L. Rev. 2005, V. 70, s. 1121 vd.
- SINGER, Joseph W.** : Introduction to Property, New York 2001.
- STIM, Richard/FISHMAN, Stephen** : Nondisclosure Agreements Protect Your Trade Secrets & More, Berkeley 2001.
- STOKES, Hugh** : “Data Protection Law and Distribution and Franchising Agreements”, Int’l J. of Franchising & Distribution L. 2001, V. 2, s. 221 vd.
- STUMPF, Herbert** : Der Know – how Vertrag, 3. neubearbeitete Aufl.,

- Heidelberg 1977.
- SUNGURBEY, Ayfer K.** : Yetkisiz Temsil Özellikle Culpa in Contrahendo, İstanbul 1998.
- SÜMER, Ayşe** : Türk Sermaye Piyasası Hukuku ve Seçilmiş Mevzuat, B. 3, İstanbul 2002.
- ŞEHİRALİ, Feyzan H.** : Patent Haklarının Korunması, Ankara 1998.
- ŞENOCAK, Kemal** : “İşletme Personelinin Ayartılması Meselesinin Haksız Rekabet Hükümleri Çerçevesinde (TTK m. 56 vd.) Değerlendirilmesi, AÜHFD 2001, C. 30, S. 2, s. 193 vd.
- TANDOĞAN, Halûk** : Türk Mes’uliyet Hukuku, Ankara 1961 (Anılış: *Tandoğan*, Mesuliyet).
- TANDOĞAN, Halûk** : “Tek Satıcılık Sözleşmesi”, Batider 1982, C.XI, S. 4, s. 1 vd. (Anılış: *Tandoğan*, Tek Satıcılık Sözleşmesi).
- TANDOĞAN, Halûk** : Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C. II, B. 4, İstanbul 1989 (Anılış: *Tandoğan*, C. II).
- TEKİL, Fahiman** : Anonim Şirketler Hukuku, B. 2, İstanbul 1998.
- TEKİNALP, Ünal** : Anonim Ortaklığın Bilançosu ve Yedek Akçeleri, Kamuyu Aydınlatma İlkesi İle, İstanbul 1979 (Anılış: *Tekinalp*, Bilanço).
- TEKİNALP, Ünal** : “Finansal Bilgi Elde Etme Hakkı”, MED 1980, Y. 6, S. 21 – 22, s. 13 vd. (Anılış: *Tekinalp*, Bilgi Elde Etme Hakkı).
- TEKİNALP, Ünal** : Sermaye Piyasası Hukukunun Esasları, İstanbul 1982 (Anılış: *Tekinalp*, Sermaye).
- TEKİNALP, Ünal** : “İçerden Öğrenenlerin Ticareti Sorunu”, İkt. Mal. 1984, C. 33, S. 9, s. 310 vd. (Anılış: *Tekinalp*, İçerden Öğrenen).
- TEKİNALP, Ünal** : Banka Hukukunun Esasları, İstanbul 1988 (Anılış: *Tekinalp*, Banka).
- TEKİNALP, Ünal** : Fikrî Mülkiyet Hukuku, B. 4, İstanbul 2005 (Anılış: *Tekinalp*, Fikrî Mülkiyet).
- TEKİNALP, Ünal** : “Anonim Ortaklıklar Hukukunda Kamuyu Aydınlatma İlkesi ve Günümüzün Bazı Tartışmaları”, İkt. Mal. 1964, C. 11, S. 1 s.20 vd.
- TEKİNAY, / AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP** : Tekinay Borçlar Hukuku, B. 7, İstanbul 1993.
- TELLİ, Serap** : Devletler Hukuku Açısından Uluslararası Ticaret ve Kurumsallaşması, Ankara 1991.
- TEOMAN, Ömer** : “Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Bilgi Alma Hakkı Üstüne”, İkt. Mal. 1972, C. 18, S. 1, s. 20 vd. (Anılış: *Teoman*, Bilgi).
- TEOMAN, Ömer** : “Bağlı Nama Yazılı Pay Senedi ve Halka Açık Anonim Ortaklık Üzerine Düşünceler”, İktisat ve Maliye Dergisi 1972, C. 19, S. 1, s. 23 vd.
- TEOMAN, Ömer (Ülgen, Hüseyin/Helvacı,**

- Mehmet/Kendigelen, Abuzer/Kaya, Arslan/Nomer Ertan, N. Füsün)** : Ticarî İşletme Hukuku, İstanbul 2006.
- TEZCANLI, Meral Varış** : İçerden Öğrenenlerin Ticareti ve Manipülasyonlar, İstanbul 1996.
- TOPÇUOĞLU, Metin** : “Franchise Sözleşmesinde Bağlayıcı Kayıtlar ve Rekabet Hukuku”, Batider 2003, C. XXII, S. 1, s. 113 vd.
- TOROSLU, Nevzat** : Ceza Hukuku Genel Kısım, Ankara 2007.
- TORRES, Pedro A. Padilla** : “Overview of International Trade Secret Protection”, <http://www.natlaw.com/pubs/spmxi14.htm>, (06.06.2006).
- TREADWAY, Brandy L.** : “An Overview of Individual States’ Application of Inevitable Disclosure: Concrete Doctrine or Equitable Tool?”, S.M.U. L. Rev. 2002, V. 55, s. 621 vd.
- TREILCOCK, Michael J./HOWSE, Robert** : The Regulation of International Trade, 2nd Ed., London 2002.
- TRIPS Agreement and Developing Countries, Geneva 1996.
- TROLLER, Alois** : Immaterialgüterrecht, Bd. I, II, 3. Aufl., Basel/Frankfurt a. M. 1985.
- TROLLER, Kamen** : Grundzüge des schweizerischen Immaterialgüterrechts, 2. Aufl., Basel 2005.
- TUNCAY, Can A.** : “İşçinin Sadakat (Bağlılık) Yükümlülüğü”, Prof. Dr. Hayri Domaniç’e 80. Yaş Günü Armağanı, İstanbul 2001, s. 1044 vd.
- TUNÇOMAĞ, Kemal** : Borçlar Hukuk Genel Hükümler, C. I, İstanbul 1972 (Anılış: *Tunçomağ*, Borçlar).
- TUNÇOMAĞ, Kenan** : Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C. II İstanbul 1977 (Anılış: *Tunçomağ*, C. II).
- TUNÇOMAĞ, Kenan** : İş Hukukunun Esasları, Ankara 1989.
- TURAN, Kamil** : Ferdî İş Hukuku, Ankara 1993.
- TURANBOY, Asuman** : Insider Muameleleri, Ankara 1990 (Anılış: *Turanboy*, Insider).
- TURANBOY, Asuman** : Halka Açık Banka ve Hissedarın Korunması, Ankara 2002 (Anılış: *Turanboy*, Banka).
- TURANBOY, Asuman** : “Ticarî Sır”, Tuğrul Ansay Armağanı, Ankara 2006, s. 347 vd. (Anılış, *Turanboy*, Ticarî Sır).
- TURNER, Amédée E.** : The Law of Trade Secrets, London 1962.
- ULUSAN, İlhan** : “Culpa in Contrahendo Üstüne”, Profesör Ümit Doğanay’ın Anısına Armağan, İstanbul 1982, s. 275 vd. (Anılış: *Uluslan*, Culpa).
- ULUSAN, İlhan** : İyiniyetli Sebepsiz Zenginleşenin İade Borcunun Sınırlanması Sorunu, İstanbul 1984.
- UŞAN, Fatih U.** : İş Hukukunda İş Sırrının Korunması, Ankara 2003.
- ÜNAL, Kürşat Oğuz** : Sermaye Piyasalarında Halka Açık Anonim Ortaklıklar, Ankara 1999.

- ÜNAL, Kürşat Oğuz** : Sermaye Piyasası Hukuku ve Mevzuatı, Ankara 2005.
- VARN, Larry L.** : “The Multi – Service Securities Firm and The Chinese Wall: A New Look in The Light of Federal Securities Code”, Neb. L. Rev. 1984, V. 63, s. 197 vd.
- VON BÜREN, Ronald** : Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bd. I, Herausgeben von Ronald von Büren, Lucas David, 2. Aufl., Basel/Genf/München 2002.
- VON BÜREN, Ronald/
MARBACH, Eugen** : Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, 2. Aufl., Bern 2002.
- VON TUHR, Andreas** : Der Allgemeine Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. I, II/1-2, München/Leipzig 1910 – 1918.
- WEINSTEIN, Lawrence I.** : “Revising the Inevitability Doctrine: When Can a Former Employee Who Never Signed a Non – Compete Agreement nor Threatened to Use or Disclose Trade Secrets Be Prohibited from Working for a Competitor?”, Am. J. Trial Advoc. 1997, V. 21, s. 211 vd.
- WHALEY, Susan S.** : “Inevitable Disaster of Inevitable Disclosure”, U. Cin. L. Rev. 1999, V. 67, s. 809 vd.
- WHITE, Suzanne** : “EF Cultural Travel v. Explorica: The Protection of Confidential Commercial Information in the American and Canadian Contexts”, <http://www.corters.ca/pub/article/ip/sew0704.pdf>, (24.11.2005).
- WIDMER, Kurt** : Das Recht des Aktionärs auf Auskunfterteilung de lege lata und lege feranda (Art. 697), Diss., Zürich 1967.
- WODTKE,
Carolina/RICHTERS,
Swantje/PFUHL, Marcus** : Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen, Berlin 2004.
- WOHLMANN, Herbert** : Die Treupflicht des Aktionärs, Diss, Zürich 1968.
- WYSS, Heinz** : Das Recht des Aktionärs auf Auskunfterteilung (Art. 697 OR) unter besonderer Berücksichtigung des Rechts der Unternehmenszusammenfassungen, Ein Beitrag zum Problem des aktienrechtlichen Minderheitenschutzes, Diss., Zürich 1953.
- YANLI, Veliye** : Anonim Ortaklıklarda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ve Pay Sahiplerinin Ortaklık Alacaklılarına Karşı Sorumlu Kılınması, İstanbul 2000.
- YANLI, Veliye** : Sermaye Piyasası Hukuku Çerçevesinde Halka Açık Anonim Şirketler ve Kamunun Aydınlatılması, İstanbul 2005, (Anılış: Yanlı, Kamuyu Aydınlatma).
- YAVAŞ, Murat** : “Haksız Rekabet Kavramı ve Bu Alandaki Koruyucu Dava ve Tedbir Türleri”, Doç. Dr. Mehmet Somer’in

- YAVUZ, Cevdet** : Anısına Armağan, İstanbul 2006, s. 771 vd.
: Türk Borçlar Kanunu Özel Hükümler, B. 7, İstanbul 2007.
- YONGALIK, Aynur** : Adi Şirkette Sermaye Payı, Ankara 1991.
ZARAKOLU, Avni : “Ülkemizde Sermaye Piyasasının Gelişmesini Teşvik Etme Yolunda Alınan Tedbirler”, Yaşar Karayalçın’a 65. Yaş Armağanı, Ankara 1988, s. 294 vd.
- ZEVLİLER, Aydın** : Borçlar Hukuku: Özel Borç İlişkileri, B. 7, Ankara 2002.

<http://forensic.freesevers.com/SIR.HTM>, (19. 9.2004)

<http://www.radikal.com.tr/haber.php?haberno=152322>, (11.05.2005)

<http://dosyalar.hurriyet.com.tr/yolsuzluk/haber10.asp>, (12.06.2005)

http://www.tbmm.gov.tr/ictuzuk/calisma/madde_gerekceleri.htm, (12.06.2006)

<http://www.felsefeekibi.com/site/default.asp?PG=510>, (15.01.2007)

<http://www.law.cornell.edu/supct/html/96-842.ZO.html>, (30.1.2007)

<http://www.zargan.com/sozluk.asp>, (16.01.2007)

<http://www.gillhams.com/articles/168.cfm>, (06. 06.2006)

<http://www.eurofound.europa.eu/emire/SWEDEN/ANCHOR-F-Ouml>

[RETAGSHEMLIGHET-SE.html](http://www.eurofound.europa.eu/emire/SWEDEN/ANCHOR-F-Ouml), (26.02.2007)

<http://www.itma.org.uk/news-events/downloads/unregistered-rights.doc> (2.12.2006)

<http://www.kazanci.com.tr> (18.03.2007)

http://www.pwc.com/tr/tur/ins-sol/publ/UFRSCep_2006.pdf, (11.11.2007)

http://www.atonet.org.tr/yeni/files/files/MEDYA_ILISKILERI/baseliki/ato_basel.pdf,

(11.11.2007)

GİRİŞ

Geçmişî Hamurabi Kanunları'na dayanan ticarî sır kavramı, başta Anglo – Sakson hukuk sisteminde ve özellikle Amerikan hukukunda pek çok yargı kararına konu olmuş, söz konusu hukuk sistemlerinde ticarî sırrın korunabilmesi için girişimlerde bulunulmuştur. Bu çerçevede ticarî sırrın tanımı ve korunması, çeşitli düzenlemeler yoluyla belirlenmeye çalışılmıştır. Ancak Kıta Avrupası hukuk sistemine bağlı ülkeler, konuya daha çekingen yaklaşmış, ticarî sır ile ilişkin özel düzenlemeler yapmak yerine, ticarî sır genel hükümler çerçevesinde koruma yoluna gitmişlerdir.

Ticarî sırrın korunması ve sınırlarının tespiti, gerek piyasaların sağlıklı gelişimi, gerek sır sahibi açısından büyük önem taşımaktadır. Ticarî sır, günümüzde pek çok ticarî işletme ve şirketin rekabet gücünü ve piyasadaki değerini belirleyen bir unsur hâline gelmiştir. Zira ticarî sır, sahibine ekonomik menfaat ve rakiplerine karşı üstünlük sağlamaktadır.

Ticarî sır oluşturan gizli bilginin korunmasında, sır sahibinin gerekli koruma önlemlerini almış olması önemlidir. Ancak, alınan tüm önlemlere rağmen, söz konusu gizli bilginin ele geçirilmesi, açıklanması ya da kullanılması durumunda gizli bilgi, ticarî sır niteliğini kaybedecek ve büyük zararlara neden olacaktır. İşte bu noktada ticarî sır sahibinin aldığı önlemlerin yanı sıra hukuk düzenince sağlanacak koruma önem taşıyacaktır. Ticarî sır, bu nedenle bazı hukuk sistemlerinde fikrî mülkiyet hakları arasında değerlendirilmiş ve sahibine mutlak bir hak sağladığı ileri sürülmüştür. Türk hukukunda ise ticarî sırrın niteliği açısından böyle bir korumanın sağlanması imkânsızdır. Dolayısıyla hukuk sistemimizde ticarî sır korunması genel hükümler çerçevesinde sağlanmaktadır. Bununla birlikte, gelişen piyasa koşulları ve teknolojik ilerlemeler, ticarî sır ile ilişkin yasal bir düzenlemenin yapılmasını zorunlu hâle getirmiştir.

Günümüzde ticarî sır, ticarî, malî ve ekonomik sektörleri kapsayan geniş bir kavram olarak değerlendirilmekte ve özellikle anonim şirketler açısından pay sahibinin bilgi alma hakkının sınırını çizmektedir. Gelişen sermaye piyasalarında ticarî sırrın sınırlarının belirlenmesi büyük önem taşımaktadır. Özellikle kamuyu aydınlatma ilkesi çerçevesinde halka açık anonim ortaklıkların hangi bilgileri kamuya açıklayacağı sorunu, ticarî sır ile yakından ilgilidir. Banka hukuku açısından bankacılık sırrı, banka – müşteri ilişkisinden doğan müşteri sırrı ile bankanın kendisine ait gizli bilgileri içeren sırlar olarak ikili bir ayrıma tabi tutulmaktadır. Bankanın kendine ait gizli bilgileri ticarî sır kapsamında değerlendirilmelidir. Aynı şekilde anonim şirket olarak kurulan sigorta şirketlerinin sırları ise, gerekli koşulları sağlamak kaydıyla ticarî sır olarak nitelendirilmelidir. Dolayısıyla ticarî sırrı bir bütün hâlinde incelemek gerekmektedir. Bunun nedeni, bir ticarî işletmenin, hisse senetleri borsada işlem gören ya da görmeyen halka açık anonim ortaklıkların gizli tutmak istedikleri ve gizli tutulması kendilerine rakipleri karşısında ekonomik menfaat sağlayan bilgilerin tümünün, şartları gerçekleştiği sürece, ticarî sır olarak nitelenebilmesidir.

Özellikle sermaye piyasası ve bankacılık sektörünü de yakından ilgilendiren ticarî sır, uygulamada bazı sorunları da beraberinde getirmektedir. Dolayısıyla Türk hukukunda söz konusu çerçevede bağımsız bir çalışmada değerlendirilmeyen bu konunun incelenmesi önem kazanmıştır.

Bu çalışmada amacımız, çeşitli hukukî kurumlarla karşılaştırmasını yaparak, ticarî sırrın sınırlarını belirlemek, hukukî niteliğini tespit etmek ve ticarî sırrın özellikle anonim şirketler hukukunda korunma yöntemlerini belirlemektir. Bu yolla ticarî sır kavramının tanımı ve korunması sırasında meydana gelen ya da gelebilecek sorunlar tespit edilecek ve bu sorunlara ilişkin çeşitli çözüm önerileri sunulacaktır.

Çalışmamızda, Türk Ceza Kanunu'nda yer alan ticarî sırra ilişkin hükümlere yeri geldiğince genel hatlarıyla değinilmiş, bağımsız bir çalışmanın konusunu teşkil edebilecek Usul Hukukunda ticarî sır ve korunması çalışmamızın kapsamı dışında tutulmuştur.

Çalışmamızda yabancı hukuk sistemlerinde konuya ilişkin düzenlemeler karşılaştırmalı olarak incelenmiş, bu kapsamda özellikle Alman, İsviçre, Amerikan ve İngiliz hukuklarında ticarî sır kavramı ve korunmasına değinilmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

TİCARÎ SIR KAVRAMI VE TİCARÎ SIRRIN HUKUKÎ NİTELİĞİ

§ 1 – TİCARÎ SIR KAVRAMI

I. GENEL OLARAK SIRRIN TANIMI VE UNSURLARI

Sırrın (secret, Geheimnis) sözlük anlamı, kimseye söylenmemesi, gizli tutulması gereken şeydir¹. Sırrın korunmasına ilişkin olarak pozitif hukukta çeşitli hükümler bulunmakla birlikte, tanımı hiçbir düzenlemede yer almamaktadır. Genel olarak sır çeşitlerini düzenleyen Ticarî Sır, Banka Sırrı ve Müşteri Sırrı Hakkında Kanun Tasarısı'nda da sırrın tanımı verilmemiş, bunun yerine onun alt kavramlarını oluşturan, ticarî sır, banka sırrı ve müşteri sırrı tanımlanmıştır.

Bu bölümde, sır kavramına ilişkin yapılan tanımlar değerlendirilecek, bu tanımlar ışığında sırrın unsurları belirlenecektir.

A - Sırrın Tanımı

Sırra ilişkin çeşitli tanımlar yapılmıştır. İsviçre doktrininde yapılan tanımlardan birine göre sır, herkesin bilmediği, bir kişi veya bir grup insanın bildiği bir durumdur². Tek bir kişinin bile bilmediği bir durum, doğası gereği henüz keşfedilmemiştir. Dolayısıyla hukuk düzeni bu durumu sır olarak nitelendirip koruma sağlamaz. Bu konu, İsviçre Federal Mahkemesi'nin verdiği bir kararda da belirtilmiştir. Şöyle ki: “Sırrın hukuk kavramı olarak

¹ Meydan Larousse Büyük Lûgat ve Ansiklopedi, C. 11, İstanbul 1980, s. 267.

² Troller, Alois: Immaterialgüterrecht, Bd. I, 3. Aufl., Basel / Frankfurt a. M. 1985, s. 417. Bu tanımın yer aldığı Almanca metinde, bizim durum olarak ifade ettiğimiz terim için “Tatsache” kelimesi kullanılmıştır. Tatsache'nin Türkçe karşılığı, gerçek ya da gerçekliktir. Ancak gerçeklik kelimesinin, tanımı tam yansıtmadığını, burada ifade edilmek istenenin (İngilizce karşılığı “fact”) durum ya da husus olduğunu düşünmekteyiz. Türk doktrininde gerçeklik terimini kullanan yazarlar da vardır. Bk. Aytaç, Zühtü: “Denetçilerin Sır Saklama Yükümlülüğü”, Batider 1979, C.X, S. 1, s. 184; Kaya, Arslan: Türkiye Barolar Birliği Bilgi Edinme Hakkı Paneli, Ankara 2004, s. 133.

değerlendirilmesi için, bir kişi ya da sınırlı sayıdaki kimseler tarafından bilinmesi ve bu kişilerce sırra erişilebilmesi gerekir³”. Ayrıca İsviçre doktrininde de temsil edilen bir görüşe göre, bir ya da birden fazla kişi tarafından bilinen sırların bir hukuk kavramı olarak değerlendirilebilmesi için, bu kişilerin, sırrın saklanması bir menfaati olmalıdır⁴.

Alman hukukunda yapılan ve İsviçre doktrininde de kabul gören genel tanıma göre sır, alenî olmayan, sahibi tarafından gizli kalması istenen ve sahibinin gizli kalmasında menfaati olan her türlü duruma ilişkin bilgidir⁵.

Türk hukuk doktrininde de, sırra ilişkin çeşitli tanımlar yapılmıştır. *Erem/Altıok/Tandoğan*’a göre sır, “işitmek, görmek veya sair suretlerle öğrenilen ve maddî varlığa sahip bulunmayan⁶ veya mahdut şahıslar tarafından bilinen ve saklı tutulması lazım olan husustur⁷”. *Donay* ise kavramı “sahibinin açıklanmamasında yarar gördüğü ve başkaları tarafından daha önce bilinmeyen husus” olarak tanımlamıştır⁸.

Bu tanımlar ışığında sır, gizli kalması sahibi veya sahiplerine menfaat sağlayan, bu nedenle sahibinin başkaları tarafından öğrenilmesini istemediği, tek bir kişi ya da belli bir topluluğa ait her türlü iş, işlem ya da olaya ilişkin bilgidir.

³ BGE 88 II 322.

⁴ *Troller*, A., s. 417.

⁵ *Kloepfer*, Michael: Informationrecht, München 2002, § 9 p.1; *Wodtke*, Carolina/*Richters*, Swantje/*Pfuhl*, Marcus: Schutz von Betriebs - Geschäftsgeheimnissen, Berlin 2004, s. 21 vd.; İsviçre doktrininde yer alan benzer tanımlar için bk. *Troller*, A., s. 417; *von Büren*, Ronald/ *Marbach*, Eugen: Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, 2. Aufl., Bern 2002, p. 1103; *von Büren*, Ronald: Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bd. I, Herausgeben von Ronald von Büren, Lucas David, 2. Aufl., Basel/Genf/ München 2002, s. 376 dn. 464.

⁶ Sırrın maddî bir boyutu olmamasına rağmen bazı durumlarda maddileştiği bir gerçektir. Örneğin bir işletmenin müşteri listesinin yer aldığı, üzerinde gizlidir ibaresinin bulunduğu bir belgenin sır olgusunun maddileşmiş hali olduğu söylenebilir.

⁷ *Erem*, Faruk/*Altıok*, Akın/*Tandoğan*, Halûk: Bankalar Kanunu Şerhi, Ankara 1975, s. 333.

⁸ *Donay*, Süheyl: Meslek Sırrının Açıklanması Suçu, Ankara 1978, s. 5.

B - Sırrın Unsurları

1. Gizli Bilgi

Sırrın en önemli unsurunu, gizli bilgi oluşturur. Bunun anlamı, sırrı oluşturan duruma ilişkin bilginin, sır sahibi dışında kimse tarafından bilinmemesi ya da az sayıda kimse tarafından bilinmesidir. Bir bilginin gizli olması için herhangi bir şekle bürünmesi gerekli değildir. Başka bir ifade ile cisimleşmesi gerekmemektedir. Bu bağlamda düşünceler ve fikirler için de gizlilik söz konusudur ve bunlar da korunması gerekli bilgiler olarak nitelendirilmelidir⁹.

Sırra ilişkin gizli bilginin daha önceden kamuya açıklanmamış olması gereklidir¹⁰; bununla beraber gizli bilginin mutlak sır¹¹ olmasına gerek yoktur. Bilginin gizli olabilmesi için nispi sır, başka bir ifade ile sınırlı sayıda kimse tarafından bilinebilir olması yeterlidir. Zira gizli bir bilgiyi öğrenen kişilerin sayısı her olayda farklılık gösterir¹². Gizli bir bilgiyi birden fazla kimse biliyor ve açıklamıyorsa, bu bilgi, gizliliğini ya da sır olma özelliğini kaybetmez. Ancak sırrın verildiği kişi sayısının artması ve sırrın ekonomik değerinin fazla olması bu sırrın saklanması daha zor hâle getirir¹³. Pek çok rakip tarafından öğrenilen bir bilginin, artık sır olduğundan bahsetmek mümkün değildir. Bilginin gizli olduğunun söylenebilmesi için bilgiye ulaşmanın mümkün olmaması ya da kamuya açık olmaması gerekir¹⁴.

⁹ Uşan, Fatih U.: İş Hukukunda İş Sırrının Korunması, Ankara 2003, s. 24.

¹⁰ Camcı, Ömer: Haksız Rekabet Davaları, İstanbul 2002, s. 102. Yazar, gizli nitelikli ticarî bilgilerin, bu bilgilerin tevdi edileceği çalışana verilmeden önce kamuya açıklandığı veya dava açılması tarihi ile aradaki sürede bu açıklama gerçekleştiği takdirde, korunacak herhangi bir gizli bilgi kalmadığını belirtmektedir; gerçekten de, İngiltere’de görülen Saltman Engineering v. Campbell ([1948] 65 RPC 203) davasında Lord Greene gizli bilgiyi, kamuya mal olmamış, kamu bilgisi haline gelmemiş bilgi olarak tanımlamıştır.

¹¹ Mutlak sır ve nispi sır kavramları için bk. 1. Bölüm/§1/II/B.

¹² Troller, A., s. 418; Troller, Kamen: Grundzüge des schweizerischen Immaterialgüterrechts, 2. Aufl., Basel 2005, s. 175.

¹³ Francis, William H./Collins, Robert C.: Cases and Materials on Patent Law Including Trade Secrets, Copyrights, Trademarks, St Paul MN 2002, s. 7. Yazar, sürekli yer değiştiren insanların bulunduğu bir toplumda, sadakat kavramının gelişme şansının bulunmayacağını belirtmektedir.

¹⁴ “Örneğin bir gazetecinin, eski gazeteleri araştırarak elde ettiği bilgi veya doğum belgeleri gibi kamuya açık olan dokümanları toplamada, toplumda artık unutulmaya yüz tutmuş bilginin yeniden derlenmesi ya

Bilginin, kamuya açık hâle gelmeden önce, hangi durumlarda açıklanabileceği her somut olayın özelliğine göre ayrıca belirlenmelidir¹⁵.

İngiliz hukukunda önemli bir yere sahip olan gizli bilgi kavramına ilişkin, çeşitli yargı kararlarında dört önemli unsur belirlenmiştir¹⁶. Buna göre bir bilginin gizli olarak nitelendirilmesi için sahibine bir menfaat sağlaması; bilgi sahibinin, bu bilginin gizli olduğuna inanması; bu inancın somut olayın hal ve şartlarına göre makul olarak değerlendirilmesi ve bilginin gizli olup olmadığının örf ve âdete göre belirlenmesi gerekir¹⁷.

Belirtilen bu dört unsurdan “bilgi sahibinin, bu bilginin gizli olduğuna inanması” unsuru, bilginin gizli olup olmadığını değerlendirmede objektif bir ölçüt getirmemektedir. Zira sahibinin, bilginin gizli olduğuna inanması gereği irdelenirken, ister istemez, bilgi sahibinin iradesine göre yorum yapılacaktır; bu nedenle söz konusu unsur oldukça sübjektiftir. Bilgi sahibinin inancına önem verilmiş olması, gizli bilginin açıklanması durumunda onun objektif olarak zarar görüp görmeyeceği gibi olgusal gerçekliğe dayanan unsurların önemini azaltmaktadır.

da yeniden keşfi söz konusudur. Her iki durumda da, gazetecinin ortaya çıkardığı bilgiyi, kendisi kamu malı haline getirmedeği ya da bir başkası buna benzer bir çalışmayı yapıp, gazeteciden önce kamuya sunmadığı sürece, hukuk düzeni, bu bilgiyi her türlü ihlâlâ karşı koruyacaktır” *Coleman*, Allison: “Protecting Confidential Information”, *Computer Law* (ed. Chris Reed/John Angel), London 2000, s. 246.

¹⁵ Amerikan hukukunda bu konuya ilişkin *Religious Technology Center v. Netcom Online Communication Services INC.* davası için bk. *White*, Suzanne, “EF Cultural Travel v. Explorica: The Protection of Confidential Commercial Information in the American and Canadian Contexts”, <http://www.corters.ca/pub/article/ip/sew0704.pdf>, (24.11.2005).

¹⁶ Bu unsurlar *Thomas Marshall v. Guinle* ([1978] 3 All ER 193) davasında belirlenmiştir. Söz konusu davada hâkim, ticarî ve sınaî ilişkilerde, gizli bilgiyi tanımlamak için dört unsur belirlemiştir:

- Bilginin duyulması halinde sahibinin zarar göreceğine veya rakiplerinin ya da üçüncü kişilerin, bundan yarar sağlayacağına ilişkin inanç,
- Bilgi sahibinin, bilginin gizli olduğuna inanması,
- Bilgi sahibinin yukarıda belirtilen iki maddeye ilişkin inancının hâl ve şartlara göre makul olması
- Bilginin gizli olduğuna ilişkin kararın, o çevrede kullanılan yerleşmiş örf ve âdet ve teamüle göre belirlenmesi.

¹⁷ *Coleman*, s. 247.

2. Sırrı Gizli Tutma İradesi

Maddî bir varlığı olmayan, başka bir deyişle soyut olan sırrın saklanması sahibinin bu yöndeki iradesi büyük önem taşır. Buna göre, bir bilginin sır olarak saklanması sahibinin iradesine bağlıdır¹⁸ (İrade Teorisi¹⁹, Willenstheorie). Sır sahibinin bilginin değerinin farkında olması ve bu bilginin bir sır olarak kalmasını istemesi onun iradesi ile ilgilidir.

Sır sahibinin, söz konusu sırrı gizli tutma yönündeki iradesi açık ya da zımnî olabilir²⁰. Ancak sır sahibinin gizli tutulma iradesinin varlığını tespit etmek oldukça zordur. Dolayısıyla sır sahibinin sırrı gizli tutma iradesi her somut olayın kendi şartlarına göre değerlendirilmelidir²¹. Bununla birlikte sır teşkil eden gizli bilginin işletmenin rekabet gücü açısından önem taşıması ve rakipler ile sır sahibi açısından değerli olması gizli tutma iradesinin belirlenmesinde önemlidir ve genellikle bu durumda iradenin var olduğu kabul edilir²². Bir bilginin diğer kişiler tarafından bilinmesi sahibi açısından bir sakınca teşkil etmiyorsa, bilgi sahibinin gizli tutma iradesinden ve bunun bir sonucu olarak, sırrın varlığından söz etmek mümkün değildir. Ancak tek başına gizli tutma iradesi de bilginin sır niteliğini kazanması için yeterli değildir. Dolayısıyla gizli bilginin sır niteliğini

¹⁸ Donay, s. 5; Aytaç, Sır, s. 184; Ertaş, Kudret: İşçinin Sadakat Borcu, Ankara 1982, s. 53; Tuncay, Can A.: “İşçinin Sadakat (Bağlılık) Yükümlülüğü”, Prof. Dr. Hayri Domanic’e 80. Yaş Günü Armağanı, İstanbul 2001, s. 1068; Kaya, Arslan: Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Bilgi Alma Hakkı, Ankara 2001, s. 263; Kaya, Bilgi Edinme, s. 133; Troller, A., s. 417; Troller, K., s. 175; Hefermehl, Wolfgang/Köhler, Helmut/Bornkamm, Joachim: UWG Kommentar, 26. Aufl., München 2008, UWG § 17 Rdn 10; ayrıca bk. BGE 80 IV 27.

¹⁹ İrade Teorisine göre sır sahibinin açıklamama iradesi, işletmesi kapsamına giren her türlü iş sırrını veya ticarî sırrı kapsar. Bk. Busch, David A./Geissler, Oliver S.: “Sim-Lock, Prepaid Bundles und Strafbarkeit”, <http://www.jurawelt.com/download/aufsaetze/simlock.pdf>, [15.10.2005]; sır sahibi gerekli irade beyanında bulunamıyorsa bu durumda, sırrın açıklanmasının sır sahibine bir zarar verip vermeyeceğine bakılır (Interessentheorie). Bk. Donay, s. 6.

²⁰ Tuncay, s. 1068; Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, §17 Rdn. 10.

²¹ Troller, A., s. 418; ayrıca bk. Gürzumar, Osman B. : Franchise Sözleşmeleri ve Bu Sözleşmelerin Temelini Oluşturan “Sistem”lerin Hukuken Korunması, İstanbul 1995, s. 83. Yazar, sırrın gizli kalmasında sır sahibinin bir menfaati bulunduğu ve bunun da dürüstlük kuralı çerçevesinde açıkça anlaşılabilirliği durumların, sır sahibinin gizli tutma iradesinin varlığına fiilî bir karine teşkil ettiğini belirtmektedir.

²² Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, §17 Rdn. 10.

kazanması için sahibinin gizli tutma iradesi dışında, bilginin kamuya açıklanmamış olması, menfaat sağlaması ve gerçek bir olay ya da duruma ilişkin olması gerekir.

3. Sır Sahibinin Sırrın Gizli Kalmasında Menfaatinin Olması

Gizli bir bilgiye sır niteliğini kazandıran bir diğer unsur ise bu bilginin gizli kalmasının sahibine sağladığı menfaattir²³. Burada söz konusu olan hukuken korunmaya değer²⁴, haklı bir menfaatin varlığıdır. Örneğin ticarî sırrın alenî hale gelmesi, ilgili olduğu işletmenin ekonomik zarara uğraması tehlikesini yaratıyorsa, bu sırrın sahibine menfaat sağladığı kabul edilmelidir²⁵. Dolayısıyla, menfaatin varlığının tespitinde, sırrın ihlâl edilmesi halinde ekonomik zarar görmenin yanı sıra, zarar görme tehlikesinin varlığı da değerlendirilmelidir. Gerçekten de, ticarî sır korumasının dayanaklarından biri olan haksız rekabete ilişkin TTK m. 58/I’de, “iktisadî menfaatleri bakımında zarar gören ya da böyle bir tehlikeye maruz kalan kimseye” söz konusu hükümde sayılan davaları açma imkânı verilmektedir.

Menfaat unsurunun belirlenmesinde sır sahibinin, bu sır sayesinde rakiplerine karşı nasıl bir üstünlük sağladığı önemlidir. Ancak, pek çok rakiple eş zamanlı olarak yapılan ve sayısı yüzleri bulan ticarî faaliyetlerde, rakiplerin de bildiği bir bilgiye sahip olmak ve bundan ekonomik bir yarar sağlamak, bu bilgiyi, sadece menfaat unsuru nedeniyle sır hâline dönüştürmez²⁶.

²³ Aytacı, Sır, s. 184; Kaya, Bilgi Edinme, s. 133; Troller, A., s. 418; Troller, K., s. 175; Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, §17 Rdn. 9; Jamieson, Kirk D. : “A Model to Harmonize Trade Secret Injunctions”, Neb. L. Rev. 1993, V. 72, s. 527; Bone, Robert G.: “A New Look to the Trade Secret Law: Doctrine in Search of Justification”, Cal. L. Rev. 1998, V. 86, s. 248; Brenner, Jules S. : “The Doctrine of Inevitable Disclosure and its Inevitable Effect on Companies and People”, Law & Bus. Rev. Am. 2001, s. 648.

²⁴ Gürzumar, s. 84.

²⁵ Gürzumar, s. 84; Bilge, Ticarî Sır, s. 30, 31.

²⁶ Monsanto Chemical Co. v. Miller (1958) 118 U.S.P.Q. 74 (D.C. Utah), davasında Utah Federal Mahkemesinin verdiği karar için bk. Jamieson, s. 527.

Sır, sahibine ekonomik menfaatin yanında manevî menfaatte sağlayabilir²⁷. Örneğin bir tacirin kısa süreli olarak ekonomik dar boğaza girdiğinin duyulması, diğer işletmelerle ilişkilerini olumsuz etkileyebileceği gibi, bankalar tacirin (kısa süreli de olsa) zayıflayan ekonomik durumu karşısında kredi vermekten kaçınabilirler; bu da tacirin ticarî itibarının zayıflamasına yol açar.

Hukuka uygun olmayan sırrın ihlâl edilmesi de sahibine zarar verebilir. Ancak hukuka ve ahlaka aykırı sırrın korunması, diğer işletmeler açısından rekabete aykırı bir durum oluşturur²⁸. Örneğin çevre standartlarına aykırı bir üretim sürecine ilişkin sırrın ihlâlî²⁹ halinde hukukuken korunmaya değer, haklı bir menfaatin varlığından söz edilemez. Dolayısıyla sahibine menfaat sağlasa da hukuka ve ahlaka aykırı bir sır hukukî korumadan yararlanamaz.

4. Gerçeklik

Sır ile ilgili belirtilebilecek son unsur gerçekliktir. Gerçeklikle kastedilen, bir kişi veya topluluğa ilişkin olay, iş, işlem veya fikrin bulunması ve tüm bunların gerçek bir duruma dayanmasıdır³⁰. Başka bir ifadeyle, gerçekleşmemiş bir durumun sır olarak nitelendirilmesi ya da var olan bir durumun olduğundan farklı gösterilerek sır niteliği kazanması söz konusu olamaz. Örneğin, içinde hayali kişilerin de yer aldığı bir müşteri listesinde sadece, gerçekte var olan kişilerin bulunduğu kısım diğer unsurların da gerçekleşmesi halinde sır olarak nitelendirilir. Ancak tümüyle hayali kişilerden oluşan bir müşteri listesi sır değildir.

²⁷ Aytaç, Sır, s. 185.

²⁸ Rützel, Sonja: Illegale Unternehmensgeheimnisse?, GRUR 1995, s. 560.

²⁹ Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, §17 Rdn. 9; Bilge, Ticarî Sır, s. 30.

³⁰ Aytaç, Sır, s. 184; Kaya, Bilgi Edinme, s. 133.

II. SIR TÜRLERİ

A – Genel Olarak

Pozitif hukukumuzda ve doktrinde pek çok sır türünden bahsedilmektedir. Sır, kapsam olarak oldukça geniştir. Her türlü duruma ilişkin gizli bilgiyi içerir. Bu nedenle sır türleri ve sırra ilişkin yapılacak sınıflandırmalar oldukça fazladır.

İlk olarak sırların konularına göre bir sınıflandırma³¹ yapılabilir. Askerî sır, banka sırrı, devlet sırrı, meslek sırrı, ticarî sır, müşteri sırrı, hasta sırrı, fabrika sırrı, şirket sırrı, iş sırrı vb. bu sınıflandırmaya örnek olarak verilebilir. Bu gruba pek çok yeni sır türü eklenebilir.

Sırlara ilişkin en temel ayrım özel sır (private secret, privates Geheimnis) – devlet sırrı (state secret, staatliches Geheimnis)³² başlığı altında yapılabilir. Özel sırlar içerisine kişinin mektup ve yazıları³³, aile ilişkileri, hesap ve iş defterleri³⁴ gibi korunmasında menfaati olan gizli bilgileri girer. Bunun yanında, özel sırlara yalnızca gerçek kişilere ait sırlar değil, aynı zamanda tüzel kişilerin ticarî sırları da dahil edilir³⁵.

Sır türleriyle ilgili yapılacak diğer bir ayrım ise sırrın herhangi bir sözleşme ilişkisi çerçevesinde korunup korunmadığına bakılarak yapılabilir. Zira bazı sözleşmelerde taraflar, sır saklama yükümlülüğü altına girmektedir. Bu sözleşmelere örnek olarak hizmet, vekâlet, know – how, franchise sözleşmeleri verilebilir.

Sırrın açıklanıp açıklanmayacağına bağlı olarak mutlak sır, nispi sır ayrımı da vardır.

Alman hukukunda özel hukuka ilişkin sırlar açısından, meslek sırrı (Berufsgeheimnis) ve işletme - iş sırrı (Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse) olmak üzere ikili bir ayrıma gidilmiştir³⁶. “İşletme sırrı” teriminin, işletmenin teknik işleyiş usullerini, “iş sırrı”

³¹ Aytaç, Sır, s. 185.

³² Bu ayrıma ilişkin ayrıntılar için bk. *Kloepfer*, § 9 p. 2.

³³ *Oğuzman*, Kemal M./*Seliçi*, Özer/*Oktay*, Saibe: *Kişiler Hukuku*, B. 8, İstanbul 2005, s. 136.

³⁴ *Dural*, Mustafa/*Öğüz*, Tufan: *Türk Özel Hukuku*, C. II, İstanbul 2004, s. 126.

³⁵ *Kloepfer*, § 9 p. 2.

³⁶ *Kloepfer*, § 9 p. 2.

teriminin ise, tacirin işletmesiyle ilgili genel sırları kapsadığı ifade edilmiştir³⁷. Ancak her iki kavramın amacının bir işletmenin var olan gizli bilgilerini rakiplerine karşı korumak olması, hukukî olarak işletme – iş sırrı ihlallerinin farklı yaptırımlara tabi tutulmaması ve koruma kapsamının aynı olması nedeniyle, uygulamada her iki kavram işletme sırrı başlığı altında birleştirilmiştir³⁸.

İsviçre hukuk terminolojisinde ise sır iki temel kategoride değerlendirilmiştir. Bunlar üretim sırrı (Fabrikationsgeheimnis) ve iş sırrıdır³⁹ (Geschäftsgeheimnis). Üretim sırrı, üretimde doğrudan kullanılan teknik kurallar, ürün derlemesi, makine konstrüksiyonu gibi teknik bilgiyi içeren sırlardır⁴⁰. İş sırrı ise, bir işletmenin faaliyetleriyle ilgili, rakipleri açısından büyük değer ifade eden, üretim faaliyetlerine ilişkin plânlar, banka ilişkileri, şirketin finansal durumu gibi sırlardır⁴¹.

Ticarî sır korumasına büyük önem verilen Amerikan hukukunda ise ticarî sır için teknik ya da teknik olmaması yönünde bir ayrıma gidilmemiş, ticarî sırrın patent ve fikrî haklardan farklı olarak, teknik ve teknik olmayan bilgiyi, ifadeyi, fikri, hatta durumları bile içine alacağı belirtilmiştir⁴².

Bu sınıflandırmalar çoğaltılabilir. Sırların çeşitli menfaatlere hizmet etmesi nedeniyle, sır çeşitlerini genel anlamda sınıflandırmak oldukça zordur. Böyle bir sınıflandırmanın Türkiye’deki en büyük engellerinden biri de şu anda yürürlükte olan yasal düzenlemelerdir. Kullanılan terimlerde dahi bir birlik yoktur. Örneğin, haksız rekabete ilişkin bir hüküm olan TTK m. 57/b.7’ de⁴³ “imalât veya ticaret sırları” ifadesi kullanılmıştır. Bu hükmün lâfzından anlaşılan imalât veya ticaret sırrı adı altında iki farklı

³⁷ Wodtke/Richters/Pfuhl, s. 20.

³⁸ Wodtke/Richters/Pfuhl, s. 20.

³⁹ Troller, A., s. 419; Troller, K., s. 176; von Büren/Marbach, s. 231

⁴⁰ Troller, A., s. 419; Troller, K., s. 176; ayrıca bk. Gürzumar, s. 82 vd.

⁴¹ Troller, K., s. 176.

⁴² Milgrim, Roger M.: Milgrim on Trade Secrets, V. I, New York 2006, § 1. 09; Simpson, s. 1124.

⁴³ TTK m. 57/VII hükmü şöyledir: “Müstahdemleri, vekilleri veya diğer yardımcı kimseleri iğfal suretiyle, istihdam edenin veya müvekkillerinin imalât veya ticaret sırlarını ifşa ettirmek veya ele geçirmek”.

sır çeşidi olduğudur. Ancak imalât sırları, ticarete ilişkin sırlar olup zaten ticaret sırrının ayrılmaz bir parçasıdır. TTK m. 363/II' de⁴⁴ ise “şirkete ait iş sırları” ifadesi kullanılmıştır. Şirkete ait iş sırlarından anlaşılması gereken, şirketin kuruluş, işleyiş ve tasfiye aşamalarındaki her türlü yönetim faaliyeti, kâr- zarar durumu, müşteri portföyü vb. şirkete ekonomik menfaat sağlayacak her türlü bilgidir. Burada iş sırrı ifadesi kullanılmakla birlikte, asıl ifade edilmek istenen şirketin ticarî sırlarıdır. Bu konuda bize ışık tutabilecek belki de tek kaynak, henüz yürürlüğe girmemiş olan, Ticarî Sır, Banka Sırrı, Müşteri Sırrı Hakkında Kanun Tasarısı'dır. Tasarı'nın incelenmesine geçmeden ve ticarî sırrın sınıflandırılması yapılmadan önce, konumuz açısından önemli olan mutlak sır – nispî sır ayrımına kısaca değinmekte, ticarî sırrı açıklamakta, diğer sır türlerini ve doktrindeki çeşitli sınıflandırmaları ticarî sır kavramıyla birlikte incelemekte fayda vardır.

B - Mutlak Sır - Nispî Sır Ayrımı

Sırrın türlerine ilişkin olarak yapılan sınıflandırmalardan biri de mutlak sır - nispî sır ayrımıdır. Mutlak sır ya bir kanun hükmü gereği ya da sır sahibi veya sahipleri ile sırrın verildiği kişi, kurum ya da kuruluş arasında yapılan bir sözleşmeye dayanan ve sırrın verildiği kişi, kurum ya da kuruluşça açıklanamayacak olan sırdır⁴⁵. Nitelik itibariyle açıklanamayacak, başka bir deyişle, kamu menfaatini ilgilendiren, hakkında bilgi verilemeyecek olan ve kamu kurum ve kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının faaliyetlerinde uygulanacak mutlak sırlar, 4982 sayılı Bilgi Edinme

⁴⁴ TTK m. 363/II hükmü şöyledir: “Şirketin ticarî defterleriyle muhaberatının tetkiki yalnız umumî heyetin açık bir müsadese veya idare meclisinin kararıyla mümkündür. İncelenmesine müsaade edilen defter ve vesikalardan öğrenilecek sırlar hariç olmak üzere, hiçbir ortak, her ne suretle olursa olsun öğrenmiş olduğu, şirkete ait iş sırlarını, sonradan ortaklık hakkını zayi etmiş olsa dahi daima gizli tutmaya mecburdur....”.

⁴⁵ Mutlak ve nispî ortaklık sırrı için bk. *Aytaç*, Sır, s. 187; *Kaya*, Bilgi Alma, s. 266 vd.; *Kaya*, Bilgi Edinme, s. 137, 138.

Kanunu'nun⁴⁶ ilgili hükümlerinde belirtilmiştir. Öte yandan, sözleşme ilişkisine dayanan ve açıklanması mümkün olmayan mutlak sırlara örnek olarak ise banka – müşteri ilişkisi içindeki müşteri sırrı, doktor – hasta ilişkisinde hastanın sahip olduğu sırlar verilebilir. Bir sözleşme ilişkisinde mutlak bir sırrın açıklanabilmesi, ancak karşı tarafın sırrın açıklanabileceğine ilişkin irade beyanına bağlıdır⁴⁷. Örneğin bir bankanın, müşterisinin hesap bilgilerine ilişkin yapacağı bir açıklama, ancak müşterinin buna onay vermesi ile mümkündür; aynı biçimde işçi ile işveren arasında yapılan bir gizlilik sözleşmesi sonucunda işverenin ticarî sırrını öğrenen işçi, bu sırrı işverenin rızası olmadan açıklayamaz.

Nispî sır ise mutlak sırrın dışında kalan, sır sahibinin menfaati nedeniyle gizli tutulan bilgidir⁴⁸. Buradan hareketle sır sahibi, menfaatlerine zarar vermediği sürece bu gizli bilgiyi gerekli kişilere, kendi iradesiyle açıklayabilecektir. Böylece, gizli bir bilginin, birden fazla kimse tarafından bilinmesinin, sır niteliğini etkilemediği durumlarda nispî sır söz konusu olacaktır.

Nispî sırrın en önemli örneğini ticarî sır teşkil eder⁴⁹. Ticarî sır, sahibi dışında sınırlı kimseler tarafından bilinebilir. Sır olarak saklandığı sürece, birden fazla kimsenin bu sırrı bilmesi, sır niteliğini ortadan kaldırmaz⁵⁰. İsviçre hukukunda ise, rakipler tarafından bilinen bilginin sır olarak kabul edilip edilemeyeceği sorusu, Federal Mahkeme tarafından cevapsız bırakılmıştır⁵¹. Federal Mahkeme, yalnızca sırrı ortadan kaldıran unsurları belirtmiş, sırrı öğrenen kimselerin bunu sır olarak tutma iradelerini göz önüne almamıştır.

⁴⁶ RG, 24.10.2003, S: 25269; krş. aşa. 2.Bölüm/ §2/II/D.

⁴⁷ Kaya, Bilgi Alma, s. 267.

⁴⁸ Kaya, Bilgi Alma, s. 267.

⁴⁹ Ticarî sırrın nispî bir sır olduğuna ilişkin bk. E. I. duPont deNemours & Co. v. Christopher, 431 F. 2d 1015 (5th Cir. 1970).

⁵⁰ Amerikan hukukunda verilmiş Kaumagraph Co. v. Stampagraph Co. kararına göre sır sadece bir ya da birden fazla kimse tarafından bilinen özel bir husustan başka bir şey değildir. Karar için bk. Turner, Amédée E.: The Law of Trade Secrets, London 1962, s. 25.

⁵¹ BGE 88 II 323.

III – NİSBÎ BİR SIR OLARAK TİCARÎ SIR KAVRAMI

A - Ticarî Sırrın Tarihî Gelişimi

Ticarî sırrın tarihçesine bakıldığında kaynağının 4000 yıldan daha öncesine, kanunlaşma hareketlerinin ilk başladığı dönemlere, Hamurabi Kanunları'na dayandığı anlaşılmaktadır. Hamurabi Kanunları'na göre, gizli tutulması gereken ticarî sırrı açıklayan bir kişi, yasaklanmış ve uygunsuz bir davranışta bulunmuş olur ve gözlerinden bir tanesini kaybetme cezasına çarptırılırdı⁵².

Roma hukukunda ise, ticarî sırrın açıklanmasına ilişkin yaptırımlar farklı şekilde uygulanmaktaydı. Roma'da işçilerin büyük bir bölümünü köleler oluşturuyordu. Üçüncü bir kişinin, işçi durumundaki kölenin aklını çelmesi ve işverenin sırlarını ondan öğrenmesi hâlinde ticarî sırrın ihlâli söz konusu olmaktadır. Ticarî sırrın ihlâli, kölenin fiyatının düşürülmesi, sırrı alan rakip işverene zarar verilmesi gibi yaptırımlara bağlanmıştı⁵³.

Anglo – Sakson hukuk sisteminde ise ticarî sırların koruma altına alınmasının iki önemli nedeni vardır: Bunlardan ilki ticarî sırrın korunmasındaki etik, ikincisi ise kişinin zihinsel emeğinin korunmasıdır⁵⁴. Anglo – Sakson hukuk sisteminde ticarî sır korumasının ilk temelleri 19. yüzyılın başlarında endüstriyel kapitalizmin gelişmesiyle atılmıştır⁵⁵. Bu gelişimin ışığında İngiltere'de, iş ilişkilerinin daha karmaşık bir hal alması sonucu, mahkemeler ticarî sır uyuşmazlıklarıyla ilgili kararlar vermeye başlamıştır. İngiliz hukukunda bu konuya ilişkin ilk dava 1817'de görülen *Newberry v. James*'dir⁵⁶. Bu dava, taraflar arasında bir ilacın hazırlanması ve kamuya satışını içeren sözleşmedeki, ilacın

⁵² *Bigger*, Nahum/*Plaut*, Steven E.: "Trade Secrets, Firm-Specific Human Capital and Optimal Contracting", *EJLE* 2000, V. 9, s. 50.

⁵³ *Schiller*, Arthur: "Trade Secrets and The Roman Law: The Actio Servi Corrupti", *Colum. L. Rev.* 1930, V. 30, s. 837 – 839.

⁵⁴ *Rockman*, s. 432.

⁵⁵ *Bone*, s. 251.

⁵⁶ 2 Mer. 446, 35 Eng. Rep. 1011, karara ilişkin ayrıntılı bilgi için bk. *Arton*, William B.: "A Study in The Law of Trade Secrets", *U. Cin. L. Rev.* 1939, V. 13, s. 508.

formülünün gizli tutulması şartının ihlâlîne ilişkindi⁵⁷. Davanın görülmesinden sadece dört ay sonra benzer konulu bir dava ile karşılaşıldı. *Williams v. Williams*⁵⁸ davası da bir ilacın içerisindeki sır teşkil eden formülle ilgiliydi. Bu dava, göz hastalıklarının tedavisinde kullanılan bir ilacın gizli formülünün, şirkette görevli bir baba tarafından oğluna verildiği ve oğul ise bu formülü üçüncü kişilere açıklamak üzere olduğuna dair iddiaya ilişkindi⁵⁹. Davada Yüksek Mahkeme, ilacın formülünün bir ticarî sır olduğunu ve bu sırrın üçüncü kişilere karşı korunmasının büyük bir dikkatle değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir⁶⁰.

Ticarî sır korumasının gelişiminde İngiliz hukukundaki en önemli davalardan biri de 1851 tarihli *Morison v. Moat*⁶¹ davasıdır. Bu davada ilk defa bir hakim, çekincesiz bir şekilde ticarî sırrın korunmasına ilişkin hüküm vermiştir. Söz konusu uyuşmazlıkta, bir ilacın içeriğini oluşturan ve ticarî sır teşkil eden kimyasal maddeleri açıklamama yükümlülüğü olan şirket ortağı, bu sırrı oğluna açıklamıştır. Aynı şirketin diğer ortağının mirasçıları ise, şirket ortağının oğlunu kışkırtarak, oğulun sırrı kullanmasını sağlamışlardır. Mahkeme, ticarî sırrın kullanılması ve açıklanmasına karşı korumanın, kimi zaman mülkiyet hakkına, kimi zaman sözleşme hükümlerine, kimi zaman ise güven ilişkisine dayanacağını belirtmiş, sır niteliğindeki bilgiyi kullanan ve bundan menfaat sağlayan kimseleri mahkûm etmiştir⁶².

Amerikan hukukunda ise mahkemeler, 1860'dan önce, sözleşme hükümlerine göre korunan bir sırrın kullanılamayacağına ya da açıklanamayacağına ilişkin karar

⁵⁷ Bk. *Arton*, s. 508, bu davada Lord Eldon ticarî sırrın açıklanmasının men'i talebini reddetmiştir. Lord Eldon kararında, men kararı vermenin gereksiz olacağını ifade etmiş ve davacıya ticarî sırrın ihlâlî nedeniyle davalının elde ettiği kârı talep etmesi gerektiğini belirtmiştir.

⁵⁸ 3 Mer. 157, 36 Eng. Rep. 61.

⁵⁹ *Arton*, s. 508, 509, Mahkeme geçici men talebini, daha önce verilen *Newberry v. James* kararına dayandırarak reddetmiş; bir ilacın içerdiği sırrı korumanın mahkemenin görevi olmadığını belirtmiştir. Davada, men talebinin reddedilmesinin en önemli gerekçesi, davalı tanığının formülü üçüncü kişilerden öğrendiğini belirtmesi olmuştur.

⁶⁰ *Arton*, s. 509.

⁶¹ 9 Hare 241, 68 Eng. Rep. 492.

⁶² *Arton*, s. 511.

vermişlerdir. Mahkemeler, ticarî sırrın kullanılmasının men'ine ve ticarî sırrı kullanmama ve açıklamamaya ilişkin sözleşmelerin, ticareti kısıtlayıcı etkisi olması nedeniyle, batıl olup olmadıklarını araştırmışlar, bu konuda karar vermeye yetkili olup olmadıklarını incelemişlerdir⁶³. Ticarî sırrın gayri maddî bir değer olması, bu değere uygulanacak hukuk normlarını belirlemede zorluk yaratmıştır. 19. yüzyılın ortasında bu konuya ilişkin genel bir prensibin oluşması için yeteri kadar öneri ortaya atılmış, bununla birlikte bir sonuca ulaşılamamıştır⁶⁴. Ancak bu sorun, gayri maddî bir değer olan ticarî sır uygulanacak özel bir prensip belirlenememiş olsa da, hukukun temel prensiplerinin uyumsuzluk konusu olaya uygulanmasıyla çözüme kavuşturulmuştur.

1868 tarihli *Peabody v. Norfolk* kararının Amerikan hukukunda ticarî sır kavramına etkisi oldukça önemlidir. Bu dava ile Amerikan hukukunda ticarî sır üzerindeki menfaatin hukukî niteliği mülkiyet hakkı olarak belirlenmiştir⁶⁵. Söz konusu dava daha sonra alınmış pek çok karara emsal teşkil etmiştir.

Peabody v. Norfolk kararı, davalı mühendisin üretim sürecine ait hiçbir bilgiyi açıklamayacağı yönünde yapılan bir gizlilik sözleşmesine ilişkindir. Davalı çalıştığı işten ayrılmış, ortaklarıyla birlikte yeni bir fabrika açmıştır. Daha önceki iş yerine ait sırları açıklamak ve kullanmak üzereyken, davacı bu eylemin men'ini talep etmiştir. Mahkeme kararında, bir kişiye ait üretim süreci üzerinde bu kişinin mülkiyet hakkı bulunduğunu; bunun yanı sıra taraflar arasında bir sözleşmenin mevcut olduğunu belirtmiştir. Mahkeme davalının, başka bir kişinin üretim sürecini kendi yararına kullanmasının ya da üçüncü kişilere açıklamasının sözleşmenin ve buna bağlı olarak sır saklama yükümlülüğünün ihlâline neden olacağına hükmetmiş; davacı lehine karar vermiştir. Ancak, maddî malları

⁶³ Bone, s. 252.

⁶⁴ Bone, s. 252.

⁶⁵ Arton, s. 514; Simpson, Michael: "Future of Innovation, Trade Secrets, Property Rights, and Protectionism – An Age – Old Tale", Brook. L. Rev. 2005, V. 70, s. 1138.

kapsayan bu hakkın, gayri maddî bir mal olan ticarî sırrı da içeren bir hak olarak değerlendirilmesi, uygulamada sorunlara neden olmuştur. Doğal hukukun⁶⁶ etkisindeki bu dönem süresince, karşılaşılan kavram kargaşasını gidermek amacıyla hakimler ve çeşitli yazarlar John Locke'un mülkiyet kavramını⁶⁷ benimsemişlerdir. Locke'un geniş mülkiyet anlayışı sayesinde ticarî sırrın mülkiyet hakkı kapsamında değerlendirilmesi imkânı doğmuştur.

Ancak, Amerikan hukukunda ticarî sır kavramının temelini oluşturan bu önemli karar, ticarî sır üzerindeki menfaati mutlak hak olarak nitelendirip, bir soruyu cevapsız bırakmıştır: Sır olan bilgi sahibine mutlak bir hak sağlıyorsa, sır sahibinin neden inhisarî hakları yoktur⁶⁸?

1920'lerde hukukî gerçekçilik (legal realizm) dönemi, ticarî sırrın korunmasına yeni ve modern bir yaklaşım getirmiştir. Bu yeni yaklaşım, sahibinin gizli bilgi üzerindeki mülkiyet hakkından çok, ticarî sırrın korunmasında sır sahibi ile sırrı ihlâl eden kimse arasındaki ilişkiyi temel almıştır⁶⁹. Böylece mülkiyet hakkı görüşü reddedilerek, sözleşme ve haksız fiil görüşlerine ağırlık verilmeye başlanmıştır. Ancak bu hukukî kavramlar da ticarî sırrın korunmasında yeterli olmamış, 1970 ve 1980'lerde bu boşluk fikrî mülkiyet

⁶⁶ Doğal haklar okulunun ve özellikle Locke'un teorisinin insan hakları doktrininin doğuşu üzerindeki etkileri için bk. *Kapani*, Münci: Kamu Hürriyetleri, B. 7, Ankara 1993, s.30 vd.

⁶⁷ Locke'un "Two Treaties of Government" adlı eserinde yer alan mülkiyet hakkı görüşünün kapsamı oldukça geniştir. Ona göre mülkiyet hakkının kaynağını oluşturan iki temel unsur, bireysel emek ve bunun verimli bir şekilde kullanılmasıdır. Ayrıntılı bilgi için bk. *Simpson*, s. 1138; *Lipton*, Jacqueline: "A Revised 'Property' Concept for the New Millennium?", *Int'l J. L. & Info. Tech.* 1999, V. 7, No. 2, s. 177; Locke insanın üzerinde emeği bulunan şeylerde mülkiyet hakkı olduğunu savunmuştur. Buna göre bir kimsenin etrafını çevirdiği ya da sürdüğü toprak üzerinde mülkiyet hakkı vardır. Özel mülkiyet bir kimsenin emeğini ve kişiliğini bir nesneye yansıtmaktan doğmuştur. İnsan ürettiği nesneyi, kendi emeğini harcayarak, kendisinin bir parçası haline getirir. Ayrıntılı bilgi için bk. *Gülsoy*, Tevfik: John Locke'un Siyaset Teorisinin Temel Kavramları ve Yasama Gücü, <http://www.jura.uni-sb.de/turkish/TGuelsoy1.html#fn6>, (05.01.2007).

⁶⁸ *Bone*, s. 254.

⁶⁹ Bu yaklaşımın temellerini atan dava *E. I. duPont deNemours Powder Co. v. Masland*'dır (244 U.S. 100, 102 [1917]). Hakim Holmes, ticarî sırrın ihlali söz konusu olduğunda, sorumluluğun kaynağının mülkiyet değil, taraflar arasındaki gizlilikle dayanan ilişki olduğunu ifade etmiştir. Bk. *Simpson*, s. 1143; ayrıca bk. *Bone*, s. 254.

hukukuna ilişkin hükümlerle doldurulmaya başlanmıştır⁷⁰. Locke'un mülkiyet kavramından, fikrî mülkiyet hakkına geçiş uzun zaman almış, sonuç olarak geleneksel fikrî mülkiyet konularının ekonomik amaç güden korumalarına ticarî sır da eklenmiştir⁷¹.

Ticarî sır gayri maddî bir maldır ve Türk hukukunda TTK'da yer alan haksız rekabet hükümlerine göre korunmaktadır⁷². TTK haksız rekabet hükümlerinin mehzazını teşkil eden İsviçre Haksız Rekabet Kanun'dur. Bu nedenle İsviçre'deki tarihi gelişimi değerlendirmekte fayda vardır. İsviçre'de gayri maddî mallara ilişkin ilk hukukî koruma Basel'de 1531'de kitapların kopyalanmasına karşı sağlanan korumayla başlamış ve her bir Kanton 1534 ve 1659 yıllarından itibaren, sırasıyla teknik yeniliklere önem ve öncelik vermiş, kitapların ve müzik eserlerinin kopyalanmalarını yasaklamıştır⁷³. İsviçre'de Haksız Rekabet Kanun'un yürürlüğe girmesi ise yaklaşık 50 seneyi almıştır. 1895 senesinden itibaren İsviçre İşadamları Birliği ile Ticaret ve Sanayi Birliği haksız rekabet kanunun çıkarılması yönünde taleplerini bildirmişler ve 1911 senesinde İşadamları Birliği, taslak bir metin hazırlamıştır. Bu metne ek olarak, 1934 senesinde O. A. Germann tarafından hazırlanan taslak metin üzerinde değişiklikler yapılarak 1936'da Meclis'e sunulmuş ancak kanunlaşmamıştır⁷⁴. Bugün TTK haksız rekabet hükümlerinin mehzazını teşkil eden Haksız Rekabet Kanun'u ancak 1943'de kabul edilmiştir.

B-Tanım

Ticarî sırrın ne anlama geldiğinin her somut olayda farklı değerlendirilmesi gereği, kavramın tam olarak neyi ya da neleri ifade ettiğinin belirlenememesi, işletmeden

⁷⁰ Simpson, s. 1143; Bone, s. 254.

⁷¹ Simpson, s. 1128; Ticarî sırrın sahibine fikrî mülkiyet hakkı sağladığına ilişkin ilk dava Kewanee v. Monsanto'dır.

⁷² Gayri maddî mal ve TTK haksız rekabet hükümleri için sırasıyla bk. 1. Bölüm/§ 2/I, 2. Bölüm/§ 2/II/B.

⁷³ Troller A., 39; Troller K., s. 12

⁷⁴ Troller A., 48.

işletmeye, kişiden kişiye değişmesi nedeniyle ticarî sır, tanımı yapılabilecek en zor kavramlardan birisidir. Dolayısıyla ticarî sır konusunda bugüne kadar ortak bir tanım yapılamamıştır. Ticarî sır korumasının oldukça gelişmiş olduğu Amerikan hukukunda bile tanımlar ve eyalet uygulamaları çeşitlilik göstermektedir. Bu hukuk sisteminde genel olarak ticarî sırrın varlığı tanımlar üzerinden değil, somut olayın özelliklerine ve hakkaniyet esaslarına göre belirlenmiştir⁷⁵. Amerikan hukukunda ticarî sırrın tanımını, kapsamını ve ticarî sırrı koruma yollarını belirlemek amacıyla dört büyük girişimde bulunulmuştur. Bu girişimlerden ilki 1939'da yayımlanmış olan Birinci Haksız Fiil Düzenlemesi'dir (The Restatement [First] of Torts). Bu düzenlemede yer alan ticarî sır ile ilişkin tanım, ticarî sır korumasının kapsamını belirlemede hâlâ etkisini sürdürmektedir⁷⁶.

Ticarî sırrın korunmasına ilişkin düzenleme çalışmaları 1979 yılında yayımlanan Yeknesak Ticarî Sırlar Kanunu (Uniform Trade Secrets Act - UTSA) ile devam etmiştir. Bu konuda, özel hukuk kapsamında çıkarılan son yasa ise, 1995 Üçüncü Haksız Rekabet Düzenlemesi'dir (The Restatement [Third] Unfair Competition). Bu hukukî düzenlemelerin yanı sıra, yabancı hükümetlerce ticarî sırların kullanımına ilişkin cezaî yaptırımlar getiren Ekonomik Casusluk Kanunu (Economic Espionage Act) 1996'da yürürlüğe girmiştir.

Birinci Haksız Fiil Düzenlemesi § 757 şerh (comment) b'de ticarî sırrın tanımı verilmiştir. Bu tanıma göre “ ticarî sır, sır sahibine sırrı bilmeyen ya da kullanmayan

⁷⁵ *Cohen, Jerry/Guttermo, Alan S.*: Trade Secrets Protection and Exploitation, with 2000 Supplement, New York 1998, s. 69; bu durumu en iyi açıklayan kararlardan biri *K&G Oil Tool & Serv. Co. v. GG Fishing Tool Serv.* davasında verilmiştir. Ticarî sır ile ilgili şu ifadeler kullanılmıştır: “Mekanik makineler, kimyasal formüller, gizli listeler ve bunun gibi pek çok olguyu kapsayan ticarî sır kavramında konular, tatlandırma amacıyla suya atılan şeker miktarından, karışık makine sistemlerine kadar değişmektedir. Ticarî sırrın sınıflandırılmasına ilişkin sorunlar hep olacak ve bu sorunlara çözüm bulmak hiçbir zaman kolay olmayacaktır. Somut olaylar, tanımdan ya da tekrar tanımlama çalışmalarından çok daha yardımcıdır.” Karar için bk. *Gellhorn, Ernest*: “Business Secrets in Administrative Agency Adjudication”, *Admin. L. Rev.* 1969 – 1970, V. 22, s. 515.

⁷⁶ *Hamler, Nathan*: “The Impending Merger of the Inevitable Disclosure Doctrine and Negative Trade Secrets: Is Trade Secret Law Headed in the Right Direction?”, *J. Corp. L.* 2000, V. 25, s. 385; *Brenner, s.* 651.

rakipleri arasında avantaj sağlayan, sır sahibinin işletmesinde kullandığı formül, numune ya da derlenmiş bilgidir. Basit olarak işletmenin işleyişindeki tek bir olay ya da geçici olaylar ticarî sır değildir. Bir ticarî sır, işletmenin işleyişinde devamlı olarak kullanılan yöntem ya da düzendir.”

Düzenlemeyi hazırlayanlar, mükemmel bir ticarî sır tanımını vermenin imkânsız olması nedeniyle, şerh b’de, hukukî koruma sağlanabilmesi için ticarî sırda bulunması gereken altı unsuru belirlemişlerdir⁷⁷. Bu unsurlar şöyle sıralanabilir⁷⁸: (1) İş sahibinin işletmesi dışında, ticarî sır olarak korunacak bilginin hangi ölçülerde bilindiği; (2) Uyuşmazlık konusu olan bilginin, çalışanlar ve işletmeye bir şekilde dahil olmuş kişiler tarafından hangi ölçüde bilindiği; (3) Bilginin gizliliğini korumak üzere işletme sahibi tarafından alınan önlemlerin ölçüsü; (4) Sır sahibi ve rakipleri için bilginin ifade ettiği değer; (5) Bilgiyi geliştirmek için sır sahibinin harcadığı zaman ve paranın ölçüsü (maddî değer); (6) Bilginin üçüncü kişiler tarafından hukuka uygun şekilde kazanılması ve kullanılmasının kolaylığı ya da zorluğu.

Bu şartlardan ilki dışında hiçbirisi, tek başına, bir bilginin sır olup olmadığını ya da sırrın değerinin, sır sahibi tarafından korunup korunmadığını belirlemek için yeterli olmayacaktır. Bu nedenle Amerikan hukukunda mahkemeler, ticarî sırrın varlığını incelerken makul hâl ve şartlara göre değerlendirmelerini yapmaktadırlar⁷⁹.

⁷⁷ Hamler, s. 386; Brenner, s. 652.

⁷⁸ Verilen bu altı unsur, Yeknesak Ticarî Sırlar Kanunu’nu kabul etmiş eyaletlerde dahi mahkemelerce kararlarda kullanılan ölçütlerdir. Bk. Hamler, s. 386; Brenner, s. 653.

⁷⁹ Brenner, s. 653; Peterson, Gale R.: “Trade Secrets in an Information Age”, Hous. L. Rev. 1995 – 1996, V. 32, s. 390.

Yeknesak Ticarî Sırlar Kanunu⁸⁰ (UTSA) ortak hukuk (Common Law) ticarî sır korumasını kanunlaştırmak üzere hazırlanmış ve 10 senelik çalışmaların sonrasında 1979 yılında yürürlüğe girmiştir. Her ne kadar, Birinci Haksız Fiil Düzenlemesi ile arasında belirli farklılıklar olsa da, ikisinin de amacı aynıdır. Her ikisi de kamuya mal olmuş bilgi ile ticarî sır olarak korunacak bilgi arasında çok da açık olmayan bir çizgi çizmektedirler. Birinci Haksız Fiil Düzenlemesi'nde rekabet avantajı ifadesi yer alırken, UTSA bağımsız ekonomik değerden bahsetmektedir.

UTSA § 1 (4)'de ticarî sırrın tanımı yapılmıştır. Bu tanıma göre: “(i) Ticarî sırrın kullanımından ve açıklanmasından ekonomik fayda sağlayacak diğer kişiler tarafından genel olarak bilinmeyen, hukuka uygun yollarla kolayca elde edilemeyen, hâlihazırda ya da olası bir bağımsız ekonomik değer taşıyan formül, numune, derleme, program, düzen, metot, teknik ya da yöntem ve (ii) gizliliğinin korunması için, gerekli hal ve şartlarda makul çabanın gösterildiği bilgi ticarî sırdır.”

UTSA'nın kırkın üzerinde eyalet tarafından kabul edilmiş olması, bu tanımı Amerikan hukukunda ticarî sırra ilişkin en önemli tanım haline getirmiştir.

Üçüncü Haksız Rekabet Düzenlemesi ise 1995 yılında ticarî sırrı daha ayrıntılı bir şekilde tanımlamak üzere hazırlanmıştır. Üçüncü Haksız Rekabet Düzenlemesi §39 şerh b'de ticarî sır tanımlanmıştır. Buna göre: “Ticarî sır, bir işletme ya da teşebbüsün işleyişinde kullanılan, diğer kimselere karşı, hâlihazırda ya da olası bir değer taşıması ve sır olması sebebiyle ekonomik avantaj sağlayan her türlü bilgidir.”

⁸⁰ Aslında Yeknesak Ticarî Sırlar Kanunu ile aynı sene içinde İkinci Haksız Fiil Düzenlemesi (Restatement [Second] of Torts) yayımlanmıştır. Bu düzenlemede, birincisinden farklı olarak, ticarî sırra ilişkin hiçbir tanım yer almamış, hatta bu konuya ilişkin hiçbir düzenleme yapılmamıştır. Aslında bu durum kanun koyucular tarafından bilinçli olarak önceden hesaplanmış ve daha sonra başka bir başlık altında düzenlenmek istenmiştir. Bunun nedeni haksız rekabet ve ticarete ilişkin düzenlemelerin, ticarî sır üzerindeki etkilerinin, haksız fiile göre daha fazla olduğunun düşünülmesidir. Ayrıntılı bilgi için bk. *Peterson*, s. 390; *Hamler*, s. 386.

Birinci Haksız Fiil Düzenlemesi ile UTSA ve Üçüncü Haksız Rekabet Düzenlemesinde yer alan tanımlar arasında üç temel fark bulunmaktadır: 1) Bilgi kullanılmakta olmak zorunda değildir; 2) Bilginin “olası” bir değeri olabilir ve sonuncusu ise tek ya da geçici bir olaya ait olsa bile bilgi ticarî sır olarak nitelendirilebilir⁸¹.

1996 tarihi Ekonomik Casusuluk Kanunu (EEA) § 1839’da ise ticarî sırrın tanımı şöyle verilmiştir: “(i) Sahibinin bilginin sır özelliğini korumak amacıyla makul önlemler aldığı, (ii) hâlihazırda ya da olası bir ekonomik değer taşıyan, kamu tarafından genel olarak bilinmeyen ve hukuka uygun yollardan elde edilemeyen, maddî ya da gayri maddî olup olmadığına ve nasıl saklandığına, derlenişine ya da fizikî, elektronik, grafik, fotoğraf ya da yazılı olup olmadığına bakılmaksızın hafızaya alınmış, her biçim ve türde olabilen, finans, işletme, ekonomi ya da mühendislik konularına ilişkin, numune, plân, derleme, program düzeni, formül, tasarım, ön ürün, metot, teknik, yöntem, usul, program ya da şifreyi içeren her türlü bilgi ticarî sırdır.”

Yukarıdaki tanımdan da anlaşılacağı gibi EEA’nın kullandığı dil, UTSA’dan üç açıdan farklılık göstermektedir. İlk olarak EEA, olası ticarî sırları ve gizli işletme bilgilerini genişletmiştir. İkinci olarak ticarî sırrın tanımını hem maddî hem de gayri maddî bilgiyi içerecek şekilde genişletmiştir⁸². Üçüncü olarak UTSA’da bir bilgi genel olarak bilinmiyorsa ve hukuka uygun kolay yollardan kendisine ekonomik menfaat sağlayacak diğer kişiler tarafından elde edilemiyorsa sırdır. Bunun anlamı rakiplerin bilgiyi

⁸¹ Hamler, s. 387; Brenner, s. 654.

⁸² Madde büyük bir ciddiyetle incelenmelidir. Düzenleme maddî nesnelerde bulunan gayri maddî unsurları da kapsamaktadır (bir bilgisayar ekranından müşteri listesinin fotokopisini almak gibi). EEA, bir kimsenin aklındaki bilgiyi de korumaktadır. Hukuka aykırı kullanım için ticarî sırrı ezberlemek bile, ticarî sırrın kötüye kullanımı demektir. Bu teörinin, yargılama sırasında kanıtlanmasının zor olduğu açıktır. Ancak, Amerikan hukukunda pek çok uyumsuzluk bu teoriyle sonuca bağlanmıştır. Bk. Ruhl, Christopher A: “Corporate and Economic Espionage: A Model Penal Approach for Legal Deterrence to Theft of Corporate Trade Secrets and Proprietary Business Information”, Val. U. L. Rev. 1999, V. 33, s. 782; Pooley, James/ Lemley, Mark A./ Toren, Peter J.: “Understanding the Economic Espionage Act of 1996”, Tex. Intell. Prop. L. J. 1997, V. 5, s. 190.

hâlihazırda bilmemesi ya da kolayca elde edememesidir. Bunun tam zıttı olarak EEA, ilgili kişiyi, rakiplerden, kamuya çevirmiş, alanı genişletmiştir⁸³.

Alman hukukunda ise kanun koyucu ticarî sırra ilişkin özel bir düzenleme yapmamış, temel hukuk normlarıyla koruma sağlamıştır⁸⁴. Alman doktrinde ticarî sır şöyle tanımlanmaktadır: “Sınırlı sayıda kimseler tarafından bilinen, aleni olmayan, sır sahibinin bilginin gizli kalmasında ekonomik bir menfaati olması nedeniyle, sırrın saklanması ilişkine açık ya da örtülü irade beyanında bulunduğu, bir işletmeye ilişkin bilgidir⁸⁵.”

Ticarî sırrın tanımını verebilmek ve kapsamını belirlemek için kaynağını saptamak gerekir. Akla ilk gelen, ticarî sırrın tacirin sırrı olduğudur. Gerçek ya da tüzel kişi tacirin ticarî sırrı olabilir; ancak tacirin bir ticarî işletmeyi kısmen dahi olsa kendi adına işletmesi (TTK. m. 14/I) veya TTK m. 18’de sayılan tüzel kişi tacirlerden biri olması, ticarî sırrın kaynağı değildir. Aslında ticarî sırrın maddî unsurlarından biri, ticarî sır teşkil eden bilginin, işletmenin faaliyetleriyle ilişkili olmasıdır⁸⁶. Başka bir ifadeyle bu bilgi, şirket ya da ticarî işletmeyle bağlantılı işlem, eylem ya da işten kaynaklanmaktadır. Bu işlem, eylem ya da iş gerçekleştirilmeden bir sırrın oluşması da mümkün değildir. Örneğin müşteri listeleri genellikle, şirket ya da ticarî işletmenin iş bağlantıları sonucu oluşan bilgilerdir. Coca Cola’nın formülü, Coca Cola şirketinin ticarî sırrıdır ve Coca Cola tarafından geliştirilmiştir.

⁸³ *Pooley/ Lemley/ Toren*, s. 191.

⁸⁴ *Wodtke/Richters/Pfuhl*, s. 15.

⁸⁵ Bu tanımın yer aldığı eserler için bk. *Wodtke/Richters/Pfuhl*, s. 21.

⁸⁶ *Wodtke/Richters/Pfuhl*, s. 22.

Dar anlamda ticarî sırrı, gerçek ya da tüzel kişi tacire, rakiplerine karşı ekonomik menfaat sağlayan, sır olarak saklanan ve gizli kalması için gerekli önlemlerin sahibi tarafından alındığı bilgi olarak tanımlayabiliriz⁸⁷.

Ticarî sırrı belirli kalıplar içine sokmaya çalışmak pek doğru değildir. Ticarî sır bir şirket ya da ticarî işletmeyi ilgilendiren neredeyse her şey olarak değerlendirilebilir⁸⁸. Başka bir ifadeyle, işletme için ekonomik faydası olan ve genel olarak bilinmeyen ve kolaylıkla elde edilemeyen her türlü bilgidir⁸⁹. Türk hukukunda ticarî sır ele alındığı zaman akla ilk gelen işletmenin imalât sırlarıdır. Gerçekten bir işletmenin imalât sırları ticarî sırdır; ancak bu kavram, sayılabilecek pek çok ticarî sır türünden sadece bir tanesidir.

Ticarî sırlara örnek olarak, işletme plânları, malî projeler, müşteri listeleri, maliyet ve fiyatlandırma bilgileri, makine çizimleri, stratejik plânlar ve finansal raporlar, detaylı proje ve plânlar, iş metotları, bilgisayar programları ve veritabanları, imalât teknikleri, teknolojik ve bilimsel üretim süreçleri, personel kayıtları, besin öğelerinin içeriklerini gösteren belgeler, ilaç ve kozmetik, pazarlama teknikleri, firmaların işletme kapasitesi, satış verileri, ürün imalâtı ve ürünü test etme özellikleri, coğrafi ve jeofizik haritalar, mühendislik raporları, yayım listeleri verilebilir⁹⁰. Bu listeyi uzatmak ve yeni öğeler eklemek mümkündür. Bir işletmenin çalışma koşulları ele alındığında, işletme için ekonomik değeri olan ve işletmenin rakiplerinden saklamak istediği pek çok sırla karşılaşılacaktır. Bu

⁸⁷ *Bone*, s. 248; *Brenner*, s. 651; *Rockman*, Howard B.: *Intellectual Property Law for Engineers and Scientists*, Chicago 2004, s. 432; *Uşan*, s. 25, Yazara göre ticarî sır yasal bir belirleme olmamasına karşın, herkes tarafından bilinmeyen ve araştırılmayan bağımsız bir ekonomik değeri olan her türlü bilgi olabilir.

⁸⁸ *Epstein*, Michael A./ *Levi*, Stuart D.: "Protecting Trade Secret Information: A Plan For Proactive Strategy", *Bus. Law*. 1988, V. 43, s. 891, Yazar, ticarî sır korumasının en faydalı yanını, konusunun sınırlandırılmamış olması olarak göstermektedir.

⁸⁹ *Foster*, Frank H./ *Shook*, Robert L.: *Patents, Copyrights and Trademarks*, 2nd Ed., Ohio 1993, s. 209.

⁹⁰ *Rotton Barrier, Inc. v. The Stanley Works* davasında ilk derece mahkemesi, brüt kâr payını, satış verilerini, pazar analiz bilgilerini, müşteri listesini, üretim sürecini, yağlama bilgilerini, makine ve kereste bağlama metotlarını, bu davada yer alan ticarî sırlar olarak nitelendirmiştir. Karar için bk. *Francis/ Collins*, s. 13.

nedenle ticarî sır tanımı verilirken tüm bu unsurları içeren genel bir kavramın bulunması isabetli olacaktır.

Ticarî sırrın en önemli özelliği sahibine ekonomik bir menfaat sağlamasıdır. Bunun yanında diğer sır türlerinde olduğu gibi, bilginin henüz kamuya açıklanmamış olması ve gizli kalmasına yönelik sahibinin iradesinin bulunması, ticarî sır oluşturan gizli bilgide bulunması gereken unsurlar arasında yer alır.

Türk hukukunda henüz yürürlüğe girmemiş olan, Ticarî Sır, Banka Sırrı, Müşteri Sırrı Hakkında Kanun Tasarısı'nda ticarî sırrın bir tanımı verilmiştir. Tasarı m. 2/a da yer alan bu tanıma göre ticarî sır: *“Bir ticarî işletme veya şirketin faaliyet alanı ile ilgili yalnızca belirli sayıdaki mensupları ve diğer görevlileri tarafından bilinen, elde edilebilen, özellikle rakipleri tarafından öğrenilmesi halinde zarar görme ihtimali bulunan 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, imalâtının 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 veya bu gibi bilgi ve belgeleri”* kapsamaktadır.

Tasarı'da yer alan tanımda, ticarî sır sahibinin iradesine ilişkin unsura yer verilmemiştir. Ticarî sır kapsamına girebilecek, pazarlama teknikleri, müşteri ağları gibi, özel unsurlar belirtilmeye çalışılmıştır. Ancak, ticarî sırrın genel unsurlarının yer alacağı bir tanım verilmesi ve ticarî sır sayılabilecek özel unsurlara ilişkin çeşitli örneklerin başka bir madde ile sınırlı sayıda olmamak üzere belirlenmesi daha uygun olacaktır. Bununla birlikte, tanımda ticarî sır olarak belirlenen unsurlardan, özellikle malî ve iktisadî duruma

ilişkin bilgilerin açıklanamayacak olması, kamuyu aydınlatma ilkesi çerçevesinde SerPK'ya tabi kuruluşların kamuyu aydınlatma⁹¹ yükümlülükleriyle çelişmekte ve bu yükümlülüğü adeta imkânsız hale getirmektedir. Tüm bu unsurları da içine alan ticarî sırrın genel bir çerçevesini çizebilecek olan tanımı şu şekilde vermek mümkündür:

Ticarî sır, bir ticarî işletme veya şirketin faaliyet alanı ile ilgili yalnızca belirli sayıdaki mensupları veya diğer görevlileri tarafından bilinen, elde edilebilen, gizliliği nedeniyle rakiplerince bilinmemesi ve üçüncü kişilere açıklanmaması gereken, ancak mevzuatın gerekli kıldığı hallerde yetkili mercilere verilebilen, ticarî işletmenin ve şirketin ekonomik hayattaki başarı ve verimliliği için büyük önemi bulunan ve ekonomik menfaat sağlayan; işletme ya da şirketin gizli kalması için hal ve şartlara göre gerekli güvenlik önlemlerini aldığı, hâlihazırda ya da olası bir ekonomik değer taşıyan, sahibinin sırrın saklanması yönünde açık veya örtülü iradeye sahip olduğu gizli bilgidir.

C - Ticarî Bilgiyi Sır Yapan Unsurlar

Sırrın tanımını verirken incelediğimiz unsurlar, genel olarak ticarî sır için de geçerlidir. Bunun nedeni ticarî sırrın, bir sır türü olmasından kaynaklanmaktadır. Ancak ticarî sırrı, genel sır kavramından ayıran en önemli özelliğin sahibine sağladığı ekonomik menfaat olduğunu belirtmekte fayda vardır. Bu nedenle ticarî sırrı sır yapan unsurlar incelenirken gizlilik ve ekonomik fayda unsurları üzerinde durulacaktır.

⁹¹ Kamuyu aydınlatma ilkesine ilişkin bk. 3. Bölüm/§ 2/I/A.

1. Gizlilik Unsuru

Ticarî sırrın temel unsuru olan gizlilik, sırrın sahibi dışındakiler tarafından bilinmemesi ve bilinmesinin istenmemesini ifade eder⁹². Ancak burada söz konusu olan mutlak sır değil, nispi sırdır. Başka bir ifade ile ticarî sır sahibi, bilginin esas unsuru olan gizliliğine zarar vermeksizin, söz konusu sırrı korumayı taahhüt etmiş çalışanlarıyla, örneğin joint venture biçiminde bir ortaklık kurmuşsa ortaklarıyla ya da alım – satım ilişkisi içinde olduğu toptancılarıyla paylaşırsa, bu paylaşım bilginin sır niteliğini ortadan kaldırmaz⁹³. Gerçekten de, sürekli gelişen ticarî ilişkiler ve özellikle ortaklıklar hukukunun doğası, sır olarak saklanması gereken bilgiyi, tek bir kişinin bilmesine izin vermez. Başka bir deyişle, özellikle tüzel kişi tacirler açısından bir sırrın tekelleştirilmesi neredeyse imkânsızdır⁹⁴. Önemli olan bu bilginin kamuya mal olmamış olması, başka bir ifade ile herkesçe değil, ancak az sayıda kişi tarafından bilinir nitelikte olmasıdır⁹⁵.

Gizliliğin kapsamı somut olayın özelliklerine göre belirlenecektir. Sahibinin gizlilik yönündeki iradesi büyük önem taşır. Amerikan hukukunda, ticarî sırrın unsuru olan

⁹²Hengeller, Hans: “Zum Beratungsgeheimnis im Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft”, Gesellschaftsrecht und Unternehmensrecht, Festschrift für Wolfgang Schilling zum 65. Geburtstag am 5.6.1973, Zurich 1973, s. 176.

⁹³Amerikan hukukunda ticarî sırrın düzenlendiği Birinci Haksız Fiil Düzenlemesi’nde (Restatement [First] of Torts) bu konu açıkça ifade edilmiştir: “Esas olarak bir ticarî sır, kullanıldığı ticarî işletme ya da şirketçe bilinir. Bunu yalnızca ticarî işletme ya da şirket sahibinin bilmesi bir şart olarak öne sürülemez. Sırrı koruyacağını taahhüt etmiş olan diğer kişilerle de bu sır paylaşılabilir.” Ayrıntılı bilgi için bk. Bernacci, Richard L./Frank, Peter B./Statland, Norman: Bernacchi on Computer Law A Guide to the Legal and Management Aspects of Computer Technology, V. 1, Boston 1986, N. 3-65; Cohen/Guttermann, s. 83.

⁹⁴ Örnek olarak bir bankanın müşterileri ile ilgili elde ettiği ve sır olarak saklamakla yükümlü olduğu bilgileri, müşteriye istediği hizmetin verilebilmesi için ilgili birimlerine iletmesi ya da kolektif ortaklıkta şahıs şirketi olmanın getirdiği, ortaklar arasındaki güven ilişkisi nedeniyle bütün ortakların müşteri çevresiyle ilgili bilgi sahibi olması verilebilir.

⁹⁵ Donay, s. 4; Kaya, Bilgi Alma, s. 263; Fairchild (Vuncan Detinning Co. v. American Can Co. [1907] 72 N.J. Eq. 387; 67 A. 339; 75 N.J. Eq. 542) ve Rubner v. Gursky (Kaumagraph Co. v. Stampagraph Co. [1923] 235 N.Y. 1; 138 N.E. 485) davalarında hakim, nispi sırrın var olduğu gerekçesiyle iki ya da ikiden fazla kişinin bir bilgiyi bilmesinin sırrın varlığını sona erdirmeyeceğini belirtmiştir. Kararlar için bk. Turner, s. 26.

gizliliğin belirlenmesinde kullanılan kıstasları⁹⁶ Türk hukukunda da uygulamak isabetlidir.

Bu uygulamada şu kıstaslar dikkate alınmalıdır:

- Ticarî sırrın konusunu oluşturan bilginin aynı iş kolunda çalışanlar tarafından ne ölçüde bilindiği⁹⁷,

- Ticarî sır sahibi tarafından, ticarî sırrın korunması için hangi ölçüde önlemlerin alındığı,

- Ticarî sırrı oluşturan bilginin hukuka aykırı yollarla edinilmesinin ya da çoğaltılmasının kolaylığı ya da zorluğu.

Bu unsurların aslında birbirlerinin ayrılmaz parçaları oldukları açıktır. Dolayısıyla, birlikte incelenmelidirler. Örneğin, ticarî sır sahibi sırrı korumak için gerekli önlemleri almazsa, sır kendi iş kolundaki diğer işletme sahipleri tarafından öğrenilebilir. Hukuka aykırı yollardan bilginin kolayca öğrenilmesi durumunda, bilgi herkesçe bilinir hale gelir ve ticarî sır olma özelliğini kaybeder. Bu nedenle, gizliliğin belirlenmesinde en önemli unsur bilgiye erişimin kolaylığı ya da zorluğu olmalıdır⁹⁸. Burada sahibinin bilginin sır niteliğini korumak için aldığı önlemlerin önemi büyüktür. Bu üç unsurun yanında, gizliliğin varlığını belirlemede, sırra ilişkin olaylar ve durumlar oldukça önemlidir.

⁹⁶ Bk. Birinci Haksız Fiil Düzenlemesi § 757 Şerh b (1939).

⁹⁷ Sarkes Tarzian v. Audio Devices davasında işverenin ticarî sırrının, çalıştığı iş kolundaki genel sırlardan ayrı, belirli bir sır olması gerektiği belirtilmiştir. Karar için bk. *Turner*, s. 28.

⁹⁸ Bu konudaki örneklerden biri Ashland Management Inc. v. Janien davasıdır. Ashland Management Inc. isimli firma olağanüstü başarıyla işleyen bir sistemin ticarî sır teşkil ettiğini ve hukuka ayrı şekilde kopyalandığını iddia etmiştir. Mahkeme bilirkişi incelemeleri ışığında sisteme ilişkin bilgiye erişimin kamuya açık kaynaklardan kolaylıkla sağlanabildiğini tespit etmiş ve Ashland 'in iddia ettiği gibi bir ticarî sırrının olmadığına karar vermiştir. Bu karar için bk. *Cohen/Gutterma*, s. 84; gizlilik unsurunun belirlenmesinde Amerikan yargı sistemine getirilen eleştiri için bk. *Sandeen Sharon*: "A Contract by Other Name Is Still A Contract: Examining the Effectiveness of Trade Secret Clauses To Protect Trade Secret Cases", IDEA 2004 – 2005, V. 45, s. 127, Yazar, gizlilik unsuru için Amerikan yargı sistemi tarafından gerekli incelemenin yapılmadığını şöyle ifade etmektedir: "Gizlilik şartı, ticarî sırrın en önemli unsuru olmasına rağmen, uygulamada bu unsura gereken önem verilmemektedir. Bunun nedeni aslında hukukla ilgisi olmayan pek çok faktörden kaynaklanmaktadır. Bunlardan en önemlisi ticarî sırrın çalınmış olmasına verilen mantıktan öte duygusal tepkidir. Ticarî sır davaları genellikle, büyük bir hızla, işletmenin mahvına neden olacağı gerekçesiyle ihtiyati tedbir talepleriyle başlar. Bilginin gizli olup olmadığına bakılmaksızın taraflar arasındaki gizlilik sözleşmesinin ihlâl edilip edilmediği incelenir. Böylece davacı, iddiasında ticarî sır teşkil eden bir bilgi olmasa da, jürinin ve hakimnin vicdanına başvurup, eksik noktaların üstünü kapamaya çalışabilir."

Örneğin, ticarî sırrın gizliliğinin korunması için alınan önemli tedbirler, söz konusu ticarî sırrı ihlâl etmeye çalışan kişinin normal zekâda bir insanın aklına gelmeyecek yöntemleri denemesi durumunda yetersiz kalabilecektir. Böyle durumlarda gizliliğin varlığına ilişkin karar, dürüstlük kuralı (MK m. 2) çerçevesinde değerlendirilip buna göre verilmelidir. Nitekim Alman hukukunda, sırla ilgili çeşitli yargı kararlarında bir bilginin gizliliğinin belirlenmesi için gösterilen kıstaslar arasında, genel olarak bilinmemesi ve kolayca elde edilebilir olmaması yer almaktadır⁹⁹. Gizli bilginin, ancak konunun uzmanları tarafından çözülebilecek donanım, araştırma ve düşünme gerektirdiği durumlarda gerçek anlamda bir sır olacağı ifade edilmiştir¹⁰⁰.

a) Gizlilik unsuru açısından ticarî sır oluşturan bilginin kullanılan işletme dışında genel olarak bilinmemesi

Genel olarak bilinen bir bilgi ticarî sır olarak korunamaz. Burada asıl önem teşkil eden bilginin kamunun bilgisi dahilinde olması değil, ticarî sır sahibinin çalıştığı iş kolunda ya da endüstride faaliyet gösteren diğer kimseler ya da işletmelerce bilinmemesidir¹⁰¹. Kamuya ait ürünler ya da belgeler hukuka uygun yollarla, başka bir ifade ile rakiplerin kendi araştırmaları ya da değerlendirilmeleriyle elde edilebilir. Dolayısıyla, “genel olarak bilinme” ile ifade edilmek istenen, bilginin hukuka uygun yollardan kolaylıkla edinilip edinilemeyeceğidir. Bir rakibin ticarî sırrı bilmesi ve kullanması, her zaman için, ticarî sır oluşturan bilginin gizlilik özelliğini ve ticarî sır statüsünü kaybetmesine neden olmaz. Bu

⁹⁹ Kararlar için bk. *Wodtke/Richters/Pfuhl*, s. 23.

¹⁰⁰ *Wodtke/Richters/Pfuhl*, s. 23.

¹⁰¹ Yeknesak Ticarî Sırlar Kanunu’nun gerekçesinde “...bilgiden ekonomik çıkar sağlayacak rakiplerin bilgiyi bilmesi durumunda ortada bir ticarî sır yoktur” ifadesi yer almaktadır. Bk. *Cohen/Gutterma*, s. 85; aynı şekilde bir mahkeme kararında (*American Paper&Packaging Products Inc. v. Krigan* 228 Cal. Rptr. 713, 718 [2nd. Dist. 1986]) bilginin ticarete genel olarak bilinmesi ve rakipler tarafından iyiniyetle kullanılması durumunda, ortada korunacak bir ticarî sırrın olmadığı belirtilmiştir; *Cincinnati Bell Foundry Co. v. Dodds* davasında ticarî sırlarla ilgili olarak, davacının koruma talebinin kabulü için, bunun gerçekten sır olması gerektiği belirtilmiş; hukukî olarak aynı ticaret kolundakiler tarafından sır olduğu bilinen unsurların kimse tarafından açıklanamayacağı ya da kullanılamayacağı hükme bağlanmıştır. Karar için bk. *Turner*, s. 26.

duruma verilebilecek örneklerden bir tanesi de, rakibin kendi imkânlarıyla elde ettiği bilgiyi kendine ait bir ticarî sır olarak kabul etmesi ve bu nedenle gizli tutmasıdır¹⁰². Birden fazla işletmenin bu bilgiye sahip olması ve bunlardan sadece birinin bile bilgiyi gizli tutmaması durumunda, bilgi gizlilik unsurunu kaybeder ve ticarî sır olarak korunamaz. Bunun yanı sıra bilgi, pek çok işletme tarafından hukuka uygun yollardan elde edilmiş veya geliştirilmiş ve hepsi tarafından gizli tutuluyor olsa bile, genel olarak herkes tarafından bilindiği için ticarî sır statüsünü kaybeder¹⁰³. Üstelik bilginin genel olarak bilinebilir hale gelmesi, ticarî sırrın bir başka unsuru olan “bilginin ekonomik değerini” de etkiler¹⁰⁴.

Amerikan hukukunda, genel olarak bilinmeyen, ticarî sır oluşturan bilgide, aynı zamanda yeni olma unsurunun aranıp aranmaması gerektiği de tartışmalıdır¹⁰⁵. Mahkeme kararlarında ya da düzenlemelerde bu şart aranmamıştır. Bunun nedeni yenilik unsurunun, patent hakkının korunması için aranan bir şart olmasıdır. Bazı yeni bilgiler patent hakkı sağladığı gerekçesiyle, Patent Hukuku çerçevesinde korunmaktadır. Bir bilginin ticarî sır olarak nitelendirilmesi onun genel olarak bilinmemesine bağlıdır. Gizli bir bilgi patent hakkına ilişkin korumadan faydalanmıyorsa ticarî sır kapsamına girebilir. Ancak ticarî sırrın içerdiği bilgi, patent hakkına ilişkin korumadan yararlanmayı içeren bilgiden daha geniştir¹⁰⁶. Başka bir ifade ile ticarî sırrın koruma alanına ticarî sır olarak korunabilecek

¹⁰² *Troller, A.*, s. 417; *Troller, K.*, s. 175, Yazar, gizli olduğu farzedilen bilgiyi bilen rakiplerin sayısının artmasının, bilginin sır olma özelliğini ortadan kaldıracığını ifade etmektedir.

¹⁰³ *Cohen/Gutterma*, s. 86; ayrıca bk. aşağıda s. 30.

¹⁰⁴ Amerikan hukukunda, ticarî sırları düzenleyen Yeknesak Ticarî Sır Kanunu’nda rakiplerin bilgiyi hangi derecede bilmesi gerektiği belirtilmemiş ancak, ekonomik değerin ticarî sırrın belirlenmesinde bir koşul olduğu ve bu koşulun genel olarak rakipler tarafından bilinmediği ifade edilmiştir. Bk. *Cohen/Gutterma*, s. 86.

¹⁰⁵ *Nimmer*, Raymond T.: *The Law of Computer Technology*, 3rd Ed., New York 1997, N. 3.04; *Dreyfuss*, Rochelle C.: “Trade Secrets: How Well Should We Be Allowed to Hide Them? The Economic Espionage Act of 1996”, *Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L. J.* 1998, V. 9, s. 11; *Sandeen*, s. 133.

¹⁰⁶ Örneğin müşteri listeleri yenilik getirmemektedir, ancak gerekli şartları sağlamak koşuluyla ticarî sır teşkil eden bir bilgidir. Bk. *Bilge*, Mehmet E.: *Ticarî Sırların Korunması*, Ankara 2005, s. 30; karşı görüş için bk. *Kewanee Oil Co. v. Bicron Corp.*, 416 US 470, 476, 181 USPQ 673 (1974).

gerekli ve değerli bilgiler girerken, bu bilgilerden yalnızca yenilik içeren buluşlar, patent hakkına ilişkin korumadan yararlanacaktır¹⁰⁷.

Türk hukuku açısından, ticarî sır teşkil eden bilgide yenilik unsurunun aranmasının bir şart olup olmadığı değerlendirildiğinde, bunun zorunlu bir unsur olmadığı görülür. Zira bilindiği üzere patentin konusunu buluşlar oluşturur. Buluş ise teknik alana ait bir çözüm¹⁰⁸ olarak nitelendirilir. 551 Sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname¹⁰⁹ (PatKHK) m.5'e göre, yenilik, tekniğin bilinen durumunu aşma ve sanayiye uygulanabilir olma, patent verilebilecek buluşların taşınması gereken özelliklerdir. Başka bir ifade ile her buluş patent verilerek korunmaz; buluşun söz konusu korumadan yararlanması için bir yenilik getirmesi, tekniğin bilinen durumunu aşması ve sanayide kullanılabilir olması gerekir. Dolayısıyla yenilik unsuru patent verilecek teknolojik buluşlar için düzenlenmiş bir şarttır. Hâlbuki ticarî sır içeren bilginin gizli olması, sahibine ekonomik menfaat sağlaması ve sahibinin bu gizliliğin devamına ilişkin iradesinin bulunması yeterlidir. Bunun yanı sıra, PatKHK m. 6/b'de zaten ticarî faaliyetlere ilişkin plan, usul ve kuralların buluş niteliğinde olmadığı belirtilmiştir.

Diğer taraftan, aynı iş kolunda çalışan işletmelerin ya da şirketlerin bilmediği, ancak genel bilgilerin toplanması yoluyla kendine özgü gizli bilgi oluşturan derleme bilginin de ticarî sır olarak nitelendirilmesi gerekir¹¹⁰.

¹⁰⁷ *Pianon*, Alberto: "Trade Secret Vs. Open Source: And The Winner Is...", *Erasmus L. &Eco. Rev.* 2004, V. 1, s. 50.

¹⁰⁸ *Tekinalp*, Ünal: Fikrî Mülkiyet Hukuku, B. 4, İstanbul 2005, § 31 N. 23.

¹⁰⁹ RG, 27.6.1995, S:22326.

¹¹⁰ *Sandeen*, s. 134; Avrupa Birliği'nde, fikrî haklar ile korunmayan derleme bilgileri, 96/9 sayılı Veri Tabanı Direktifi (The Database Directive) ile korunmaktadır. Direktifin 1. maddesine göre veri tabanı sistematik ya da metodolojik yollarla oluşturulmuş, elektronik ya da diğer şekillerde kişisel olarak erişilebilen her türlü bağımsız çalışma, veri ya da diğer materyalin derlemesidir. Korunma sağlanmasının amacı bu yöndeki yatırımları attırmaktır. Veri tabanına sağlanan hakkın, orijinal olmayan verileri koruması nedeniyle sui generis bir hak olduğu ifade edilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bk. *Cases C – 203/02 The British Horseracing Board Ltd. and Others v. William Hill Organization Ltd*, CML Rev. 2005, V. 42, s. 808.

b) Ticarî sırrın korunması konusunda önlem alınması

Amerikan, İsviçre ve Alman hukuklarında gizli bir bilginin ticarî sır sayılabilmesi ve korunabilmesi için sahibinin alacağı güvenlik önlemleri büyük önem taşımaktadır. Zira bir bilginin gizli ve buna bağlı olarak ekonomik değere sahip olduğu düşünüldüğünde, bilgi sahibinin bilgiyi korumak konusunda gerekli önlemleri alma zorunluluğu ortaya çıkar¹¹¹. Üçüncü kişiler, bu bilgiye, sır sahibi tarafından alınmış önlemler nedeniyle erişememelidirler¹¹². Sırrını korumak isteyen sır sahibinin bu yönde bir iradesi olmalıdır ve bu iradenin en önemli göstergesi de, sırrı korumak için aldığı güvenlik önlemleridir. Ticaretle Bağlantılı Fikrî Mülkiyet Hakları Sözleşmesi (Agreement on Trade – Related Aspects of Intellectual Property Rights – TRIPS) m. 39/II/c’de de bu yönde hüküm bulunmaktadır.

Bilginin gizliliğinin korunmasında ticarî sır sahibinin aktif, aynı zamanda somut bir çaba göstermiş olması gereklidir¹¹³. Ticarî sır sahibinin, gizli bilginin ve ekonomik değerinin anlaşılmaması için gerekli önlemleri almamış olması kabul edilebilecek bir savunma değildir¹¹⁴. Ticarî sırrın güvenliği için alınacak önlemler, korunmak istenen sırrın özelliğine göre farklılık gösterir. Sır sahibinin, güvenliği sağlayabilmesi için belki de en doğru yöntem koordinasyon içinde olan güvenlik birimlerinin oluşturmasıdır. Bazı durumlarda uygulanan bir ya da iki yöntemle uygun koruma sağlanamayabilir. Sır sahibi

¹¹¹ *Troller, A.*, s. 418; *Troller, K.*, s. 176; sırrın korunması için gerekli tedbirlerin alınmış olmasını, sırrın bir unsuru saymayan görüş için bk. *Tuncay*, s. 1069; *Bilge*, Ticarî Sır, s. 30.

¹¹² *Troller, K.*, s. 176.

¹¹³ *McNeil, Michael*: “Trade Secret Protection for Mass Market Computer Software: Old Solutions For New Problems”, *Alb. L. Rev.* 1987, V. 51, s. 319; bu çabanın en güzel örneğini Coca Cola firmasının, Coca Cola içeceğinin yazılı formülünü saklaması oluşturur. Firma, Atlanta’daki Trust Company Bankası’nın güvenli kasasında formülü gizli tutmaktadır. Bu gizli kasa ancak şirketin tasfiyesi sonucunda açılabilir. Şirket politikası gereği, Coca Cola içeceğinin formülünü ancak iki kişi bilir ve ürünün hazırlanması aşamasını ancak bu iki kişi denetleyebilir. Şirket bu kişilerin kimliğini açıklamayı reddetmekte, hatta her ikisinin de aynı uçağa binmesine izin vermemektedir. Şirket, ürettiği diğer kolalı içecekler için de aynı önlemleri almaktadır. Ayrıntılı bilgi için bk. *Epstein/Levi*, s. 888; ayrıca bk. *Peggy Lawton Kitchens, Inc. v. Hogan*, 18 Mass. App. Ct. 937, 466 N. E. 2nd 138 (1984).

¹¹⁴ *Cohen/Gutterma*, s. 87.

güvenlik programını geliştirirken dengeli bir yaklaşım izlemeli ve bilginin ekonomik değerini göz önünde tutmalıdır¹¹⁵.

Ticarî sır sahibi tarafından alınacak önlemler, durumun özelliklerine göre makul önlemler olmalıdır. Makul önlemlerden kasıt, sır sahibinin, sırrı verdiği kişilere, bilginin gizli olduğunu ve açıklanmaması gerektiğini bildirmesi, gerektiğinde bu kişilerle gizlilik sözleşmesi imzalaması, iş yerine giriş – çıkışlarda gerekli kontrolleri sağlaması ve ilgili olmayan kişileri müessesine almaması olabilir. Bunun tersine, teşhir yoluyla bilginin kamuya açıklanması, faaliyetlere ilişkin dergilerin çıkartılması ve burada sır teşkil eden bilgilere yer verilmesi¹¹⁶ ya da reklâmlar yoluyla ticarî sırrın açıklanması durumunda makul önlemlerin alındığından bahsedilemez¹¹⁷. Öte yandan, ticarî sır sahibi tarafından alınacak gereksiz ve aşırı maddî yük getiren önlemlerin de makul ölçülerin dışında olacağı açıktır¹¹⁸.

Ticarî sırların gizlilik unsurunu korumak amacıyla hangi önlemlerin alınması gerektiği ve makul önlemlerin neler olduğu ise ticarî örf ve âdetlere¹¹⁹ göre değerlendirilmelidir (TTK m. 1/II). Aynı ticaret kolunda çalışanlar tarafından uzun yıllardır uygulanagelen önlemler belirlenmeli ve bunlar ışığında karara varılmalıdır. Örneğin, Amerikan

¹¹⁵ *Stim, Richard/Fishman, Stephen: Nondisclosure Agreements Protect Your Trade Secrets & More, Berkeley 2001, s. 24; Cohen/Gutterma, s. 87, Yazar, Amerikan mahkemelerinde, ticarî sırrın değerinin belli olmadığı ve rakipler tarafından bilinmediği durumlarda hakimlerin, ticarî sırrın gizliliğini korumak için alınan önlemlere değil, davalının ticarî sırrı nasıl elde ettiğine odaklandıklarını belirtmektedir. Bu durumun, ihlâlin özellikle sahibinin aldığı önlemler nedeniyle değil, diğer sebeplerle gerçekleştiği durumlar için söz konusu olduğunu ifade etmektedir.*

¹¹⁶ *Wodike/Richters/Pfuhl, s. 23.*

¹¹⁷ *Cohen/Gutterma, s. 87.*

¹¹⁸ *Aries Information Sys. v. Pasific Management Sys. Corp. 366 N.W.2nd 366, 367 (Minn. App. 1985), Davada, ticarî sır sahibinin beklenmeyen ve engellenemeyen keşif metotlarına karşı sorumlu tutulmaması gerektiği karara bağlanmıştır; ayrıca bk. Kaliforniya Eyaleti Medeni Kanunu §3426.1; gereksiz ve aşırı yük getiren önlemlere örnek olarak, işyeri giriş güvenliğini, iki güvenlik görevlisiyle sağlayabilecekken on kişinin görevlendirilmesi ya da ticarî sır niteliği taşıyan belgeleri kilitli bir kasa içinde saklayabilecekken, gereksiz koruma duvarlarının oluşturulması verilebilir; aynı yönde bk. *Bilge, Ticarî Sır, s. 28.**

¹¹⁹ Örf ve âdet hukuku toplumda uzun zamandan beri uygulanan, uyulmasına ilişkin zorunluluğun ve sağladığı adaletin toplumun çoğunluğu tarafından kabul edilmiş olduğu davranış kurallarının tümünü ifade eder. Ayrıntılı bilgi için bk. *Arslanlı, Halil: Kara Ticareti Hukuku, Umumî Hükümler, İstanbul 1960, s. 30; Karayalçın, Yaşar: Ticaret Hukuku Dersleri, C. I Ticarî İşletme, B. 3, Ankara 1968, s. 151; Arkan, Sabih: Ticarî İşletme Hukuku, B. 10, Ankara 2007, s. 88; Poroy, Reha/Yasaman, Hamdi: Ticarî İşletme Hukuku, B. 11, İstanbul 2006, s. 95.*

hukukunda verilen bir kararda¹²⁰, firmaların gizli belgelerinin üzerine “gizlidir” ibaresini koymasının bir örf ve âdet kuralı olduğu belirtilmiş; davacının, ticarî sır oluşturan belgesinin üzerinde “gizlidir” ibaresi bulunmadığından, bilginin korunması için makul önlemleri alınmadığı gerekçesiyle, dava mahkemece reddedilmiştir.

Ticarî sırrın korunması için alınan önlemlere ilişkin şu örnekler verilebilir:

- Ticarî sır niteliği taşıyan belgelerin bulunduğu bölümleri diğer bölümlerden ayırmak ve bu bölümlere erişimi sınırlamak,
- Ticarî sır niteliği taşıyan belgeleri bölümleyip etiketlemek,
- Bir şirket içindeki ticarî sırrı sadece işi için gerekli olan çalışanlara açıklamak,
- Ticarî sır erişimi olan çalışanları kimlik kartı ya da diğer elektronik görüntüleme sistemleri ile kontrol etmek,
- Ticarî sırrı bilen çalışanlara, sırrın açıklanmaması gerektiğini bildirmek ve gizlilik anlaşması imzalamalarını şarta bağlamak,
- Bilgisayarlara, fotokopi ve faks makinelerine ve çöp kutularına erişimi sınırlamak,
- Gönderilen faksların kapak yazılarına ya da e-postalara, mesajın sadece ismi geçen kişiye gittiğini, bu kişiden başka birinin okuyamayacağını, bu nedenle yanlış kişinin gizli belgeyi alması halinde geri göndermesi gerektiğine ilişkin notlar eklemek¹²¹.

c) Ticarî sırrın hukuka uygun yollardan elde edilememesi

Hukuka uygun, kolay yollardan elde edilebilecek bilginin ticarî sır sayılmaması, bilginin herkes tarafından bilinmesi ile benzer bir durumdur. Daha önce de belirttiğimiz gibi, ticarî sır oluşturan bilginin kolay yollardan elde edilememesi gerekmektedir. Bir

¹²⁰ Tele-Count Eng. Inc. v. Pacific Tel & Tel Co. 214 Cal, Rptr. 276 (Cal. Ct. App 1985).

¹²¹ Ticarî sır ilişkili alınacak tedbirlerle ilgili çeşitli örnekler için bk. *Bernacci/Frank/Statland*, N. 99 vd.; *Bouchoux*, Deborah E.: *Intellectual Property, The Law of Trademarks, Copyrights, Patents and Trade Secrets*, New York 2000, s. 353; *Cohen/Gutterma*, s. 89, 90.

dergide yer alan bilgiyi okuyup bunu kendi iş kolunda kullanmak, hukuka uygun bir fiildir ve aynı iş kolunda çalışanlar araştırma yaparak bu bilgiye ulaşabilir. Dolayısıyla, bu bilgide gizlilik unsurundan bahsetmek mümkün değildir.

Bilginin hukuka uygun bir yolla kazanılması, söz konusu bilginin elde edilmesi ya da çoğaltılması şartlarının kolay ya da zor olması ile yakından ilgilidir. Rakiplerin ya da üçüncü kişilerin belirli bir güçlkle karşılaşmadan, gizli varsayılan bilgiyi elde etmeleri veya çoğaltmaları halinde, bilgi kolaylıkla elde edilmiş sayılır.

Bir bilginin kolaylıkla ya da zorlukla elde edilip edilmediği değerlendirilirken, başvurulabilecek belirli bir ölçü yoktur. Bu konuda ticarî sır teşkil eden bir ürünün ya da tasarımın rakipler tarafından incelenip keşfedilmesi (tersine mühendislik - reverse engineering¹²²) için harcanan zaman ve çaba dikkate alınabilir. Örneğin, telefon defterlerinin sarı sayfalarından kolayca erişilebilen isimler, elde edilebilirlik açısından oldukça kolaydır ve ticarî sır olarak korunmaz¹²³. Bununla birlikte bir işletmenin müşteri listesine kolay yollardan erişim sağlanamıyorsa, listeyi oluşturan isimler sarı sayfalarda yer almasına rağmen ticarî sır kapsamında değerlendirilir.

Herhangi bir uyumsuzluk halinde, bir bilginin ticarî sır olduğunu iddia eden sır sahibinin ticarî sırrını korumak için aldığı önlemler, söz konusu sırrın hukuka uygun yollardan elde edilmesinin zor olduğunu ispatlamasına yardımcı olacaktır.

Bilginin kolay ya da zor yollardan elde edilmesi unsuru tartışılırken yanıtlanması gereken başka bir soru da şudur: Ticarî sırrı saklı tutma ve yalnızca işinde kullanma yükümlülüğü altında bulunan işçinin, gizli tutmakla yükümlü olduğu bilgi, sır sahibinin kamuya yaptığı açıklamalar nedeniyle alenî hâle gelmişse ve işçi bu alenî bilgiyi kendisine

¹²² Ayrıntılı bilgi için bk. I. Bölüm/§1/III/D.

¹²³ *Cohen/Gutterma*, s. 92.

tanınan yetkinin ötesinde kullanmışsa sonuç ne olacaktır¹²⁴? Başka bir ifadeyle, alenî hale gelen bilgiyi kendi menfaatine kullanan işçinin sır saklama yükümlülüğünü ihlâl ettiği öne sürülebilir mi? Bu konuyla ilgili Amerikan hukukunda bazı mahkemeler, ticarî sırrın verildiği kişinin söz konusu sırrı ihlâl etmesiyle, sır sahibinin kamuya yaptığı açıklama arasında bir bağlantı kurmamıştır. Bunun nedeni olarak da sırrı alan kişinin sorumluluğunun kamuya açık olan bilgiye değil, kendisine yapılan açıklamaya dayalı olmasını¹²⁵ göstermişlerdir. Dolayısıyla, sırrı saklı tutma ve yalnızca işinde kullanma yükümlülüğü altında bulunan işçi, kendisine açıklanan ve daha sonra kamuya açık hale gelen bilgiyi kullandığı için sır saklama yükümlülüğüne aykırı davranmış olacaktır. Türk hukukunda ise güvene dayalı bir akit olan hizmet sözleşmesinde¹²⁶, işçinin sadakat ve bunun bir sonucu olarak sır saklama yükümlülüğü vardır. Bu yükümlülük çerçevesinde işçi, görevi dolayısıyla öğrendiği sırları saklamakla yükümlüdür. Ancak bu yükümlülük, gizli bilgi sır özelliğini koruduğu sürece devam eder. Başka bir ifadeyle, sır alenî hâle gelirse, işçinin bu sırla ilgili sır saklama yükümlülüğü de sona erer. Dolayısıyla, işçinin gizli tutması gereken bilgi, işverenin açıklamaları sonucu alenî hale gelmişse, işçinin sır saklama yükümlülüğü de sona ermiştir. Ancak sır saklama yükümlülüğünün sona ermesi, işçi açısından sadakat yükümlülüğünün bir sonucu olan sözleşme ilişkisi içinde rekabet yasağının sona erdiği anlamına gelmez. Bu nedenle işçi, alenî hale gelen bilgiyi rakipler yararına kullanamaz.

2. Ekonomik Bir Değere Sahip Olma ve Kullanılma Şartı

Ekonomik değer şartı belirlenirken, bilginin taşıdığı somut değer ile bilginin ticarî sır olmasından kaynaklanan ekonomik değer arasında ayırım yapılmalıdır. Ticarî sır içeren

¹²⁴ *Cohen/Gutterma*, s. 93.

¹²⁵ *Goldberg v. Medtronic*, karar için bk. *Cohen/Gutterma*, s. 93.

¹²⁶ Hizmet sözleşmesi ve hizmet sözleşmesinde sır saklama yükümlülüğü için bk. 2. Bölüm/ III/B/1/b.

bilginin ekonomik değeri, gizli olmasından kaynaklanmalıdır¹²⁷. Başka bir ifade ile bilgi değerini gizliliğinden kazanmalıdır; gizlilik unsuru bilgiye bağımsız bir ekonomik değer sağlamalıdır. Bağımsız ekonomik değerle ifade edilmek istenen, bir ticarî işletme ya da şirkete ait tüm diğer bilgilerden ayrı olarak, ticarî sır oluşturan bilginin gizli olmasından kaynaklanan bağımsız değerdir.

Ticarî sır niteliğindeki gizli bilgi, sadece sahibi için ekonomik bir değer ifade etmemelidir. Gizli bir bilginin var olduğunu bilen, ancak içeriğinin ne olduğunu bilmeyenler açısından da değerli olması gerekir. Başka bir deyişle, üçüncü kişiler, ticarî sır olan bilginin kendilerine açıklanması veya kullanmalarına izin verilmesi için, sır sahibine belli bir bedel ödemeye hazır olmalıdırlar. Ancak üçüncü kişilerin, bilginin kullanımına izin veya açıklanması için belli bir miktar ödeme isteği, söz konusu bilginin gizli olmasından değil, doğru ve işlevsel olması gibi başka nedenlerden kaynaklanıyorsa, bu bilgide bağımsız ekonomik değer unsurundan bahsetmek mümkün değildir¹²⁸.

Sahibine göre ticarî sır oluşturan bir bilginin değerli olması, üçüncü kişiler için de değerli olacağı anlamına gelmez¹²⁹. Başka bir ifadeyle, sahibi için değerli olan bir bilgi üçüncü kişiler açısından bir değer taşımıyorsa, bu durumda bilginin bir ticarî sır olduğundan bahsedilemez. Ekonomik değer, mutlak bir değeri ifade etmemekle birlikte, “rakiplerin” bu ticarî sırı verdikleri değer demektir. Ekonomik değer büyük bir miktar olmasına gerek yoktur. Değeri için belirlenen miktarın az olması, bilginin ticarî sır niteliğini kazanmasına engel teşkil etmez¹³⁰. Amerikan hukukunda ticarî sır ilişkisi

¹²⁷ *Sandeen*, s. 141.

¹²⁸ *Sandeen*, s. 142, Yazar bunu doğrulayan en güzel örneğin insanların gazete alması olduğunu belirtmiştir. Zira, kişiler önceden düzenlenmiş ve kolaylıkla erişilebilir bilgiye para vermektedir. Sonuç olarak insanların bir bilgiye erişmek için para ödemesi bu bilginin ticarî sır olduğu anlamına gelmemektedir.

¹²⁹ *Optic Graphics, Inc. v. Agee* kararında hakim, fiyatlandırma bilgisinin çok değişken ve firmaya özgü olduğundan hareketle, rakip firma için hiçbir ekonomik değer taşımadığına karar vermiştir. Bk. *Sandeen*, s. 142 dn. 103.

¹³⁰ *Peterson*, s. 417.

önemli düzenlemelerden biri olan Üçüncü Haksız Rekabet Düzenlemesi'nde¹³¹ ticarî sırrın ekonomik değeri için “gizli bilginin çok küçük de olsa sahibine bir avantaj sağlaması, bu bilginin ticarî sır olması için yeterlidir” ifadesi kullanılmıştır¹³². Bu avantaj ise, kâr elde etme ya da zarardan kaçınma olabilecektir.

Ticarî sırrın bağımsız bir ekonomik değeri olduğunu doğrudan kanıtlamak oldukça zordur¹³³. Bunu kanıtlamanın dolaylı yolu ise, ticarî sır sahibinin, ticarî sır niteliğinde olan bilgiye verdiği önem nedeniyle, bunu elde etmek için harcadığı zaman, para ve emek¹³⁴ ile bilginin gizliliğini korumak için aldığı önlemler olabilir. Ancak, bu dolaylı kanıtlar üzerinde yoğunlaşmak çok da doğru olmayacaktır. Ticarî sır sahibinin, sırrı elde etmek için harcadığı zaman, para ve emeğin yanı sıra bu bilginin genel olarak bilinmemesi ve kolaylıkla elde edilememesi birlikte değerlendirilmelidir. Böylece ticarî sır sahibinin hakları ile kamunun hakları arasında bir denge kurulabilir¹³⁵. Kamuya açık kaynaklarda yer alan bir bilgiden haberi olmayan kişi, bu bilgisizliği ile çok yeni bir imalât tekniği geliştirdiğini zannederek, bu teknik için çok para, zaman ve emek sarf etse bile, bu bir ticarî sır değildir. Zira bu bilginin kendisi için çok büyük bir değeri olsa bile rakipleri ve diğer kişiler açısından bir ekonomik değeri olmayacaktır.

Bir bilginin ticarî sır sayılabilmesi için, onun sürekli şekilde kullanılıyor olmasının gerekip gerekmediği (kullanılma şartının aranıp aranmayacağı) tartışmalıdır. Önceleri ticarî sır oluşturan bilginin, ticarî işletme ya da şirket tarafından sürekli olarak kullanılması

¹³¹ Ayrıntılı bilgi için bk. aşı. 2. Bölüm/§1/II/A/1/c.

¹³² Restatement (Third) of Unfair Competition § 39 comment (şerh) f, bk. *Peterson*, s. 418.

¹³³ *Sandeen*, s. 141.

¹³⁴ Bu konuda Indiana Yüksek Mahkemesi'nin Amoco Productions Co. v. Laird davasında verdiği karar güzel bir örnek oluşturmaktadır: “Bir kimsenin çalışmalarının meyvelerini alması, bunları saklaması ve bunlardan faydalanması en adil görünen yoldur. Eğer bir iş adamı rakiplerine karşı üstünlük sağlamak için çok çalışmış, yaratıcılığını kullanmış ve cesur adımlar atmışsa, bu çabalarından kâr etmelidir. Bu konuda sağladığı ticarî üstünlük, rakiplerin bunu öğrenmesiyle yok olacağı için hukuk, iş adamının başarılarını korumak için sarf ettiği çabayı sır olarak korumalıdır.” Karar için bk. *Peterson*, s. 423.

¹³⁵ *Peterson*, s. 424.

gerektiği savunulmuş, daha sonra bu düşünceden vazgeçilmiştir¹³⁶. Sürekli olarak kullanım şartını ticarî sırrın bir koşulu olarak aramak, henüz araştırma ve geliştirme sürecindeki bir ticarî sırrı, hukukî korumadan mahrum bırakacaktır. Yeni geliştirilmiş ancak kullanımına başlanmamış bir üretim süreci ya da henüz kullanılmaya başlanmamış müşteri listeleri vb. ticarî sır niteliğinde olabilir. Kişinin henüz kullanma fırsatı bulamadığı sırrını koruma dışında bırakmak, ticarî sırrın kapsamını gereksiz yere daraltmak, sır sahibinin, sır üzerindeki haklarını kısıtlamak anlamına gelecek ve dürüstlük kuralına (MK m. 2/I) aykırı bir durum oluşturacaktır.

D- Ticarî Sır Niteliğini Ortadan Kaldıran Durumlar

Ticarî sırrın en önemli unsurunun gizlilik olduğunu daha önce belirtmiştik. Bu nedenle sahibi tarafından gizlilik unsurunu ortadan kaldıran her türlü açıklama, bilginin ticarî sır özelliğini de ortadan kaldırır. Örneğin ticarî sır sahibinin, bilginin bir sır olduğunu ve saklanması gerektiğini bildirmeden üçüncü kişilere yaptığı açıklamalar sonunda, bilgi ticarî sır özelliğini kaybeder. Aynı zamanda ticarî sır oluşturan bilginin, çeşitli usullerle yayınlanması da bilgiyi sır olmaktan çıkarır. Bunun nedeni, bilginin kamuya mal olması ve gerekli araştırmayı yapan herhangi bir kişi tarafından kolaylıkla elde edilebilir olmasıdır.

Ticarî sırrın, sır niteliğini kaldırıp kaldırmadığı tartışmalı olan bir konu ise tersine mühendisliktir (reverse engineering). Tersine mühendislik, üretimi tamamlanmış bir ürünün rakipler tarafından incelenmesi ve ürünün içeriğinin ya da tasarımının keşfedilmesidir¹³⁷. Bu durum aslında rakip firmanın ürettiği bir malı almak, işleyişini ve

¹³⁶ Amerikan hukukunda yer alan 1939 tarihli Birinci Haksız Fiil Düzenlemesi'nde (Restatement [First] of Torts) ticarî sırrın bir işte düzenli olarak kullanılması şartı aranırken, daha sonra yürürlüğe giren Yeknesak Ticarî Sır Kanunu'nda (Uniform Trade Secrets Act) ve (Üçüncü) Haksız Rekabet Düzenlemesi'nde bu şart aranmamıştır. Bu düzenlenmelere ilişkin bk. 2. Bölüm/§1/II/A/1.

¹³⁷ Kavrama ilişkin tanımlar için bk. *Durdik*, Paul: "Reverse Engineering As A Fair Use Defense To Software Copyright Infringement", *Jurimetrics J.* 1994, V. 34, s. 451; *Hilton*, Willam E.: "What Sort of

tasarımını keşfetmek, bileşenlerini bulmak amacıyla yapılan parçalama işlemidir. Bu işlem aynı zamanda, ilacın kimyasal formülünü bulma ya da bir bilgisayar programının yazılımını çözmek amacıyla da yapılabilir. Tersine mühendislik yeni bir yöntem değildir. Ancak son zamanlarda rakip işletmelerin özellikle teknik ürünleri göreceli olarak daha az bir maliyetle üretmek istemeleri nedeniyle daha fazla uygulanır hale gelmiştir¹³⁸.

Amerikan hukukunda ticarî sır, fikrî mülkiyet hakları kapsamında değerlendirilmekte ve tersine mühendislikle ele geçirilen ticarî sırrın, hukuka uygun yollarla elde edildiği ifade edilmektedir¹³⁹. Bu hukuk sisteminde, hukuka uygun bir bilgi edinme olan tersine mühendislik, zaman alsa ve belli bir yatırım yapma gereği doğursa da, orijinalinden daha kısa sürede kaliteli markaların ortaya çıkmasına katkıda bulunduğu için kabul görmekte; tersine mühendislik sayesinde bilgi edinmeye çalışan kişilerin yatırım miktarı ile teknoloji üzerinde araştırma ve geliştirme çalışmaları yapan toplulukların harcamalarının azalacağı belirtilmektedir¹⁴⁰.

Şirketler bazı dönemlerde ticarî sırrın yaratıcısı olmayı, bazı dönemlerde ise kopya etmeyi isterler¹⁴¹. Hepsinin ortak amacı ise, tersine mühendislik yoluyla, ürünün üretim süreciyle ilgili bilgileri elde etmektir. Rakiplerin çeşitli dönemlerde tersine mühendislik yoluna başvuru ihtimali, şirketleri kendi sırlarını korumada etkin önlemler almaya yöneltir¹⁴².

Improper Conduct Constitutes Misappropriation of a Trade Secret”, IDEA 1989 – 1990, V. 30, s. 292; *McNeil*, s. 317.

¹³⁸ *Epstein/ Levi*, s. 891.

¹³⁹ *Tabor v. Hoffman*, 118 N. Y. 30, 36, 23 N.E. 12, 13 (1889), kararda, patentlenmemiş bir ilacın pazara sürüldüğünde, bu ilacın kimyasal incelemesinin yapılabileceği, içeriğini oluşturan maddelerin ve bunların oranlarının elde edilebileceği belirtilmiş; sırrı bu yolla keşfedenin, bunu herhangi bir müdahale ile karşılaşmadan istediği şekilde kullanabileceği hükme bağlanmıştır.

¹⁴⁰ TRIPS Agreement and Developing Countries, Geneva 1996, s. 47.

¹⁴¹ *Reichman*, J. H.: “Design Protection in Domestic and Foreign Copyright Law: From The Bern Revision of 1948 to the Copyright Act of 1976”, Duke L. J. 1983, V. 1983, s. 1994.

¹⁴² *Markus*, E.J.: “Trade – Related Intellectual Property Rights”, European Economy 1993, No. 52, s. 158.

Piyasaya sürülen ürünün sır teşkil eden özellikleri tersine mühendislik yolu ile keşfedildiğinde artık bir sırrın varlığından söz etmek mümkün değildir. Söz konusu ürünle ilgili sırrın uzun zaman ve uğraş gerektiren, pahalı bir sistemle elde edilmiş olması da bu durumu değiştirmez¹⁴³. Ancak ürünün sır teşkil eden özellikleri eğitim görmüş uzmanlarca, uzun süren araştırmalar sonucu elde edilebiliyorsa, bu gizli bilgi ticarî sır olarak nitelendirilebilir¹⁴⁴.

Tersine mühendislik, ticarî sırrın sır olma niteliğini ortadan kaldıran bir işlem olmakla birlikte, hukuka aykırı kazanımı anlamına gelmemektedir. Ticarî sır üzerindeki menfaat sahibine eksik münhasır bir hak¹⁴⁵ sağlamaktadır ve ticarî sır Türk hukukunda özel koruma normuyla değil, haksız rekabete ilişkin genel hükümlerle korunma altına alınmıştır. Haksız rekabet teşkil eden hareketlerin yer aldığı TTK m. 57'in 8. bendinde¹⁴⁶ ise sırrın iyiniyet kurallarına aykırı şekilde elde edilmesi ya da öğrenilmesi sonucu haksız faydalanmanın veya başkalarına yaymanın haksız rekabet fiilini oluşturacağı hükme bağlanmıştır. Ancak piyasaya sürülmüş bir ürünün hukuka uygun şekilde satın alınması ve bu ürünün incelenerek ticarî sır teşkil eden unsurlarının ele geçirilmesi, Kanun'un ifadesiyle "hüsünîyet kurallarına aykırı" bir durum teşkil etmemektedir¹⁴⁷. Dolayısıyla Türk hukuku açısından, tersine mühendislik ticarî sırrın ihlâline neden olan durumlar arasında yer almamalıdır. Gerçekten de tersine mühendisliğin, ürün çeşitliliğini arttırması, rekabet ortamı sağlaması gibi özellikleri dikkate alındığında, bilgi edinmede hukuka uygun, aynı zamanda ekonomik bir yol kabul edilmesi gerekir¹⁴⁸.

¹⁴³ Troller, Alois: Immaterialgüterrecht, Bd. II, 3. Aufl., Basel und Frankfurt a.M. 1985, s. 950; ayrıca bk. Gürzumar, s. 83.

¹⁴⁴ Gürzumar, s. 83.

¹⁴⁵ Ticarî sır üzerindeki menfaatin hukukî niteliği için bk. aşa. 1. Bölüm/§2.

¹⁴⁶ TTK m. 58/b.8'e ilişkin olarak bk. aşa. 2. Bölüm/§2/II/B/2/b.

¹⁴⁷ Aynı yönde bk. Bilge, Ticarî Sır, s. 219.

¹⁴⁸ Bk. Bilge, Ticarî Sır, s. 219.

IV. TİCARÎ SIRRIN DİĞER SİR TÜRLERİ İLE İLİŞKİSİ

Ticarî sır ve diğer sır türleriyle olan ilişkisiyle ilgili olarak yapılacak incelemede ilk olarak doktrinde bugüne kadar sır kavramıyla ilgili olarak yapılmış ayrımların değerlendirilmesi gerekir. Örneğin *Aytaç*¹⁴⁹, sır türlerini meslek sırrı, haksız rekabette sır ve ortaklık sırrı olarak sınıflandırmıştır. *Kaya*¹⁵⁰ ise bu sınıflandırmayı meslek sırrı, ticarî ve/veya sınaî sır ve ortaklık sırrı olarak yapmıştır. *Tunçomağ*¹⁵¹ meslek sırrının bir üst kavram olduğunu ifade etmiş, bu kavramın içine imalât sırrı ve ticaret sırlarının da dahil olduğunu belirtmiştir. Yapılan bu sınıflandırmaların ticarî sır ile bağlantılı sır türlerine ilişkin olduğuna dikkat çekmek gerekir. Zira daha önce de belirttiğimiz gibi sırlara ilişkin çok çeşitli sınıflandırmaların yapılması mümkündür.

Bu bölümde, konumuz açısından önemli sır çeşitleri incelenecektir. Devlet sırrı ve kişisel veri kavramları, ticarî sır kavramı ile karşılaştırılacak; meslek sırrı, şirket sırrı ve ticarî sır kavramlarına ilişkin konumuz dahilinde doktrinde yer alan sınıflandırmalar dikkate alınarak bir ayırım yapılmaya çalışılacaktır.

A - Devlet Sırrı, Kişisel Veri ve Ticarî Sır

Türk hukukunda bilgilerin korumasına ilişkin üç tasarı bulunmaktadır. Bunlar 1) Devlet Sırrı Kanunu Tasarısı, 2) Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı 3) Ticarî Sır, Banka Sırrı, Müşteri Sırrı Hakkında Kanun Tasarısı'dır. Bilginin korunmasına ilişkin önemli düzenlemelerden biri de Bilgi Edinme Kanunu'dur.

¹⁴⁹Bk. *Aytaç*, Sır, s. 185 vd.

¹⁵⁰Bk. *Kaya*, Bilgi Edinme, s. 134 vd.

¹⁵¹*Tunçomağ*, Kenan: İş Hukukunun Esasları, Ankara 1989, s. 223; aynı yönde bk. *Odaman*, Serkan: İşverenin Hizmet Sözleşmesini Ahlak ve İyiniyet Kuralları ve Benzerlerine Aykırılık Nedeniyle Fesih Hakkı, Ankara 2003, s. 139.

1. Devlet Sırrı – Ticarî Sır

Devlet Sırrı Kanunu Tasarısı m. 2’de devlet sırrının tanımı verilmiştir. Buna göre “Devlet sırrı; açıklanması veya öğrenilmesi, Devletin dış ilişkilerine, milli savunmasına ve milli güvenliğine zarar verebilecek; anayasal düzeni ve dış ilişkilerinde tehlike yaratabilecek ve bu nedenlerle niteliği itibariyle gizli kalması gereken bilgi ve belgelerdir.”

Tasarı m. 4’de¹⁵² diğer gizli bilgi ve belgeler belirtilmiştir. Bu gizli bilgiler arasına ticarî sırrı da eklemek mümkündür. Aslında devlet sırrı kamu hukukuna ilişkin bir kavram olup, ticarî sır özel hukuk kapsamında değerlendirilmektedir. Bunun yanı sıra, devlet sırrı ve ticarî sır arasındaki önemli farklardan biri de, devlete ilişkin gizli belgelere sır statüsünün verilmesinin¹⁵³ belirli organlar tarafından yapılacak olmasıdır¹⁵⁴. Ancak, gizli bilginin sır olması için öngörülen şartlar gerçekleştiğinde, herhangi bir belirleyici kuruma ihtiyaç olmaksızın, söz konusu bilgi ticarî sır olarak nitelendirilebilir. Ticarî sır ile devlet sırrı arasındaki farklardan biri de, bilgiye devlet sırrı statüsünün, belli bir süre için ya da süresiz verilebilecek olmasıdır. Bilginin ticarî sır statüsü her hangi bir zaman sınırlamasına tâbi değildir. Bilgi alenî olmadığı, başka bir ifade ile gizli olmaya devam ettiği sürece, ticarî sır olarak kalacaktır.

¹⁵² Madde 4: “Devlet sırrı niteliği taşımayıp da, açıklanması veya öğrenilmesi hâlinde ülkenin ekonomik çıkarlarına, istihbarata, askerî hizmetlere, idarî soruşturmaya ve adli soruşturma ve kovuşturmayaya zarar verebilecek nitelikteki veya yetkili makamların faaliyetlerine ilişkin olarak gizli olduğu belirtilen bilgi ve belgeler, gizli bilgi ve belge olarak kabul edilir. Gizli bilgi ve belgelere ilişkin hükümler, ilgili kanunlarında düzenlenir.”

¹⁵³ Madde 6: “Bu Kanun hükümlerine göre bilgi ve belgelere devlet sırrı niteliğini verme yetkisi, Başbakan’ın başkanlığında; Adalet, Milli Savunma, İçişleri ve Dışişleri bakanlarından oluşan “Devlet Sırrı Kurulu”na aittir. Kurulun sekreterlik hizmetleri Başbakanlıkça yerine getirilir. Kurul, ayda en az bir defa ve gerektiğinde Başbakanın daveti üzerine her zaman toplanır. Kurulun çalışma esas ve usulleri, Kurulca çıkarılacak içtüzükte belirlenir.”

¹⁵⁴ Devlet Sırrı Kanun Tasarısı, devlet sırrı kavramını çok geniş değerlendirmiş ve devlet sırrını belirleme konusunda, yürütme organına, askerî ve idari makamlara yetki vermiş olması nedeniyle eleştirilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bk. Türkiye Barolar Birliği, Bilgi Edinme Hakkı Paneli, İstanbul 2004, s. 88 vd; Devlet sırrı kapsamında değerlendirilmesi istenen hususlara ilişkin ayrıntılı gerekçe hazırlanması ile Tasarı fonksiyonunu daha iyi yerine getirecektir.

2. Kişisel Veri – Ticarî Sır

Kişisel veriyle ilgili olarak, Avrupa Birliği'nin (AB) 95/46/EC sayılı Direktifi önem taşımaktadır¹⁵⁵. Direktif m. 2/a' da kişisel verinin tanımı yapılmıştır. Buna göre kişisel veri, belirlenebilir ya da belirlenebilir olmayan gerçek kişilere ilişkin her türlü bilgi anlamına gelir. Belirlenebilir kişi, özellikle, kimlik numarası ya da fiziksel, psikolojik, zihinsel, ekonomik, kültürel ya da sosyal kimliğe ait belirli unsurlarla, dolaylı ya da doğrudan belirlenebilen kişidir. Bu direktifin amacı, bireylerin, kişisel verilerinin kullanılması ve serbest dolaşımı sırasında özel hayatın gizliliği ihlallerine karşı genel prensipler belirlemektir¹⁵⁶.

Kişisel veri ve ticarî sır birbirine çok yakın iki kavramdır. Ancak kişisel veriler bir işletmeye ait imalât, iş, işletme sırrı gibi ticarî sırları kapsamazlar¹⁵⁷. Bu veriler sadece gerçek kişilere ilişkin¹⁵⁸ bilgilerdir. Bunun yanında, sadece sır olan unsurları değil,

¹⁵⁵ Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the Protection of Individuals with Regard to Processing of Personal Data and on the Free Movement of such Data, Official Journal of European Communities of 23 November 1995 No L 281, s. 31; bu Direktif'in temel amacı, üye ülkeler arasındaki kişisel veri değişimlerinde, özel hayatın gizliliğinin üst seviyede korunmasıdır. Ayrıntılı bilgi için bk. *Andenas, Mads/Zleptnig*, Stefan: "Surveillance and Data Protection: Regulatory Approaches in the EU and Member States", EBLR 2003, V. 14, s. 771; bu direktifin ardından, Avrupa Birliği'nde kişisel verilere ilişkin çalışmalara devam edilmiş, Elektronik İletişim Sektöründe Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Gizliliğin Korunmasına İlişkin 97/66/EC sayılı Direktif düzenlenmiştir. Bu Direktif'i telekomünikasyon sektöründe regülasyonu sağlamak amacıyla oluşturulan "Telekomünikasyon Paketi – Telecoms Package" çerçevesinde bir önceki direktifi yürürlükten kaldıran 2002/58/EC sayılı Direktif takip etmiş, ardından bu Direktif'te çeşitli değişiklikler yapan 2006/24/EC sayılı Direktif yürürlüğe girmiştir. Bu düzenlemelere ek olarak, 18 Aralık 2000 tarihli Topluluk kurum ve kuruluşlarından verilerin işlenmesi ve bu verilerin serbest dolaşımında bireylerin korunmasına ilişkin 45/2001/EC Yönetmeliği bulunmaktadır.

¹⁵⁶ Bu amacın yer aldığı Avrupa Topluluğu Adalet Divanı kararı için bk. Case L – 101/01 Bodil Lindquist, s. 1368; bu konuya ilişkin ayrıca bk. *Bergkamp*, Lucas/Dhont, Jan: "Data Protection in Europe and the Internet. An Analysis of the European Community's Privacy Legislation in the Context of World, Wide, Web", The EDI L. Rev. 2000, V. 7, s. 17 vd.

¹⁵⁷ *Kloepfer*, s. 370.

¹⁵⁸ Direktif m. 1/a ve 2/a; Aynı yönde bk. *Kloepfer*, s. 370; *Millard*, Christopher: "Communications Privacy", Telecommunications Law (ed. Ian Walden/John Angle), London 2001, s. 385; *Cate*, Fred H: Privacy in Information Age, Washington 1997, s. 36; *Stokes*, Hugh: "Data Protection Law and Distribution and Franchising Agreements", Int'l J. of Franchising & Distribution L. 2001, V. 2, s. 222; Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı m. 3/a' da kişisel verinin tanımında "belirli ya da kimliği belirlenebilir gerçek ya da tüzel kişilere ilişkin bütün bilgiler" ifadesi kullanılmıştır. Tüzel kişilere ilişkin bilgileri bu başlık altında incelenmesinin doğru olmadığı söylenebilir. Öncelikle Tasarı, AB düzenlemesi ile uyumlu yapılmamıştır. Zira, Direktif'in amacını düzenleyen m. 1/a'da gerçek kişi ifadesi kullanılmıştır. Ancak şu andaki Tasarı tüzel kişilere ilişkin bilgileri de kişisel veri kapsamına almaktadır. Böylece tüzel kişi tacirler de bu kavram içine girecektir. Bu da kişisel veri kavramını gereksiz yere genişletmek olacaktır. Tüzel kişi tacirlerin

bireylere ilişkin her türlü bilgiyi içerirler¹⁵⁹. Bu nedenlerle, her iki kavramın ayrı hukukî düzenlemelere tabi tutulmasında fayda vardır.

B - Meslek Sırrı

Meslek, bireylerin yaşamlarını sürdürebilmek için, bulundukları faaliyettir¹⁶⁰. Meslek sırrı, bir mesleğin icra edilmesi sırasında öğrenilen ve açıklanmaması gereken gizli bilgi olarak tanımlanabilir¹⁶¹. Meslek sırrında, kişinin özel hayatına ilişkin bilgiler, belli bir meslek sahibine duyulan güvenle, bu kişinin mesleğini yerine getirebilmesi amacıyla verilmektedir¹⁶². Zira belirli mesleklerin gereği şekilde yerine getirilebilmesi için, meslek sahibinin çeşitli bilgilere ihtiyacı olacaktır. Meslek sahibine duyulan güven ile, bu kişinin görevini yapabilmesi için verilen sırlar meslek sırrıdır. Meslek sırrı kavramının en tipik örneklerini, avukat – müvekkil ilişkisinde avukatın, hasta – doktor ilişkisinde doktorun ve banka – müşteri ilişkisi içindeki banka çalışanlarının gizli tutması gereken bilgiler oluşturur. Meslek sırrına ilişkin Anayasa ve MK’da yer alan genel düzenlemelerin yanında, özel düzenlemeler de bulunmaktadır. Örneğin, avukatların meslek sırlarının düzenlendiği 1136 Sayılı Avukatlık Kanunu¹⁶³ m. 36’da “Avukatların, kendilerine tevdi edilen veya gerek avukatlık görevi, gerekse Türkiye Barolar Birliği ve barolar organlarındaki görevleri

ekonomik değer taşıyan gizli bilgileri ticarî sır teşkil eder. Halen tasarı halinde bulunan Ticarî Sır, Banka Sırrı, Müşteri Sırrı Hakkında Kanun Tasarısı’nda, bu üç kavramın tanımı verilmiştir. Kişisel Veri kavramının bu denli geniş tutulması sonucunda bu tasarı anlamını yitirmektedir. Bu nedenle “tüzel kişi” ifadesi tanımdan çıkarılmalıdır. Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı’nda ifade edilmek istenen vakıf ve dernek tüzel kişileri ise bunların ayrıca belirtilmesi gerekmektedir.

¹⁵⁹ *Kloepfer*, s. 370.

¹⁶⁰ *Donay*, s. 7.

¹⁶¹ *Kaplan*, İbrahim: Banka Sözleşmeleri Hukuku, C. I, Ankara 1996, s. 52; benzer sır tanımları için bk. *İzveren*, Adil: “Bankalarda Meslekî Sır ve Bunun İfşasının Hukukî Neticeleri”, ABD 1955, C.1, S. 1 – 6, s. 690 vd.; *Donay*, s. 7; *Kaplan*, İbrahim: “Banka Gizliliği-Bankanın Sır Saklama Borcu”, Batider 1990, C. XV, S. 4, s. 3; *Atabek*, Reşat: “Banka Sırrı”, Batider 1982, C. XI, S. 4, s. 95; “Meslek sırrı, meslekî faaliyet neticesinde öğrenilen sırdır” bk. *Erem/Altıok/Tandoğan*, s. 333.

¹⁶² *Atabek*, s. 95.

¹⁶³ RG, 7.4.1969, S: 13168.

dolayısıyla öğrendikleri hususları açığa vurmaları yasaktır” hükmüyle, avukatlar açısından meslek sırrının ve sır saklama yükümlülüğünün hukukî dayanağı verilmektedir.

Bunun yanı sıra, doktorlar için meslek sırrının ve sır saklama yükümlülüğünün yasal dayanağını Tıbbi Deontoloji Tüzüğü¹⁶⁴ m. 4 oluşturur. Bu maddeye göre, “Tabib ve diş tabibi meslek ve sanatının icrası vesilesiyle muttali olduğu sırları kanunî mecburiyet olmadıkça ifşa edemez.”

Noterler için getirilen sır saklama yükümlülüğü ise, 1512 sayılı Noterlik Kanunu¹⁶⁵ m. 46’da meslek sırrı başlığı altında düzenlenmiştir. Bu maddeye göre “Noter ve noterlik kâtipleri, görevleri dolayısıyla öğrendikleri sırları, kanunların emrettiği haller dışında açıklayamazlar.”

Belirtilen sırların açıklanması, meslek sırrının açıklanması suçunu oluşturur. Türk Ceza Kanunu (TCK) m. 239 “ticarî sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgelerin açıklanması” başlığı altında, meslek sırrının açıklanması suçunu yaptırıma bağlamıştır. Belli meslek sahiplerinin, sır saklama yükümlülüklerini yerine getirmemeleri halinde çeşitli yaptırımlara tabi tutulmalarının nedenini, görevlerini yerine getirebilmek için öğrendikleri sırların kendilerine açıklanmaması halinde mesleklerini gereği gibi ifa etmenin imkânsız oluşu ve toplumun mesleklerine duyduğu saygı oluşturmaktadır¹⁶⁶.

Meslek sırrının varlığından bahsedebilmek için, sırrın meslek ile doğrudan doğruya ilgili olması ve sırrın mesleğin yerine getirildiği sırada verilmiş ya da meslek nedeniyle öğrenilmiş olması gerekmektedir¹⁶⁷. Örneğin, bir banka memurunun, arkadaş grubu içerisinde önemli bir müşterisiyle ilgili öğrendiği bilgi, meslek sırrı kapsamına

¹⁶⁴ RG, 19.2.1960, S: 10436.

¹⁶⁵ RG, 5.2.1972, S: 14090.

¹⁶⁶ Atabek, s. 97.

¹⁶⁷ Bk. <http://forensic.freeservers.com/SIR.HTM>, (19. 9.2004).

alınamayacaktır. Başka bir ifade ile öğrenilen sır ile icra edilen meslek arasında bir nedensellik bağı bulunması gerekmektedir¹⁶⁸.

Sır, sır sahibi tarafından verilebileceği gibi meslek sahibinin kendi çabaları sonucu öğrenilmiş de olabilir. Bunlardan ilkinde örnek olarak doktor - hasta ilişkisinde doktorun mesleğinin icrası için hastasından gerekli gizli bilgiyi öğrenmiş olması, ikincisine ise bir banka çalışanın müşterisiyle ilgili sırrı, bankaca tutulan belgelerden edinmiş olması verilebilir. Bazı yazarlara göre, meslek sahibine ait sırlar da bu kavrama dahil edilmelidir¹⁶⁹. Başka bir deyişle, meslek sırlarını, mesleğin yerine getirildiği sırada sır sahibi tarafından elde edilen sırlar olarak ifade etmek yanlış olmayacaktır.

Bu bilgiler ışığında meslek sırrını, “bir mesleğin icrası sırasında öğrenilen, sır sahibi tarafından açıklanmaması öngörülen ve objektif olarak başkaları tarafından bilinmeyen, bireyin özel yaşamına ilişkin bilgi ve olaylar¹⁷⁰” şeklinde tanımlayabiliriz.

C - Şirket Sırrı

Şirketler hukuku, ekonomik ya da hukukî işlemlerin yasal araçları olan şirketlerin, kuruluşu, devamı ve sona ermesini düzenleyen kurallar bütünüdür. Şirketler hukukunun asıl işlevi, kişilere başka türlü gerçekleştiremeyecekleri amaçlarına ulaşmak için, ayrı bir kişilik yaratma imkânı vermek, şirketleşme için gerekli şartları sağlamak, böyle bir kuruluşta karşılaşılabilecek tehlikelere karşı pay sahiplerini, alacaklıları ve kamuyu şirketin tabi olacağı kurallar bütünüyle korumaktır¹⁷¹. Şirket pay sahiplerinin ve şirket tüzel

¹⁶⁸ *Donay*, s. 9.

¹⁶⁹ Bk. *Tunçomağ*, s. 223; *Odaman*, s. 139, 140, Yazar, işverenin kamuya ve özellikle rakiplerine açıklamak istemeyeceği bütün meslekî özelliklerin, gerek işletmeye gerekse işverene ait ticarî, teknik durum ve olayların, işverenin kişisel ve malî ilişkilerinin ve hatta müşteri listesinin dahi meslek sırrı kavramı içine girdiğini belirtmektedir.

¹⁷⁰ Bk. *Donay*, s. 11.

¹⁷¹ *Davies*, Paul L.: *Gower's Principles on Modern Company Law*, London 2000, s. 7; *Heiser*, Kristian J.: “Can Capital Market Law Approaches Be Harmonized With Essential Principles of Company Law”, *EBLR* 2000, V. 11, s. 60.

kişiliğinin menfaatleri ışığında ortaya çıkan, önemli kavramlardan bir tanesi de şirket sırrıdır¹⁷². Şirket sırrı, şahıs şirketlerinin yanı sıra, özellikle sermaye şirketlerini yakından ilgilendiren bir kavramdır.

Doktrinde bu kavramı karşılamak üzere şirket sırrı¹⁷³, ortaklık sırrı¹⁷⁴, ortaklığın ticarî sırları¹⁷⁵ ve iş sırrı¹⁷⁶ kavramları kullanılmıştır. Biz de, TTK ve BK'da da yer alan şirket sırrı ifadesini kullanmayı tercih ediyoruz.

İsviçre Federal Mahkemesi'nin verdiği bir kararda şirket sırrı, “şirketin meşru menfaatinin ifşa edilmemesini gerektirdiği ekonomik hayata ilişkin bütün olayları kapsamaktadır¹⁷⁷” şeklinde tanımlanmıştır. Bu tanım hukukî dayanağını, kişiliğin korunmasını düzenleyen MK m. 23 vd. hükümlerinde bulur¹⁷⁸.

Bugüne kadar doktrinde yer alan tartışmalarda kavram için, “şirket sırrı” ve “iş sırrı” terimlerinden hangisinin kullanılacağı üzerinde bir fikir birliği oluşturulamamıştır. Bazı yazarlar¹⁷⁹, iş sırrı ifadesinin, şirketin ticarî ve fabrika sırlarını kapsadığı, kanun koyucunun iradesinin bu yönde olduğu ve bu nedenlerden dolayı iş sırrının kullanılması gerektiği görüşündedirler. Bazı yazarlarsa, iş sırrının, şirkette mevcut olabilecek tüm sırları kapsamadığını, şirketin ekonomik olmayan zararlarının da doğabileceğini, bu nedenle şirkete ait sırların açıklanması sonucu maddî olmayan zararların da ortaya çıkabileceğini¹⁸⁰

¹⁷² “Ortaklık sırrı kurumu bazı ihtiyaçlar neticesinde ortaya çıkmıştır; nitekim pay sahibi, şirketin bütün belgelerini, hiçbir sınırlama olmaksızın görebilse ve istediği bütün belgeleri elde edebilseydi, bu belge ve bilgileri şahsi ve egoist amaçlarla kullanarak şirket menfaatlerini kolaylıkla tehlikeye sokabilirdi” *Öztek*, s. 321.

¹⁷³ *Nomer*, Füsün N.: Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Sadakat Yükümlülüğü, İstanbul 1999, s. 92.

¹⁷⁴ *Aytaç*, Sır, s. 187; *Öztek*, s. 319 vd.; *Kaya*, Bilgi Alma, s. 263 vd.; *Tekinalp* (Poroy / Çamoğlu): Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, B. 10, İstanbul 2005, N. 1015.

¹⁷⁵ *İmregün*, Oğuz: Anonim Ortaklıklar, B. 4, İstanbul 1989, s. 307; *Kayar*, İsmail: Anonim Ortaklıkta Malî Durumun Bozulması ve Alınacak Tedbirler, Konya 1997, s. 20.

¹⁷⁶ *Ansay*, Tuğrul: Anonim Şirketler Hukuku, B. 6, Ankara 1982, s. 251; *Tekil*, Fahiman: Anonim Şirketler Hukuku, B. 2, İstanbul 1998, s. 415.

¹⁷⁷ *Öztek*, s. 320.

¹⁷⁸ *Kaya*, Bilgi Alma, s. 264.

¹⁷⁹ *Ansay*, AŞ, s. 251; *Tekil*, s. 415.

¹⁸⁰ *Aytaç*, Sır, s. 187; *Nomer*, s. 92, 93; *Kaya*, Bilgi Alma, s. 266.

belirterek, şirket sırrının şirketin menfaati ile ilgili sırlar olduğu şeklinde anlaşılmasının yerinde olacağını ifade etmişlerdir¹⁸¹.

Şirket sırrının ne anlama geldiğini belirleyebilmek için şirketin menfaati ile şirketin müşterek gayesi kavramları bir arada değerlendirilmelidir. Türk ticaret hukukunda ticaret şirketlerinin unsurlarından biri müşterek gayedir. Ancak, ticaret şirketlerinde bu unsurun farklılaştığı görülmektedir. Örneğin anonim ve limited şirketler açısından müşterek gaye ekonomik iken (TTK m. 271/I, 503/III), kollektif ve komandit şirketler açısından bir ticarî işletme işletmektir (TTK m. 153, 243). Buradan hareketle, şirketlerin müşterek gayesinin kazanç paylaşmak olduğu söylenebilir. Amacı kazanç paylaşmak olan şirketlerin menfaatleri zaten ekonomiktir. Bir şirketin sırrının açıklanması maddî olduğu kadar, doktrinde ifade edildiği gibi mutlaka manevî bir zarara da neden olacaktır. Ancak, maddî olmayan herhangi bir zararın da uzun vadede sonuçları şirket açısından yine ekonomiktir. Bu nedenle TTK m. 363/II hükmünden yola çıkarak, iş sırrının maddî olmayan zararları içermediği, fakat şirket sırlarının maddî olmayan zararları da içerdiği yönünde yapılan ayrımın isabetli değildir. Öyle ki, iş sırrı her türlü işin gerçekleştirilmesi sonucu ortaya çıkan sır olmakla birlikte, şirket sırrı, sadece şirketlerin sırlarını ifade etmesi yönüyle, iş sırrından daha dar bir kavramdır.

D - Görüşümüz

Doktrinde hakim olan meslek sırrı, ticarî sır ve şirket sırrı ayrımından bahsetmiştik¹⁸². Ancak, açıklanan tanımlar ve unsurlar ışığında bu ayrım isabetli değildir.

¹⁸¹ “Şayet bir olayın veya hususun açıklanması ortaklığın görünen, aktüel bir mefaatine zarar veriyorsa, örneğin rekabet gücünü azaltıyorsa, yönetim kurulu veya denetçiler tarafından karşılanması gerekir” bk. *Kaya*, Bilgi Alma, s. 266.

¹⁸² Bk. 1. Bölüm/§ 1/IV.

Ticarî sır, bir ticarî işletmenin ya da şirketin fiilinden, işleminden ya da işinden doğan sırlar olup, işletme ya da şirket ile ilgilidir. Bu nedenle bir işletme ya da şirkete ilişkin sırların tümü ticarî sır olarak nitelendirilmelidir. Buradan hareketle, doktrindeki meslek sırrı, ticarî sır ve şirket sırrı ayrımı yerine, Alman hukukundakine benzer bir ayrım Türk hukuku açısından da kabul edilebilir¹⁸³. Böylelikle bir ticarî işletme ya da şirkete ilişkin sırlar, meslek sırrı ve ticarî sır temel ayrımı içinde değerlendirilebilir.

Günümüzde ticarî sırrın uygulama alanı ekonomik, malî ve ticarî piyasaları kapsayacak şekilde genişlemiştir. Bu nedenle ticarî sır artık tüm ticarî işletmelerin, şirketlerin ve sermaye piyasasında faaliyet gösteren kurumların sırlarını içermektedir¹⁸⁴. Dolayısıyla ticarî sır kavramının şirket sırrını da kapsadığı söylenebilir. Doktrinde şirket sırrının açıklanması sonucu, maddî olmayan zararların da meydana gelebileceği, bu nedenle şirket sırrının ayrı bir sır türü olarak incelenmesi gerektiğine ilişkin fikirler¹⁸⁵ ileri sürülmüş, ancak, manevî zararların neler olduğuna ilişkin herhangi bir açıklama yapılmamıştır. Manevî zararlara ilişkin ilk akla gelen belki de şirket sırlarının açıklanması sonucunda zedelenen olan ticarî itibardır. Ancak bu durumda bile, ticarî itibarın zedelenmesinin sonuçları şirket açısından ekonomik olacaktır. Bu nedenlerle şirket sırrı, ticarî sır içerisinde değerlendirilebilir. Başka bir ifade ile ticarî sır kavramına, anonim şirket olarak kurulan banka ve sigorta şirketlerinin sırları da dahil edilebilir.

Bankacılık sırrı bugüne kadar meslek sırrı kavramı altında incelenmiştir. Meslek sırrının bir alt kavramı olarak kabul görmüş olan bankacılık sırrı, aslında kendi içinde ikiye ayrılmaktadır¹⁸⁶. Bu ayrımlardan ilki bankanın müşterilerinden aldığı bilgiyi saklamakla

¹⁸³ Bk. 1. Bölüm/§1/II/A.

¹⁸⁴ Turanboy, Asuman: “Ticarî Sır”, Tuğrul Ansay Armağanı, Ankara 2006, s. 349.

¹⁸⁵ Aytaç, Sır, s. 187; Nomer, s. 92, 93; Kaya, Bilgi Alma, s. 266.

¹⁸⁶ Turanboy, Ticarî Sır, s. 364.

yükümlü bulunduğu müşteri sırrı, ikincisi ise, bankanın malî, ekonomik durumunu yansıtan bilgileri içeren bankanın kendi sırlarıdır.

Yürürlüğe giren 5411 sayılı Kanun¹⁸⁷ ile Bankalar Kanunu’nun ismi, Bankacılık Kanunu olarak değiştirilmiştir. Yeni Bankacılık Kanunu’nun genel gerekçesinde ise bankacılık sırrının Avrupa Birliği müktesebatıyla uyumlu hale getirildiği belirtilmektedir. Buradan hareketle banka sırrının, bankacılık sırrına dönüştüğü, bir tüzel kişi taciri ifade eden “banka” kavramından, bir hukukî işlemi konu alan “bankacılık” kavramına geçildiğini belirtmekte fayda vardır. Başka bir ifade ile sır konusunda esas alınacak unsur taraflar arasındaki hukukî işlem olacaktır. Bu hukukî işlem ise bir ticarî işletmeye ya da şirkete ilişkindir ve ticarî sırdır. Bu nedenle bankacılık sırrının, bankaya ilişkin sırları da kapsadığı ve bunların ticarî sır teşkil ettiği söylenebilir¹⁸⁸.

Bankacılık Kanunu’nun “Sırların saklanması” başlıklı 73. maddesine göre: “Kurul başkan ve üyeleri ile Kurum personeli, Fon kurulu başkan ve üyeleri ile Fon personeli görevleri sırasında öğrendikleri bankalara ve bunların bağlı ortaklık, iştirak, birlikte kontrol edilen ortaklıkları ve müşterilerine ait sırları bu Kanuna ve özel kanunlara göre yetkili olanlardan başkasına açıklayamaz ve kendilerinin veya başkalarının yararına kullanamazlar.” Bu maddede yer alan “görevleri sırasında” ifadesi nedeniyle, burada meslek sırrının varlığı konusunda bir şüphe yoktur. Ancak banka görevlileri tarafından saklı tutulması gereken husus müşteri sırrıdır. Bu bağlamda, müşteri sırrı kavramını meslek sırları arasında değerlendirmek mümkündür¹⁸⁹. Bununla birlikte m. 73’te sayılan kişiler için meslek sırrı kapsamında değerlendirilen bankaya ait gizli bilgi, bankanın ticarî sırrıdır.

¹⁸⁷ RG, 1.11.2005, S: 25983.

¹⁸⁸ Aksi görüş için bk. *Wodtke/Richters/Pfuhl*, s. 21, Yazar, bankacılık sırrı kavramıyla ticarî sırrın birbiriyle karıştırılmaması gerektiğini, bankacılık sırrının temelini banka müşterisi ve kredi veren arasındaki sözleşmenin oluşturduğunu, aradaki sözleşme nedeniyle kredi veren üzerinde müşterinin gizli bilgilerini saklı tutacağına ilişkin yan bir yükümlülük söz konusu olduğunu ifade etmiştir; Ancak burada belirtilen zaten müşteri sırrı ve bu sırrın doğmasına neden olan sözleşme ilişkisidir. Bizim ticarî sır kapsamında değerlendirdiğimiz banka sırrı değildir.

¹⁸⁹ Müşteri sırrının ticarî sır kapsamında değerlendirilmesi yönünde bk. *Turanboy*, Ticarî Sır, s. 368.

Buradan hareketle, bankanın malî gücü ve itibarına ilişkin sırlar ticarî sır olarak değerlendirilmelidir. Zira bu sırlar sahibine ekonomik bir menfaat de sağlar. Bu şekilde bankacılık sırrı, bankanın ticarî sırları ve meslek sırrı kapsamında yer alan müşteri sırlarını kapsayacak şekilde değerlendirilmelidir.

§ 2 - TİCARÎ SIR ÜZERİNDEKİ MENFAATİN HUKUKÎ NİTELİĞİ

Ticarî sır üzerindeki menfaatin hukukî niteliği ile ilgili, günümüze kadar pek çok görüş ileri sürülmüştür. Kavramın, farklı hukuk sistemlerindeki eş zamanlı gelişimi, hukukî nitelik konusunda meydana gelen görüş ayrılıklarını arttırmıştır. Buna bağlı olarak, Anglo – Sakson hukukunda çeşitli mahkeme kararlarında, ticarî sır üzerindeki menfaatin mülkiyet hakkı sağladığı görüşü¹⁹⁰ ortaya atılmış; bu görüş, Kıta Avrupası hukuk sisteminde bazı yazarlar tarafından kabul görmüş¹⁹¹ ancak, ortak bir fikre ulaşamamıştır. Ticarî sır üzerindeki menfaatin hukukî niteliği belirlenirken ilk olarak, sırrın niteliğini saptamak gereklidir. Bu nedenle temelleri Roma hukukuna dayanan gayri maddî mal kavramının tanımı yapılacak ve türleri incelenecek, ticarî sırrın bu kavram içinde yer alabilecek bir değer olup olmadığı tartışılacaktır.

Ticarî sırrın bir türü olan know – how'ın¹⁹² hukukî niteliği birçok yazarca incelenmiştir¹⁹³. Kimi yazarlara göre sahibine mutlak bir hak sağlayan know- how, kimilerine göre ise fiilî bir durum oluşturmaktadır. Ticarî sır üzerindeki menfaatin hukukî niteliğini de bu tartışmalar çerçevesinde irdelemek isabetli olacaktır. Zira ticarî sır, tümüyle gizli bilgiye dayalıdır.

¹⁹⁰ Bu kararlardan bazıları şöyledir: Peabody v. Norfolk 98 Mass. 452 (1868), Rolls Royce Ltd. v. Jeffrey 1962 I All ER 801, Board of Trade v. Christie Grain & Stock Co., 198 U.S. 236, 252 (1904), E. I. duPont deNemours Powder Co. v. Masland 244 U.S. 100, 102 (1917).

¹⁹¹ Bk. dn. 214.

¹⁹² Know – how ve know – sözleşmelerinde sır saklama yükümlülüğü için bk. aşağı. 2. Bölüm/ §2/III/B/1/c.

¹⁹³ Bu tartışmalar için bk. 1. Bölüm/ §2/II ve III.

Ticarî sırrın fiilî bir durum olması ya da mutlak bir hakkın konusunu oluşturmaları hukukî niteliğinin belirlenmesinde önem taşımaktadır. Bu belirlemeyi yapabilmek amacıyla, öncelikle doktrinde yer alan görüşlere yer verilecek, ardından konuya ilişkin genel bir değerlendirme yapılacaktır.

I. TİCARÎ SIRRIN GAYRÎ MADDÎ MAL OLARAK DEĞERLENDİRİLMESİ

SORUNU

Medenî Kanun (MK) malları, taşınır ve taşınmaz mallar olarak iki grupta düzenlemektedir (MK m. 704 ve 762). Ancak, bu maddî malların¹⁹⁴ yanı sıra, MK'nın düzenlemediği, maddî bir varlığa sahip olmayan, başka bir ifade ile gayri maddî mallar da vardır.

Ticarî sır gayri maddî olup, üzerinde cisimleştiği eşyadan farklıdır. Örneğin, bir şirketin ticarî sırrı olarak kabul edilebilecek, malî durumuna ilişkin bilgiler, içinde yer aldığı ticarî defterden farklıdır. Ticarî sırrın hukukî niteliği tartışılırken, bu kavramın gayri maddî bir mal ya da sadece gayri maddî bir değer olması önem taşır. Bunun nedeni, bazı hukuk sistemlerinde ticarî sırrın, fikrî mülkiyet hakları arasında değerlendirilmesidir. Fikrî mülkiyet haklarının konusunu oluşturan unsurlar gayri maddî mallardır¹⁹⁵. Türk hukukunda da ticarî sırrın fikrî mülkiyet haklarının konusunu oluşturan unsurlardan biri olup olmayacağı belirlenirken, gayri maddî mal kavramı önem taşıyacaktır.

¹⁹⁴ MK m. 762'de enerjinin de taşınır mal kapsamında yer alacağı ifade edilmektedir. Taşınır ve taşınmaz eşya kavramında ayrıntılı bilgi için bk. *Oğuzman*, Kemal/ *Seliçi*, Özer/ *Oktay*, Saibe: Eşya Hukuku, B. 11, İstanbul 2006, s. 6 vd.

¹⁹⁵ *Öztrak*, İlhan: Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Haklar, Ankara 1971, s. 1; gayri maddî mallar fikir ve sanat eserleri, teknik eserler ve geniş anlamda ayırt edici işaretlerden oluşur.

Gayri maddî malları (Intangibles, Immaterialgüter, res incorporales) cismanî varlığı olmayan¹⁹⁶, insan zekâsının bir ürünü olan¹⁹⁷, her ortamda ve zamanda algılanabilen¹⁹⁸, ekonomik değere sahip olan mallar olarak tanımlayabiliriz. Gayri maddî malların hepsi fikrî niteliktedir¹⁹⁹; hukuk tekniği açısından cismanî şeylerle ilişkili değildir²⁰⁰. Gayri maddî malların en önemli özellikleri, yenilik, zaman ve mekândan bağımsızlıktır²⁰¹. Bunun yanında gayri maddî malların diğer özellikleri arasında, ekonomik değere sahip olması, teknik araçlarla maddî bir şekilde belirlenebilmesi ve bu belirlenmiş şekli ile de ekonomik açıdan yararlanılabilir olması sayılabilir²⁰².

Ticarî sırrın, gayri maddî bir mal olup olmadığı konusu doktrinde tartışmalıdır. Bu konuya ilişkin en eski düzenlemelerin bulunduğu İngiliz hukukunda, ticarî sır gayri maddî bir mal (Intangible property) olarak kabul edilmektedir²⁰³. Bunun yanında İsviçre doktrininden *Alois Troller*, sahibine doğrudan doğruya yarar sağlayan, başka bir ifade ile teknik kural, üretim metodu gibi bağımsız olarak kullanılması mümkün olan ve sır teşkil

¹⁹⁶ *Kırca*, Çiğdem: “Know – How Sözleşmesinin Hukukî Niteliği”, Prof. Dr. Ali Bozer’e Armağan, Ankara 1998, s. 247 dn. 17; *Özsunay*, Ergun: Medeni Hukuka Giriş, B. 5, İstanbul 1986, s. 249, Yazar, maddî olmayan malların cisimleşmemiş ve kişinin dışında bulunan nesneler olduğunu belirtmektedir.

¹⁹⁷ *Gürzumar*, s. 36; *Erel*, Şafak: Türk Fikir ve Sanat Hukuku, B. 2, Ankara 1998, s. 4; *Ateş*, Mustafa: Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması, Ankara 2003, s. 100.

¹⁹⁸ *Gürzumar*, s. 37; *Kırca*, Know – How Sözleşmesi, s. 247 dn. 17.

¹⁹⁹ Gayri maddî mal hukuku, ilk olarak ilmi ve edebî haklar ve patent gibi fikir unsurunu bünyesinde barındıran konular hakkında düşünülmüştür. Bu nedenle de gayri maddî malların bir unsuru olarak fikir ürünü olma şartı aranmıştır. Gayri maddî mallarda bu şartı aramak gerekli değildir. Bk. *Arseven*, Haydar: Nazari ve Tatbiki Alameti Farika Hukuku, İstanbul 1951, s. 35; gayri maddî mallar arasında yer alan sinâî hakların bir bölümünün yaratıcı ürün olmadığı, özellikle ayırdedici işaretlerde fikir unsurunun zorunlu olmadığı yönünde bk. *Kaya*, Arslan: Marka Hukuku, İstanbul 2006, s. 36; maddî bir varlığa sahip olmayan bu ürünlerin insan zekâsının bir ürünü olduğunu kabul etmek gerektiği söylenebilir. Bunun nedeni, gayri maddî mallar arasında yer alan ticaret unvanı ya da markanın da ortaya çıkışının bir düşünme sürecinin sonucu olmasıdır. Aynı yöndeki görüşler için bk. *Arseven*, s. 33.

²⁰⁰ *Troller*, K., s. 16.

²⁰¹ *Troller*, K., s. 16.

²⁰² *Arseven*, s. 32.

²⁰³ İngiliz hukukunda sınırlı aynî hakların tesisi için zilyetliğin devri gerekmektedir. Bu nedenle gayri maddî mallara ilişkin ikili bir ayırım yapılmaktadır. Buna göre borç, telif hakkı ve goodwillden oluşan grubu saf gayri maddî mal (pure intangible), bir yükümlülüğün en uygun şekilde yerine getirilebilmesi için gayri maddî malın bir eşya üzerinde cisimlendiği halleri ise belgeye dayanan gayri maddî mallar (documentary intangibles) oluşturmaktadır. Ancak belgeye dayanan gayri maddî mallarda devir söz konusu olmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bk. *Bridge*, Michael: Personal Property Law, 3rd Ed., London 2002, s. 6 – 9; *Goode*, Roy: Commercial Law, 3rd Ed., London 2004, s.47 vd.

eden bilginin gayri maddî mal olarak kabul edileceğini belirtmiştir²⁰⁴. Ancak işletme sahibi tarafından doğrudan doğruya kullanılamayan ve yarar sağlamayan durum ve koşullara ilişkin bilginin ise kendi başına bir gayri maddî mal teşkil etmeyeceğini ifade etmiştir²⁰⁵. *Kamen Troller* de, gayri maddî mal teriminin sınırsız olarak bütün edebî ve müzikal eserleri, buluşları, topografyaları, bilgisayar programlarını, ticarî sırlar ve markaları kapsayacağını belirtmiştir. Bunun nedeni olarak da, sayılanların hepsinin fikrî nitelikte olduğunu ve hukuk tekniği açısından cismanî şeylerle ilişkili olmamasını göstermiştir²⁰⁶.

Ticarî sır gayri maddî bir maldır. Bunun nedeni öncelikle, ticarî sırrı örneğin, şirket ve bankacılık sırlarını yaratanın insan olması, başka bir ifade ile ticarî sırrın insan zekâsının bir ürünü olmasıdır. Bunun yanında ticarî sır, diğer gayri maddî mallarda olduğu gibi yarar (menfaat) sağlamak ve sağladığı bu yarar doğrultusunda işletmelerde doğrudan kullanılmaktadır. Örneğin gizli olarak geliştirilmiş bir üretim süreci, gerekli koşulları sağlamak kaydıyla işletmenin ticarî sırrıdır ve gayri maddî bir maldır.

II. TİCARÎ SIRRIN FİİLÎ BİR DURUM OLDUĞUNA İLİŞKİN GÖRÜŞ

Doktrinde ticarî sır üzerindeki menfaatin niteliğine ilişkin ileri sürülen çeşitli görüşlerden birisi de fiilî durum görüşüdür. Ticarî sır üzerindeki menfaatin, mutlak bir hak bahsetmediğini savunan bu yazarlara göre²⁰⁷, gizli bilgiler fiilî bir durumu gösterir. Zira gayri maddî mallar *numerus clausus* ilkesine tabidir ve ancak hukuk düzeni tarafından düzenlendikleri takdirde korunurlar. Ancak gizli bilgilere ilişkin böyle bir düzenleme yoktur. Her ne kadar TTK m. 56 – 65’de haksız rekabet hükümlerine göre korunuyor da

²⁰⁴ *Troller*, A., s. 419.

²⁰⁵ *Troller*, A., s. 419; *Gürzumar*, s. 82 dn. 529, Yazara göre, bu sırların gayri maddî mal sayılmamasının en önemli sonucu, bunların ticarî işletme unsurları kavramına dâhil edilemeyecek olmasıdır.

²⁰⁶ *Troller*, K., s. 16.

²⁰⁷ *Stumpf*, Herbert: *Der Know – how Vertrag*, 3. neubearbeitete Aufl., Heidelberg 1977, s. 34,35; *Kırca*, *Know-How Sözleşmesi*, s. 249.

olsa, bu ticarî sırrın özel himaye normuyla korunan bir değer olduğu anlamına gelmemektedir²⁰⁸. Bunun nedeni, TTK’de yer alan haksız rekabet hükümlerinin, rekabetin işleyişini sağlamak, serbest rekabeti korumak amacıyla düzenlenmiş olmasıdır.

III. TİCARÎ SIR ÜZERİNDEKİ MENFAATİN HAK OLDUĞUNA İLİŞKİN GÖRÜŞLER

A - Ticarî Sır Üzerindeki Menfaati Mülkiyet Hakkı Olarak Kabul Eden Görüş

Hak, hukuken korunan ve sahibine bu korumadan yararlanma yetkisi tanınan menfaattir²⁰⁹. Haklar yükümlülerinin sayısına göre²¹⁰, mutlak ve nispî haklar olmak üzere ikiye ayrılmaktadır²¹¹. Nispî haklar belirli kişilere karşı ileri sürülebilen haklar²¹², mutlak haklar sahibi tarafından herkese karşı ileri sürülebilen haklardır²¹³. Mutlak hakların örneklerinden bir tanesi de mülkiyet hakkıdır. Ticarî sır üzerindeki menfaatin mutlak bir hak olduğunu savunan bir yazara göre²¹⁴, bu sır üzerindeki menfaatte mülkiyet hakkıyla karşılaştırılabilecek bir malvarlığı hakkı bulunmaktadır. Hukuk düzeni, gizli bilgileri düzenlememektedir, ancak malvarlığını ilgilendiren her konunun korunması için ayrıca

²⁰⁸ Kırca, Know-How Sözleşmesi, s. 250.

²⁰⁹ Hak kavramıyla ilgili olarak bk. Oğuzman, Kemal/ Barlas, Nami: Medeni Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, B. 13, İstanbul 2006, s. 105 vd.; Özsunay, Medeni Hukuk, s. 233 vd.

²¹⁰ Serozan, Rona: Medeni Hukuk, Genel Bölüm, İstanbul 2005, s. 179.

²¹¹ Bunun yanı sıra hak çeşitlerini para ile ölçülebilen değeri bulunup bulunmamasına göre malvarlığı hakları, şahıs varlığı hakları; kullanılmasının etkisi bakımından alelâde haklar, yenilik doğuran haklar; kullanma yetkisi açısından şahsa bağlı olan ve olmayan haklar; bağımsız olup olmama açısından bağlı haklar ve bağımsız haklar olmak üzere belirtmek mümkündür. Ayrıntılı bilgi için bk. Oğuzman/Barlas, s. 108 – 131; farklı bir sınıflandırma için bk. Özsunay, Medeni Hukuk, s. 233 – 280.

²¹² Nispîlik, hakkın hak sahibine ait olmasıyla ilgili değildir. Bunun nedeni aynî haklar gibi, nispî bir hak olan alacak haklarının, tam ve mutlak bir şekilde hak sahibine yani alacaklıya ait olmasıdır. Bk. Eren, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B. 9, İstanbul 2006, s. 50.

²¹³ Mutlak haklar bir mal ya da kişi üzerinde, sahibine bir iktidar ve yetki tanıyan ve bu yetkiyi hakkına müdahale ve tecavüz eden herkese karşı kullanabildiği haklardır. Bk. Özsunay, Medeni Hukuk, s. 246. Mülkiyet hakkı, kişilik hakkı, velâyet hakkı mutlak haklar arasında yer alır.

²¹⁴ Pfister, Bernard: Das technische Geheimnis “Know – how” als Vermögensrecht, München 1974, s. 41 vd.; “Alman Federal Mahkemesi birçok kararında işletme özgürlüğünü kabul etmesine rağmen, 25.10.1955 tarihli kararında olayı bu şekilde değerlendirmemiştir. Bir kişinin tecrübe birikimi, genel şahsiyet hakkının bir görünümü olup işletme özgürlüğünün bir ifadesi olarak görülür. Kendi ekonomik teşebbüs özgürlüğü dolayısıyla, teşebbüs birikimi, malvarlığı hakkının bir parçası olarak da korunmalıdır” Erbay, s. 94.

düzenlenmesine de gerek yoktur. Zira yeni bir malvarlığı, mevcut düzenin analizine dayanabilir. Bu nedenle hukuk düzeninin gizli bilgi üzerindeki menfaati bir hak olarak nitelendirip nitelendirmediğinin yorumlanması gerekmektedir²¹⁵. Yine bu yazara göre, Alman Anayasası'nın 14. maddesi sadece medeni hukuk anlamında eşya sayılan şeyler üzerindeki mülkiyet hakkını değil, aynı zamanda ekonomik değer taşıyan, malvarlığının konusunu oluşturabilecek tüm malları da mülkiyet hakkı kapsamında korumaktadır²¹⁶. Ticarî sır, ekonomik değer taşır ve malvarlığı içinde yer alır. Bu nedenle, ticarî sır üzerindeki menfaatte malvarlığına ilişkin mutlak bir hak söz konusudur.

Anglo – Sakson hukuk sisteminde ticarî sır üzerindeki menfaatin sahibine mülkiyet hakkı sağladığı görüşü zaman içinde eleştirilmiştir²¹⁷. Öncelikle, bu hukuk sisteminde yer alan mülkiyet hakkı (property right) kavramı, Türk hukukundaki mülkiyet kavramından farklıdır. Anglo – Sakson hukukunda mülkiyet hakkı, bir kimseye, bir grup ayrıcalıklı yetki sağlayan, sahibine sağladığı hak ve yükümlülükler “haklar demeti” (bundle of rights) olarak adlandırılan²¹⁸ ve kişiler arasındaki değerli kaynakların kontrol ve tasarrufuna ilişkin hukukî ilişkileri kapsayan bir kavramdır²¹⁹. Bu sistemde, 19. yüzyılda eşya hukuku, buna bağlı olarak mülkiyet hakkı konularının revaçta olması, kavramların hukukî niteliğinin belirlenmesinde etkili olmuştur. Böylece bu dönemde ticarî sır üzerindeki menfaat için de sahibine mülkiyet hakkı bahsettiği görüşü öne çıkmıştır. Ancak, sosyolojik

²¹⁵ Pfister, s. 41.

²¹⁶ Pfister, s. 42.

²¹⁷ Özellikle İngiliz hukukunda, gizli bilgi üzerindeki menfaatin eşya hukukuna ilişkin bir mülkiyet hakkı sağladığına ilişkin görüş reddedilmiştir. Bu konuda özellikle 1849 tarihli Prince Albert v. Strange davası önemlidir. Söz konusu davada, dava konusunun sadece mülkiyet hakkına değil, güvenin ihlali ya da sözleşmesel ilişki gibi hukukî temellere dayandığı yönünde hüküm verilmiştir. Bk. *Bently, Lionel/Sherman, Brad: Intellectual Property Law, 2nd Ed. Oxford 2004, s. 993, 994.*

²¹⁸ *Singer, Joseph W.: Introduction to Property, New York 2001, s. 2;* genel olarak bir şeyin sahibine sağladığı mülkiyet hakkının kapsamı, “haklar demeti” (bundle of rights) olarak değerlendirilmektedir. Bu hakkın eleştirisi için bk. *Penner, James: “The Bundle of Rights Picture of Property”, UCLA L. Rev. 1996, V. 43, s. 724 vd;* “Haklar demeti teorisi” mülkiyet hakkını, nispî haklardan tam olarak ayırmadığı için eleştirilmiştir. Bk. *Lipton, s. 177.*

²¹⁹ *Singer, s. 2; Bridge, s. 28.*

hukuk ilminin 20. yüzyıldaki yükselişiyle, yeni pozitivizm ve işlevsel gerekçelendirmeye bağlılık artmış, söz konusu kavramlar 19. yüzyıl doğal hukuk formalizminin yerini almıştır²²⁰. Yine günümüze kadar çeşitli mahkeme kararlarında ticarî sır üzerindeki menfaatin sahibine bir mülkiyet hakkı sağlayıp sağlamadığı görüşü tartışılmış²²¹ ve tatmin edici bir sonuca ulaşılamamıştır. Ticarî sır üzerindeki menfaatin mülkiyet hakkı olduğu yönünde verilecek olumlu bir cevap, başka bir soruna neden olacaktır. Bu da, eşya hukuku kurallarının ne ölçüde bilgi kavramına uygulanabileceğidir²²². *Hume*' un da ifade ettiği gibi, mülkiyet hakları zihnimizdeki her türlü menfaati koruma altına alamadığımız, ancak dış dünyaya ait malları koruyabildiğimiz haklardır²²³. Aslında ticarî sırrı oluşturan ve daha önce hiç açıklanmamış ya da sınırlı sayıda kişilere açıklanmış fikirler mülkiyet hakkının konusu olabilme yeterliliğine sahip değildirler. Zira gizli bir bilgiyi ileten kişi, iletmediği bilgiyi bir anlamda elinde tutmaktadır. Bu bilginin insan hafızasından silinmesi söz konusu değildir²²⁴. Bu durum ise mülkiyetin inhisarî (tekelci) niteliğine tümüyle aykırıdır. Bir yüzük aynı anda birden fazla kişinin parmağında olamaz²²⁵. Ancak gizli bir bilgi, aynı anda birden fazla kişinin hafızasında yer alabilir.

Öncelikle Anglo – Sakson hukukunda ticarî sır üzerindeki menfaat ile ilgili çeşitli yargı kararlarında kabul edilen mülkiyet hakkı görüşünü, söz konusu sistemde de terk

²²⁰ *Bone*, s. 259.

²²¹ Bu konuya ilişkin en önemli karar *E. I. duPont de Nemours Powder Co. v. Masland* (244 U.S. 100, 102, 1917) davasında verilmiş, pek çok karara da emsal teşkil etmiştir. Bu karara göre, ticarî sır ve markalar için mülkiyet kelimesi, esas olaya ilişkin, belirli ikincil sonuçları olan, incelenmemiş bir ifadedir. Taraflar arasındaki uyuşmazlıkta mülkiyet hakkı kavramı kabul edilmeyebilir ancak, güven olgusu reddedilemez. Bu nedenle, uyuşmazlığa ilişkin başlangıç noktası mülkiyet değil, davalının, davacı ile bir gizlilik ilişkisi içinde olup olmadığıdır. Ayrıca bk. *Turner*, s. 12.

²²² *Federal Commissioner of Taxation v. United Aircraft Corp*n davasında Avusturyalı bir hakim, bilgi aktarımına, bir menkulün devrine ilişkin hukuk normlarının uygulanmasına karşı çıkmış, zengin bilgiler taşıyan bir zekanın, bir kişinin malı olamayacağını ileri sürmüştür. Karar için bk. *Bridge*, s. 6.

²²³ *David Hume*'un bu görüşü için bk. *Katz*, Larissa: "A Power – Based Approach to the Protection of Ideas", *Cardozo Arts & Ent. L. J.* 2006, V. 23, s. 704; mülkiyet hakkından bahsedebilmek için, mülkiyetin konusunun sahibinden ayrılabilir olması gereklidir. Bk. *Penner*, James: *The Idea of Property in Law*, Oxford 2000, s. 111.

²²⁴ *Bone*, s. 252 dn. 56.

²²⁵ *Bridge*, s. 6; Krş. *Reed*, Christopher: *Internet Law: Text and Materials*, London 2000, s. 150; *Katz*, s. 705; *Bone*, s. 254.

edilmektedir²²⁶. Bu görüşü, Türk hukukunda ise uygulamak mümkün değildir. Bunun nedeni, Türk hukukunda mülkiyetin konusunu oluşturan eşya kavramının içine sadece maddî şeylerin girmesidir²²⁷. Böylece gayri maddî mal olarak değerlendirdiğimiz fikrî ürünler, bilgiler mülkiyetin ve zilyetliğin konusu olamazlar²²⁸. Ancak fikrî mülkiyette, mülkiyet sözcüğünün kullanılmasının nedeni, fikrî ürün üzerindeki mutlak hakkın inhisarî niteliğini belirtmektir²²⁹. Bu halde, gayri maddî mal kabul ettiğimiz, bazı hukuk sistemlerinde fikrî mülkiyet hakkı olarak değerlendirilen gizli bilgi, Türk hukukunda mülkiyet hakkının konusu olamaz.

B - Ticarî Sır Üzerindeki Menfaati Fikrî Mülkiyet Hakkı Olarak Kabul Eden Görüş

Fikrî haklar, kişilerin düşünce ve zekâlarıyla meydana getirdikleri fikir ürünleri üzerindeki haklarıdır²³⁰. Sahiplerine bu ürünler üzerinde inhisarî bir hak tanırlar. Böylece fikrî hak sahibi, üçüncü kişileri bu ürünleri kullanmaktan alıkoyabilmektedir.

Fransız hukukunda maddî olmayan, ancak belli bir değere sahip olan gayri maddî mallar üzerindeki haklar mülkiyet hakkı olarak isimlendirilmiştir. İsviçre hukukunda, aynı haklar ile bir karışıklığa neden olmaması amacıyla mülkiyet terimi yerine, “gayri maddî

²²⁶ Fikirlerin korunmasına ilişkin çalışmasında *Katz*, insan zihnindeki bilgiyi 2 aşamada incelemiştir. Buna göre ilk aşamada kimsenin bilmediği, insan zihnindeki bilgi söz konusudur. Bir sır, bir kişinin aklındayken, sahibine bağlıdır ve onun zihinsel aktivitesinin bir parçasıdır. Bu kimse için fikrini açıklamak kendi iradesindedir ve bu konuda bir imtiyaza sahiptir. Ancak bu imtiyaz ona münhasır bir hak sağlamamaktadır. Çünkü sahibinden ayrılmayan, sahibinin bilincinin bir parçası olan bilgi, mülkiyet hakkının konusu olmayacaktır. İkinci aşamada sınırlı sayıda kişiler ile paylaşılmış bilgi yer alır. Bu bilgiler de mülkiyet hakkının konusu değildir. Bunun nedeni, mülkiyet teorisinin bu kavram için herhangi bir düzenleme içermemesidir (s. 705, 706).

²²⁷ “Hukukî anlamda eşya, üzerinde ferdi hâkimiyet sağlanabilecek iktisadî bir değer taşıyan, kişi dışı cismanî varlıklardır” *Oğuzman*, Eşya, s. 6.

²²⁸ 11. HD. 09.03.2000, E.1999/8623, K. 2000/2232 “...marka ve ayırt edici işaretler maddî bir varlığa sahip bulunmamaktadır. Bu nedenle eşya niteliğini haiz olmadığından zilyedliğe de konu olamazlar...Bunun bir sonucu olarak da üzerlerinde zilyedlik oluşturulabilen menkullerden sayılmazlar.” Karar için bk. *Kaya*, Marka, s. 37.

²²⁹ *Tekinalp*, Fikrî Mülkiyet, § 1 N. 12.

²³⁰ Eser sahibinin fikrî hakkının, maddî ve manevî yönü için bk. *Özsunay*, Medeni Hukuk, s. 250; *Erel*, s. 13; *Serozan*, Medeni, s. 167 – 168; *Oğuzman/Barlas*, s. 118 – 119.

mallar üzerindeki haklar” (Immaterialgüterrecht) ifadesi kullanılmıştır²³¹. Alman hukukunda ise bu kavram için kullanılan terim “geistiges Eigentum” dur.

Ticarî sır, çeşitli hukukî düzenlemeler ile korunduğu Amerikan hukukunda, fikrî mülkiyet hakları (intellectual property rights) içinde yer almakta²³² ve gayri maddî bir mal olarak kabul edilmektedir. Ticarî sırrın hukukî niteliğine ilişkin bu görüş, çeşitli uluslararası antlaşmalarda²³³ da benimsenmiştir.

Türk hukukunda, gayri maddî mallar üzerindeki mutlak hak, “fikrî ve sınâî mülkiyet hakları²³⁴”, “fikrî mülkiyet hakları” ya da “fikrî, sınâî ve ticaret mülkiyet hakları” olarak isimlendirilmektedir. Fikir mülkiyeti, bir kişinin kendi fikriyle meydana getirdiği eser üzerinde gerek uluslararası sözleşmelerle gerek kendi ulusal kanunları ile düzenlenen haklara ilişkin hak sahipliğini ifade etmektedir²³⁵. Bu kavramlar için biz de fikrî mülkiyet terimini kullanmayı tercih ediyoruz. Zira burada “fikrî” kelimesi konuyu değil (MK m.

²³¹ *Arseven*, s. 31.

²³² *Bone*’a göre aslında fikrî mülkiyetle korunan bir ticarî sır hukuku yoktur. Ticarî sır koruması, hukukî işlem, hata, haksız fiil gibi hukukî müesseselerin bir araya gelmesiyle sağlanır. Bu nedenle ticarî sır üzerindeki menfatin hukukî niteliğini belirlemeye çalışmak anlamlı değildir (s. 245 vd.); ayrıca bk. *Chiappetta*, Vincent: “Myth, Chameleon or Intellectual Property Olympian? A Normative Framework Supporting Trade Secret Law”, *Geo. Mason L. Rev.* 1999, V. 8, s. 69 – 78; *Cohen/Gutterma*, s. 27, Yazar, fikrî mülkiyet hakları arasında yer alan ticarî sır ile patent, marka arasındaki farkı şöyle açıklar: “Standart bir patent korumasının sağlanması, yenilik, yarar, bilinmezlik ve kamuya açıklanma gibi çok sıkı şartlar altına alınmıştır. Buna karşılık ticarî sır koruma sağlanması en azından patent korumasında olduğu ölçüde bir yenilik ya da fikrî haklarda olduğu gibi eserde bir özgünlük aranmamaktadır. Ticarî sır ekonomik değer ve gizlilik unsurları üzerinde yoğunlaşmaktadır.”

²³³ Paris Sözleşmesi ve TRIPS Sözleşmesi bu sözleşmelere örnek olarak verilebilir. Sözleşmelere ilişkin ayrıntılı bilgi için bk. 2. Bölüm/§1/II/B.

²³⁴ “Fikrî hakları ne tamamen aynî haklara ne de tamamen şahsî haklara mal etmenin imkanı yoktur. Onun içindir ki, edebî ve sınâî mülkiyet tabiri isabetsiz ve kifayetsizdir. Burada rekabet unsuruna dayanan şahsiyet hukuku ile mal hukukunda kombine edilmiş orjinal bir fikrî nüvenin şekil alarak maddî mevcudiyet kazanmasından doğan hususî karakteri haiz bir takım haklar mevzuubahistir” bk. *Arseven*, dn. 33; Sınâî mülkiyetin korunmasına ilişkin 1883 tarihli Paris Sözleşmesi ve 1886 tarihli edebî ve artistik eserlerin korunmasına ilişkin Bern Sözleşmesiyle ortaya çıkan “fikrî ve sınâî mülkiyet” terimi *Tekinalp*’in de haklı olarak belirttiği üzere, günümüzde anlamını yitirmiştir. Zira gelişen sanayi şartlarında, sınâî sözcüğünü fikir ve sanat eserleri için de kullanmak mümkündür. Bk. *Tekinalp*, Fikrî Mülkiyet, §1 N. 1, 2.

²³⁵ *Baytan*, Dilek Karakuzu: Fikir Mülkiyeti Hukuku, İstanbul 2005, s. 1.

718'deki mülkiyetten farklı olarak) mülkiyetin türünü ifade etmektedir; ayrıca TRIPS'te de bu ayırım tümüyle ortadan kalkmıştır²³⁶.

Fikir ve sanat eserleri 5846 sayılı “Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu”²³⁷ (FSEK) ile düzenlenmektedir. Kanun’un 1. maddesinde de belirtildiği gibi, üzere bu Kanunun amacı, “fikir ve sanat eserlerini meydana getiren eser sahipleri ile bu eserleri icra eden veya yorumlayan icracı sanatçıların, seslerin ilk tespitini yapan fonogram yapımcıları ile filmlerin ilk tespitini gerçekleştiren yapımcıların ve radyo-televizyon kuruluşlarının ürünleri üzerindeki manevî ve malî haklarını belirlemek, korumak, bu ürünlerden yararlanma şartlarını düzenlemek, öngörülen esas ve usullere aykırı yararlanma halinde yaptırımları tespit etmektir”. Söz konusu Kanun’a göre, fikir ve sanat eserlerinin çeşitleri, ilim ve edebiyat eserleri (FSEK m. 2), musiki eserleri (FSEK m. 3), güzel sanat eserleri (FSEK m. 4), sinema eserleri (FSEK m. 5), işlenme ve derlemeler (FSEK m. 6), alenîleşmiş ve yayımlanmış eserler (FSEK m. 7) olmak üzere belirlenmiştir. Bunun yanı sıra, fikrî mülkiyet hakları arasında 551 Sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname (KHK)²³⁸ ile düzenlenmiş olan patent, 554 Sayılı Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında KHK²³⁹ ile düzenlenen endüstriyel tasarımlar, 555 sayılı Coğrafi İşaretlerin Korunmasına İlişkin KHK²⁴⁰ ile düzenlenen coğrafi işaretler, 556 sayılı Markaların Korunmasına İlişkin KHK²⁴¹ ile korunan markalar,

²³⁶ *Tekinalp*, Fikrî Mülkiyet, § 1 N. 2; Aynı yönde bk. *Baytan*, s. 4; *Kaya*, Marka, s. 36; *Ayiter* ise gerek sınaî gerek, fikrî haklar üzerindeki hakkın mülkiyet hakkı ile açıklanmak istendiğini ancak, bu hakkı cismanî mallara sağlayan Alman, İsviçre ve Türk hukuku açısından mümkün olmadığını ifade etmiştir (Mamelek Kavramı Üzerine İnceleme, Ankara 1968, s. 115, 116).

²³⁷ RG, 13.12.1951, S: 7981.

²³⁸ RG, 27.06.1995, S: 22326.

²³⁹ RG, 08.06.1995, S: 22326.

²⁴⁰ RG, 27.06.1995, S: 22326.

²⁴¹ RG, 08.06.1995, S: 22326.

5147 sayılı Kanun²⁴² ile korunan entegre devre topoğrafyaları, ticaret unvanı ve işletme adı yer alır.

Türk hukukunda yer alan bu düzenlemeler karşısında, Amerikan hukuku ve çeşitli uluslararası düzenlemeler ile kabul edilen, gizli bilgilerin bir türü olan ticarî sırrın hukukî niteliğinin fikrî mülkiyet hakkı olduğu görüşü pek çok yazarca reddedilmiştir. Bunun nedeni, hukuk düzeninin, koruma sağlayacağı gayri maddî malı düzenlemesi gerekliliğidir²⁴³. Başka bir ifade ile gayri maddî malların korunması, sınırlı sayı ilkesine (numerus clausus²⁴⁴) tabidir. Ticarî sır, özel himaye normuyla korunan gayri maddî mallar arasında yer almamaktadır. Dolayısıyla ticarî sır, fikrî bir ürün olmakla birlikte, özel himaye normuyla düzenlenmediği için sahibine fikrî bir hak kazandırmamaktadır.

Gerçekten de, ticarî sırrın fikrî mülkiyet hakları içinde yer almaması gerekmektedir. Fikrî mülkiyet hakları, sahibine inhisarî bir kullanma hakkı sağlamaktadır²⁴⁵; ancak özellikle, ticarî sırrı fikrî mülkiyet hakları içinde değerlendiren ve düzenleyen çeşitli hukuk sistemlerinde, bilgisayar programı gibi, teknik ticarî sır için farklı bir durum söz konusudur. Bu da fikrî mülkiyet haklarının doğasıyla çelişmektedir. Ticarî sır olan bir bilgiyi, bağımsız olarak, hukuka uygun yollardan elde etmiş ya da keşfetmiş bir kimse, bu sırrı kullanmakta serbesttir. Örneğin, yaptığı deneylere dayanarak, daha önceden üretilmekte olan bir ilacın formülünü, kendi bağımsız araştırmalarıyla yeniden keşfeden bir eczacıyı ele alalım. Formülü yeniden keşfeden eczacı, bu formülü sır olarak koruduğu sürece, sırrı üzerinde her türlü tasarruf yetkisine sahip olacaktır. Böyle bir durumda, sırrın

²⁴²5147 Sayılı Entegre Devre Topoğrafyalarının Korunması Hakkında Kanun, RG, 30.04.2004, S: 25448.

²⁴³ *Troller, A.*, s. 59.

²⁴⁴ Amerikan hukukunda fikrî mülkiyet konuları belirlenmiştir. Bunlar patent, marka, telif hakkı (copyright) ve ticarî sırdır. Bu hukuk sisteminde de korunabilecek fikrî mülkiyet konuları sınırlı sayıdadır ancak Kıta Avrupası hukuk sisteminde olduğu gibi numerus clausus terimi kullanılmamaktadır. Ayrıntılı bilgi için bk. *Merrill, Thomas W./ Smith, Henry E.*: "Optimal Standartization in The Law of Property: The Numerus Clausus Principle", Yale J. L. 2000, V. 110, s. 19.

²⁴⁵ "Bu inhisarî yetkinin iki belirleyici yönü vardır. Bunlardan ilki mülkiyet hakkına benzer bir tasarruf yetkisi, ikincisi de markanın aynısının veya benzerinin üçüncü kişilerin haksız ve izinsiz kullanımlarını, tasarruflarını engelleme yetkisidir" bk. *Kaya, Marka*, s. 37.

ilk sahibinin herhangi bir hakkı ihlâl edilmiş olmaz. Başka bir ifade ile bağımsız keşif, bu keşfi yapana ticarî sır üzerinde bir hak sağlamaktadır; haksız kullanım kapsamında değerlendirilmemesi gereken bir durumdur ve tek bir kişiye inhisarî kullanma hakkı sağlamamaktadır. Fikrî mülkiyet hakkı bakımından böyle bir durum kabul edilemez. Örneğin, markada, marka hakkı sahibi, kendi markasının aynısının veya bir benzerinin kullanımına engel olabilir. Kendi markası ile ayırt edilemeyecek derecede benzer olanının kullanımını da aynı şekilde engelleme yetkisi bulunmaktadır (Marka KHK. m. 7/b). Her ne kadar, KHK'nin 12. maddesinde²⁴⁶, marka tescilinden doğan hakların kapsamına bir istisna getirilmiş olsa da, bu istisna, markanın dürüstçe, ticarî ve sınai kullanımlarına ilişkin, belirli koşullara bağlı olan bir kullanım hakkıdır. Markanın tescilinden kaynaklanan her türlü hakkın kullanılması değildir.

Amerikan ve İngiliz hukukunda, bağımsız keşif ya da tersine mühendislik yoluyla keşfedilen sırrın bahsettiği her türlü hakka, keşfeden kişi de sahip olacaktır. Zira bu hukuk sistemlerinde bağımsız keşif ve tersine mühendislik, ticarî sırrın, sır olma niteliğini ortadan kaldıran durumlar değildir. Sadece ilk sır sahibinin, münhasır kullanma yetkisini sınırlayan durumlardır. Ancak daha önce de belirttiğimiz gibi²⁴⁷, bizim katıldığımız görüş tersine mühendislik ile ele geçirilebilen bir bilginin, sır özelliğini kaybedeceği yönündedir. Bununla birlikte Türk hukukunda tersine mühendislik ve bağımsız keşif yoluyla elde edilen bir ticarî sırrın hukuka uygun yollarla ele geçirildiği kabul edilmelidir. Zira TTK m. 57/b.7 – 57/b.8'de de başkalarının imalat ve ticaret sırlarını iyiniyet kurallarına aykırı şekilde açıklamak, haksız yere kullanmak, başkalarına yaymak ticarî sırrın hukuka aykırı kazanımı olarak belirlenmiştir.

²⁴⁶ Madde 12: “Dürüstçe ve ticarî veya sınai konularıyla ilgili olarak kullanılmaları koşuluyla üçüncü kişilerin , ad ve adresini, mal ve hizmetlerle ilgili cins, kalite, miktar, kullanım amacı, değer, coğrafi kaynak, üretim veya kuruluş zamanı veya diğer niteliklere ilişkin açıklamaları kullanmaları marka sahibi tarafından engellenemez.”

²⁴⁷ Bk. 1. Bölüm/§1/III/D.

Amerikan hukukunda ticarî sırrın fikrî mülkiyet hakları içinde değerlendirilmesi genel eğilime uygun bir çözüm olmuştur. Zira hukukçular bugüne kadar, sosyal, ekonomik ve teknik gelişmelerin ortaya çıkardığı yeni kavramlar için farklı, bilinmeyen hukukî kurumlar yaratıp bunları düzenleme yoluna gitmemiş, var olan hukukî kurumları genişletip çeşitli formlara sokmaya çalışmışlardır²⁴⁸. Bu hukukî kurumlar, kimi zaman kavramları tam olarak kapsamış, kimi zaman hukukî niteliklerini belirlemede yetersiz kalmıştır. Mülkiyet hakkının gayri maddî mallara uyarlanmış şekli olan fikrî mülkiyet haklarını ticarî sırrın hukukî niteliği olarak belirlemek işte tam da bu yetersizliği ortaya koyan bir durumdur. Ticarî sırrı fikrî mülkiyet hakları içinde değerlendirmek, şu an karşı karşıya olunan, kara paranın aklanması, çeşitli soruşturmalarda gizli bilginin ticarî sır teşkil ettiğinden dolayı olayların aydınlatılamaması gibi sorunların artmasına neden olacaktır. Bunun bir nedeni de ticarî sır sahibinin fikrî mülkiyet hakkı ile sahip olacağı mutlak haktır.

C - Ticarî Sır Üzerindeki Menfaati Kişilik Hakkı Olarak Kabul Eden Görüş

Gizli bilgiler üzerindeki menfaatin mutlak bir hak niteliğinde olduğunu ileri süren görüşlerden birine göre, gizli bilgi üzerindeki menfaat sahibine kişilik hakkı²⁴⁹ niteliğinde bir mutlak hak sağlar²⁵⁰. Bunun nedeni, gizli olan bilginin, kişilerin gizlilik alanına dahil olmasıdır. Dolayısıyla bu bilginin açıklanması hukuka aykırı bir durum teşkil eder²⁵¹. Açıklanmamış bir sır, kişinin çalışması ile kazandığı bilgi ve deneyimlerin uzantısı

²⁴⁸ *Lipton*, s. 174.

²⁴⁹ Kişilik hakkı, kişinin, bedeni, yaşam ve sağlığı, namus, şeref, şöhret ve onuru, adı ve resmî sosyal ve ekonomik saygınlığı gibi fizikî, biyolojik ve manevî varlıkları üzerinde sahip olduğu mutlak haklara denir. Bk. *Özsunay*, Medeni Hukuk, s. 252; Ayrıca bk. *Özsunay*, Ergun: Gerçek Kişilerin Hukukî Durumu, İstanbul 1979, s. 105; *Oğuzman/Oktay/Seliçi*, s. 182; *Dural/Öğüz*, s. 91, 92; Tüzel kişilerin yararlanamayacağı haklar için bk. *Oğuzman/Oktay/Seliçi*, s. 195; *Dural/Öğüz*, s. 224, 225.

²⁵⁰ Bu konuya ilişkin bk. *Öğüz*, s. 16; *Bilge*, Ticarî sır, s. 41; *Erbay*, İsmail: Know – How Sözleşmesi, Ankara 2002, s. 94; *Kırca*, Know – How Sözleşmesi, s. 248.

²⁵¹ *Forkel*'in savunduğu görüşe göre, her müdahalenin hukuka aykırı olduğundan bahsetmek mümkün değildir. Ancak kişilik hakkının bir parçası olan sırra yapılacak müdahale hukuka aykırı olabilecektir. Bu görüş için bk. *Erbay*, s. 94; *Kırca*, Know – How Sözleşmesi, s. 248.

niteliğindedir²⁵². Ancak bu görüş, kişilik haklarının, yalnızca kişinin kendisi ile bu kişinin ilişkilerini kapsadığı, fakat kişinin diğer kişiler ve eşya ile ilişkilerini düzenlemediği için eleştirilmiştir²⁵³. Bu konu üzerindeki başka bir eleştiri ise, gayri maddî bir mal olan gizli bilgilerin, sahibinden bağımsız olduğu, kişinin devredilemeyen vazgeçilemeyen kişilik değeri olmadığı, bu nedenle kişiliğin korumasına ilişkin hükümlerin uygulanamayacağı yönündedir²⁵⁴.

Gayri maddî mallarda, kişilik hakkı ve malvarlığı hakkının bir arada bulunduğunu savunan ve “dualiste” olarak anılan başka bir görüşe göre²⁵⁵, bu mallarda korunma şekli ve hükümleri açısından iki farklı hak bulunmaktadır. Bunlardan ilki gayri maddî mala sahip olmaktan kaynaklanan hak, ikincisi ise, sahibinin kendisinden kaynaklanan kişilik hakkıdır. Bu nedenle, gayri maddî bir mal olan ticarî sırrın hukukî niteliği itibariyle, hem malvarlığı hakkı hem de kişilik hakkından oluşan karma bir hak olduğu söylenebilir. Bunun yanında “moniste” olarak anılan diğer bir görüşe göre²⁵⁶ ise, gayri maddî mallarda, malvarlığı ve kişilik hakkından oluşan karma bir hak bulunmaktadır; ancak bu kendine özgü bir haktır. Başka bir ifade ile kişilik hakkı ve malvarlığı hakkı bu yeni hakkın kaderine bağlı olarak çeşitli işlemlere tabi olabilecektir.

Başka bir yazara²⁵⁷ göre ise ticarî sır BGB § 823 (1)’de²⁵⁸ yer alan “diğer haklar” kapsamında değerlendirilmelidir.

²⁵² Öğüz, s. 16.

²⁵³ Troller, A., s. 97.

²⁵⁴ Bu görüş için bk. Kırca, Know – How Sözleşmesi, s. 250.

²⁵⁵ Bu görüş için bk. Arseven, s. 34.

²⁵⁶ Bu görüş için bk. Arseven, s. 34.

²⁵⁷ Paul W.’ın görüşü için bk. Erbay, s. 93.

²⁵⁸ BGB § 823/I şöyledir: “(1) Kasten veya ihmalen bir diğerinin hayat, vücut bütünlüğü, sağlık, özgürlük, mülkiyet veya diğer haklarını hukuka aykırı olarak ihlâl eden kimse, onun (diğerinin) bundan kaynaklanan zararını tazmin etmekle yükümlüdür.”

D - Ticarî Sır Üzerindeki Menfaati Eksik Münhasır Hak Olarak Kabul Eden Görüş

Bir önceki kısımda değindiğimiz, ticarî sırrın hukukî niteliğine ilişkin görüşlerin hiç biri, kavramın niteliğini tam olarak açıklayamamıştır. Bu konuda ileri sürülen, bizim de katıldığımız görüş, ticarî sırrın hukukî niteliğini şöyle anlatmaktadır: Gayri maddî mallar, hukuk normlarınınca belirlenen çerçevede korunmaktadır. Hangi gayrî maddi mal üzerinde sahiplerine mutlak hak tanınacağı, özel kanunlarda yer alan hükümlerle belirlenmiştir²⁵⁹. Diğer bazı gayri maddî mallar ise özel düzenlemelere tabi değildir, ancak pozitif hukukta bu gayri maddî mallar üzerindeki menfaatleri ihlâl edebilecek üçüncü kişilerin davranışlarını yasaklayıcı genel himaye normları mevcuttur²⁶⁰. Örneğin Türk hukukunda gayri maddî bir mal olan patent, Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile düzenlenirken; ticarî sır üzerindeki menfaat, TTK'nin haksız rekabete ilişkin hükümleriyle koruma altına alınmıştır (TTK m. 56 – 65). İlk örnekte olduğu gibi, sahiplerine gayri maddî mallar üzerinde özel kanun hükümleriyle tam bir koruma sağlayan (garanti eden) haklar “tam münhasır haklar²⁶¹” (Vollkommene Ausschliesslichkeitsrechte) olarak adlandırılır²⁶². İkinci grup haklar ise genel himaye normları çerçevesinde korundukları ve bu nedenle ihlâl edilme riskleri fazla ve ispat koşulları daha ağır olduğu için²⁶³ “eksik münhasır haklar” (Unvollkommene Ausschliesslichkeitsrechte²⁶⁴) olarak isimlendirilmiştir. Dolayısıyla ticarî sır üzerindeki menfaat, eksik münhasır haktır.

Genel himaye normunun ihlâl edilmesi halinde, ihlâl eden üçüncü kişilerin sorumluluğunun doğması ve talepte bulunabilmek için, kişinin mutlak hakkının ihlâli şart

²⁵⁹ Troller, K., s. 27.

²⁶⁰ Troller, K., s. 27.

²⁶¹ Gürzumar, s. 38.

²⁶² Troller, A., s. 70; Troller, K., s. 27.

²⁶³ Gürzumar, s. 38.

²⁶⁴ Troller, A., s. 70; Troller, K., s. 27.

değildir²⁶⁵. Ancak bu durum, eksik münhasır hak olarak belirlediğimiz ticarî sır üzerindeki menfaatin sahibine mutlak hak sağlamadığı anlamına gelmemektedir. Sahibine ekonomik menfaat sağlayan ticarî sır üzerindeki menfaatin hak olarak nitelendirilmesi gereklidir.

Ticarî sır üzerindeki menfaatin eksik münhasır hak olarak belirlenmesindeki nedenlerden biri, TTK m. 58/I hükmü uyarınca, ticarî sırı yapılacak tecavüz ile ilgili tespit, men ve maddî durumun ortadan kaldırılması davalarını açmak için zarar veya zarar görme tehlikesinin kanıtlanmasının gerekmesidir. Ancak, marka hakkına (tam münhasır hak) yapılan tecavüze ilişkin men veya maddî durumun ortadan kaldırılmasını talep etmek için böyle bir şart yoktur²⁶⁶ (556 Sayılı KHK m.62). Diğer bir neden ise, ihlâl edilebilme riskinin daha fazla olmasıdır. Zira TTK'nın haksız rekabet hükümlerince koruma sağlanan ticarî sırrın hukuka uygun yollarla elde edilmesi ya da kullanılması halinde, alenileşmiş olan gizli bilgi, artık sır niteliğini kaybeder. Oysaki patentlenmiş bir buluş, sahibinin izni olmaksızın üçüncü kişiler tarafından kullanılamaz.

Sonuç olarak, gayri maddî bir mal olan ticarî sır üzerindeki menfaat sahibine bir hak sağlamakta ancak bu hak haksız rekabet hükümlerince korunmaktadır. Ancak ticarî sır üzerindeki menfaat diğer menfaatlere oranla daha eksik korunduğu için, ticarî sır üzerindeki menfaat eksik münhasır hak olarak belirlenmelidir.

²⁶⁵ *Gürzumar*, s. 38 dn. 225.

²⁶⁶ *Gürzumar*, s. 38 dn. 225.

İKİNCİ BÖLÜM

TİCARÎ SIRRIN KORUNMASI

§1 - KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA TİCARÎ SIRRIN KORUNMASI

I. TİCARÎ SIRRIN KORUNMASINA İLİŞKİN ÇEŞİTLİ GÖRÜŞLER

Günümüzde işletmeler açısından büyük önem taşıyan sermaye ve iş gücü gibi unsurlar yanında, bilgi yönetiminin önemi de oldukça artmıştır. Bunun nedeni, bilgi yönetiminin kâr ve verimliliğin arttırılmasında ve piyasadaki diğer işletmelerle rekabette oynadığı etkin roldür. Finansal, malî ve ticarî alanda hizmet veren işletmeler için ekonomik değer taşıyan gizli bilgilerin hukukî korumasının sağlanması, büyümenin ve üretkenliğin vazgeçilmez bir parçası hâline gelmiştir. Bu nedenlerle, Anglo – Sakson hukuk sisteminde ticarî sırrı korumak için özel düzenlemeler yapılmıştır. Yargı kararlarında ve doktrinde bu düzenlemelerin sağladığı hukukî korumaya temel teşkil edecek, bazı teorik görüşler öne sürülmüştür. Bu teoriler, sözleşme, sözleşmesel yükümlülük, mülkiyet hakkı, içeriği kötüye kullanma ve kişisel gizlilik hakkı teorisi başlıkları altında toplanmıştır. Ancak bu teoriler üzerinde tam olarak fikir birliğine ulaşılamamıştır²⁶⁷. Çalışmamızın birinci bölümde ticarî sırrın hukukî niteliğine ilişkin incelememiz sırasında mülkiyet hakkıyla ilgili görüşlere yer verilmiştir. Bu nedenle, Anglo – Sakson hukuk sistemindeki görüşlere yer vereceğimiz bu kısımda mülkiyet hakkı teorisi²⁶⁸ incelenmeyecektir.

²⁶⁷ *McNeil*, s. 311; *Hutter*, Michael J.: “Trade Secret Misappropriation: A Lawyer’s Practical Approach to The Case Law”, *W. New Eng. L. Rev.* 1978, V. 1, s. 8.

²⁶⁸ Bu teori için bk. 1. Bölüm/§ 2/III/A.

A – Sözleşme Teorisi - Sözleşmesel Yükümlülük Teorisi

Anglo – Sakson hukuk sisteminde ticarî sırrın korunmasına ilişkin olarak ileri sürülen sözleşmesel yükümlülük teorisinin (Contractual Obligation Theory) temelini, John Rawls tarafından ileri sürülen sözleşme teorisi²⁶⁹ (Contractarian Theory) oluşturmuştur. Bu teoriye göre, ticarî sırrı ihlâl etme tehlikesi olanlar, şartlarını kendilerinin belirlediği varsayımsal bir pazarlık ortamı sağlayabildikleri sürece ticarî sırra ilişkin hiçbir hukukî düzenlemeyi ihlâl etmezler. Bu teori esas olarak, tersine mühendisliğin hukuka uygunluğunu açıklamak için kullanılmış, tüm işletmelerin önceden pazarlık edebilmeleri durumunda, kendi ürünlerinin tersine mühendislik yöntemiyle elde edilmesine izin verecekleri savunulmuştur. Bunun nedeni olarak da tersine mühendislik yönteminin, çok daha kısa ve ucuz bir süreç olması gösterilmiştir²⁷⁰. Ancak bu teori bazı yazarlarca, işletmelerin varsayımsal bir pazarlığın şartlarına kendilerini uymak zorunda hissetmeyecekleri düşüncesiyle eleştirilmiştir²⁷¹.

Bu teori ile bütünleşen sözleşmesel yükümlülük teorisinde, ticarî sırrın açıklanmaması veya kullanılmaması yükümlülüğü, hakkın sahibi ile gizli bilgiye erişimi olan kişi arasındaki sözleşmeye dayanmaktadır. Gizlilik, pacta sunt servanda doktrinine bağlı olarak sözleşme nedeniyle ortaya çıkmaktadır. Bu teoriye göre sözleşmenin dili oldukça önemlidir. Hizmet sözleşmeleri ile ticarî sır lisans sözleşmeleri bu yükümlülük teorisinin en önemli örnekleridir.

²⁶⁹ John Rawls bu teoriye 1971 tarihli Adalet Teorisi (A Theory of Justice) adlı eserinde yer vermektedir. Rawls'ın, 18. ve 19. yüzyıl toplumsal sözleşmecî düşüncelerini temel alarak eserini meydana getirdiği ifade edilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bk. <http://www.felsefeekibi.com/site/default.asp?PG=510>, (15.01.2007); Bu teorisin temelini oluşturan diğer hukukî kavramlar için bk. *Scheppele*, Kim Lane/ *Waldron*, Jeremy: "Contractarian Methods in Political and Legal Evaluation", Yale J. L. & Hum. 1991, V. 3, s. 195.

²⁷⁰ *Bone*, s. 289, 290.

²⁷¹ Bu konuya ilişkin eleştirilerin en önemli noktasını, sözleşmenin kurucu şartı olan irade kavramı oluşturmuştur. Gerçek dünyada kimsenin varsayımsal pazarlık için iradesinin ya da taahhüdünün olup olmadığının belirlenemeyeceği ileri sürülmüştür. Bk. *Brudney*, Daniel: "Hypothetical Consent and Moral Force", L. & Phil. 1991, V. 10, s. 235.

B – İçeriği Kötüye Kullanma Teorisi

İçeriği kötüye kullanma teorisine (Misappropriation Theory) göre, ticarî sırrın üçüncü kişilerce ele geçirilmesi, bu ticarî sırrın içeriğinin kötüye kullanılmasına (misappropriation of a trade secret) neden olabilir. Ticarî sırrın ele geçirilmesi hukuka aykırı yollarla (acquisition by improper means²⁷²) gerçekleşebileceği gibi, gizliliğin ihlâli (breach of confidence) ile de söz konusu olabilir.

Gizliliğin ihlâlinde, elde ettiği bilgiyi kullanmama ya da açıklamama yükümlülüğü olan bir kimsenin, bu hususu ihlâli söz konusudur. Bu yükümlülük açık olarak bir sözleşme hükmünden kaynaklanabileceği gibi, bir kanun hükmüne de dayanabilir²⁷³. Gizli ilişki (confidential relationship), birbirine çok yakın kişileri ilgilendirse bile, sadakat yükümlülüğünü içermek zorunda değildir²⁷⁴.

Gizli ilişkinin ortaya çıkması için tarafların birbirleri ile doğrudan bağlantıları olması gerekli değildir. Bunun en önemli örneğini IBM v. Forro²⁷⁵ davası teşkil etmektedir. Uyuşmazlığın taraflarından IBM'in, Forro Şirketi ile hiç bir ticarî ilişkisi bulunmamaktadır. Gizli bilgi Forro'ya, IBM ile gizlilik ilişkisi bulunan başka bir kimse tarafından iletilmiştir. Mahkeme Forro'yu, elde ettiği gizli bilgilerin IBM'e ait olduğunu

²⁷² Hukuka aykırı yolla kazanımın hangi hallerde gerçekleşeceği Uniform Trade Secrets Act'de tanımlanmıştır. Buna göre, gizli bilgiye ilişkin hırsızlık, rüşvet, yanlış beyan, sır saklama yükümlülüğünün ihlâlidir. Elektronik ve benzeri araçlarla yapılan casusluk da bu kapsamda yer alır (UTSA §1 şerh). Ayrıca bk. *Peterson*, s. 397.

²⁷³ *Watts v. University of Del.*, 471 F. Supp 1272, 1284 (D. Del 1979), kararda, herhangi bir gizlilik sözleşmesi bulunmasa da, belli bazı durumlarda gizlilik ilişkisinin kanundan kaynaklanabileceği belirtilmiştir.

²⁷⁴ *McNeil*, s. 323; bu konuya ilişkin en önemli dava *Smith v. Dravo*'dur (203 F.2d 369, 375, 97 USPQ 98, 102-03 [7th Cir. 1953]). Dava konusu olayda, davacı Smith, davalı Dravo açısından muhtemel değeri olan, deniz taşımacılığında kullanılacak bir konteyner geliştirir. Dravo'nun konteyner üzerindeki ilgisi daha sonra Smith'in deniz taşımacılığı işine kayar. Dravo'nun yalnızca kendisi için tasarladığı konteynerle ilgili bilgi almak istediğini düşünen Smith, konteynerlere ilişkin tüm sırlarını Dravo'ya açıklar. Dravo öğrendiği bu sırlarla aynı iş kolunda rakip olarak çalışmaya başlar.

Mahkeme, dava konusu olayda taraflar arasında bir gizlilik sözleşmesi bulunmamasına rağmen, davacı Smith'in sırları açıkladığı anda taraflar arasında bir gizlilik ilişkisi olduğuna hükmetmiştir. Mahkeme kararını, sırrın açıklandığı andaki koşullara ve bu koşullar altında bilgi kullanımına ilişkin zımni bir sınırlama olmasına dayandırmıştır.

²⁷⁵ *Forro Precision Inc. v. International Business Machines Corp.* 673 F.2nd 1045 (9th Cir. 1982).

bildiği gerekçesiyle sorumlu bulmuştur. Amerikan hukukunda içeriği kötüye kullanma teorisiyle ilgili başka bir önemli dava ise 1997 tarihli verilen United States v. O'Hagan'dır²⁷⁶. Dava konusu olay menkul kıymetlere ilişkin kamuya açıklanmamış bilgi ile aleni pay alım tekliflerinde hileli davranışlara ilişkindir²⁷⁷. Söz konusu kararla sorumluluk alanı oldukça genişletilmiş, şirketle bağlantısı olmayan kişilerin, işlem yaptıkları kişilere karşı değil, bilginin kaynağına karşı sorumlu oldukları belirtilmiştir²⁷⁸.

Amerikan hukukunda, hukuka aykırı yollarla kazanım, içeriği kötüye kullanma teorisinin bir başka görünümüdür. Hukuka aykırı yollarla kazanımın varlığını belirlemek için, taraflar arasında gizlilik ilişkisinin bulunmasına gerek yoktur²⁷⁹. Bu kazanımlar, cezaî sorumluluğa yol açan hukuka aykırı davranışlardır²⁸⁰. Başka bir ifade ile hukuka aykırı kazanımlar, genel olarak kabul edilen ticarî etik anlayışının çok ötesinde yer alan davranışlardır²⁸¹.

²⁷⁶ 117 S. Ct. 2199, 138 L. Ed. 2d 724 (1997).

²⁷⁷ Karar için bk. <http://www.law.cornell.edu/supct/html/96-842.ZO.html>, (30.1.2007); "United States – O'Hagan kararına konu olan olayda, Grand Metropolitan PLC unvanlı bir ortaklık, bir başka ortaklığın hisse senetleri için yapılacak aleni pay alım teklifi işlemlerinde kendilerini temsil etmesi için Dorsey & Whitney unvanlı bir avukatlık ortaklığı ile anlaşmıştır. Davalı O'Hagan, avukatlık ortaklığının avukatlarından. Ancak sözü edilen işlemlerde görev almamıştır. O'Hagan hedef ortaklığın hisse senetlerinden ve bu senetler üzerinde opsiyonlardan önemli miktarlarda satın almış, teklifin piyasaya açıklanmasını takiben fiyatların büyük artış göstermesi üzerine satışa geçerek, 4.3 milyon ABD doları kazanç elde etmiştir. O'Hagan'ın avukatlık ortaklığından öğrendiği önemli bilgiyi kişisel menfaat elde etmek için kullanmak suretiyle, hem avukatlık ortaklığına hem de müvekkili ortaklığa karşı sorumlu olduğu esastan hareketle, içerden öğrenlerin ticareti suçunu işlediği gerekçesiyle açılan dava, yerel mahkemede reddedilmiş, ancak Yüksek Mahkeme davalıyı sorumlu bulmuştur." *Manavgat*, Çağlar: "Türk Hukukunda 'İçerden Öğrenen' Kavramı, Batider 1998, C. XIX, S. 4, s. 200 dn. 35.

²⁷⁸ *Manavgat*, s. 201

²⁷⁹ *Hutter*, s. 22; *Francis/Collins*, s. 28; *McNeil*, s. 324.

²⁸⁰ *McNeil*, s. 324; hangi durumların hukuka aykırı kazanım sayılacağına ilişkin bk. dn 272.

²⁸¹ Restatement of Torts § 757, şerh f; hukuka aykırı kazanım ile birlikte anılan en önemli dava E.I duPont deNemours & Co v. Christopher'dır (431 F.2d 1012, 167 U.S.P.Q. [BNA] 1, 166 U.S.P.Q. [BNA] 421 [5th Cir. 1970]). Dava konusu uyuşmazlıkta, DuPont, metanol üretmek üzere gizli bir üretim süreci geliştirmiş ve metanolün üretimi için bir fabrika inşa ettirmeye başlamıştır. İnşa sırasında DuPont'un çalışanları, Christophers adlı iki fotoğrafçının bir uçaktan fabrikanın fotoğrafını çektiklerini tespit etmişlerdir. DuPont'a göre, bu fotoğrafçılar, piyasadaki rakiplerinden birince, ticarî sırrını öğrenmek için tutulmuş kimselerdir. Bu davada önemli olan Amerikan hukukuna göre fotoğrafçıların fiillerinin cezaî bir sorumluluğa yol açmaması ve taraflar arasında bir gizlilik sözleşmesinin bulunmamasıdır. Mahkeme DuPont'un ticarî sırlarının hukuka aykırı yollarla ele geçirildiğine hükmetmiştir.

İçeriği kötüye kullanma teorisi Amerikan hukukunda ticarî sırların ihlâli konusunda uygulanan teorilerden olup, ticarî sırra ilişkin tam ve kapsamlı bir koruma sağlayamamaktadır.

C - Kişisel Gizlilik Hakkı Teorisi

Amerikan hukukunda kişisel gizlilik hakkı teorisi (The Right to Privacy²⁸²), kişilerin özel hayatlarına kendi rızaları dışında yapılacak herhangi bir müdahaleyi engelleme hakkına sahip olmaları nedeniyle ortaya çıkmıştır²⁸³. Söz konusu hakkın yasal bir hak (legal right) olmayıp, manevî bir hak (moral right) olduğu ifade edilmektedir²⁸⁴.

İlk bakışta, kişisel gizlilik hakkına ilişkin hükümlerin ticarî sırrın korumasında uygulanması uygun görülmüş, ancak daha sonra bu konuya ilişkin çeşitli eleştiriler yöneltilmiştir. Bunlardan ilki, bu hukuk sisteminde, kişisel gizlilik hakkının kendi başına kişiye bir hak bahsetmediğine ilişkin eleştiridir²⁸⁵. Başka bir ifade ile kişisel gizlilik, kişilik, mülkiyet hakkı gibi bazı mutlak hakların bir parçasıdır. Ticarî sır korumasında ayrıca bir koruma hükmü olarak değerlendirilemez. Bu konuya ilişkin ikinci eleştiri ise, işletmelerin ahlakî bir değer olan kişisel gizlilik hakkına sahip olamayacakları yönündedir²⁸⁶. Bunun nedeni işletmelerin kişisel özerkliklerinin bulunmaması ve mahrem ilişkiler yönünden ehliyeteye sahip olmamaları olarak gösterilmiştir. Böylece, ticarî sır oluşturan gizli bilgilerin kişisel gizlilik hakkının kapsamı dışında kalacağı belirtilmiştir²⁸⁷.

²⁸² Privacy, terimin türkçe karşılığı, gizlilik, mahremiyet, kişisel gizlilik olarak verilmektedir. (<http://www.zargan.com/sozluk.asp>, [16.01.2007]). Buradan hareketle biz “right to privacy” kavramının türkçe karşılığı olarak kişisel gizlilik hakkı ifadesini kullanıyoruz.

²⁸³ Krş. Cornish, William/ Llewelyn, David: Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights, 5th Ed., London 2003, s. 335.

²⁸⁴ Bone, s. 285.

²⁸⁵ Bk. Epstein, Richard A: “Privacy, Property Rights and Misrepresentation”, Ga. L. Rev. 1978, V. 12, s. 463 – 465.

²⁸⁶ Bu görüşü savunan yazarlar için bk. Bone, s. 286 – 289.

²⁸⁷ Bone, s. 285, Yazar, ticarî sırrın, gerçek kişilerin sahip olduğu günlük ve aşk mektupları gibi mahrem bilgileri içermeyeceğini ifade etmiştir.

Başka bir ifade ile bir ticarî işletme ya da şirkete ait ticarî sırların manevî bir yönünün olmaması ve kişisel gizlilik hakkının ticarî işletme ya da şirkete sadece manevî bir hak sağlamak istemesinden dolayı bu teori reddedilmiştir.

D – Değerlendirme

Anglo – Sakson hukuk sisteminde yer alan yukarıda açıkladığımız teorilerin hiç biri ticarî sır üzerindeki menfaatin korunması açısından yeterli değildir.

Ticarî sırrın korunmasına ilişkin öne sürülen sözleşmesel yükümlülük teorisi, taraflar arasında sözleşme ilişkisi bulunmadığı durumlarda ticarî sır için tam bir koruma sağlamaz²⁸⁸. Bu teori, sözleşme ilişkisi bulunmadığı hallerde üçüncü kişilerin ticarî sır ihlâlini engelleyemez. Kaldı ki Türk hukukunda ticarî sırrın sözleşme ilişkisi içinde, öncesi ve sonrasında korunması mümkün olmakla beraber, TTK’da yer alan genel himaye normu niteliğindeki haksız rekabet hükümlerine göre korunması da mümkündür.

Ticarî sırrın unsurlarından biri olan gizli bilginin geniş kapsamı nedeniyle, kişisel gizlilik hakkı teorisi ticarî sır koruması açısından yetersizdir²⁸⁹. Dolayısıyla her ticarî sır ihlâlinin kişisel gizlilik hakkının ihlâli (Türk hukukundan kişilik hakkının ihlâli ile karşılaştırılabilir) olduğu söylenemez.

Amerikan hukukunda içeriği kötüye kullanma teorisi ve bu teori çerçevesinde verilen yargı kararlarında yer alan gizli ilişki ve gizliliğin ihlâli kurumları, Türk hukukunda hizmet sözleşmesi ve bu sözleşmelerde sadakat yükümlülüğü ve işçinin rekabet yasağı ile karşılaştırılabilir. Ancak güven ilişkisine dayalı hizmet sözleşmesinde kanunda açıkça

²⁸⁸ Katz, s. 712; Bilge, Ticarî Sır, s. 44; Barret, Margreth: “The Law of Ideas Reconsidered”, J. Pat. & Trademark Off. Soc’y 1989, V. 71, s. 739, Yazar, sözleşmenin, sır sahibine, sırra ilişkin bir tekel hakkı sağlamayacağını, yalnızca sözleşmenin tarafları için bağlayıcı olacağını, ayrıca sözleşmenin, gizli bilginin, bu bilgiyi bilen ve bir sözleşme ilişkisi içinde olmayan taraflarca kullanılmasını engellemeyeceğini belirtmektedir.; Ayrıca bk. Fink v. Goodson – Todman Enterprises, Ltd., 88 Cal Rptr. 629, 1970; aksi görüş için bk. Bone, s. 297.

²⁸⁹ Bilge, Ticarî Sır, s. 41.

düzenlenmemiş olmakla birlikte, içeriği kötüye kullanma teorisinin tam tersine, işçinin işverene karşı sadakat yükümlülüğü bulunmaktadır²⁹⁰. Bunun yanı sıra hizmet sözleşmesinin sona ermesinin ardından işçiye rekabet yasağı getirilmesi, ancak taraflar arasında bu konuya ilişkin yazılı bir sözleşme yapılması halinde mümkündür²⁹¹. Dolayısıyla içeriğin kötüye kullanılması teorisi de Türk hukukunda ticarî sırrın korunması açısından uygulanabilir nitelikte değildir.

II. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA VE ULUSLARARASI SÖZLEŞMELER ÇERÇEVESİNDE TİCARÎ SIRRIN KORUNMASINA İLİŞKİN ÇEŞİTLİ DÜZENLEMELER

A - Anglo – Sakson Hukuk Sisteminde

1. Amerikan Hukukunda

Ticarî sır, Amerika Birleşik Devletleri'nin teknolojik zenginliğinin ve fikrî mülkiyet haklarının gelişiminde önemli bir rol oynamıştır. Ticarî sırrın korunması önceleri eyaletlerde gelişmiş, daha sonra yeknesak federal kanunlarda da yer almıştır. Ticarî sırrın tanımını, kapsamını ve ticarî sırrı koruma yollarını belirlemek amacıyla dört büyük girişimde bulunulduğunu bunların, 1939'da yayımlanmış olan Birinci Haksız Fiil Düzenlemesi, 1979 yılında yayımlanan Yeknesak Ticarî Sırlar Kanunu (UTSA) 1995 Üçüncü Haksız Rekabet Düzenlemesi ve 1996 Ekonomik Casusluk Kanunu olduğunu daha önce belirtmiştik. Bu kısımda, düzenlemelerin ticarî sırra ilişkin koruma hükümlerine kısaca değinilecektir.

²⁹⁰ Hizmet sözleşmesinde sır saklama yükümlülüğüne ilişkin olarak bk. aşağı. II. Bölüm/§ 2/III/B/1/b/ii.

²⁹¹ Bk. aşağı. II. Bölüm/§ 2/III/C.

a) Birinci Haksız Fiil Düzenlemesi

Birinci Haksız Fiil Düzenlemesi § 757’de ticarî sırra ilişkin, sorumluluk doğuran durumlar da düzenlenmiştir. Buna göre: (a) Ticarî sırrı hukuka aykırı yollarla keşfeden, (b) Sır saklama yükümlülüğünü ihlâl eden, (c) Gizli bilgiyi üçüncü kişiden öğrendiği sırada, bilginin sır olduğu ve hukuka aykırı yollarla ele geçirildiği veya üçüncü kişinin bu açıklamayı yaparak sır saklama yükümlülüğünü ihlâl ettiği kendisine bildirilen, (d) Sırrı açıkladığı sırada bilginin gizli olduğu konusunda uyarılan ancak yine de açıklayan ya da kendisine bir hata sonucu açıklama yapıldığını bilen, buna rağmen bu kişiden öğrendiği ticarî sırrı açıklayan ya da kullanan kişi açısından ticarî sırrın ihlâline ilişkin sorumluluk doğmuştur.

Sayılan bu sorumluluk hallerini incelerken ilk olarak, bilginin ticarî sır olup olmadığı belirlenmelidir. § 757, sır olmayan bilginin kullanılması ya da açıklanmasını ticarî sırrın ihlâli olarak göstermemektedir²⁹². Bilginin kullanımında sır sahibinin rızasının olmadığı ya da ticarî sır teşkil eden bilgiyi kullanan kişinin, kullanmak için bir yetkisinin bulunmadığı durumlarda, sorumluluk nedeninin oluşup oluşmadığına karar vermek için, bilgiyi kullanan kişinin, söz konusu bilgiyi hukuka aykırı yollarla elde edip etmediği incelenmelidir²⁹³.

Buradan hareketle, Birinci Haksız Fiil Düzenlemesi § 757’nin sorumluluğun doğması için ticarî sırrın yetkisiz kullanımı veya açıklanması unsurlarını aranmaktadır. Bu madde dar anlamda incelendiğinde, ticarî sırrın yetkisiz ele geçirilmesi tek başına sorumluluk doğuran bir neden değildir²⁹⁴.

²⁹² Peterson, s. 391.

²⁹³ Peterson, s. 392.

²⁹⁴ Peterson, s. 392.

b) Yeknesak Ticarî Sırlar Kanunu

Yeknesak Ticarî Sırlar Kanunu²⁹⁵ (UTSA) ile Birinci Haksız Fiil Düzenlemesi arasında belirli farklılıklar olsa da, ikisinin de amacı aynıdır. Her ikisi de kamuya mal olmuş bilgi ile ticarî sır olarak korunacak bilgi arasında çok da açık olmayan bir çizgi çizmektedirler.

UTSA, ticarî sır ile bu sırrı koruyan normların kapsamını esaslı şekilde genişletmiştir²⁹⁶. Birinci Haksız Fiil Düzenlemesi'nde yer alan tek bir olay ya da geçici olaylara ilişkin sırların, ticarî sır olmayacağı ifadesi UTSA'da yer almamaktadır.

Böylece, UTSA ticarî sır ihlâlini iki geniş kategoride incelemektedir. Bunlardan birincisi ticarî sırrı ele geçirme, bir diğeri ise açıklama ve kullanmadır. Ancak açıklama ve ele geçirme ancak hukuka aykırı bir ele geçirme²⁹⁷ gerçekleşmişse dava nedeni olabilecektir²⁹⁸.

c) Üçüncü Haksız Rekabet Düzenlemesi

Üçüncü Haksız Rekabet Düzenlemesi, ticarî sırrın korunmasına ilişkin olarak, sözleşmeden doğan ilişkilere birinci derecede önem vermemiştir²⁹⁹.

Üçüncü Haksız Rekabet Düzenlemesi ile getirilen sorumluluk halleri (1) ticarî sırrın, sır saklama yükümlülüğüne dayanılarak kazanılması, (2) kişinin ticarî sır olan bilgiyi

²⁹⁵ Aslında Yeknesak Ticarî Sırlar Kanunu ile aynı sene içinde İkinci Haksız Fiil Düzenlemesi (Restatement [Second] of Torts) yayımlanmıştır. Bu düzenlemede, birincisinden farklı olarak, ticarî sır ile ilişkin hiçbir tanım yer almamış, hatta bu konuya ilişkin hiçbir düzenleme yapılmamıştır. Aslında bu durum kanun koyucular tarafından bilinçli olarak önceden hesaplanmış ve daha sonra başka bir başlık altında düzenlenmek istenmiştir. Bunun nedeni haksız rekabet ve ticarete ilişkin düzenlemelerin, ticarî sır üzerindeki etkilerinin, haksız fiile göre daha fazla olduğunun düşünülmesidir. Ayrıntılı bilgi için bk. *Peterson*, s. 390; *Hamler*, s. 386.

²⁹⁶ *Effron*, Robin: "Secrets and Spies: Extraterritorial Application Of The Economic Espionage Act And The Trips Agreement", N.Y.U.L. Rev. 2003, V. 78, s. 1485.

²⁹⁷ UTSA §1(2)(ii)(A)-(C) hukuka aykırı ele geçirmeyi, ticarî sırrın hukuka aykırı ele geçirildiğini bilen ya da bilmesi gereken kişiler tarafından gerçekleştirilen eylem olarak tanımlamaktadır. Hukuka aykırı yollar ise hırsızlık, rüşvet, yanlış bir görünüm sunma, içeriği kötüye kullanma ya da sır saklama yükümlülüğünün ihlâline neden olma olarak belirlenmiştir (UTSA §1[1]).

²⁹⁸ Bu konuya ilişkin sorumluluk, ticarî sırrın hukuka aykırı yollarla ele geçirildiğini bilen ya da bilmesi gereken kişileri de kapsamaktadır. Bk. *Peterson*, s. 397.

²⁹⁹ *Brenner*, s. 654.

hukuka aykırı yollarla kazanması, (3) ticarî sırrın kullanılmasının ve açıklanmasının, sır saklama yükümlüğünün ihlâline neden olması, (4) sır olan bilginin bir hata ya da tesadüf sonucu elde edilmesi ve bu tesadüfün, sır sahibinin, sırrın korunması için gerekli tedbirleri almış olmasına rağmen gerçekleşmesi durumlarında ortaya çıkmaktadır. Böylece kişi, yukarıda sayılan şartları bilerek bilgiyi kullanmış ve açıklamışsa ya da kişi hukuka aykırı şekilde kazandığı bilginin ticarî sır olduğunu biliyor ya da bilmesi gerekiyorsa sorumlu olacaktır.

Bu sayılan şartlar değerlendirildiğinde UTSA ile Üçüncü Haksız Rekabet Düzenlemesi'nin en belirgin farkı ortaya çıkmaktadır ki; “biliyor ya da bilmesi gerekiyor” şartı Üçüncü Haksız Rekabet Düzenlemesi'nde sadece hukuka aykırı kazanımlar için değil, aynı zamanda ticarî sır teşkil eden bilgiyi de kapsamaktadır³⁰⁰.

d) Glass – Stegall Act ve Gramm – Leach Bliley Act

Amerikan hukukunda, ticarî sırra ilişkin genel düzenlemelerin yanında finansal hizmetlerin bir araya toplanması amacıyla Glass – Stegall Act yürürlüğe girmiştir. Glass – Stegall Act'de halka açılan şirketlerde kamuyu aydınlatma ilkesi ile ticarî sır düzenlenmiştir. Bu kanun, 1999'da yürürlüğe giren Gramm – Leach Bliley Act ile yürürlükten kaldırılmıştır. Gramm – Leach Bliley Act ile tüm bankaları, menkul kıymet işlemi yapan işletmeleri ve sigorta şirketlerini de kapsayan bir yapı içerisinde, yeni bir finansal holding öngörülmüş, bu kapsamda sır kavramı düzenlenmiştir³⁰¹.

³⁰⁰ *Peterson*, s. 398.

³⁰¹ *Turanboy*, Ticarî Sır, s. 350.

2. İngiliz Hukukunda

İngiliz hukukunda, gizli bilginin korunmasında, ortak hukuk kaynaklı “gizliliğin ihlâli” (breach of confidence) müessesesi uygulanmaktadır³⁰². Bu hukuk sisteminde de gizli bilginin sahibine mülkiyet hakkı sağladığı görüşü reddedilmiş; gizli bilgi sahibinin, bir kimsenin gizli bilgiyi açıklamama ya da kullanmama yükümlülüğü olduğunu ispat ettiği sürece, bilgisini koruyabileceği kabul edilmiştir³⁰³.

Gizliliğin ihlâli müessesesine dâhil edilebilecek gizli bilgi türleri oldukça çeşitlidir. Kişisel, ticarî, teknik ve devlete ait bilgiler olmak üzere pek çok türü içermektedir³⁰⁴. Bu geniş kapsam nedeniyle, gizliliğin ihlâli müessesesi çok çeşitli menfaatleri korumaktadır. Kıta Avrupası ülkelerinde haksız rekabet hukukunun sağladığı korumayı, İngiliz hukukunda gizliliğin ihlâli müessesesi yapmaktadır³⁰⁵. İngiliz hukukunda ticarî sır ilişkisi pek çok karar olmakla birlikte, bu konuya ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır.

İngiliz Hukuk Komisyonu’nun ticarî sırrın kötüye kullanımına ilişkin Danışma Raporunda³⁰⁶, ticarî sır ilişkisi çeşitli unsurlar belirlenmiştir. Buna göre ticarî sır, genel olarak bilinmeyen, ekonomik değer taşıyan, sahibinin açık ya da zımni olarak sırrı korumak istediğini belirttiği bilgidir³⁰⁷.

İngiliz hukukunda belirlenen genel politika, gizli bilgiyi koruma yönündedir. Ancak kamu menfaatinin bulunduğu durumlarda bu politika, bilginin tümüyle kamuya ya da polis gibi belli otoritelere açıklanması şeklinde tam tersine dönebilmektedir³⁰⁸.

³⁰² *Bently/Sherman*, s. 993.

³⁰³ *Bently/Sherman*, s. 993.

³⁰⁴ *Bently/Sherman*, s. 993; *Coleman*, s. 247; *Cornish/Llewelyn*, s. 299, 306.

³⁰⁵ *Bently/Sherman*, s. 993.

³⁰⁶ Law Commission Consultation Paper No. 150, Misuse of Trade Secrets (25 Kasım 1997).

³⁰⁷ İngiliz hukukunda gizli bilginin tanımı ve unsurlarına ilişkin iki önemli dava *Coco v. Clark* (169 RPC41) ve *Prince Albert v. Strange*’dir ([1849] 64 ER 293).

³⁰⁸ 1998 tarihinde Kamu Menfaati Açıklama Kanunu (1998 Public Interest Disclosure Act) yürürlüğe girmiştir. Bu kanun Çalışan Hakları Kanununu (Employment Rights Act 1996) değiştirmiş ve işçileri açıkladıkları bazı sırlar dolayısıyla koruma altına almıştır. Bk. *Coleman*, s. 253.

Gizli bilgiyi koruma hakkı bir sözleşmeden kaynaklanabileceği gibi ortak hukuktan ve hakkaniyetten (equity) de kaynaklanabilmektedir³⁰⁹. Ancak sözleşme ile gizliliğin korunması söz konusu olduğunda sözleşmeye, sırrı öğrenen tarafın kendisine açıklanan sırrı koruması gerektiğine, korumaması halinde gizlilik yükümlülüğünü ihlâl etmiş olacağına ve bu halde karşı tarafa dava açma hakkı tanınacağına ilişkin şartların eklenmesi gerekmektedir³¹⁰.

Sözleşme hükmüyle getirilen gizlilik yükümlülüğü konusunda herhangi bir sorun söz konusu değilken, sözleşme ile getirilen bir gizlilik yükümlülüğü bulunmadığı durumlarda, uygulanacak hükümleri belirlemek oldukça zordur. Örneğin, gizli bilgiyi içeren bir belgenin, üçüncü bir kişi tarafından okunması ya da telefon görüşmelerinin gizlice dinlenmesiyle elde edilen ticarî sır için, yine gizliliğin ihlâlini uygulanacaktır. İngiliz hukukunda çok geniş olarak, böyle durumlarda güven ilişkisinin ihlâl edildiği belirtilmektedir. Sözleşme ilişkisinin bulunmadığı durumlarda ise, ticarî sırrın hukuka aykırı yollarla kazanılması, kullanılması ya da açıklanmasına ilişkin oldukça az sayıda dava bulunmaktadır³¹¹.

B - Kıta Avrupası Hukuk Sisteminde

Bu kısımda Kıta Avrupası hukuk sisteminde yer alan Almanya ve İsveç’de ticarî sırrın korunması incelenecektir. Bu iki ülkenin örnek olarak seçilmiş olmasının nedeni, Alman hukukunda ticarî sır korumasının genel hükümler çerçevesinde, İsveç hukukunda ise söz konusu korunmanın özel bir düzenleme ile sağlanmasıdır.

³⁰⁹ <http://www.gillhams.com/articles/168.cfm>, (6.6.2006).

³¹⁰ <http://www.gillhams.com/articles/168.cfm>.

³¹¹ *Coleman*, s. 266.

1. Alman Hukukunda

Alman hukukunda ticarî sırrın, işletme - iş sırrı (Betriebs- und Geschäftsgeheimnis) adı altında incelendiğini, ancak genel olarak “işletme sırrı” teriminin kullanıldığını belirtmiştik³¹². Ticarî işletme ve şirketler hukukunda ticarî sır saklama yükümlülüğüne ait hükümlerin, Alman Anonim Şirketler Kanunu (Aktiengesetzbuch – AktG) §93 ve Alman Ticaret Kanunu (Handelsgesetzbuch – HGB) §90’da yer aldığı görülür. Cezaî sorumluluğa ilişkin hüküm ise özellikle Alman Haksız Rekabet Kanunu (Gesetz zum Schutz gegen den unlauteren Wettbewerb – UWG 2004) §17’de yer almaktadır. UWG § 17’de ticarî işletmede çalışan kimsenin hizmet ilişkisi nedeniyle kendisine verilmiş olan veya öğrendiği işletme ya da iş sırrını hizmet sözleşmesinin devamı süresince rekabet amacıyla kendisinin veya bir üçüncü kişinin menfaati için yahut da işletme sahibine zarar vermek amacıyla açıklaması halinde üç yıla kadar hapis ya da para cezasıyla cezalandırılacağı hükme bağlanmaktadır. Bunun yanında UWG § 17 ticarî sırrın haksız olarak ele geçirilmesi, kullanılması ve bildirilmesiyle ilgili durumları yaptırıma bağlamaktadır. Söz konusu hükümde yer alan bildirme (Mitteilung), ticarî sırrın istismarına yol açan her türlü açıklama olarak tanımlanabilir³¹³.

Alman hukukunda ticarî sırta uygulanabilecek genel koruma normu ise Alman Medeni Kanunu (Bürgerliches Gesetzbuch – BGB) § 823/II ve 826’da yer almaktadır³¹⁴. § 826 ahlaka aykırı davranış sonucu karşı tarafa zarar verenin tazminat yükümlülüğünü düzenlemektedir. Buna ek olarak BGB § 823 (1) ticarî sır üzerindeki menfaatin bir hak olduğunu belirlemek açısından önemlidir. Zira hükümde kasten veya ihmalen bir diğerinin hayat, vücut bütünlüğü, sağlık, özgürlük, mülkiyet veya diğer haklarını hukuka aykırı olarak ihlâl eden kimsenin, diğerinin bundan kaynaklanan zararını tazmin etmekle

³¹² Bk. 1. Bölüm/§1/III/E.

³¹³ Wodtke/Richters/Pfuhl, s. 27; Kroitz, Rainer: Informatikrecht, Berlin 2002, s. 111.

³¹⁴ Wodtke/Richters/Pfuhl, s. 30; Kroitz, s. 111; Ayrıca bk. dn. 236.

yükümlü olduğunu düzenlemektedir. İşletme sırrının haksız kullanımı kişinin ticaret hayatına müdahale anlamı taşıyorsa BGB § 823 (1)'de bahsi geçen “diğer haklar” kapsamında yer alacağı ifade edilmektedir³¹⁵.

2. İsveç Hukukunda

İsveç hukukunda ticarî sırların korunmasına ilişkin 1990 tarihli Ticarî Sır Kanunu³¹⁶ (1990 Trade Secrets Act) yürürlüktedir. Kanun, ticarî sırrın kapsamını oldukça geniş tutmuştur. Buna göre ticarî sır, bir girişimcinin işletmesine ait ticarî ya da iş alanını ilgilendiren hususlarla ilgili gizli tutmak istediği, açıklanması veya kullanılması durumunda doğacak zarardan dolayı girişimciye karşı sorumlu olunacak her türlü bilgi olarak tanımlanmıştır³¹⁷. Ticarî sır olarak nitelenecek bilgi, ticarî, teknik, idarî vb. konuları kapsayabilmektedir. Gizli bilginin aktif olarak kullanılması şartı aranmamaktadır. Bir işletmede, hukuka aykırı eylemler için kullanılan sırlar bu kanun kapsamı dışında tutulmuştur.

Kanun ticarî sırlara erişimi, izin verilen erişim (permissible access) ve izinsiz (impermissible access) erişim şeklinde ikiye ayırmaktadır³¹⁸. İzinsiz erişim sonucu ele geçirilen ticarî sır için, endüstriyel casusluk nedeniyle cezaî sorumluluğa gitmek mümkündür. Bunun dışında ticarî sır sahibi, zarar gördüğü oranda maddî ve manevî tazminat talebinde bulunabilmektedir. İzin verilen erişimlerde ise, erişimi olan kişinin

³¹⁵ Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG §17 Rdn 53.

³¹⁶ Svensk förtättningsamling (SFS) 1992: 409.

³¹⁷ <http://www.eurofound.europa.eu/emire/SWEDEN/ANCHOR-F-Ouml-RETAGSHEMLIGHET-SE.html>, (26.02.2007).

³¹⁸ Fahlbeck, Reinhold: “Electronic Technology and Work: A Swedish Perspective”, Comp. Lab. L. & Pol’y J. 2002, V. 24, s. 270.

kusuru ya da ihmaliyle bilginin kullanılabilir hale gelmesi durumunda, tazminata hükmedilebilmektedir³¹⁹.

İsveç hukukunda işçi – işveren ilişkisinde ise, işçilerin sadakat yükümlülüğüne bağlı olarak sır saklama yükümlülükleri bulunmaktadır. Bir işçi, iş sözleşmesi sona erdikten sonra, eski iş yerinde öğrendiği ya da kendi çalışmaları sonucunda elde ettiği ticarî sırrı kullanmakta serbesttir. Bu serbestinin sınırını işçinin, işçi – işveren sözleşmesinin tarafı olmasında yatan amaç belirlemektedir. İşçi bu ilişkiye işverenin ticarî sırlarını elde etmek, bunu kendi hesabına veya rakip bir işletme adına kullanmak amacıyla girmişse, bu durumda, iş sözleşmesi sonrasında ticarî sırları kullanmasına izin verilmemektedir³²⁰.

C - Uluslararası Sözleşmeler Çerçevesinde

1. Paris Sözleşmesi

Paris Sözleşmesi, 1883 yılında sınai hakları korumak, özellikle haksız rekabeti önlemek amacıyla imzalanmıştır. Sözleşme, endüstri ve ticaret alanında oluşmuş örf ve adet kurallarıyla çelişen her türlü rekabet eylemini reddederek, üye ülkeler arasındaki haksız rekabet uygulamalarını yasaklamıştır³²¹. Ancak, Paris Sözleşmesi’nde yer alan haksız rekabet halleri arasında ticarî sırrın ihlali açıkça düzenlenmemiştir. Bu nedenle, endüstriyel casusluk, ticarî sırrı izinsiz kullanma gibi hallerin haksız rekabet sayılıp sayılmayacağı açıklığa kavuşmamıştır. Ancak yine de Paris Sözleşmesi’nin 1. maddesinin

³¹⁹ *Fahlbeck*, s. 271.

³²⁰ <http://www.eurofound.europa.eu/emire/SWEDEN/ANCHOR-F-Ouml-RETAGSHEMLIGHET-SE.html>; “Ticarî Sır Kanunu m. 7/II’ye göre özel nedenlerin bulunması halinde işçi işletme sırlarını serbestçe değerlendiremez. İşçinin uygunsuz bir şekilde çalışma sözleşmesinden doğan güveni kötüye kullanması halinde, özel nedenin varlığı kabul edilir. İşçinin, iş ilişkisinin gizli bilgileri öğrenmek amacıyla kabul etmesi veya bir işçinin henüz iş ilişkisinin devamı sırasında iş verenin iç bilgilerini, bir rakibine vermek için elde etmesi halinde, bu durum söz konusu olabilir” *Bilge*, Ticarî Sır, s. 138.

³²¹ *Torres*, Pedro A. Padilla: “Overview of International Trade Secret Protection”, <http://www.natlaw.com/pubs/spmxi14.htm>, (06.06.2006).

2. fıkrasında yer alan “sınaî haklar” tanımının en geniş yorumlanması halinde, ticarî sır ihlallerinin, bu sözleşmenin haksız rekabet hükümlerine göre korunabileceği iddia edilebilecektir³²². Bu durumun ancak ticarî sırrı bir sınaî hak olarak kabul eden ülkeler açısından kabul edilebilir olduğu şüphesizdir.

Paris Sözleşmesinde sınaî haklara ilişkin usul hükümlerinin yetersizliği, sözleşmeye taraf ülkeleri doğru sonuçlara ulaştıracak hukukî araçlardan mahrum bırakmıştır.

2. Ticaretle Bağlantılı Fikrî Mülkiyet Hakları Sözleşmesi

Fikrî mülkiyet haklarının korunmasında ülkeler arasında meydana gelen farklılıklar ve uyumsuzluklar, bu hakların küresel olarak düzenlenmesi gereğini doğurmuştur³²³. GATT (General Agreements on Tariffs and Trade) Uruguay – Toplantısı sonucunda imzalanan anlaşmanın Ek 1C bölümünü Ticaretle Bağlantılı Fikrî Mülkiyet Hakları Sözleşmesi (Agreement on Trade – Related Aspects of Intellectual Property Rights - TRIPS³²⁴) oluşturur. TRIPS Sözleşmesi fikrî mülkiyet hakları konusunda “en çok gözetilen ulus³²⁵” (most favoured nation) ve “ulusal muamele³²⁶” (national treatment) prensiplerini kabul etmiştir. Bu sözleşmenin temel özelliği, teknik yenilikler ile teknolojinin transferi ve yayılmasına ilişkin kurallar içermesidir³²⁷. TRIPS Sözleşmesi, üye ülkelere açıklanmamış bilgiyi koruma zorunluluğu getiren ilk uluslararası sözleşmedir. TRIPS Sözleşmesi patent,

³²² Torres, <http://www.natlaw.com/pubs/spmxi14.htm>.

³²³ TRIPS Agreement and Developing Countries, s. 7; 1986’da GATT Uruguay – Toplantısı’nın başında üye devlet bakanları uluslararası ticaretteki bozulmayı önlemeyi ve engelleri kaldırmayı, fikrî mülkiyet haklarının etkili ve uygun korumasına duyulan ihtiyacı karşılamayı, bu hakların meşru ticarete engel teşkil etmemesi için önlemler almayı, GATT hükümlerini açıklamayı, yeni disiplinler ve kurallar bütünü oluşturmayı hedef tutmuşlardır. Bk. Torres, <http://www.natlaw.com/pubs/spmxi14.htm>.

³²⁴ The Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiations, Final Act Embodying the Results of the Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiations, Marrakesh, Morocco, 15 Nisan 1994.

³²⁵ Bu ilke, bir yabancı ülkenin ya da bu ülke vatandaşının ticarî faaliyetlerinin, başka bir ülkeye tanınan olanaklar sayesinde avantaj sağlayan muamelelere tabi tutulmasıyla ilgilidir. Ayrıntılı bilgi için bk. Telli, Serap: Devletler Hukuku Açısından Uluslararası Ticaret ve Kurumsallaşması, Ankara 1991, s. 76 vd.; Treilcock, Michael J./Howse, Robert: The Regulation of International Trade, 2nd Ed., London 2002, s. 114.

³²⁶ Ayrıntılı bilgi için bk. Telli, s. 114.

³²⁷ TRIPS Agreement and Developing Countries, s. 46.

marka, telif hakkı kavramlarıyla birlikte 7. bölümün 39. maddesinde açıklanmamış bilginin korunmasına (Protection of Undisclosed Information) ilişkin hükümler içermektedir. 39. madde hükmü şöyledir: “(1) Üyeler Paris Sözleşmesinin 10’uncu maddesinde³²⁸ öngörüldüğü gibi haksız rekabete karşı etkin koruma sağlarken, açıklanmamış bilgileri ikinci paragrafa uygun olarak ve hükümetlere veya hükümet kuruluşlarına sunulmuş verileri üçüncü paragrafa uygun olarak koruyacaklardır.

(2) Gerçek ve tüzel kişiler yasal olarak kendi kontrolleri altındaki bilgilerin kendi izinleri olmadan, dürüst ticaret uygulamalarına aykırı şekilde, başkalarına ifşa edilmesini veya başkaları tarafından elde edilmesini veya kullanılmasını engelleme olanağına sahip olacaklardır, ancak şu koşulla ki, bu tür bilgiler:

a) Bir bütün olarak veya unsurlarının birleştirilmesi ya da yapılandırılması çerçevesinde, normalde söz konusu türdeki bilgilerle uğraşan çevrelere mensup kişiler tarafından genellikle bilinen ya da erişilebilir olan bilgilerin dışında kalmalıdır;

(b) Gizli olduğu için ticarî değerleri olmalıdır ve

(c) Sırrın yasal sahibi tarafından, bilginin gizli kalması için makul önlemler alınmış olmalıdır.

(3) Üyeler, yeni kimyasal maddelerin kullanıldığı farmasötik veya tarıma ilişkin kimyasal ürünlerin pazarlanmasını onaylamanın koşulu olarak, meydana getirilmesi büyük çaba gerektiren, ifşa edilmemiş testlerin veya diğer verilerin sunulmasını talep ettiklerinde,

³²⁸ Paris Sözleşmesi m 10 şöyledir: “(1) Birlik üyeleri, Birlik vatandaşlarına haksız rekabete karşı gerçek bir himaye sağlamaya mecburdurlar.

(2) Sınai ve ticarî konuda örf ve adetlere aykırı her rekabet fiili, bir haksız rekabet fiilini meydan getirir.

(3) Özellikle aşağıdakiler yasaklanacaktır:

1. Bir rakibin ticarethanesi, ürünleri veya sınai veya ticarî faaliyetleri ile, herhangi bir vasıtaya başvurularak bir karışıklığa neden olacak her türlü olaylar,
2. Bir rakip ticarethanesini, ürünlerini veya sınai veya ticarî faaliyetlerini itibardan düşürecek mahiyette olarak ticaretin icrası esnasında yapılan sahte iddialar,
3. Eşyanın niteliği, imal usulleri, vasıfları, kullanılma kabiliyeti veya miktarı üzerinde olmak üzere, ticaretin yapılışı sırasında yapılan ve halkı yanıltıcı sahte iddialar” bk. *Karahan*, Sami: Yeni Marka

Hukuku Mevzuatı, Notlu, B. 2, Konya 2000, s. 193 vd.

bu verileri haksız ticarî kullanıma karşı koruyacaklardır. Üyeler bunun yanı sıra, kamunun korunması için gerekli olmadıkça veya verilerin haksız ticarî kullanıma karşı korunmasını sağlayacak önlemler almadıkça, bu verileri ifşa edilmemeleri için koruyacaklardır³²⁹”.

Sözleşme m. 39 (2)’de yapılan tanım³³⁰ ile ticarî sır korumasının sağlanabilmesi için gizlilik, ekonomik değer ve hak sahibinin bilginin gizliliğini koruması için gerekli önlemleri almış olması şartları aranmıştır. Metinde yer alan “dürüst ticarî uygulamalara aykırı” ifadesiyle belirtilmek istenen, sır saklama yükümlülüğünü ihlâl eden, bu ihlâl sebepli olan ve elde ettikleri bilginin haksız bir kazanıma yol açacağını bilen ya da ihmali sonucu bunu bilemeyecek durumda olan üçüncü kişinin davranışlarıdır³³¹.

TRIPS Sözleşmesi m. 1(1), Paris Sözleşmesi m. 19’da kullanılan ifadeye bağlantı kurmakta, böylece sözleşme asgari ölçütleri getirmekle birlikte, tam bir yeknesaklık öngörmeksizin, Dünya Ticaret Örgütü (World Trade Organization – WTO) üye ülkelerinin ulusal hukuklarıyla, TRIPS’in getirdiği sistemi uyumlaştırmaya çalışmaktadır³³². Böylece TRIPS, ülkelere kendi geleneklerine göre ticarî sır düzenlemesi yapmak imkânı tanımıştır³³³. Ticarî sırrın uluslararası ticaretteki önemini kabul eden en önemli belge olan TRIPS, aynı zamanda batılı endüstrileşmiş toplumların, sınaî haklarını korumak için hukukî bir çerçeve arayışlarının bir zaferidir.

³²⁹ Maddenin çevirisi için bk. *Karahan*, s. 250 vd.

³³⁰ TRIPS Sözleşmesinin açıklanmamış bilgi için kullandığı dil ile UTSA’nın dili hemen hemen aynıdır. Ancak üçüncü kişilerin tersine mühendislik yoluyla edindikleri bilgilerin hukuka uygun hale geldiğine ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Bunun yerine TRIPS, Paris Sözleşmesi’nde yer alan “üçüncü kişilerin dürüst ticarî uygulamalara aykırı şekilde açıklanmamış bilgiyi elde etmelerine ilişkin m. 10 bis’e gönderme yapmıştır. TRIPS m. 39 (2)’de bu uygulamalar açıklanmış ancak tersine mühendislik yer almamıştır. Bk. TRIPS Agreement and Developing Countries, s. 47.

³³¹ *Kitch*, Edmund W.: “The Expansion of Trade Secrecy Protection and The Mobility of Management Employees: A New Problem for the Law”, *S. C. L. Rev.* 1996, V. 47, s. 660; *De Carvalho*, Nuna Pires: *The TRIPS Regime of Patent Rights*, The Hague 2002, s. 47.

³³² *De Carvalho*, s. 54.

³³³ *Torres*, <http://www.natlaw.com/pubs/spmxi14.htm>.

§ 2 - TÜRK HUKUKUNDA TCAR SIRRIN KORUNMASI

I. ANAYASAL KORUMA

Ticarî sır korumasının hukukî dayanaklarından biri Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda yer almaktadır. Anayasa'nın, "Kişinin dokunulmazlığı ve maddî ve manevî varlığı" başlıklı 17/I maddesine göre: "Herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir." Bu hükümle korunmak istenen ve asıl olarak anayasal güvence altına alınan kişilerin maddî ve manevî varlıklarıdır; ticarî sır bu varlıklar arasında yer alır.

Söz konusu maddede yer alan "herkes" kelimesi gerçek ve tüzel kişileri içine almaktadır³³⁴. 17. maddenin metninden, genel olarak gerçek kişilerin koruma altına alındığı düşüncesi uyansa da, amaca uygun yorum yoluyla bu metnin kapsamına tüzel kişilerin de alınması gerekir³³⁵. Maddî varlık, işletmelerin devamı ve faaliyetlerini sağlıklı bir şekilde sürdürebilmeleri için vazgeçilmez bir unsurdur. Özellikle şirketler ve bankalar açısından, sahip oldukları ticarî sırrın korunması, hem sağlayacakları kazanç gibi maddî unsurlar açısından, hem de ticarî itibarlarını da kapsayan manevî değerler yönünden büyük önem taşımaktadır.

³³⁴ Tekinalp, Ünal: Banka Hukukunun Esasları, İstanbul 1988, s. 297; Kaplan, Banka Sözleşmeleri, s. 57.

³³⁵ Tekinalp, Banka, s. 297.

II. DOĞRUDAN KANUNA DAYALI KORUMA

A - Kişilik Hakkı Hükümleri

Kişilik hakkı genel olarak, bir kimsenin yaşamı, sağlığı, şeref ve haysiyeti, ismi, resmi, özel hayatı, özgürlüğü, başka bir ifade ile tüm kişisel değerleri³³⁶ üzerindeki mutlak hakkı olarak tanımlanabilir³³⁷.

Bilindiği üzere gerçek kişilerde kişilik hakkına ilişkin değerler doğumla ve fakat ana rahmine düşme andan itibaren, tüzel kişilerde ise hak ehliyetine sahip olmakla birlikte kazanılmaktadır.

Türk hukukunda kişiliğin korunmasına ilişkin genel hükümler, MK m. 23 - 25’de yer almaktadır. Konumuz açısından MK m. 24 önem taşımaktadır. Bu hükümde kişilik haklarının neler olduğu sayma yolu ile belirlenmemiş, kişilik hakkının belirlenmesi somut olayın özelliklerine göre hakime bırakılmıştır³³⁸. Bu nedenle doktrinde MK m. 24’ün genel çerçeve hüküm olduğu ifade edilmektedir³³⁹.

³³⁶ Doktrinde kişisel değer kavramı çeşitli sınıflandırmalara tabi tutulmuştur. Çalışmamız açısından, yapılan üçlü ayırım önem taşımaktadır. Buna göre kişinin manevî, fizikî ve iş ve fabrika sınırlarını içeren sosyal alanı vardır. Doktrinde konuya ilişkin ayrımlar için bk. *Kılıçoğlu*, Ahmet: Şeref, Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırdan Hukuksal Sorumluluk, B. 2, Ankara 1993, s. 6; *Özsunay*, Gerçek Kişiler, s. 98 vd.; *Helvacı*, Serap: Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar, İstanbul 2001, s. 45.

³³⁷ Kişilik hakkına ilişkin tanımlar için bk. *Kılıçoğlu*, s. 4; *Özsunay*, Gerçek Kişiler, s. 97; *Oğuzman/Seliçi/Oktay*, s. 125, 126; *Dural*, Mustafa: Tüzel Kişiliğin Perdesinin Aralanması ya da Tüzel Kişinin Tabanına Basılması, Sermaye Piyasası Kurulu 15. Yıl Sempozyumu, Ankara 1998, s. 97, 98; *Helvacı*, S., s. 44; *İmre*, Zahit: “Şahsiyet Hakkının Korunmasına İlişkin Genel Esaslar, Özellikle İsim Hakkı ve İsim Hakkının Korunması”, Dr. A. Recai Seçkin’e Armağan 1974, s. 801; *Kaplan*, İbrahim: “Kişilik Haklarının Kitle Haberleşme Araçları Karşısında Korunması, AdD 1979, S. 3 – 4, s. 201; *Kaplan*, Tuncay Emine: “ İş Hukukunda Hakların Özellikle Bilgisayarda Toplanan Bilgilere Karşı Korunması”, AÜSBFD 1997, C. 52, No. 1-4, s. 369; *Doğan*, Murat: “İnternette Şahsiyet Hakkının İhlali ve Korunması”, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp’e Armağan 2003, C. 2, s. 463.

³³⁸ Bu belirlemenin isabetli olduğu yönünde bk. *Kılıçoğlu*, s. 5; *Helvacı*, S., s. 44; *Dural*, s. 99; *Akipek/Akıntürk*, s. 364.

³³⁹ *Kılıçoğlu*, s. 5; *Helvacı*, S., s. 44; *Oğuzman/Seliçi/Oktay*, s. 126.

Bizim de katıldığımız görüş, bu çerçeve hükmün ticarî sır ihlallerine uygulanacağı savunulmaktadır³⁴⁰. Ticarî sır, kişilik hakkı değerlerinden gizlilik alanına girer.

Gerçekten de, üçüncü kişilerin ekonomik güce gösterdiği güveni ifade eden ekonomik itibar (kredi³⁴¹), kişilerin ekonomik hayatlarında büyük önem taşır. Kişiler, üçüncü kişilerin sahip olduğu bu güven sayesinde piyasalardaki varlıklarını sürdürebilirler. Ancak belli zamanlarda ekonomik dar boğazlara girilmesi, malî durumun kötüye gitmesi söz konusu olabilir. Böyle durumlarda gerçek ya da tüzel kişiler itibarlarını zedelememek, var olan kredilerini kaybetmemek amacıyla, bu bilgileri gizli tutmak isteyebilirler. Bu gizli bilgilerin açıklanması, kişilik hakkı değerlerinden olan şeref ve haysiyete saldırı niteliği taşır ve bu durumda kişiliğin korunması hükümlerini uygulamak mümkün olacaktır. Zira ekonomik itibar, bir kimseye toplum tarafından verilen değerdir ve bu değeri azaltan açıklamalar şeref ve haysiyete saldırı teşkil eder³⁴².

Kişilik hakkına saldırılan kişiye MK m. 25’de yer alan davaları açma hakkı tanınmıştır. Buna göre, söz konusu kişi, saldırı tehlikesinin önlenmesini, sürmekte olan saldırıya son verilmesini, sona ermiş olsa bile etkileri devam eden saldırının hukuka aykırılığının tespitini isteyebilir (MK m. 25/I). Bunun yanında, uğradığı zarardan dolayı maddî ve manevî tazminat davası açabilir ve hukuka aykırı saldırı nedeniyle elde edilmiş olan kazancın vekâletsiz iş görme hükümlerine göre kendisine verilmesini talep edebilir. Esasen ticarî sır yapılan saldırının, kişilik hakkının ihlâlini teşkil ettiği durumlarda, çoğu zaman haksız rekabet fiilinin şartları da gerçekleşmiştir ve TTK’nın haksız rekabet hükümlerini de uygulamak mümkündür. Ticarî sır tecevüz halinde şartları

³⁴⁰ *İzveren*, s. 695, Yazar bir kimsenin özel hayatına, meslekî, iktisadî ve ticarî ilişkilerine ait sırlarının gizlilik alanına girdiğini, bu nedenle şahsiyet haklarına ilişkin hükümlere göre korunabileceğini belirtmektedir; “Ticarî sırlar arasında kişinin iktisadî yaşamına ve özgürlüklerine müdahale anlamına gelecek sırlarının ihlâli, kişilik hakkının ihlâli olacaktır” *Bilge*, Ticarî Sır, s. 42; bir kimsenin ticarî ve ekonomik alanına ilişkin doğru bilgilerin, kişilik hakkının ihlâlini oluşturmadığı, ancak bir kimsenin sır alanına giren bilgilerine saldırının kişilik haklarının ihlâlini oluşturduğu yönünde bk. *Uşan*, s. 179.

³⁴¹ *Kılıçoğlu*, s. 71.

³⁴² *Kılıçoğlu*, s. 72.

gerçekleşmişse talep edilecek maddî ve manevî tazminata ilişkin gerek MK m. 25/III gerekse TTK 58/I - d, e’de hüküm bulunmaktadır. Ancak maddî ve manevî tazminat, TTK’nun haksız rekabet hükümlerinde özel olarak düzenlediği³⁴³ için, haksız rekabet hükümleri uygulanır.

B – Haksız Rekabet Hükümleri

1. Genel Olarak

İşletmelerin ekonomik menfaatleri açısından büyük değere sahip olan ticarî sırrın korunması ve ihlâlî halinde uygulanacak hükümler, bu işletmelerin ekonomik gelecekleri ve piyasalardaki serbest rekabetin sağlanabilmesi bakımından önemlidir. Türk hukukunda ticarî sır ihlâllerine karşı uygulanabilecek genel hüküm, TTK’da yer alan haksız rekabet hükümleridir. Aslında, ticarî sır niteliği kazanabilecek bilgilerin sayıca fazla olması, ticarî sırrın ihlâlîni oluşturan somut olayların sayısını arttırmakta, bu da uygulanacak hükümlerle ilgili alternatifleri çoğaltmaktadır. Örneğin, A işletmesinin bir asra damgasını vurmuş, ticarî sır oluşturan içecek formülünü ele geçiren ve bunu kendi içeceğinin üretiminde kullanan B işletmesini ele alalım. A işletmesi, uğradığı zarara ilişkin talebini haksız fiil, sebepsiz zenginleşme, gerçek olmayan vekâletsiz iş görme hükümlerine göre isteyebilecek, arada bir sözleşme ilişkisi bulunması durumunda uyuşmazlığın çözümü biraz daha karmaşık hale gelecektir.

Bu durum doktrinde pek çok yazarca tartışılmış, bu taleplerin bazılarının birbirleriyle yarışabileceği ileri sürülmüştür. Gerçekten sebepsiz zenginleşme - haksız fiil³⁴⁴ ve sebepsiz

³⁴³ Oğuzman/Seliçi/Oktay, s. 166.

³⁴⁴ Haksız fiil davasından doğan hak ile sebepsiz zenginleşme davasından doğan hakkın yarışacağına ilişkin bk. *Von Tuhr*, Andreas: Der Allgemeine Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. I, II/1-2, München/Leipzig 1910 – 1918, s. 453; *Oğuzman*, Kemal/Öz, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B. 4,

zenginleşme - vekâletsiz iş görme taleplerinin birbirleri ile yarışabileceği yaygın olan görüştür³⁴⁵.

Sebepsiz zenginleşme ve haksız fiile ilişkin talepler ele alındığında bazı yazarlara göre, haksız fiil halinde bir tazminat borcu doğacağı için sebepsiz zenginleşme hükümlerine başvurulamaz³⁴⁶; bazı yazarlar açısından da, sebepsiz zenginleşme ve haksız fiil birbirinden tümüyle bağımsızdır. Alacaklı aynı miktarı, isterse sebepsiz zenginleşme hükümlerine, isterse haksız fiil hükümlerine göre talep edebilecektir³⁴⁷. Bu görüşlerin yanında öyle bazı durumlar söz konusu olur ki, bu hallerde haksız fiil hükümlerine göre talep edilemeyecek tazminat ancak sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre talep olunabilir³⁴⁸. Bunun nedeni sebepsiz zenginleşmede, haksız fiile oranla daha geniş bir nedensellik bağı aranmasıdır³⁴⁹.

BK m. 414’de, işi görülen kimsenin iradesine dayanmayan, iş görenin kendi çıkarı için başkasının hukukî alanına müdahale ettiği, gerçek olmayan vekâletsiz iş görme düzenlenmiştir. Gerçek olmayan vekâletsiz iş görme hükümleri özellikle sebepsiz zenginleşmede fakirleşmenin, iadenin üst sınırını oluşturduğu görüşü kabul edildiğinde durumlarda önem kazanmaktadır³⁵⁰. Böylelikle, hukuka aykırı olarak diğerinin hakkına

İstanbul 2005, s. 745; Öz, Turgut: Öğreti ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme, İstanbul 1990, s. 67 – 70; Özakman, Cumhuriyet: “Sebepsiz Zenginleşme Davasının Mahiyeti ve Konusu”, Günümüzde Yargı 1977, S. 18, s. 10; Serozan, Rona: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. III, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, B. 4, İstanbul 2006, s. 315.

³⁴⁵ Von Tuhr, s. 452; Oğuzman/Öz, s. 741; Eren, s. 807; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, Tekinay Borçlar Hukuku, B. 7, İstanbul 1993, s. 731; Uluhan, İlhan: İyiniyetli Sebepsiz Zenginleşmenin İade Borcunun Sınırlanması Sorunu, İstanbul 1984, s. 27 dn. 27; Öz, s. 61; “Sebepsiz zenginleşmeden doğan iade borcu ile haksız fiilden doğan sorumluluğun yarışacağı kabul edilirse, gerçek olmayan vekâletsiz iş görme hükmüyle yarışmanın da kabul edilmesi gerekir. Zira gerçek vekâletsiz iş görme hükümleri uyarınca sorumluluğun sözleşme benzeri (quasi contractus) bir sorumluluk olmasına karşılık, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeden sorumluluk haksız fiil benzeri (quasi Delictum) bir sorumluluktur”, Öz, s. 74.

³⁴⁶ Bu görüşü savunan yazarlar için bk. Oğuzman/Öz, s. 715 dn. 104.

³⁴⁷ Eren, s. 811, 812.

³⁴⁸ Öz, s. 70.

³⁴⁹ Öz, s. 70.

³⁵⁰ Oğuzman/Öz, s. 748; Öz, s. 74; Eren, s. 814.

müdahale eden kişinin fakirleşip fakirleşmediğine bakılmaksızın, elde edilen menfaatin devri istenebilecektir.

Türk pozitif hukukunda ticarî sırra ilişkin genel düzenlemenin TTK m. 57 – 65 haksız rekabet hükümleri olduğunu belirtmiştik. Bunun yanında BK m. 48’de haksız rekabet başlığı altında bu konuya ilişkin bir hüküm bulunmaktadır. Ancak bu hüküm, adi işlerde ortaya çıkan haksız rekabet hallerinde uygulanacaktır³⁵¹. Haksız rekabet, niteliği itibarıyla dürüstlük kurallarına aykırı davranmak suretiyle iktisadî rekabetin her türlü suistimali olup, aslında bir haksız fiildir³⁵². Somut bir ticarî sır ihlâlinde tarafların hem haksız fiil hem de haksız rekabet hükümlerine başvurabilecekleri ileri sürülebilir³⁵³. Bu tartışma bizi haksız rekabete ilişkin talepler ile haksız fiile ilişkin taleplerin yarışabileceği ihtimaline götürür. Haksız fiillerde tazminatı düzenleyen BK m. 42/II hükmüne göre: “Zararın hakiki miktarını ispat etmek mümkün olmadığı takdirde hakim, halin mutat cereyanını ve mutazarrır olan tarafın yaptığı tedbirleri nazara alarak onu adalate tevfikane tayin eder.” Hakime verilen bu takdir yetkisinin uygulamada yetersiz kaldığı, bazı hallerde zararı aşan haksız rekabet miktarından failin yararlanması durumunun ortaya çıktığı belirlenmiştir³⁵⁴. Bu nedenlerle, aslında BK m. 42/II’nin benzeri, TTK m. 58 hükmü ile davacıya ait olan, uğranılan zararın gerçek miktarına ilişkin ispat yükü bir anlamda yumuşatılmış; hakime, davalının elde etmesi mümkün görülen menfaatin karşılığına hükmetme konusunda takdir yetkisi tanınmıştır. Böylece ticarî sır sahibi için, haksız rekabet hükümlerinin uygulandığı uyuşmazlıklarda tazminat açısından lehte bir durum ortaya çıkmıştır. Buradan hareketle, haksız rekabet şartlarının davacı lehine olması ve TTK’da yer alan haksız rekabet

³⁵¹ *Arkan*, s. 302; Krş. *Teoman*, Ömer (Ülgen, Hüseyin/Helvacı, Mehmet/Kendigelen, Abuzer/Kaya, Arslan/Nomer Ertan, N. Fusun): *Ticarî İşletme Hukuku*, İstanbul 2006, N. 1275.

³⁵² *Domanıç*, Hayri: *Türk Ticaret Kanunu Şerhi*, C. 1, İstanbul 1988, s. 199; *Ayhan*, Rıza: *Haksız Rekabet Nedeniyle Elde Edilen Menfaatlerin İadesi*, Konya 1990, s. 7.

³⁵³ Her iki hükme de başvurulabileceği yönünde bk. *Bilge*, *Ticarî Sır*, s. 99.

³⁵⁴ Bk. *Arkan*, s. 315.

hükümlerinin, BK haksız fiil hükümlerine göre özel nitelikte olması nedeniyle haksız rekabet şartlarının oluştuğu durumlarda haksız fiile ilişkin hükümlere başvurulmayacaktır.

Haksız rekabet hükümlerine dayanılarak yapılacak bir tazminat talebinin yanında, iade talebinin gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeye göre yapılması tartışılabilir. Her ne kadar, İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında, haksız rekabet nedeniyle elde edilen kazancın iadesi talebini başkasının işi görülmediği gerekçesiyle reddetmiş olsa da³⁵⁵, İsviçre Haksız Rekabet Kanunu m. 9/III'e getirilen yeni hüküm ile bu sorun ortadan kaldırılmış, haksız rekabet halinde, haksız elde edilen kazancın gerçek olmayan vekâletsiz iş görme hükümlerine göre de istenebileceği belirtilmiştir³⁵⁶.

Türk hukukunda gerçek olmayan vekâletsiz iş görme hükümlerine gitme imkanı TTK m. 58/II hükmü ile elde edilebilir. Zira hüküm hakime haksız rekabet neticesinde davalının elde etmesi mümkün görülen menfaatin karşılığına dahi hükmetme yetkisi tanımaktadır. Benzer bir hüküm FSEK m. 70/III'de bulunmaktadır. Bu hüküm "...tecavüze uğrayan kimse tazminattan başka temin edilen kârın kendisine verilmesini de isteyebilir" ifadesi ile gerçek olmayan vekâletsiz iş görme hükümlerine başvurma yolunu açmaktadır³⁵⁷. Aradaki fark, birinde hakime bu yetki tanınırken, diğer hükümde bu yetkinin davacıya tanınmasıdır. Türk hukukunda, İsviçre hukukunda olduğu gibi bu yönde yapılacak bir düzenleme ile ticarî sır sahibinin menfaatinin daha etkin bir şekilde korunacağı söylenebilir.

2. Ticarî Sırrın TTK Haksız Rekabet Hükümlerine Göre Korunması

TTK m. 56'da haksız rekabetin tanımı verilmektedir. Bu madde, genel bir hüküm teşkil etmektedir. Söz konusu maddeye göre: "Haksız rekabet, aldatıcı hareket veya hüsnüniyet kaidelerine aykırı sair suretlerle iktisadî rekabetin her türlü suistimalidir."

³⁵⁵ BGE 83 II 165, bu karar için bk. *Eren*, s. 815.

³⁵⁶ *Eren*, s. 815 dn. 50; Arkan, s. 315 dn. 4.

³⁵⁷ *Erel*, s. 264.

Doktrinde aldatıcı hareket veya iyiniyet ifadelerinin ayrı ayrı kullanılmış olması haklı olarak eleştirilmiş, aldatıcı hareketin aynı zamanda doğruluk ve dürüstlük kurallarına³⁵⁸ aykırılık teşkil ettiği, bu nedenle iki kavramın birbirinden ayrı düşünülmemeyeceği belirtilmiştir³⁵⁹.

Haksız rekabet hükümlerine başvurabilmek için tarafların birbirine rakip olması şartı aranmamaktadır³⁶⁰. Bunun nedeni TTK m. 57’de sayılan haksız rekabet fiillerinin yalnızca rakipler tarafından değil, başka kişiler tarafından da işlenebilecek olmasıdır. Zira TTK m. 58/III, menfaatleri zedelenen müşterilere de dava açma imkanı tanımaktadır. Bu yolla, ticarî sırrı çalınan ve açıklanan bir kimse, rakibi olmasa da bu fiili gerçekleştiren üçüncü kişilere karşı haksız rekabet hükümlerine başvurabilecektir.

TTK m. 56 genel hükmünün yanısıra, TTK m. 57’de on bent halinde haksız rekabet oluşturan davranışlar sayılmıştır. Konumuz açısından önemli olan hükümler TTK m. 57/b.7 ve TTK m. 57/b.8’dir.

a) TTK m. 57/b.7 Hükmüne Dayalı Koruma

TTK m. 57/b.7 hükmüne göre “ Müstahdemleri, vekilleri veya diğer yardımcı kişileri iğfal suretiyle istihdam edenin veya müvekkillerinin imalât veya ticaret sırlarını ifşa ettirmek veya ele geçirmek” dürüstlük kuralına aykırı hareketler arasında sayılmıştır.

³⁵⁸ TTK m. 56’daki hüsnüniyet kaideleri kavramı dürüstlük (objektif iyiniyet) kuralını ifade eder. İyiniyetle (subjektif iyiniyet) ilgili değildir. Bk. *Karayalçın*, Ticarî İşletme, s. 453 dn. 25; Haksız rekabete ilişkin bu hüküm, MK m. 2’de yer alan doğruluk ilkesinin rekabet hakkında da kullanılacağını göstermektedir. Bk. *Arkan*, s. 305; Ayrıca bk. *Teoman* (Ülgen, Ticarî İşletme Hukuku) N. 1286, Yazar iyiniyet ifadesini kullanmaktadır.; Türk Ticaret Kanunu Tasarısı m. 54/II’de haksız rekabet, “rakipler arasında veya tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen aldatıcı veya dürüstlük kuralına diğer şekillerdeki aykırı davranışlar ile ticarî uygulamalar haksız ve hukuka aykırıdır” olarak tanımlanmaktadır.

³⁵⁹ *Karayalçın*, Ticarî İşletme, s. 453; *Teoman* (Ülgen, Ticarî İşletme Hukuku) N. 1286; *Arkan*, s. 305.

³⁶⁰ *Örs*, Halil Fahri: Türk Hususi Hukukunda Haksız Rekabet, Hukukî Mahiyeti ve Rekabet Hakkının Himayesi, Ankara 1958, s. 32; *Karayalçın*, Ticarî İşletme, s. 453; *Poroy/ Yasaman*, s. 284; *Teoman* (Ülgen, Ticarî İşletme Hukuku) N. 1281; *Şenocak*, Kemal: “İşletme Personelinin Ayartılması Meselesinin Haksız Rekabet Hükümleri Çerçevesinde (TTK m. 56 vd.) Değerlendirilmesi, AÜHFD 2001, C. 30, S. 2, s. 203.

Burada haksız rekabet teşkil eden davranış, müstahdemleri, vekilleri veya diğer yardımcı kişileri iğfal ederek ticarî sırrı öğrenen kimsenin davranışdır. Örneğin, bir kimsenin işletmesinde çalışan bir görevli, işini yerine getirebilmek amacıyla öğrendiği bilgileri, bir üçüncü kişiye belli bir miktar para karşılığında açıkladığında, sırrı öğrenen üçüncü kişi TTK m. 57/b.7 hükmüne göre haksız rekabet fiilini işlemiş olacaktır.

Bu hükmü 57/b.8'den farklı kılan unsur, sırların iğfal suretiyle öğrenilmiş olmasıdır. Hüküm, öğrenilen bu sırların kullanılmış ya da açıklanmış olması şartını içermemektedir³⁶¹.

Sırrı açıklanan kimse ile sırrı açıklayan arasında güvene dayalı sözleşme ilişkisi olduğu görüşü yaygındır³⁶². Taraflar arasındaki sözleşme ilişkisi sona erdiğinde, vekilin, müstahdemin ve diğer yardımcı kişilerin dürüstlük kuralına aykırı olarak elde ettikleri ticarî sırları açıklamalarının, TTK m. 57/b. 7 hükmüne göre haksız rekabet teşkil edip etmeyeceği tartışılabilir. Zira bu durumda vekil “vekil” sıfatını, müstahdem “müstahdem” sıfatını vb. kaybetmiştir. TTK m. 57/b. 7'nin lafzından da bu hükmün sözleşme ilişkisi ile sınırlandırıldığı anlaşılmaktadır³⁶³. Bu nedenle tarafların sır saklama yükümlülüğünün sözleşmenin sona ermesinden sonra devam edeceğini kararlaştırdığı ya da hal ve şartlardan söz konusu yükümlülüğün sözleşme ilişkisi sonrasında da devam edeceğinin anlaşıldığı durumlarda ticarî sırrın, vekil müstahdem ya da diğer yardımcı kişilerce dürüstlük kuralına aykırı açıklanması, TTK m. 57/b. 7'nin değil, TTK m. 56 hükmü gereği haksız rekabet fiilini oluşturacaktır³⁶⁴.

³⁶¹ Teoman (Ülgen, Ticarî İşletme Hukuku) N.1302; Bilge, Ticarî sır, s. 50.

³⁶² Karayalçın, Ticarî İşletme, s. 464; Gürzumar, s. 85.

³⁶³ Şenocak, s. 236.

³⁶⁴ Şenocak, s. 237; aksi görüş için bk. Uşan, s. 162.

b) TTK m. 57/b.8 Hükümüne Dayalı Koruma

TTK m. 57/b.8'e göre "hüsnüniyet kaidelerine aykırı bir şekilde elde ettiği veya öğrendiği imalât veya ticaret sırlarından haksız yere faydalanmak veya onları başkalarına yaymak" fiili haksız rekabet teşkil edecektir.

Ticarî sır açısından tartışmalı olan konu, iyiniyet kaidelerine aykırı şekilde elde edilme şartının aranıp aranmamasıdır. Bir görüşe göre³⁶⁵, iyiniyet ticarî sırların elde edilmesinde değil, ticarî sırlardan faydalanma veya yayma konusunda aranmalıdır. Aksi takdirde işi gereği ticarî sırrı öğrenen bir kimsenin, bu sırrı üçüncü bir kişiye açıkladığı durumda TTK m. 57/b.8 hükmünü uygulamak mümkün olmayacaktır. Başka bir görüşe³⁶⁶ göre ise, bu hükmün uygulanabilmesi için, haksız yere yararlanılan veya başkalarına yayılan sırların dürüstlük kuralına aykırı şekilde elde edilmesi şarttır. Bir sırrın dürüstlük kuralı çerçevesinde elde edilmesi bu hüküm kapsamında değildir.

İkinci görüşün, ticarî sırrın korunması açısından daha isabetlidir. Zira ticarî sırrın, bir kimsenin bağımsız çalışmaları sonucu elde edilmesi mümkündür. Bu da dürüstlük kuralına uygun bir durum teşkil eder. Dürüstlük kuralına aykırılığın sadece sırrın kullanılması ve faydalanılması aşamasında değerlendirilmesi, bahsedilen halin, ticarî sırrın ihlâli durumları arasında değerlendirilmesine neden olabilir. Oysa bir ilacın formülünü kendi deney ve çabaları sonucu keşfeden bir kimsenin bunu kullanması olağan bir sonuçtur. TTK. m. 57/b.8'e göre dürüstlük kuralına aykırı haksız rekabet teşkil eden bir fiil oluşturmayacaktır.

İlk görüşte belirtilen bir kimsenin dürüstlük kuralına uygun şekilde öğrendiği, örneğin işi gereği edindiği müşteri listesini, üçüncü kişilere yayması ya da söz konusu listeden,

³⁶⁵ Bk. *İmregün*, Oğuz: Kara Ticareti Hukuku Dersleri, B. 4, İstanbul 1977, s. 117; *Arkan*, s. 313; *Poroyl Yasaman*, s. 290.

³⁶⁶ *Gürzumar*, s. 86; *Şenocak*, s. 234; Bu yönde bk. 11. HD, 6.11.1981, E. 3668, K. 4664, *Camcı*, s. 187.

rakip olarak açtığı bir firmada faydalanması, TTK m. 56 genel hükmüne göre değerlendirilmesi gereken bir husustur³⁶⁷.

Bu hükmün önemli şartlarından biri de sırdan faydalanmak ya da bunu yaymaktır. Dürüstlük kuralına aykırı olarak elde edilmiş bir ticarî sırdan faydalanarak bir menfaat elde edilmelidir. Bu duruma örnek olarak bir üretim metodunun kopyalanarak bir işletmede kullanılması gösterilebilir. Önemli olan fiilen bir ekonomik kazanç sağlamak değil, bu sırdan faydalanmaktır. Yaymak fiili ise gizli bilginin sır niteliğini ortadan kaldıracabilecek her türlü iletimdir³⁶⁸.

3. Ticarî Sırrın İhlali Sonucu Haksız Rekabet Hükümlerine Göre Açılacak Davalar (TTK m. 58)

Haksız rekabet fiilinin gerçekleşmesi halinde TTK m. 58, iktisadî menfaatleri bakımından zarar gören ya da böyle bir tehlikeye maruz kalan kimseye, tespit, men, haksız rekabetin sonucu olan maddî durumun ortadan kaldırılması, haksız rekabet yanlış veya yanıltıcı beyanlarla yapılmışsa bu beyanların düzeltilmesi ve tazminat davalarını açma imkânını tanımaktadır.

Haksız rekabet davası açma hakkı, zarar gören veya böyle bir tehlikeye maruz kalan kimselere tanınmıştır. Haksız rekabet teşkil eden ticarî sır ihlallerinde genel itibariyle rakiplerin zarar veren olduğu görülmektedir. Ancak haksız rekabet fiilini işleyen kişinin mutlaka rakip olmasına gerek yoktur³⁶⁹. Tüzel kişiler açısından ortakların ve yönetim kurulu üyelerinin doğrudan bir zarara uğraması söz konusu olmadığından dava açma

³⁶⁷ *Gürzumar*, s. 86, 87; *Şenocak*, s. 235.

³⁶⁸ *Gürzumar*, s. 87.

³⁶⁹ *Arkan*, s. 317; *Teoman* (Ülgen, Ticarî İşletme Hukuku) N. 1329; Zarar görenin rakip olması yönünde bk. *Karayalçın*, Ticarî İşletme, s. 472.

hakları bulunmamaktadır³⁷⁰. Bunun yanında müşteriler (TTK m. 58/II) ve meslekî ve ekonomik birlikler (TTK m. 58/III) de haksız rekabet davası açma hakkına sahiptirler. Ancak meslek birliklerinin TTK m. 58/I – d hükmünde yer alan tazminat davasını açamayacakları belirtilmiştir (TTK m. 58/III).

Haksız rekabete ilişkin davaların açılabilmesi için bazı şartların gerçekleşmiş olması gerekir. Bunlar haksız rekabet fiili, zarar veya zarar tehlikesi ve haksız rekabet fiili ile zarar arasında bir nedensellik bağı bulunmasıdır. Zarar kural olarak yalnızca tazminat davalarında bir şart olarak aranmakta, TTK m. 58/I’de belirtilen diğer dava türleri açısından şart niteliği taşımamaktadır. Görüldüğü gibi haksız rekabete ilişkin davalar açısından belirlenen şartlar, haksız fiilden doğan davaların şartlarıyla aynıdır.

a) Tespit Davası

Tespit davası, bir hukukî ilişkinin var olup olmadığının belirlenmesine ilişkin davadır³⁷¹. Tespit davasıyla davacı, davalının fiilinin, iktisadî rekabeti iyiniyet kurallarına aykırı olarak suistimal edip etmediğinin tespitini ister³⁷². Bu dava usul hukuku açısından geçerli olan, eda davası açılabilen uyuşmazlıklarda tespit davası açılmayacağı prensibinin bir istisnasını oluşturmaktadır³⁷³.

Tespit davasını sadece haksız rekabet fiili nedeniyle menfaati ihlâl edilen kişi değil, aynı zamanda menfaati ihlâl edilen kişinin müşterileri veya meslek kuruluşu da açabilir³⁷⁴.

³⁷⁰ *Arkan*, s. 318.

³⁷¹ *Yavaş*, Murat: “Haksız Rekabet Kavramı ve Bu Alandaki Koruyucu Dava ve Tedbir Türleri”, Doç. Dr. Mehmet Somer’in Anısına Armağan, İstanbul 2006, s. 778; *Arkan*, s. 314.

³⁷² *Arkan*, s. 314; “Genel olarak tespit davası, davacıyı tatmin eden bir yol değildir. Bundan dolayı nadir görülür” bk. *Karayalçın*, Ticarî İşletme, s. 468.

³⁷³ “Yasa koyucu, haksız rekabet ile ilgili olaylarda bazen sadece rekabetin tespit ettirilmesinin dahi yeterli olabileceği ve ilgili rakibin bu tespitten sonra haksız rekabeti bundan böyle sürdürmekten kaçınabileceği varsayımından hareket etmiştir” bk. *Teoman* (Ülgen, Ticarî İşletme Hukuku) N. 1314.

³⁷⁴ *Karayalçın*, Ticarî İşletme, s. 468; *Yavaş*, s. 779.

Tespit davası zamanaşımı süresini (BK m. 133/b.2'ye kıyasen) keser. Ayrıca, zararın tam olarak belirlenemediği durumlarda yapılan tespit, tazminat davası için esas oluşturabilir³⁷⁵. Belirtmek gerekir ki tespit davaları sonucunda verilecek hüküm, tüm başvuru aşamalarının tamamlanmasından sonra kesin hüküm niteliği kazanacaktır³⁷⁶.

Böylece ticarî sırrın ihlâl edildiği ve bu fiilin haksız rekabet teşkil ettiği durumlarda, ticarî sır sahibi tespit davası yolu ile karşı tarafın hukuka aykırı fiilini tanıtma imkanına sahiptir. Ancak ticarî sır sahipleri açısından tespit davası çok da işlevsel değildir. Zira büyük ekonomik menfaatlerin söz konusu olduğu ticarî sırda, ihlâl sonucu ticarî sır sahibi hem büyük zarar görecektir, hem de ticarî sırrın sır olma niteliği tehlike altına girecektir. Bu koşullar altında tespit davası ancak, yukarıda da ifade edildiği üzere, zamanaşımını kesmek ya da tazminat davalarına esas teşkil etmek üzere açılabilir.

b) Men Davası

Men davası, mevcut ya da tekrar etme olasılığı bulunan bir haksız rekabet halinin sona erdirilmesi amacıyla açılır³⁷⁷. Örneğin, ticarî sır teşkil eden pazarlama stratejisinin, bir başka işletme tarafından kullanılmaya başlandığını veya bu durumun devam etme tehlikesinin bulunduğunu iddia eden ticarî sır sahibi men davası açma yoluna gidebilir. Men davası bir eda davasıdır³⁷⁸. Bu eda davası aynı zamanda bir haksız rekabet durumunun varlığını tespit etmeyi de içermektedir³⁷⁹. Bu nedenle men davasının açılmasından sonra, bir tespit davasının açılmasının bir anlamı yoktur. Ancak bu durumun

³⁷⁵ Karayalçın, Ticarî İşletme, s. 468; Yavaş, s. 779.

³⁷⁶ Teoman (Ülgen, Ticarî İşletme Hukuku) N. 1314.

³⁷⁷ Karayalçın, Ticarî İşletme, s. 469; Arkan, s. 315.

³⁷⁸ Yavaş, s. 779; Teoman (Ülgen, Ticarî İşletme Hukuku) N. 1316.

³⁷⁹ Teoman (Ülgen, Ticarî İşletme Hukuku) N. 1316.

tam tersinin gerçekleşmesi mümkündür. Başka bir ifade ile men davası öncesinde bir tespit davası açılabilir³⁸⁰.

Men davalarının zamanaşımına uğraması söz konusu değildir. Bunun nedeni, bu davada halen devam etmekte olan, haksız rekabet teşkil eden bir fiilin önlenmek istenmesidir³⁸¹. Haksız rekabet fiili karşısında mağdurun uzun süre sessiz kalması haksız rekabeti zımni olarak kabul ettiği yönünde yorumlanabilecek, bu da daha sonra dava açmak istemesi halinde, dava hakkının kötüye kullanılması anlamına gelebilecektir³⁸². Dolayısıyla, dava açmaya yetkili olan kişinin makul bir süre içerisinde harekete geçmesi beklenir.

c) Haksız Rekabetin Sonucu Olan Maddî Durumun Ortadan Kaldırılması Davası

Haksız rekabetin sonucu olan maddî durumun ortadan kaldırılması davasında, haksız rekabet fiilinden önce var olan durumun eski haline getirilmesi istenmektedir³⁸³. Bu davaya ilişkin örnek olarak, haksız elde edilen, ticarî sır oluşturan müşteri listesinin geri verilmesinin istenmesi verilebilir. Esasen, her zaman için haksız rekabet fiilinin gerçekleşmesinden önceki duruma dönülmesi mümkün değildir³⁸⁴. Örneğin, haksızca elde edilen, kullanılan ve pek çok kişiye açıklanan müşteri listesi, ticarî sır niteliğini kaybetmiştir. Bu durumda eski halin iadesi de imkansızdır.

³⁸⁰ *Teoman* (Ülgen, Ticarî İşletme Hukuku) N. 1316.

³⁸¹ *Yavaş*, s. 779.

³⁸² *Teoman* (Ülgen, Ticarî İşletme Hukuku) N. 1342.

³⁸³ *Karayalçın*, Ticarî İşletme, s. 469; *Arkan*, s. 315; *Teoman* (Ülgen, Ticarî İşletme Hukuku) N. 1317.

³⁸⁴ *Teoman* (Ülgen, Ticarî İşletme Hukuku) N. 1317.

d) Tazminat Davası

TTK m. 58/I – d ve e’de maddî ve manevî tazminat davalarının açılmasına imkan sağlanmaktadır. Tazminat davasının açılabilmesi için bir zarar söz konusu olmalı ve hukuka aykırı fiil ile zarar arasında uygun illiyet bağı bulunmalıdır. Böylece bu davalar, haksız fiil esaslarına göre hüküme bağlanacaktır³⁸⁵. BK m. 42/I’de zararı ispat etme yükümü davacıya bırakılmış, ikinci fıkrada ise, zararın gerçek miktarını ispat etmenin mümkün olmadığı durumlarda hakimin, durumun olağan seyri ve zarara uğramış olan tarafın aldığı tedbirleri göz önüne alarak, zararı adalete uygun olarak tespit edeceği belirtilmiştir. Ancak uygulamada, haksız rekabet durumunda davacı açısından zararı ispat etmenin oldukça zor olduğu görülmüştür. BK 42/II’ye göre ise hakimin zararın miktarını tespitinin, davacı açısından yetersiz kaldığı belirlenmiştir³⁸⁶. Bu nedenlerle, BK m. 42’de yer alan bu kurala bir istisna getirilmiş ve TTK m. 58/I – e’de “davacı lehine ve (d) bendi hükmünce tazminat olarak hakim, haksız rekabet neticesinde davalının elde etmesi mümkün görünen menfaatin karşılığına dahi hükmedebilir” hükmü yer almıştır. Bu hüküm yalnızca zararın ispat edilemediği durumlarda değil, aynı zamanda haksız rekabet nedeniyle büyük kârların elde edilmesi durumunda da uygulanmalıdır³⁸⁷. Örneğin, haksız rekabet fiili ile ticarî sır teşkil eden çeşitli bilgi ve tecrübelerle dayanılarak hazırlanmış piyasa analizi raporlarının elde edilmesi ve bu raporlar sayesinde büyük kazançların sağlanması mümkün olabilir. Böyle bir olaya TTK m. 58/I – e’nin uygulanması halinde davacının zararından daha yüksek bir tazminat elde edilmesi mümkündür. Söz konusu durumda, davacının zararından daha yüksek bir tazminata hükmedilmesi, *Karayalçın*’ın da

³⁸⁵ “Haksız fiili esaslarına göre görülecek davada zarar ziyanın telafisi esastır” bk. *Karayalçın*, Ticarî İşletme, s. 470

³⁸⁶ *Arkan*, s. 315.

³⁸⁷ Krş. *Karayalçın*, Ticarî İşletme, s. 471.

ifade ettiği gibi³⁸⁸, “başkasının emeği ile elde edilmiş bir kıymetten faydalanarak haksız rekabet yolu ile sebepsiz yere maddî menfaat temin eden kimsenin iktisabından daha mahsurlu değildir.”

Aslında TTK m. 58/I – e’de düzenlenen zararın belirlenmesi açısından davacı lehine kolaylaştırıcı yola, sınaî haklara tecavüz halinde zararın belirlenmesinde de rastlamak mümkündür³⁸⁹. 556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında KHK m. 62/I – b ve 64’de tazminat davası düzenlenmiş, m. 66’da³⁹⁰ ise “Marka sahibinin uğradığı zarar sadece fiili kaybın değerini değil, ayrıca yoksun kalınan kazancı da kapsar” ifadesine yer verilmiş ve maddenin ikinci fıkrasında marka hakkı sahibine, yoksun kalınan kazancın belirlenmesinde seçimlik bir hak tanınmıştır. 556 sayılı KHK m. 67/I’de, “Marka üzerinde tasarruf yetkisi olan kişi, yoksun kalınan kazancın hesaplanmasında, 66 ncı maddenin ikinci fıkrasının (a) veya (b) veya (c) bendlerinde belirtilen değerlendirme usullerinden birini seçmişse; mahkeme, ürünün satışında markanın ekonomik bakımdan önemli bir katkısının bulunduğu kanaatine vardığı takdirde, kazancın hesaplanmasında, makul bir payın daha eklenmesine karar verir” hükmü ile yoksun kalınan kazancın hesaplanmasında makul bir payın eklenmesi konusunda hakime takdir yetkisi tanınmıştır.

³⁸⁸ *Karayalçın*, Ticarî İşletme, s. 471.

³⁸⁹ *Kaya*, Marka, s. 295.

³⁹⁰ 556 Sayılı KHK m. 66 hükmü şöyledir: “Marka sahibinin uğradığı zarar sadece fiili kaybın değerini değil, ayrıca yoksun kalınan kazancı da kapsar.

Yoksun kalınan kazanç, zarar gören marka sahibinin seçimine bağlı olarak, aşadaki değerlendirme usullerinden birine göre hesap edilir.

a) Marka hakkına tecavüz edenin rekabeti olmasaydı, marka sahibinin markanın kullanması ile, elde edebileceği muhtemel gelire göre,

b) Marka hakkına tecavüz edenin, markayı kullanmak yoluyla elde ettiği kazançla göre,

c) Marka hakkına tecavüz edenin markayı bir lisans anlaşması ile hukuka uygun şekilde kullanmış olması halinde ödemesi gereken lisans bedeline göre,

Yoksun kalınan kazancın hesaplanmasında, özellikle markanın ekonomik önemi, marka hakkına tecavüz edildiği anda geçerlilik süresi ve tecavüz sırasında markaya ilişkin lisansların sayısı ve çeşidi gibi etkenler göz önünde tutulur.

TTK m. 58/I – e’ye göre hakim, elde edilmesi mümkün görülen menfaate ilişkin hükmünü re’sen vermeyecektir³⁹¹. Bu yönde davacının bir istemi olması gerekmektedir.

Haksız rekabet oluşturan fiil nedeniyle, mağdurun manevî zararının ortaya çıkması da mümkündür. TTK m. 58/I – e’de haksız rekabet nedeniyle menfaatleri zarar gören ya da böyle bir tehlikeye maruz kalan kimselerin, BK m. 49’da gösterilen şartlar varsa, manevî tazminat davası açabileceği belirtilmektedir. Bu davada da yine kusurun varlığı esastır. Örneğin, müşteri listesi ele geçirilmiş ve kamuya açıklanmış olan işletme sahibinin ticarî itibarının zedelenmesi söz konusudur. Böyle bir durumda maddî tazminat davasının yanında manevî tazminat davası da açılabilir. Manevî tazminat davası yalnızca gerçek kişiler tarafından değil, aynı zamanda tüzel kişiler tarafından da açılabilir³⁹².

e) İhtiyati Tedbir

Ticarî sırra ilişkin haksız rekabet durumlarında pek çok hukuk sisteminde önem ve öncelikle düzenlenen ihtiyati tedbir kurumu, TTK m. 63’te düzenlenmiştir. Buna göre: “Dava açmak hakkını haiz olan kimsenin dilekçesi üzerine mahkeme, mevcut vaziyetin olduğu gibi muhafaza edilmesine, 58 inci maddenin birinci fıkrasının (b) ve (c) bentlerinde yazılı olduğu veçhile haksız rekabetin neticesi olan maddî durumun ortadan kaldırılmasına, haksız rekabetin men’ine ve yanlış veya yanıltıcı beyanların düzeltilmesine ve lüzumlu diğer tedbirlerin alınmasına Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu’nun ihtiyati tedbir hakkındaki hükümlerine göre karar verebilir.”

³⁹¹ Teoman (Ülgen, Ticarî İşletme Hukuku) N. 1320.

³⁹² “Kişilerin şeref ve haysiyetleri, MK’ nın 24. ve BK’ nın 49. maddeleri gereğince korunması gereken kişilik haklarındandır. Tüzel kişilerin de bu hükümlerden yararlanabilecekleri bilimsel ve yargısal içtihatlarla benimsenmiş bulunmaktadır. Kişiliğe karşı haksız bir tecavüz halinde bunun önlenmesi istenebileceği gibi (MK m.24), tecavüzün gerçekleşmiş bulunması halinde de manevî tazminat davası açılabilir (BK m.49). BK’nın 49. maddesine dayanılarak açılan tazminat davalarında, haksız fiilin unsurlarından başka kusurun ve zararın özel ağırlığının varlığı da gereklidir” bk. 4. HD, 8.7.1977, E. 3518, K. 7947, <http://www.kazanci.com.tr>, (18.03.2007).

İhtiyati tedbir, mahkeme tarafından verilecek esas hükme kadar, davanın tarafı için gecikmesinde sakınca bulunan durumları gidermek ve geçici hukukî koruma sağlamak amacıyla yapılan yargısal tasarruflardır³⁹³.

İhtiyati tedbir kurumu HUMK m. 101 – 113/A’da düzenlenmiştir. İhtiyati tedbirler haksız rekabet mağduru açısından davanın görülmesi sırasında geçici de olsa bir koruma sağlarlar³⁹⁴. İhtiyati tedbirler davanın açılmasından önce ve dava sırasında istenebilir (HUMK m. 101/I). İhtiyati tedbir kararının davayı görmeye yetkili mahkemeden istenmesi şart değildir. İhtiyati tedbirin en ucuz ve en çabuk yolla verilmesini sağlayacak her hangi bir yerdeki mahkeme de ihtiyati tedbir kararı vermeye yetkilidir (HUMK m. 104/ III).

Bunun yanında tarafların, HUMK m. 368 vd. düzenlenmiş olan delil tespitini de yaptırabilecekleri açıktır³⁹⁵.

f) Zamanaşımı

TTK m. 62’de haksız rekabet davalarında zamanaşımı düzenlenmiştir. Buna göre, dava açma hakkı bulunan kimselerin, bu haklarının doğumunu öğrendikleri günden itibaren bir yıl ve her halde bunların doğumundan itibaren üç yıl geçmekle hakları zamanaşımına uğrayacaktır. Ancak, ceza kanunları gereği, daha uzun bir zamanaşımına tabi olan cezayı gerektiren bir fiil işlendiği takdirde, bu süre hukuk davaları açısından da geçerli olacaktır.

Ancak haksız rekabet fiilinin süreklilik göstermesi durumunda üç yıllık zamanaşımı süresinin dolacağından bahsedilemez. Örneğin ticarî sırrın dürüstlük kuralına aykırı olarak

³⁹³ *Deren – Yıldırım*, Nevhis: Haksız Rekabet Hukuku ile Fikrî ve Sinaî Mülkiyet Hukuku’nda İhtiyati Tedbirler, B. 2, İstanbul 2002, s. 4.

³⁹⁴ *Deren – Yıldırım*, s. 4 dn. 20; *Yavaş*, s. 781.

³⁹⁵ Doktrinde delil tespitinin, ihtiyati tedbirin bir türünü oluşturup oluşturmadığı tartışmalıdır. Bazı yazarlar delil tespitinin medeni usul hukukuna ait ayrı bir kurum olduğunu savunurken, (bu yazarlar için bk. *Deren – Yıldırım*, s. 95 dn. 157), bazı yazarlarsa delil tespitinin niteliği itibarıyla bir ihtiyati tedbir olduğunu belirtmektedir (bu yazarlar için bk. *Yavaş*, s. 782). TTK . m. 63’ün “ ...luzumlu diğer tedbirlerin alınması” ifadesinden çıkarılacak olumlu sonuç, ihtiyati tedbir kararı ile delillerin tespitinin de mümkün olduğunu göstermektedir. Bk. *Yavaş*, s. 782.

bir üretim sürecinde kullanılması halinde haksız rekabet fiili süreklilik göstermektedir. Bununla birlikte, ticarî sırrın dürüstlük kuralına aykırı açıklanmasında süreklilikten bahsedilemez.

Haksız rekabet fiili sürekli olmayıp çeşitli aralıklarla da tekrarlanabilir. Örneğin bir işletmede casus olarak görevlendirilen bir işçi, ticarî sır teşkil eden bilgileri fırsat buldukça belli aralıklarla ele geçirebilir. Böyle bir durumda her haksız rekabet fiili için ticarî sır sahibinin, dava açma hakkının doğumunu öğrenmesiyle ayrı bir zamanaşımı işlemeye başlayacaktır³⁹⁶.

4. Haksız Rekabet Nedeniyle Cezaî Sorumluluk

Haksız rekabete ilişkin suçlar takibi şikâyete bağlı olan suçlar olup, TTK m. 58'e göre dava açmaya yetkili kimseler tarafından şikâyette bulunulabilecektir (TTK m. 64/I). Cezaî sorumluluk ile ilgili hüküm TTK m. 64/b.3 'tür.

TTK m. 64/b.3 "Müşdahdemleri, vekilleri veya diğer yardımcı kimseleri, istihdam edenin veya müvekkillerinin imalât veya ticaret sırlarını ifşa etmelerini veya ele geçirmelerini temin için iğfal edenler şikayet üzerine bir aydan bir yıla kadar hapis veya beşyüzbin liradan on bin liraya kadar ağır para cezasıyla³⁹⁷ veya her ikisiyle cezalandırılırlar."

³⁹⁶Oğuzman/ Öz, s. 523; haksız fiilde, son fiile ilişkin zararın öğrenilmesiyle tek bir zamanaşımı süresinin işleyeceğine ilişkin görüş için bk. *Tandoğan*, Mesuliyet, s. 357.

³⁹⁷1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun yürürlüğe konulmasına ilişkin usul ve esasları belirlemek amacıyla çıkarılmış olan 5252 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 5. maddesiyle, kanunlarda öngörülen "ağır para" cezaları, "adli para" cezasına dönüştürülmüştür (m. 5/I). Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre ise kanunlarda Türk Ceza Kanunu'nda belirlenen cezalar sistemine uygun değişiklik yapıncaya kadar, alt veya üst sınırlar arasında uygulama yapılmasını gerektirir nitelikteki adli para cezalarında, cezanın alt sınırı dört yüzelli milyon, üst sınırı yüz milyar Türk Lirası olarak uygulanacaktır. Ancak söz konusu fıkra hükümleri, nispi nitelikteki adli para cezaları açısından geçerli değildir (m. 5/II). Dolayısıyla TTK m. 64/b. 3 maddesinde yer alan "ağır para cezası" adli para cezasına dönüşmüştür. Bununla birlikte alt ve üst sınırları da dört yüzelli milyon ve yüz milyar türk lirası olarak uygulanacaktır.

Bu madde ile ticarî sırrın açıklanması veya ele geçirilmesi hükme bağlanmaktadır. Başka bir ifade ile hükümde ele geçirilen sırların bizzat kullanılması şartı aranmamaktadır³⁹⁸.

Tüzel kişilerin işleri görülürken bir haksız rekabet fiili işlendiği takdirde, TTK m. 64, tüzel kişi adına hareket etmiş veya etmesi gerekmiş olan yönetim kurulu üyeleri veya ortaklar hakkında da uygulanacaktır. Tüzel kişi para cezası ve masraflardan gerçek kişilerle birlikte zincirleme sorumlu olacaktır (TTK m. 65).

C - İş Kanunu Hükümleri

İş Kanunu m. 25/II – e, işçinin, işverenin güvenini kötüye kullanmak, hırsızlık yapmak, işverenin meslek sırlarını ortaya atmak gibi doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışlarda bulunmasını, işverenin haklı nedenlerle derhal fesih nedenleri arasında saymıştır.

Bu kanun hükmünde yer alan “meslek sırrını ortaya atmak” ifadesine geniş bir anlam yüklemek mümkündür. Hükümde geçen “gibi” kelimesi, gerek meslek sırrı kavramına gerekse bu sırların ihlâl biçimine ilişkin geniş yorum yapılmasına izin vermektedir. Böylelikle işverenin ticarî sırları da bu madde kapsamına girmektedir. Ayrıca madde metninde kanun koyucunun kullandığı ifade ile ticarî sırrın kullanılması, açıklanması ya da yayılması gibi hukuka aykırı fiillerin varlığı aranmamış, yalnızca ortaya atılması sözleşmenin haklı nedenlerle derhal feshi için yeterli görülmüştür³⁹⁹.

Haksız rekabet hükümlerinde iyiniyet kurallarına aykırı elde edilen sırlar söz konusudur. İş hukuku açısından durum incelendiğinde, iyiniyet kurallarına aykırı elde edilen sırların yanında, hizmet sözleşmeleri kapsamında sır saklama yükümlülüğü

³⁹⁸ Bilge, Ticarî Sır, s. 189.

³⁹⁹ Narmanlıoğlu, Ünal: İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri I, B. 3, İzmir 1998, s. 206; Dönmez, Kazım Yücel: İşçinin Borçları, Ankara 2000, s. 200.

dahilinde öğrenilen sırların da dahil olduğu görülür⁴⁰⁰. Bu nedenle iş hukukuna ilişkin sır kapsamı, haksız rekabet hükümlerinde yer alan sır kavramından ayrı yorumlanır⁴⁰¹. Zira, 25/II - e hükmü gereği yalnızca işverenin meslekî sırlarının açıklanması değil, aynı zamanda, kişisel sırlarının da ortaya atılması doğruluk ve bağlılığa aykırı bir durum teşkil edeceğinden bu madde kapsamında değerlendirilmelidir⁴⁰².

D – Bilgi Edinme Hakkı Kanunu Hükümleri

4982 sayılı Bilgi Edinme Kanunu m. 1’de, bu kanunun amacı belirlenmiştir. Maddeye göre: “ Bu Kanun’un amacı; demokratik ve şeffaf yönetim gereği olan eşitlik, tarafsızlık ve açıklık ilkelerine uygun olarak kişilerin bilgi edinme hakkını kullanmalarına ilişkin esas ve usulleri düzenlemektir.” Kanunu’nun 4. maddesinde bilgi edinme hakkına sahip olanlar gösterilmiştir: “Herkes yani her vatandaş ile Türkiye’de ikamet eden yabancılar ile Türkiye’de faaliyette bulunan yabancı tüzel kişiler bilginin kendileriyle veya faaliyet alanlarıyla ilgili olması kaydı ile ve karşılıklılık ilkesi çerçevesince bu kanunun hükümlerinden yararlanır.”

Bilgi Edinme Kanunu’nun dördüncü bölümünün başlığı “Bilgi Edinme Hakkının Sınırları” olarak ifade edilmiştir. Bu bölümün içinde yer alan m. 23, ticarî sırrın, bilgi edinme hakkının bir sınırını oluşturduğunu göstermektedir. 23. maddeye göre “Kanunlarda ticarî sır olarak nitelendirilen bilgi veya belgeler ile kurum ve kuruluşlar tarafından gerçek veya tüzel kişilerden gizli kalması kaydıyla sağlanan ticarî ve malî bilgiler, bu kanunun kapsamı dışındadır.”

Ticarî sır bu kanunda tanımlanmamış, bunun yerine diğer “kanunlarda sır olarak nitelendirilen bilgi ve belgeler” ifadesi kullanılmıştır. Ancak, kişilerin kanunlarda sır

⁴⁰⁰ Ertaş, s. 55.

⁴⁰¹ Ertaş, s. 55.

⁴⁰² Uşan, s. 113.

olarak belirtilen bilgi ve belgelerden başka sır niteliğindeki gizli bilgilere sahip olmaları oldukça doğaldır. Bu nedenle ticarî sır sahiplerinin eksik münhasır haklarını korumak adına, sırrın ne olduğunu ve sınırlarını gösteren bir tanıma duyulan ihtiyaç açıktır. Pozitif hukukumuzda ticarî sırrı tanımlayan bir düzenleme yoktur. Bu nedenle, aslında ticarî sır oluşturmayan gizli bilginin, ticarî olduğu iddiasıyla gerekli mercilere verilmemesi mümkündür⁴⁰³.

23. maddenin ikinci cümlesinde yer alan, kamu kurum ve kuruluşlarınca gerçek ya da tüzel kişilerden gizli kalması koşuluyla alınan ticarî ve malî bilgiler de ticarî sır kapsamına alınmıştır. Ancak belirtmek gerekir ki söz konusu kişilerden alınacak, hukuka, genel ahlak ve adaba aykırı bilgiler bu kapsamda yer almayacaktır.

E - Değerlendirme

Ticarî sırrın kanuna dayalı koruması değerlendirildiğinde, kanun koyucunun ticarî sır ihlâli için somut bir tespit yapmadığı, farklı kanunlarda, farklı ihlâl koşulları belirlediği söylenebilir. Örneğin, TTK m. 57/b. 7’de “ifşa ettirmek veya ele geçirmek”, 58/b.8’de “haksız yere faydalanmak veya onları başkalarına yaymak”, Türk Ticaret Kanunu Tasarı m. 55/I/b/3 ve 55/I/c’ de “ifşa etmek ve ele geçirmeye yöneltmek, yararlanmak, değerlendirmek”, Ticarî Sır, Banka Sırrı, Müşteri Sırrı Hakkında Kanunun Tasarısı m. 6’da “açıklamak, vermek, menfaat sağlamak ya da zarar vermek amacıyla kullanmak”, Bankacılık Kanunu⁴⁰⁴ m. 73/I’de “açıklamak veya kullanmak”, 73/III’de ise “açıklamak” ticarî sırrın ihlâli için kullanılan ifadelerdir.

⁴⁰³Radikal Gazetesi’nin 11.05.2005 tarihli haberine göre Koç Holding, Yapı Kredi Bankası’nın satın alınmasına ilişkin olarak imzalanan sözleşmenin detayını isteyen SPK’ya ‘ticari sır mahiyetinde hükümler var’ gerekçesiyle olumsuz yanıt vermiştir (<http://www.radikal.com.tr/haber.php?haberno=152322>, [11.05.2005]). Ticarî Sır, Banka Sırrı ve Müşteri Sırrı Hakkında Kanun Tasarısı bu dönemde yürürlükte olsaydı m. 5/II’ye göre bu bilgiler SPK’ya verilecekti.

⁴⁰⁴Bankacılık sırrı ve Bankacılık Kanunu’na ilişkin değerlendirme için bk. aşa. 3. Bölüm/§ 3/I.

Mevzuatımızda ve yabancı hukuk sistemlerinde ticarî sırrın ihlâline ilişkin hükümler ele alındığında, ticarî sır ihlâlinin hukuka aykırı olarak “açıklanması”, “kullanılması” ya da “ele geçirilmesi” durumlarında gerçekleştiği söylenebilir. Bu açıdan ticarî sır ihlâlinde, söz konusu üç halin birlikte değil, ayrı ayrı değerlendirilmesi gereklidir⁴⁰⁵. Başka bir ifade ile ticarî sır ihlâli için ticarî sırrın hukuka aykırı yollarla yalnızca açıklanması, yalnızca kullanılması ya da sadece ele geçirilmesinin yeterli olduğu belirtilmemiştir. Bu üç koşul birbirinin alternatifi olarak değerlendirilmelidir.

III. SÖZLEŞMEYE DAYALI KORUMA

A - Sözleşme Öncesi Kusurlu Davranıştan Sorumluluk (Culpa in Contrahendo)

Sözleşme yapma niyetinde olan taraflar, sözleşmenin kurulmasından önce bir araya gelerek, kendileri için en elverişli koşulları belirlemeye çalışırlar. Sözleşme öncesi görüşmeler sırasında, bu sözleşmenin şartlarını ortaya koyacak pek çok ayrıntı masaya yatırılır. İşte bu aşamada taraflardan herhangi biri ya da hepsi sözleşmenin kurulabilmesi için önem teşkil eden ticarî sırlarını açıklamak zorunda kalabilirler. Bu konuya ilişkin olarak verilebilecek en önemli örneklerden birini, büyük yatırımlar yapılarak oluşturulacak joint venture’larda tarafların, söz konusu işten gereken verimi almak amacıyla açıkladıkları ticarî sırları oluşturur. Bu aşamada, taraflardan birinin elde ettiği sırları açıklaması ya da bunu sahibinin aleyhine kullanması durumunda sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğuna⁴⁰⁶ (Culpa in contrahendo) gitmek mümkündür.

⁴⁰⁵ Aynı yönde bk. Bilge, Ticarî Sır, s. 80.

⁴⁰⁶ Doktrinde culpa in contrahendo için sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk (Eren, s. 1083; Uluhan, İlhan: “Culpa in Contrahendo Üstüne”, Profesör Ümit Doğanay’ın Anısına Armağan, İstanbul 1982, s. 277), aktin müzakeresi sırasında kusurlu davranış (Oğuzman/Öz, 321), sözleşme öncesi davranış yükümüne aykırılıktan ve yaratılan güveni boşa çıkarmadan ötürü sorumluluk (Serozan, İfa, s. 248), akit öncesi kusurlu davranışlar (Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 976), müzakereye girişmeden doğan borç

Culpa in contrahendo kavramına ilişkin ilk çalışma Jhering tarafından yapılmış⁴⁰⁷, söz konusu kavram daha sonraları geliştirilmiş ve bugün kabul gören bir tanımına ulaşılmıştır. Buna göre culpa in contrahendo, tarafların sözleşme görüşmeleri sırasında dürüstlük kuralından kaynaklanan, güven ilişkisine aykırı davranışlarından doğan zarardan sorumluluklarıdır⁴⁰⁸.

Sözleşme görüşmeleri sırasında ortaya çıkan sorumluluğa hangi hükümlerin uygulanacağı, başka bir ifade ile culpa in contrahendo'nun hukukî niteliği tartışmalıdır⁴⁰⁹. Örneğin, sözleşme görüşmeleri sırasında, gerekli iletişimin sağlanabilmesi amacıyla müşteri listelerini açıklayan işletme, ticarî sırrının ihlâl edildiğini ileri sürdüğünde, hangi hukukî kuruma ilişkin hükümler uygulanacaktır? Kimi yazarlara göre⁴¹⁰, sözleşme görüşmesinde kusurlu davranışı ile karşı tarafa zarar veren taraf, haksız fiil hükümlerine göre sorumlu tutulmalıdır. Bunun nedeni, sözleşme görüşmeleri sırasında taraflar arasında

ilişkisi (*Tunçomağ*, Kenan: Borçlar Hukuk Genel Hükümler, C. I, İstanbul 1972, s. 146) ifadeleri kullanılmıştır.

⁴⁰⁷ Jhering, "Sözleşme Görüşmeleri Esnasındaki Kusur veya Batıl ya da Kurulmamış Sözleşmelerde Tazminat" (Culpa in Contrahendo oder Schadenersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen) adlı eserinde konu ettiği culpa in contrahendo kavramını oldukça dar yorumlamış, sözleşme görüşmelerinden doğan zarar kavramını, kurulmamış ya da batıl sözleşmeler üzerine oturtmuştur. Ancak bugün için kabul edilen görüş, sözleşmenin batıl olup olmadığına ya da kurulup kurulmadığına bakılmaksızın, bir tarafın sözleşme görüşmelerinde meydana gelen zararının tazmini yönündedir. Ayrıntılı bilgi için bk. *Larenz*, Karl: Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. I Allgemeiner Teil, 14. Aufl., München 1987, s. 107; *Medicus*, Dieter: Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, 17. Aufl., München 2006, s. 46 vd.; *Eren*, s. 1084; *Ulusan*, Culpa, s. 286, 287.

⁴⁰⁸ Çeşitli tanımlar için bk. *Larenz*, s. 106; *Ulusan*, Culpa, s. 287; *Eren*, s. 1083; *Serozan*, İfa, s. 250; *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop*, s. 976; *Sungurbey*, Ayfer K.: Yetkisiz Temsil Özellikle Culpa in Contrahendo, İstanbul 1998, s. 99.

⁴⁰⁹ İsviçre Federal Mahkemesi'nin içtihatlarında da bir istikrar gözlenmemektedir. Mahkeme verdiği bir kararda haksız fiil sorumluluğu ararken (BGE 80 II 38), diğer kararında sözleşmenin ihlâline ilişkin hükümlere başvurmuş (BGE 68 II 303), bunun nedenini sözleşme tarafları arasında oluşan yüksek özen yükümlüne bağlamıştır. Ancak daha sonraki bir kararında bu soruyu cevapsız bırakmış, uygulanacak hükmün somut olayın özelliklerine göre belirlenmesi gerektiğini ifade etmiş (BGE 101 II 266), haksız fiil sorumluluğuna hükmetmiştir. Bk. *Guhl*, Theo/ *Koller*, Alfred/ *Schwyder*, Anton K./ *Druey*, Jean N.: Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Aufl., Zürich 2000, § 13 N. 5.

⁴¹⁰ Bu görüşü savunan yazarlar için bk. *Ulusan*, Culpa, s. 301 – 304.

bir sözleşme ilişkisinin kurulmamış olmasıdır. Üzerinde görüşülen sözleşme ileride kurulsa bile bu durum sözleşme görüşmeleri sırasında oluşan kusurla bağlantılı değildir⁴¹¹.

Kimi yazarlarsa⁴¹², sözleşme görüşmeleri sırasındaki sorumluluğun, sözleşme ya da sözleşme benzeri bir sorumluluk olduğunu ileri sürmüşlerdir. Bu yazarlara göre, taraflar sözleşme görüşmelerine başladıkları anda, aralarında hukukî bir ilişki oluşmaktadır. Bu ilişki temelini MK m. 2 dürüstlük kuralında bulur. Görüşmeler sırasında kurulan ilişki nedeniyle tarafların birbirlerine karşı özen gösterme, koruma ve aydınlatma yükümlülükleri doğar. Kusuru ile bu yükümlülükleri ihlâl eden kimse, mevcut bir hukukî ilişkinin var olması nedeniyle sözleşme hükümlerine göre sorumlu olmalıdır.

Doktrinde, karma görüşü savunanlarsa⁴¹³, haksız fiil ve sözleşme sorumluluğuna gidilmesini reddetmekte, sözleşme görüşmeleri sırasında oraya çıkan sorumluluğun güven ilişkisinden kaynaklanan bir sorumluluk olduğunu ifade etmektedir.

Sözleşme görüşmeleri sırasında ticarî sırrın ihlâli bakımından, doktrinde hakim görüşün kabul edilmesi ve sözleşme sorumluluğuna ilişkin hükümlerin uygulanması isabetli olacaktır. Zira taraflar güven ilişkisi içinde birbirlerine ticarî sırlarını açıklamaktadırlar. Söz konusu aşamada taraflar arasında meydana gelen güven ilişkisi bir hukukî ilişkidir. Bu nedenle haksız fiil hükümlerinin bir hukukî ilişkiye uygulanması uygun düşmemektedir⁴¹⁴. Böylece, sözleşmesel sorumluluk kabul edildiğinde, Ancak, sözleşmeden doğan zararın tazminine ilişkin BK m. 125'ye göre 10 senelik zamanaşımı

⁴¹¹ Haksız fiil sorumluluğuna gidilmesi sonucu, tazminat talebi bir yıllık zaman aşımı süresine göre değerlendirilecek, kusuru ispat, zarar gören ticarî sır sahibine düşecek, görüşmeler sırasındaki zarar yardımcı kişilerin kusuru nedeniyle meydana gelmişse BK m. 55 hükümlerine başvurulacak ve sözleşmeden doğan zarara ilişkin hükümleri içeren BK m. 125 geçerli olmayacaktır.

⁴¹² *Guhl/Koller*, §13 N. 7; *Oğuzman/Öz*, s. 324; *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop*, s. 979; *Eren*, s. 1086; *Tunçomağ*, Borçlar, s. 147; *Serozan*, İfa, s. 251; *Uluslan*, Culp, s. 300; *Sungurbey*, s. 117 vd.

⁴¹³ Alman hukukunda bu görüşün savunucusu *Canaris*, sözleşme sorumluluğuna ilişkin kuralların uygulanmasının hukukî işlem ile ulaşılmak istenen sonucu açacağını belirtmiş, haksız fiil sorumluluğu ile sözleşme sorumluluğunu birleştirmenin isabetsiz olacağını, buradaki sorumluluğun güven sorumluluğu olduğunu ifade etmiştir, *Medicus*, s. 53'den naklen.

⁴¹⁴ *Eren*, s. 1086.

süresinin uygulanması ve ispat yükünün BK m. 96'daki kusur karinesinin işlemesi, ticarî sırrı ihlâl edilen sır sahibi açısından çok daha elverişli bir durum sağlayacaktır.

B - Sözleşme İlişkisi Nedeniyle Doğan Sorumluluk

Ticarî sırrın sözleşme ilişkisine ilişkin hükümler dahilinde korunmasını iki başlık altında incelemek mümkündür. Bazı sözleşmeler taraflara kanundan doğan bir sır saklama yükümlülüğü getirmekte, bazı sözleşmelere ise koyulan ek maddeler ile ticarî sırrın korunması mümkün olmaktadır. Uygulamada bazı durumlarda ise, taraflar arasında ayrı bir gizlilik anlaşması yapıldığı da görülmektedir.

1. Çeşitli Sözleşme Türlerinde Sır Saklama Yükümlülüğü

Bu kısımda konumuzla bağlantılı sözleşme türlerinde ticarî ve sır saklama yükümlülüğünün nasıl düzenlendiği kısaca incelenecektir. Sır saklama yükümlülüğü bir kişinin öğrendiği bilgileri belli bir ilişki içinde olduğu gerçek ya da tüzel kişilerin menfaatlerine zarar vermemek için açıklamama ya da kullanmama yükümlülüğü olarak tanımlanabilir⁴¹⁵.

c) Vekâlet Sözleşmesi

ii. Tanımı

Vekâlet sözleşmesinin tanımı BK m. 386'da verilmiştir. Buna göre: “Vekâlet öyle bir akittir ki onunla vekil, mukavele dairesinde kendine tahmil olunan işin idaresini veya

⁴¹⁵ İşçinin sır saklama yükümlülüğü ile ilgili tanımlar için bk. *Esener*, Turhan: İş Hukuku, B. 3, Ankara 1978, s. 157; *Turan*, Kamil: Ferdi İş Hukuku, Ankara 1993, s. 79; *Uşan*, s. 93.

tekabül eylediği hizmetin ifasını iltizam eder⁴¹⁶.” Bu hükümden vekilin işi başkasının yararına yapacağı anlaşılmaktadır.

Herhangi bir eylem veya işlem başka bir ifade ile herhangi bir iş veya hizmet, vekâlet sözleşmesinin konusu olabilecektir⁴¹⁷.

Vekâlet sözleşmesi, hizmete ilişkin diğer sözleşme türleriyle (örneğin hizmet ve istisna) karşılaştırıldığında, güvenin sözleşmenin önemli bir özelliğini oluşturduğu görülür⁴¹⁸.

Buna göre vekâlet sözleşmesini şu şekilde tanımlamak mümkündür: “Vekâlet öyle bir akittir ki, vekile müvekkilin menfaatine ve iradesine uygun sonuca yönelen bir iş görmeyi bir zaman kaydına tabi olmaksızın ve nispeten bağımsız olarak yapma borcunu, sonucun elde edilmemesi rizikosu ona ait olmak üzere yükler⁴¹⁹.”

iii. Vekâlet sözleşmesinde sır saklama yükümlülüğü

BK m. 390/II’de vekilin iş görmesinde özen borcu düzenlenmiştir. Bu hükme göre, “vekil müvekkile karşı vekâleti hüsnü suretle ifa ile mükelleftir.” Burada ifade edilen hüsnü suretle ifayı, ifanın sadakat ve özenle gerçekleştirileceği şeklinde anlamak gerekir⁴²⁰.

⁴¹⁶ “Mehaz metin olan OR. Art. 394’ün daha doğru tercümesinin şu şekilde yapılması gerekirdi: Bir vekâletin kabulüyle vekil kendisine verilen işleri ya da hizmetleri akit uyarınca görme borcu altına girer”, *Yavuz*, Cevdet: Türk Borçlar Kanunu Özel Hükümler, B. 7, İstanbul 2007, s. 607.

⁴¹⁷ *Bilge*, Necip: Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri, Ankara 1971, s. 285.

⁴¹⁸ *Bilge*, N., s. 286.

⁴¹⁹ *Tandoğan*, Halûk: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C. II, B. 4, İstanbul 1989, s. 356; vekâlet sözleşmesine ilişkin tanımlar için bk. *Özkaya*, Eraslan: Vekâlet Sözleşmesi ve Hakkın Kötüye Kullanılması, Ankara 1997, s. 20, *Yavuz*, s. 608; *Gümüş*, Alper M.: Türk - İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu, İstanbul 2001, s. 11, 12.

⁴²⁰ *Tandoğan*, C. II, s. 407; *Yavuz*, s. 650.

Sadakat borcu, vekâletin ifası sırasında ve vekâlet sözleşmesi sona erdiğinde, vekile duyulan güvene uygun olarak, vekilin bu yönde hareket etmesi ve müvekkilin menfaatlerini kendi menfaatleri gibi görmesi yükümlülüğü olarak tanımlanabilir⁴²¹.

Sadakat yükümlülüğünün bir başka görünümü ise sır saklama yükümlülüğüdür⁴²². Kanunun açık bir düzenlemesi olmamakla beraber, karşılıklı güven ilişkisinin bir sonucu olarak vekil, vekâletin icrası sırasında öğrendiği, müvekkile ait sırları saklamakla yükümlüdür⁴²³. Örneğin banka personelinin, banka müşterileri ile olan ilişkisinde ortaya çıkan müşteri sırlarını koruması gerekmektedir.

Sır saklama yükümlülüğü, vekâletin nasıl yerine getirileceği konusunda sözleşmede açık bir hüküm bulunmasa ya da müvekkilin bu konuya ilişkin bir talimatı olmasa da, zorunlu olarak ortaya çıkar⁴²⁴. Özen yükümü bir işin görülmesinden sonra sona erse de, sadakat yükümlülüğünden doğan sır saklama borcu, işin görülmesinden sonra da devam eder⁴²⁵.

b) Hizmet Sözleşmesi

i. Tanımı

BK m. 313’de hizmet sözleşmesinin tanımı yapılmıştır. Buna göre “ hizmet akdi bir mukaveledir ki onunla işçi muayyen veya gayrı muayyen bir zamanda hizmet görmeyi, iş sahibi dahi bir ücret vermeyi taahhüt eder⁴²⁶. ”

⁴²¹ Tandoğan, C. II, s. 407.

⁴²² Tandoğan, C. II, s. 406; Yavuz, s. 651.

⁴²³ Bilge, N., s. 293.

⁴²⁴ Tandoğan, C. II, s. 408.

⁴²⁵ Tandoğan, C. II, s. 409.

⁴²⁶“Hizmet akdini diğer akitlerden ayıran asıl kıtas tabiiyet rabıtası tarif içinde yer almamaktadır” bk. Reisoğlu, Seza: Hizmet Akdi: Mahiyeti – Unsurları – Hükümleri, Ankara 1968, s. 38.

Kanun bu tanımla taraflar arasındaki ast – üst ilişkisine değil, zaman unsuruna önem vermektedir⁴²⁷. Tarafların hizmet sözleşmesi ile bağlı bulundukları zaman belirli ya da belirsiz olabilecektir.

Hizmet sözleşmesinin tanımı şu şekilde verilebilir: “Hizmet akdi öyle bir akittir ki işçi bir ivaz mukabilinde muayyen veya gayri muayyen bir zaman için iş gücünü işverenin emrine tahsis ve onun direktifleri altında işi ifa etmeyi taahhüt eder⁴²⁸.”

ii. Hizmet sözleşmesinde sır saklama yükümlülüğü

Hizmet sözleşmelerinde, sır saklama yükümünün esas kaynağı olan sadakat yükümüne ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Kanunda açıkça belirtilmese de işçi – işveren arasındaki sıkı bağlılığa ve güven ilişkisine dayalı bu sözleşme türünde, işçinin işletmeye ait sırları saklaması ve sözleşme süresi içinde iş sahibi ile rekabet oluşturacak hareketlerde bulunmaması gibi iyiniyet esaslarına dayanan bir borcu olduğu kabul edilmelidir⁴²⁹. İşçinin sadakat borcunun konusunu, işverenin menfaatlerini korumak ve işverenin menfaatlerine zarar verecek her türlü davranıştan kaçınmak oluşturur⁴³⁰.

İşçinin sadakat borcu bir yan borç niteliinde olup MK m. 2 çerçevesinde değerlendirilmelidir⁴³¹.

⁴²⁷ Bilge, N., s. 206.

⁴²⁸ Reisoğlu, s. 39.

⁴²⁹ Bilge, N., s. 218; Zevkliler, Aydın: Borçlar Hukuku: Özel Borç İlişkileri, B. 7, Ankara 2002, s. 312; “Ancak işçi işveren arasındaki ilişkinin sadece bir borçlar hukuku ilişkisi olmadığı, işin mahiyetine göre işçi işveren arasındaki sıkı şahsi bağların da olduğu zamanla tespit edilmiştir. Alman Federal İş Mahkemesi, iş münasebetinin şüphesiz bir eda ile karşı edayı ihtiva ettiğini, fakat akdın mahiyeti icabı sırf borçlar hukukuna ait edaların değiştirilmesi münasebeti olmadığını, bilakis işçi ile işveren arasında yardım ve sadakate dayanan bir şahsî bağlılığın meydana geldiğini müteaddit defalar ifade etmiştir” Reisoğlu, s. 158.

⁴³⁰ Yavuz, s. 456; Ertuş, s. 20.

⁴³¹ Akın, Yusuf Murat: Şirketler Hukukunda ve Özellikle A.Ş. lerde Pay Sahibinin Sadakat Borcu, İstanbul 2002, s. 24.

İşçi, iş ilişkisinde bulunduğu işverenin kendisine öğrettiği gizli bilgiyi yanında, kendi kendine öğrendiği gizli bilgiyi de saklamak zorundadır. İşçi tarafından, hukuka ve ahlaka aykırı şekilde öğrenilen sırlar da korunmalıdır⁴³².

c) Know – How Sözleşmesi

i. Genel olarak know – how kavramı

Know – how sözleşmesinin tanımını vermeden önce know – how kavramını açıklamakta fayda vardır. İlk olarak Anglo – Sakson hukukunda gelişim gösteren know – how, İngilizce’de beceri, marifet, hüner anlamına gelen “skill” teriminden ortaya çıkmıştır⁴³³. Know – how kavramının ticarî sır açısından önemi büyüktür. Bunun nedeni know – how’ın bir ticarî sır olmasından kaynaklanmaktadır. Doktrinde her ne kadar bu kavrama bazı yazarlarca ticarî sırrı da kapsayan geniş bir anlam yüklenmiş⁴³⁴ ya da ticarî sırla aynı anlam⁴³⁵ verilmiş olsa da, know – how yalnızca işletmenin teknik bilgi ve deneyimlerini içeren bir kavram olarak nitelendirilmeli ve ticarî sırrın bir kolu olan işletme sırlarına dahil edilmelidir⁴³⁶. Bunun nedeni, know- how’ın sınaîye ilişkin sırları içermesidir. Başka bir ifade ile know – how teknik sırlarla ilgilidir. Sınaî kelime anlamıyla sanayi ile ilgili⁴³⁷ anlamına gelmektedir; sanayide kullanılan üretim, pazarlama ve organizasyona ilişkin bilgidir. Hâlbuki ticarî sır sanayiye ilişkin sırları da aşan, büyük bir sır grubunu oluşturmaktadır⁴³⁸.

⁴³² Uşan, s. 95; Reisoğlu, s. 157, Yazar sadakat borcunun sözleşme ile ortadan kaldırılabileceği görüşündedir. Ancak bu görüşün, güvene dayalı hizmet sözleşmelerinin doğasına aykırı olduğu söylenebilir.

⁴³³ Kırca, Know – How Sözleşmesi, s. 243.

⁴³⁴ Bu yönde bk. Gürzumar, s. 82; Kırca, Know – How Sözleşmesi, s. 245; Öğüz, Tufan: Know – How Sözleşmesi, İstanbul 2001.

⁴³⁵ Doktrindeki örnekler için bk. Öğüz, s. 7.

⁴³⁶ Pfister, s. 7, 8;

⁴³⁷ Türk Dil Kurumu Türkçe Sözlük,

<http://www.tdk.gov.tr/tdksozluk/sozbul.asp?kelime=s%FDnai&submit1=Ara>, (29.05.2006).

⁴³⁸ Bk. 1. Bölüm/§ 1/III/E.

Buradan hareketle know – how’ı, “sınai alanda özellikle ticarî ve ekonomik faaliyetlerde kullanılan, genellikle gizli olmakla birlikte, böyle bir nitelik taşıması zorunlu olmayan ve bir patent ile korunmamış bulunan, teknik veya işletme ile ilgili bilgi ve tecrübeler olarak⁴³⁹” tanımlayabiliriz.

ii. Know – how sözleşmesinin tanımı ve know – how sözleşmesinde sır saklama yükümlülüğü

Kanunda düzenlenmemiş isimsiz bir sözleşme⁴⁴⁰ olan know – how ile know – how veren belli bir know – how’ı açıklama ve kullanımına izin verme yükümlülüğü altına girerken, know –how alan açısından bunun karşılığı olarak belli bir bedel ödeme borcu doğar⁴⁴¹.

Know – how sözleşmelerinde, hem know – how veren hem de know – how alan açısından bir sır saklama yükümlülüğü söz konusudur.

Know – how verenin, know – how sözleşmelerinde, gerekli bilgileri know – how alana verme ve bu bilgilerden yararlanabilmesi için gereğini yapma borcu söz konusudur⁴⁴². Bu borcun bir başka görünüm şekli ise sır saklama yükümlülüğüdür. Bunun nedeni özellikle inhisarî know – how sözleşmelerinde⁴⁴³ know – how verenin, know – how sözleşmesi konusunu kullanmama, know – how alandan başkasına devretmeme ve bu bilgileri saklama yükümlülüğü altına girmesidir⁴⁴⁴.

⁴³⁹ *Kırca*, Know – How Sözleşmesi, s. 245; doktrindeki diğer tanımlar için bk. *Gürzumar*, s. 81, *Baş*, Mustafa: Teknik Bilgi Lisans Sözleşmesi, Ankara 2000, s. 33; *Öğüz*, s. 5 vd.; *Erbay*, s. 79.

⁴⁴⁰ *Kırca*, Know – How Sözleşmesi, s. 254; *Erbay*, s. 135.

⁴⁴¹ *Kırca*, Know – How Sözleşmesi, s. 251, *Erbay*, s. 67.

⁴⁴² *Akyol*, Şener: Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri), Know – How, Management – Joint Venture ve Büyük Çaplı İnşaat Sözleşmeleri, İstanbul 1997, s. 9; *Kırca*, Know – How Sözleşmesi, s. 252; *Öğüz*, s. 90.

⁴⁴³ İnhisari know – how sözleşmelerinde, know – how veren, sözleşme süresince know – how konusunu kendi kullanamaz ve üçüncü kişilere de kullandırmaz.

⁴⁴⁴ *Kırca*, Know – How Sözleşmesi; s. 252; *Öğüz*, s. 90.

Sır saklama yükümlülüğünün bir başka görünümü ise know – how verenin inhisarî ve basit know – how sözleşmelerinde⁴⁴⁵, sözleşme süresi boyunca, know – how sözleşmesi konusuyla ilgili patent başvurusunda bulunamamasıdır⁴⁴⁶.

Know – how verenin sır saklama yükümlülüğü, doğrudan sözleşmeye koyulacak bir hükümle doğabileceği gibi, hal ve şartlara göre MK m. 2 dürüstlük kuralı gereğince de ortaya çıkabilir⁴⁴⁷.

Know – how alanın sır saklama yükümlülüğü, know – how sözleşmesinde önemli bir yer tutar. Know – how alanın sır saklama yükümlülüğü hem basit hem inhisarî know – how sözleşmeleri için geçerlidir. Sır saklama yükümlülüğünün temeli, sır teşkil eden gizli know – how’ın, know – how veren açısından ekonomik değer taşımasıdır. Bu ekonomik değerın kaynağı da know – how’ın sır olmasından kaynaklanmaktadır⁴⁴⁸.

Know – how alanın sır saklama yükümlülüğü, ayrı bir gizlilik anlaşmasıyla sağlanabilir. Herhangi bir anlaşma bulunmadığında, sır saklama yükümlülüğünün sözleşme görüşmeleri sırasında oluşan güven ilişkisinin bir sonucu olarak dürüstlük kuralından (MK m. 2) kaynaklanabileceği de kabul edilmelidir⁴⁴⁹.

Know – how alanın, know – how konusuna ilişkin sınaî bir hak başvurusunda bulunması da sır saklama yükümlülüğüne aykırı bir davranış teşkil edecektir⁴⁵⁰.

⁴⁴⁵ Basit know – how sözleşmesinde know – how veren, know – how konusunu hem kendisi kullanır hem de üçüncü kişilere de kullanabilir.

⁴⁴⁶ Kırca, Know – How Sözleşmesi, s. 252; Ögüz, s. 90.

⁴⁴⁷ Ögüz, s. 91.

⁴⁴⁸ Ögüz, s. 99; Erbay, s. 230, Yazar, know – how alanın sır saklama yükümlülüğünün varlığının know – how sözleşmesinin basit ya da inhisarî olmasına ve bedelin belirlenme şekline göre belirleneceğini ifade etmiş, basit know – how sözleşmelerinde, bedelin belirlenmesinden bağımsız bir sır saklama yükümlülüğü olduğunu, ancak bedelin götürü olarak tespit edildiği inhisarî know – how sözleşmelerinde, know – how alanın sır saklama yükümlülüğünün olmadığını belirtmiştir.

⁴⁴⁹ Kırca, Know – How Sözleşmesi, s. 253; Ögüz, s. 99; Erbay, s. 230.

⁴⁵⁰ Ögüz, s. 100; Erbay, s. 231.

d) Franchise Sözleşmesi

i. Tanımı

Üretilen malların pazarlanması ve dağıtımında çok etkili bir yöntem olan franchising, piyasaya daha az para ve zaman harcayarak girmek isteyen tacir için pek çok sektörde yaygın olarak kullanılmaktadır⁴⁵¹. “Franchising, malların ve/veya teknolojinin pazarlandığı, franchise verenin kendi anlayışına uygun olarak işini yürütmek için franchise alana sözleşme ile imtiyaz verdiği, hukuksal ve malî ayrılığı olan bağımsız işletmeler arasında yakın ve sürekli işbirliğine dayanan bir sistemdir⁴⁵².”

Franchise sözleşmesi için kanunî bir düzenleme bulunmamaktadır. Süreklilik arz eden, çerçeve sözleşme⁴⁵³ niteliğinde olan franchise sözleşmelerine ilişkin doktrinde çeşitli tanımlar yapılmıştır⁴⁵⁴.

Franchise sözleşmesi “franchise – verenin, kendisine ait üretim, işletme pazarlama sistemi oluşturan fikrî ve sınaî unsurlar üzerinde franchise – alana kullanma hakları tanıyarak onu kendi işletme organizasyonuna entegre etmek ve onu bu sisteme dayanan ticarî faaliyeti sırasında devamlı olarak destekleme borcu altına girdiği; franchise alanın ise, hem bu sisteme dâhil mal veya hizmetlerin sürümünü kendi nam ve hesabına yapmayı ve desteklemeyi, hem de franchise verene belli bir ücret ödemeyi taahhüt ettiği; sürekli bir borç ilişkisi kuran, kanunda düzenlenmemiş ve tam iki tarafa borç yükleyen bir çerçeve sözleşmedir⁴⁵⁵.”

⁴⁵¹ *Gürzumar*, s. 6.

⁴⁵² *Saban*, Nihal: Franchising ve Vergilendirme, İstanbul 1997, s. 1; Franchising’in özellikleri için bk. *Gürzumar*, s. 6.

⁴⁵³ Çerçeve sözleşme taraflar arasındaki temel yükümlülüklerin özünü içeren sürekli bir sözleşmedir. Taraflara iktisadî olarak tamamlayıcı olan diğer sözleşmeleri yapma hakkını verir ve borcunu yükler. Çerçeve sözleşme taraflar arasında sürekli bir ilişki kurar. Bk. *Kırca*, Çiğdem: Franchise Sözleşmesi, Ankara 1997, s. 22; *Gürzumar*, s. 28.

⁴⁵⁴ Alman ve İsviçre doktrinindeki tanımlar için bk. *Kırca*, Franchise, s. 16 – 20; *Topçuoğlu*, Metin: “Franchise Sözleşmesinde Bağlayıcı Kayıtlar ve Rekabet Hukuku”, *Batider* 2003, C. XXII, S. 1, s. 114.

⁴⁵⁵ *Gürzumar*, s. 10.

ii. Franchise sözleşmesinde sır saklama yükümlülüğü

Franchise sözleşmelerinde sır saklama yükümlülüğünü franchise – veren ve franchise – alan açısından ayrı ayrı incelenmelidir. Zira konumuz açısından da önem teşkil eden ve bir ticarî sır olan know – how’ın aktarımına ilişkin kayıtların franchise sözleşmelerinin pek çoğunda yer aldığı görülmektedir⁴⁵⁶. Bunun sonucu olarak franchise – veren için de sır saklama yükümlülüğü doğmaktadır.

aa. Franchise – alanın sır saklama yükümlülüğü

Franchise sözleşmelerinde franchise – alanın sır saklama yükümlülüğü oldukça önemlidir. Sadakat yükümlülüğünün bir sonucu olarak ortaya çıkan sır saklama yükümlülüğü⁴⁵⁷, pek çok franchise sözleşmesinde açıkça düzenlenmektedir. Sözleşmede düzenlenmediği durumlarda bir yan borç olarak varlığı kabul edilmelidir⁴⁵⁸.

Bu noktada bahsedilmesi gereken başka bir husus ise franchise ve aşağıda inceleneceği üzere⁴⁵⁹ tek satıcılık sözleşmeleri gibi dağıtım sözleşmelerini kapsamına alan ve sözleşme sonrası rekabet yasağı açısından da önem taşıyan, dikey anlaşmaların 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un (RKK) 4. maddesi⁴⁶⁰ hükümlerinin

⁴⁵⁶ *Gürzumar*, s. 101.

⁴⁵⁷ Franchise alanın sır saklama borcu, gerek sözleşme gereği, gerek kullanma hakkı kazandığı üretim, işletme ve pazarlama sisteminde yer alan gizli know –how için söz konusudur. *Gürzumar*, s. 135.

⁴⁵⁸ *Gürzumar*, s. 163.

⁴⁵⁹ 2. Bölüm/ §2/ II/ B/1/e.

⁴⁶⁰ “Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma Uyumlu Eylem ve Kararlar” başlıklı 4. madde hükmü şöyledir: “Belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemleri hukuka aykırı ve yasaktır.

Bu haller, özellikle şunlardır:

a) Mal veya hizmetlerin alım ya da satım fiyatının, fiyatı oluşturan maliyet, kâr gibi unsurlar ile her türlü alım yahut satım şartlarının tespit edilmesi,

b) Mal veya hizmet piyasalarının bölüşülmesi ile her türlü piyasa kaynaklarının veya unsurlarının paylaşılması ya da kontrolü,

c) Mal veya hizmetin arz ya da talep miktarının kontrolü veya bunların piyasa dışında belirlenmesi,

d) Rakip teşebbüslerin faaliyetlerinin zorlaştırılması, kısıtlanması veya piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerin boykot ya da diğer davranışlarla piyasa dışına cıkartılması yahut piyasaya yeni gireceklerin engellenmesi,

uygulanmasından grup olarak muaf tutulmasının koşullarını düzenleyen Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'dir⁴⁶¹ (No: 2002/2). Bu Tebliğ'e konu dikey anlaşmaların tanımı "üretim veya dağıtım zincirinin farklı seviyelerinde faaliyet gösteren iki ya da daha fazla teşebbüs arasında belirli mal veya hizmetlerin alımı, satımı veya yeniden satımı amacıyla yapılan anlaşmalar" olmak üzere m. 2/I'de verilmiş; aynı hükümde dikey anlaşmaların, söz konusu Tebliğ'de belirtilen koşulları taşıması kaydıyla, RKK m. 4'de yer alan yasaklamadan, RKK m. 5/III'e⁴⁶² dayanılarak grup olarak muaf tutulduğu belirtilmiştir.

Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'nin, ikinci maddesinin ikinci fıkrası dikey anlaşma niteliğindeki franchise sözleşmelerinde, know – how'ın devri ya da kullanılması açısından önem taşımaktadır. Tebliğ m. 2/II'de, mal ve hizmetlerin alımı, satımı veya yeniden satımına ilişkin düzenlemelerle birlikte, fikrî hakların devri veya kullanımıyla ilgili hükümler içeren dikey anlaşmaların da Tebliğ kapsamında yer alacağını belirtmektedir. Fikrî hakların kullanımına ilişkin kayıtlar içeren dikey anlaşmalara verilebilecek en önemli örneklerden bir tanesi de franchise sözleşmeleridir⁴⁶³. Her ne kadar, Tebliğ m. 3/e'de fikrî hakların, sınaî hakları, eser sahibinin haklarını ve komşu

e) Münhasır bayilik hariç olmak üzere eşit hak, yükümlülük ve edimler için eşit durumdaki kişilere farklı şartların uygulanması,

f) Anlaşmanın niteliği veya ticarî teamüllere aykırı olarak, bir mal veya hizmet ile birlikte diğer mal veya hizmetin satın alınmasının zorunlu kılınması veya aracı teşebbüs durumundaki alıcıların talep ettiği bir malın ya da hizmetin diğer bir mal veya hizmetin de alıcı tarafından teşhiri şartına bağlanması ya da arz edilen bir mal veya hizmetin tekrar arzına ilişkin şartların ileri sürülmesi, Bir anlaşmanın varlığının ispatlanamadığı durumlarda piyasadaki fiyat değişimlerinin veya arz ve talep dengesinin ya da teşebbüslerin faaliyet bölgelerinin, rekabetin engellendiği, bozulduğu veya kısıtlandığı piyasalardakine benzerlik göstermesi, teşebbüslerin uyumlu eylem içinde olduklarına karine teşkil eder.

Ekonomik ve rasyonel gerçeklere dayanmak koşuluyla taraflardan her biri uyumlu eylemde bulunmadığını ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilir."

⁴⁶¹ RG, 14.7.2002, S: 24815.

⁴⁶² RKK m. 5/III: "Kurul, birinci fıkrada gösterilen şartların gerçekleşmesi halinde, belirli konulardaki anlaşma türlerine bir grup olarak muafiyet tanınmasını sağlayan ve bunların şartlarını gösteren tebliğler çıkarılabilir."

⁴⁶³ Gürzumar, Osman: "2002/2 Sayılı Rekabet Kurulu Tebliği Çerçevesinde Dikey Anlaşmalar", Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu – I, Kayseri 2003, s.114.

haklarını ifade ettiği hükme bağlanmışsa da, know – how’ın sınaî haklar içinde kabul edilmesi gerektiği belirtilmiştir⁴⁶⁴.

Rekabet yasağını düzenleyen m. 5/a ve b’ye göre ise “alıcıya getirilen belirsiz süreli veya süresi beş yılı aşan rekabet etmeme yükümlülüğü” ile “anlaşmanın sona ermesinden sonraki döneme ilişkin olarak, alıcıya getirilen mal ya da hizmet üretmesini, satın almasını, satmasını ya da yeniden satmasını yasaklayan doğrudan doğruya ya da dolaylı herhangi bir yükümlülük” eğer bir dikey anlaşmada yer alıyorsa, bu Tebliğ ile tanınan muafiyetten yararlanamaz. “Ancak yasaklamanın, anlaşma konusu mal ya da hizmetlerle rekabet halindeki mal ve hizmetlere ilişkin olması, anlaşma süresince alıcının faaliyette bulunduğu tesis ya da arazi ile sınırlı olması ve sağlayıcı tarafından alıcıya devredilen know-how’ı korumak için zorunlu olması koşullarıyla, alıcıya, anlaşmanın sona ermesinden itibaren bir yılı aşmamak kaydıyla rekabet etmeme yükümlülüğü getirilebilir. Kamuya mal olmamış know-how’ın kullanılması ve açıklanmasına ilişkin süresiz yasaklama hakkı saklıdır” (Tebliğ m. 5/b p. 2).

Buna bağlı olarak franchise sözleşmelerinde, franchise veren ile franchise alan arasındaki anlaşmanın konusunun mal ve hizmetlerle ilişkili olması, anlaşma süresince franchise alanın faaliyette bulunduğu tesis ya da arazi ile sınırlı olması ve sağlayıcı tarafından franchise alana devredilen know – how’ı korumak için zorunlu olması şartıyla, sözleşmenin sona ermesinin ardından bir yılı aşmamak üzere, franchise alana rekabet etmeme yükümlülüğü getirilebilir. Bunun yanı sıra, gizli bir know – how, başka bir ifade ile ticarî sır söz konusu olduğunda ise, gizliliğin devamı açısından know how’ın kullanımına ve açıklanmasına ilişkin süresiz olarak yasaklar içeren kayıtların getirilmesi mümkündür.

⁴⁶⁴ Guidelines on Vertical Restraints, OJ, 2000/C 291/1, p. 37; *Gürzumar*, Dikey Anlaşma, s. 111.

Sonuç olarak franchise – alanın sır saklama yükümlülüğü, franchise – verenin sadece kendisine vermiş olduğu üretim, işletme, pazarlama sistemine ilişkin gizli bilgilerle sınırlı kalmamalı bunun yanında franchise – alanın bu konuya ilişkin kendiliğinden öğrendiği gizli bilgileri de kapsamalıdır⁴⁶⁵.

bb. Franchise - verenin sır saklama yükümlülüğü

Franchise – verenin, gayri maddî malları franchise – alanın kullanımına sunma ve bunlardan yararlandırma yükümlülüğü⁴⁶⁶ altında inceleyebileceğimiz sır saklama borcu, esas olarak franchise – verenin gizli know – how’ı lisans sözleşmesi yoluyla kullandırmasıyla ortaya çıkar. Lisans sözleşmesi lisans – verenin kendisine ait gayri maddî malları, lisans – alana kullandırma borcu altına girdiği, lisans – alanın da bunun karşılığında belli bir ücret ödemekle yükümlü olduğu isimsiz sözleşmedir⁴⁶⁷. Sözleşmenin konusunu oluşturan gizli know – how kullanım hakkı belirli bir süre için ya da bir süre sınırlaması olmaksızın verilebilir⁴⁶⁸. Lisans sözleşmeleri basit ve inhisarî lisans sözleşmeleri olmak üzere ikiye ayrılır. İnhisarî lisans sözleşmelerinde lisans – veren, gayri maddî malın kullanılmasını sağlarken aynı zamanda kendisinin ya da üçüncü kişilerin bundan yararlanmayacağını taahhüt eder; basit lisans sözleşmelerinde ise sadece bu gayri maddî malın kullandırılması borcu altına girer⁴⁶⁹.

⁴⁶⁵ Gürzumar, s. 164.

⁴⁶⁶ Gürzumar, s. 90, Yazar bu borcun, franchise alanın söz konusu sistem içinde yer alan gayri maddî mallardan yararlanması için gerekli olan hukukî ve fiili zeminin sağlanması yükümünü ifade ettiğini belirtmektedir.

⁴⁶⁷ Ortan, Ali N.: Patent Lisansı Sözleşmesi, Ankara 1979, s. 16.

⁴⁶⁸ Baş, s. 55.

⁴⁶⁹ Gürzumar, s. 93; Kırca, Franchise, s. 82.

Bu açıklamalar ışığında franchise – veren sözleşmeye konu gizli know – how’ın sır özelliğini korumak amacıyla her türlü önlemi almak, sırrın aleni hale getirecek davranışlardan kaçınmak durumundadır⁴⁷⁰.

e) Tek Satıcılık Sözleşmesi

i. Tanımı

Tek satıcılık sözleşmesinin taraflarını, yapımcı ile tek satıcı oluşturmaktadır⁴⁷¹. Tek satıcılık sözleşmesinin en önemli unsurları, tek satıcının kendi adına ve hesabına hareket etmesi ve yapımcı tarafından tek satıcıya belirli bir bölgede satış tekeli tanınmasıdır⁴⁷². Bu unsurlardan hareketle, özel bir hukukî düzenlemeye tabi bulunmayan, “sui generis” bir sözleşme⁴⁷³ olan tek satıcılığın tanımı şöyle verilebilir⁴⁷⁴:

“Yapımcı ile tek satıcı arasındaki hukukî ilişkileri düzenleyen çerçeve niteliğinde, sürekli öyle bir sözleşmedir ki, bununla yapımcı, mamullerinin tamamını veya bir kısmını belirli bir coğrafi bölgede inhisarî olarak satmak üzere sadece tek satıcıya göndermeyi, buna karşılık tek satıcı da, sözleşme konusu malları kendi adına ve kendi hesabına satarak bu malların sürümünü arttırmak için faaliyette bulunmak yükümlülüğünü üstlenir.”

⁴⁷⁰ Gürzumar, s. 123; Kırca, Franchise, s. 135.

⁴⁷¹ Bazı şartlarda tek satıcılık sözleşmesini ürünlerin ana dağıtıcısı ya da sağlayıcısı yapabilmektedir. Bk. İnan, Nurkut: “Tek Satıcılık Sözleşmesi ve Üçüncü Kişiler”, Batider 1993, C. XVII, S. 2, s. 57; ayrıca bk. Erdem, Ercüment: “Tek Satıcılık Sözleşmesinde Denkleştirme Talebi”, Ünal Tekinalp’e Armağan, C. I, İstanbul 2003, s. 93.

⁴⁷² Tek satıcılık sözleşmesinin diğer unsurları ise süreklilik taşıyan bir çerçeve sözleşmenin bulunması ile tek satıcının pazarlama, satış ve sürümü artırma faaliyetinde bulunma borcudur. Tek satıcılık sözleşmesinin unsurları hakkında ayrıntılı bilgi için bk. Yavuz, s. 29 – 31; İşgüzar, Hasan: Tek Satıcılık Sözleşmesi, Ankara 1989, s. 14 – 19; Tandoğan, Halûk: “Tek Satıcılık Sözleşmesi”, Batider 1982, C.XI, S. 4, s. 2 – 6; İnan, s. 58, 59.

⁴⁷³ Bk. İşgüzar, s. 28; Erdem, s. 93.

⁴⁷⁴ İşgüzar, s. 14; tek satıcılık sözleşmesine ilişkin tanımlar için bk. Tandoğan, Tek Satıcılık Sözleşmesi, s. 1; Yavuz, s. 29; Erdem, s. 93; İnan, s. 57.

ii. Tek satıcılık sözleşmesinde sır saklama yükümlülüğü

Tek satıcılık sözleşmesinde tek satıcı, sözleşme ilişkisi sırasında ve sözleşme ilişkisi sona erdikten sonra, yapımcının ticarî sırlarını saklamakla yükümlüdür⁴⁷⁵. Bu yükümlülüğün dayanağını yapımcı ile tek satıcı arasındaki güven ilişkisi oluşturmaktadır. Sır saklama yükümlülüğünün iki görünümü söz konusudur. Bunlardan ilki tek satıcının, yapımcıya ait ticarî sırları kendi yararına kullanmaması, ikincisi ise üçüncü kişilere açıklamamasıdır⁴⁷⁶.

Bunun yanında tek satıcılık sözleşmesinin bir dağıtım anlaşması olması nedeniyle şartları gerçekleştiği takdirde, Dikey Anlaşmalara İlişkin Tebliğ'in sağladığı grup muafiyetinden yararlanır. Bu Tebliğ'in 5. maddesi alıcının (tek satıcının) rekabet etmeme yükümlülüğüne ilişkin bazı kayıtların muafiyet kapsamında değerlendirilmeyeceğini düzenlerken, gizli know – how'ı bu kapsamın dışında tutmuş ve gizli know – how'ın kullanılması ve açıklanmasına ilişkin alıcıya süresiz yasak getirilebileceğini belirtmiştir (Tebliğ m. 5/b p.2).

Tek satıcının sır saklama yükümlülüğünü ihlâl etmesi durumunda yapımcı, tek satıcılık sözleşmesini haklı nedenlere dayanarak feshedebileceği gibi, zararının tazminini de talep edebilecektir⁴⁷⁷.

⁴⁷⁵ *İşgüzar*, s. 82, Yazar, sır saklama yükümlülüğünün sözleşmenin sona ermesinden sonra da devam etmesinin, tek satıcılık sözleşmesinin “sürekli borç ilişkisi” niteliğine uygun düştüğünü belirtmektedir.

⁴⁷⁶ *İşgüzar*, s. 82.

⁴⁷⁷ *İşgüzar*, s. 82; *Tandoğan*, Tek Satıcılık Sözleşmesi, s. 21.

f) Banka Kredi Sözleşmesi

i. Tanımı

Banka kredi sözleşmesi⁴⁷⁸, krediyi veren banka ile kredi müşterisi arasında kurulan sözleşmedir. Doktrinde bu sözleşmelerin, karşılıklı güven ilişkisine dayanan, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler olduğu belirtilmektedir⁴⁷⁹. Banka kredi sözleşmeleri, önceden müşterilerle müzakere edilmeksizin tek taraflı olarak bankalarca hazırlanan belirli bir formdaki sözleşme şartlarını içermesi nedeniyle “standart sözleşmeler” olarak nitelendirilmektedir⁴⁸⁰. Böylece müşterilere ilgili sözleşme hükümlerini kabul etme ya da kredi taleplerinden vazgeçme seçenekleri tanınmaktadır.

Bu açıklamalar ışığında banka kredi sözleşmelerini, “kredi veren bankanın, kredi müşterisine belirli bir limit dahilinde ve belirli veya belirsiz bir zaman süreci içinde birtakım şartlarla nakdî veya gayrınakdî kredi kullandırmayı; kredi müşterisinin de borcunu, faiz, komisyon ve diğer yasal giderlerle birlikte vadesinde geri ödemeyi taahhüt ettiği bir çerçeve sözleşme⁴⁸¹” olarak tanımlayabiliriz.

ii. Banka kredi sözleşmesinde sır saklama yükümlülüğü

Bankanın kredi vermesi için müşteri hakkında çeşitli bilgilere sahip olması gereklidir. Zira, banka ancak müşterinin malî durumuna ilişkin bilanço, kâr ve zarar hesapları ile malî cetvelleri gibi unsurların incelenmesi sonucunda, kredi için sağlıklı bir değerlendirme

⁴⁷⁸ Doktrinde “kredi sözleşmesi” yerine, “kredi açma sözleşmesi” terimini tercih edenler de vardır. Bk. *Tekinalp*, Banka, s. 352. Yazar, kredi açma sözleşmesi terimini tercih etmesinin nedenini, kredi sözleşmelerinin tek bir kredi sözleşmesi içermesi, kredi açma sözleşmesinin ise, birçok kredi sözleşmesinin bulunduğu bir çerçeve olması olarak açıklamaktadır.

⁴⁷⁹ *Baykal*, Murat: “Banka Kredi Sözleşmesi”, *Batider* 2002, C. XXI, S. 3, s. 51; Banka sözleşmelerine ilişkin genel görüş için bk. *Altın*, Atilla: Türk, İsviçre ve Alman Hukuklarında Bankaların Verdikleri Banka Bilgilerinden Dolayı Hukukî Sorumlulukları, İstanbul 1996, s. 47 vd.

⁴⁸⁰ Banka kredi sözleşmesinin hukukî niteliğine ilişkin tartışmalar için bk. *Tekinalp*, Banka, s. 353 – 375; *Kaplan*, Banka Sözleşmeleri, s. 110, 111.

⁴⁸¹ *Baykal*, s. 52; Banka kredi sözleşmesine ilişkin tanımlar için bk. *Tekinalp*, Banka, s. 52; *Kaplan*, Banka Sözleşmeleri, s. 111.

yapabilecektir⁴⁸². Bankanın müşterisine ilişkin bu bilgileri saklama yükümlülüğü söz konsudur⁴⁸³. Bu bilgilerin kullanılmaması ve açıklanmaması gerekir. Taraflar arasında imzalanan sözleşmede sır saklama yükümlülüğüne ilişkin bir hüküm olmasa bile, taraflar arasındaki güven ilişkisinin (MK. m. 2) bir gereği olarak banka bu sırları saklamakla yükümlüdür.

Kredi müşterisine ilişkin bilgiler ancak kanunlarda belirlenen kişi ve kuruluşlara açıklanabilecektir.

Bankacılık Kanunu m. 73’de bankanın sır saklama yükümlülüğüne aykırı davranmak hukukî ve cezaî yaptırıma bağlanmıştır.

g) Şirket Sözleşmesi

Şirket sözleşmelerinde sır saklama yükümlülüğünün inceleneceği bu kısımda, yalnızca adi şirket, kollektif, komandit ve limited şirket sözleşmeleri değerlendirilecektir. Anonim şirket ve halka açık anonim ortaklıklarda ticarî sır ve sır saklama yükümlülüğüne üçüncü bölümde ayrıntılı olarak değinileceği için, bu kısmın kapsamına alınmamıştır.

i. Adi şirket

aa. Tanımı

Adi şirket BK m. 520/I’de tanımlanmıştır. Bu hükme göre, “şirket öyle bir akittir ki onunla iki veya daha ziyade kimseler, sâylerini ve mallarını müşterek bir gayeye erişmek

⁴⁸² *Altop*, s. 40; *Baykal*, s. 66.

⁴⁸³ Banka sırrına ilişkin ayrıntılı bilgi için bk. 3. Bölüm/§3/I.

için birleştirmeyi iltizam ederler.”⁴⁸⁴ Ancak bu hükümde aslında adi şirket değil bir kişi topluluğu olan şirket tanımlanmaktadır⁴⁸⁵.

BK. m. 520/I’de yer alan tanım, doktrinde çeşitli unsurlar yönünden eksik bulunmuş ve adi şirkete ilişkin farklı tanımlar yapılmıştır⁴⁸⁶. Bu tanımlardan birine göre: “Adi ortaklık, emeklerini veya araçlarını⁴⁸⁷ herhangi bir müşterek amaç doğrultusunda birleştirerek, bu amaca ulaşma konusunda birlikte çaba göstermeyi sözleşmeyle birbirlerine karşı yükümlenen kişilerce oluşturulan, tüzel kişiliği bulunmayan bir kişi topluluğudur⁴⁸⁸.”

bb. Adi şirkette sır saklama yükümlülüğü

Adi şirkette ortakların birbirine ve adi şirkete karşı sır saklama yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu yükümlülük affectio societatis⁴⁸⁹ temeline dayanmaktadır. Başka bir ifade ile ortaklar, ortak amaca erişmek için her türlü çabayı sarf etmeli ve bu amaca ulaşmayı engelleyecek her türlü eylemden kaçınmalıdır.

Ortaklar, adi şirketi ve diğer ortakları ilgilendiren gizli bilgileri, ticarî sırları da dâhil olmak üzere korumakla yükümlüdürler. Başka bir deyişle, şirkete ya da ortaklara ekonomik anlamda zarar verecek her türlü açıklamadan kaçınmak durumundadırlar. Her ne kadar bu yükümlülük kanunda yer almamışsa da, ortaklık ilişkisinin özünde vardır⁴⁹⁰.

⁴⁸⁴ Ancak kaynak kanun OR Art. 530/I’de yer alan tanıma göre “şirket iki veya daha çok kişinin, ortak güç ve araçlarla ortak bir amaca erişmek için akitle birleşmesidir.”

⁴⁸⁵ Poroy (Tekinalp/Çamoğlu), N. 70; Barlas, Nami: Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri, İstanbul 1998, s. 9; Pulaşlı, Hasan: Şirketler Hukuku, B. 4, Adana 2003, s. 11.

⁴⁸⁶ Tanımlar için bk. Doğan, Ümit: Adi Şirket Akdi, İstanbul 1968, s. 5; Domaniç, Hayri: Adi, Kolektif ve Komandit Şirketler, B. 3, İstanbul 1970 s. 20; Yongalık, Aynur: Adi Şirkette Sermaye Payı, Ankara 1991, s. 5; Pulaşlı, s. 19.

⁴⁸⁷ Yongalık, s. 5, Yazar, Borçlar Kanunu m. 520/I’de geçen sây ve mal kelimelerinin kaynak İsviçre Borçlar Kanunu’nun 530. maddesinin Almanca metnine uygun olarak emek veya vasıtalar (gemeinsame Kräfte oder Mittel) olarak anlaşılması gerektiğini ileri sürmektedir.

⁴⁸⁸ Barlas, s. 13.

⁴⁸⁹ Affectio societatis, ortakların, ortak amaca ulaşmak için, eşit durumda gayret ve özen gösterme yükümlülüğünü ifade eder. Bk. Poroy (Tekinalp/Çamoğlu) N. 60.

⁴⁹⁰ Akin, s. 43.

Bilindiği üzere, adi şirketlerde şirket ortağının bilgi alma ve denetleme hakkı bulunmaktadır. Kural olarak, anonim şirketlerde bilgi alma hakkının sınırını, şirketin ticarî sırrı, başka bir ifade ile şirket menfaati oluşturmaktadır⁴⁹¹. Adi şirkette ise, adi şirketin doğası gereği şirket menfaatinin önceliği yoktur⁴⁹². Ancak edinilen gizli bilgilerin açıklanmaması için bir sınır çizilmelidir. Bu noktada affectio societatis unsuru devreye girmeli ve sır saklama yükümlülüğünün temeli olan sadakat yükümlülüğü bu sınırı çizmelidir.

Şirket ticarî sırrının açıklanması ve sır saklama yükümlülüğünün ihlali sonucunda ortağın, haklı sebeplerle şirketten ihracı⁴⁹³ ve şirketin haklı sebeplerle feshi⁴⁹⁴ (BK m. 535/VII) istenebilecektir. Aynı zamanda şirketin zarara uğramış olması durumunda zarar tazmin ettirilebilir.

ii. Kollektif ve komandit şirket

aa. Tanımı

TTK m. 153’de kollektif şirketin tanımı verilmiştir. Bu hükme göre; “Ticarî bir işletmeyi bir ticaret unvanı altında işletmek maksadıyla hakiki şahıslar arasında kurulan ve ortaklarından hiçbirisinin mesuliyeti şirket alacaklarına karşı tahdid edilmemiş olan şirket, kollektif şirkettir.”

Bu tanımdan hareketle kollektif şirketlerin unsurlarını bir ticarî işletme işletmesi, ortak bir ticaret unvanı kullanması, gerçek kişi ortaklardan oluşması ve bu ortakların sorumluluğunun sınırsız ve müteselsil olması olarak belirleyebiliriz.

⁴⁹¹ Kaya, Bilgi Alma, s. 263 vd.

⁴⁹² Akın, s. 45.

⁴⁹³ Domaniç, s. 104; Sadakat yükümüne aykırı davranılması sonucunda şirketten çıkarılma için şirket sözleşmesinde hüküm olması gerektiğini belirten görüş için bk. Poroy (Tekinalp/Çamoğlu) N. 95.

⁴⁹⁴ Domaniç, s. 113.

Komandit şirketin tanımı ise, TTK m. 243'te şöyle ifade edilmiştir: “Ticarî bir işletmeyi bir ticaret unvanı altında işletmek maksadıyla kurulan ve şirket alacaklılarına karşı ortaklardan bir veya birkaçının mesuliyeti tahdit edilmemiş ve diğer ortak veya ortakların mesuliyeti muayyen bir sermaye ile tahdit edilmiş olan şirket komandit şirkettir.” Aynı maddenin 2. fıkrasında komandit şirketlerin türleri tanımlanmıştır. Buna göre: “Mesuliyetleri mahdut olmayan ortaklara komandite, mesuliyeti mahdut olanlara komanditer denir.”

bb. Kollektif ve komandit şirketlerde sır saklama yükümlülüğü

Bir şahıs şirketi olan kollektif şirkette ortakların sır saklama yükümlülüğü oldukça önemlidir. Sır saklama yükümlülüğü kollektif şirkette ortakların özen gösterme⁴⁹⁵ ve sadakat yükümlüğünün bir sonucudur. Kollektif ve komandit şirketlerde ortakların sır saklama yükümlülüğü, hem ortaklara hem de şirkete karşıdır⁴⁹⁶. Ancak komandit şirkette, komandite ortak için bu yükümlülük kollektif ortaklarla paralellik teşkil etse de, komanditer ortak için yönetim hakkına ilişkin daha dar kapsamda değerlendirilmelidir⁴⁹⁷.

Kollektif şirket ortakları, yönetici olup olmadıklarına ya da ücret alıp almadıklarına bakılmaksızın şirket işlerinin yürütülmesinde ve şirketle olan ilişkilerinde, olağan işlerde gösterdikleri özeni göstermekle yükümlüdürler (BK m. 528). Başka bir ifade ile ortaklar kendi sırlarını korumada gösterdikleri olağan özeni, hem şirketin hem de ortakların ticarî sırlarının korunmasında da göstermelidirler. Ancak ücret alan yönetici ortağın özen

⁴⁹⁵ “Sır saklama, yönetici ve temsilci olunmasa bile fevkalâde kararlara katılma, şirket yararını ilgilendiren hallerde yönetici kararlarına itiraz veya mahkemeye başvurma haklarının kullanılması, özen borcunun gereğidir” bk. Çevik, Orhan N.: Kollektif Şirketler Hukuku ve Uygulaması, Ankara 1978, s. 383.

⁴⁹⁶ Nomer, s. 11.

⁴⁹⁷ Nomer, s. 11.

derecesi ücret almayan ortağına oranla daha ağırdır. Yönetici ortak, vekil gibi sorumlu olacaktır⁴⁹⁸ (BK m. 390, 321/III).

Kollektif şirkette bütün ortaklar idare hakkına sahip olsun ya da olmasın (TTK m. 167) sözleşme ile sınırlandırılmayan ve müteselsil sınırsız sorumluluğun bir sonucu olan denetim hakkına sahiptirler⁴⁹⁹. Ortaklar bu denetim sırasında şirketin, daha önceden bilmedikleri ticarî sırlarını öğrenebileceklerdir. Kollektif şirket ve komandit şirketin komandite ortakları için denetim ve bilgi alma hakkı, şirket sırrı nedeniyle sınırlandırılmayacaktır⁵⁰⁰. İşte bu durumda ortakların, özen ve sadakat yükümlülüğünün bir sonucu olarak öğrendikleri sırları açıklamamaları veya şirket aleyhine kullanmamaları gerekmektedir.

Kollektif şirket ortaklarının rekabet yasağı bulunmaktadır. Bu yasak nedeniyle ortaklar, ortaklık konusuna giren bir işi yapamayacakları gibi aynı işle uğraşan bir şirkete sınırsız ortak olamazlar⁵⁰¹ (TTK m. 172). Şirket ortakları bu yönde rıza göstermedikçe, farklı bir alanda faaliyet gösteren bir işletmeye sahip olan kollektif şirket ortağının her ne şekilde olursa olsun, kollektif şirkete ilişkin bir üretim süreci, pazarlama tekniği gibi ticarî sırları kullanmaması gerekir. Böyle bir bilginin dolaylı olarak kullanılması bile sadakat yükümlülüğünün ihlâli olarak kabul edilmelidir. Aynı şekilde, benzer faaliyet alanına sahip bir şirkete sınırlı ortak olan kollektif şirket ortağı her ne suretle olursa olsun şirkete ve ortaklara ait sırları açıklamamalı veya bunları kullanmamalıdır.

⁴⁹⁸ Özen derecesi belirlenirken ücret alan ortağın nitelikleri, tecrübeleri, eğitimi gözönüne alınır. Bk. *Çevik*, s. 383.

⁴⁹⁹ *Çamoğlu* (Poroy/Tekinalp) N. 261.

⁵⁰⁰ *Nomer*, s. 13.

⁵⁰¹ “Bunun sonucu olarak, kollektif ortakların bu yasak kapsamına giren işlemleri başkası hesabına ticarî mümessil, ticarî vekil, acenta, komisyoncu veya tüzel kişinin organı sıfatıyla yapması da mümkün değildir” bk. *Çamoğlu* (Poroy/Tekinalp) N. 265a.

Şirket ortağının diğer ortaklara karşı olan sır saklama yükümlülüğü ise, ortak bir amaç için bir araya geldiği kişilere karşı sadakat yükümlülüğünden kaynaklanmaktadır⁵⁰².

Ortak, bir diğer ortağın itibarını sarsacak her türlü sırrı açıklamaktan kaçınmalıdır.

Kollektif ortaklar arasındaki sıkı ilişki nedeniyle, ortaklardan birinin sahip olduğu başka bir işletmeye ilişkin sırların açıklanması ve kullanılması tehlikesi söz konusuysa ve bu açıklama ve kullanma bu ortağın ve diğer ortakların ticarî itibarına zarar verecek türdeyse, diğer ortaklardan bu ortağın ayrılmasına rıza göstermeleri beklenmelidir⁵⁰³.

Sır saklama yükümlülüğüne aykırı davranışlar sonucunda TTK m. 197 uyarınca ortaklıktan ihraç edilmeleri ve TTK m. 187'ye göre ortaklığın feshi mümkündür⁵⁰⁴.

iii. Limited şirket

aa. Tanımı

Limited şirketin tanımı TTK m. 503'de yapılmıştır. Bu tanıma göre: “İki veya daha fazla hakiki veya hükmî şahıs tarafından bir ticaret unvanı altında kurulup ortaklarının mesuliyeti koymayı taahhüt ettikleri sermaye ile mahdut ve esas sermayesi muayyen olan şirkete limited şirket denir.”

Doktrinde bu tanım limited şirketlerin sigortacılık (TTK m. 503/II) ve bankacılık yapmayacakları, bir ticarî işletme işletmelerinin gerekli olması, sermaye⁵⁰⁵ ve şahıs⁵⁰⁶ şirketlerine ilişkin özellikler taşımalarının belirtilmemesi yönünden eksik bulunmuş ve yeni tanımlar yapılma yoluna gidilmiştir⁵⁰⁷. Buna göre “limited şirket, iki veya daha fazla

⁵⁰² İmregün, Oğuz: Kollektif, Komandit, Sermayesi Paylara Bölünmüş Komandit Ortaklıklar, İstanbul 1989, s. 42.

⁵⁰³ Nomer, s. 12.

⁵⁰⁴ İmregün, Kollektif Şirket, s. 43.

⁵⁰⁵ Sermaye şirketine ilişkin özellikler için bk. Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, N. 1638, Çevik, Orhan N.: Limited Şirketler Hukuku ve Uygulaması, Ankara 2003, s. 68; Pulaşlı, s. 1014.

⁵⁰⁶ Şahıs şirketine ilişkin özellikler için bk. Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, N. 1638a; Çevik, Limited Şirketler, s. 69; Pulaşlı, s. 1015, 1016.

⁵⁰⁷ Doktrindeki bazı tanımlar için bk. İmregün, s. 521; Çevik, Limited Şirketler, s. 76.

gerçek veya tüzel kişilerin, sigortacılık dışında belli bir iktisadî maksat ve konu ile uğraşmak üzere, bir unvan altında, bir akitle kurdukları, esas sermayesi muayyen, borçlarından dolayı, yalnız mameleki ile sorumlu ve ortaklarının sorumluluğu sınırlı bulunan, hak ehliyeti işletme konusu ile sınırlı tüzel kişiliğe sahip bir ticaret şirkettir⁵⁰⁸.”

bb. Limited şirketlerde sır saklama yükümlülüğü

Limited şirketlerde pay sahibinin sadakat yükümlülüğüne ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak genel görüş, limited şirket ortakları arasında bir sadakat yükümlülüğünün bulunduğu ilişkindir⁵⁰⁹. Zaten ticarî bir işletme işletirken, çeşitli ticarî faaliyetlerde bulunacak limited şirketin ticarî sırlarının olacağı ve bunların ortaklar tarafından korunması gerektiği şüphesizdir.

Limited şirket ortaklarının sır saklama yükümlülüğünün ortaya çıktığı ve şirket sırlarını tehlike altına sokan hüküm, denetleme ve bilgi alma hakkına ilişkin TTK m. 548'dir. Bu hükme göre ortak sayısı yirmiyi aşmayan limited şirketlerde müdür olmayan ortaklar, denetleme hakkına ilişkin BK m. 531'den yararlanacaklardır (TTK m. 548/II). Müdür olmayan ortaklar, şirket hakkında bizzat bilgi alabilecek, şirket defter ve belgelerini inceleyebilecek ve şirketin malî durumuna ilişkin özet çıkarabileceklerdir. Başka bir ifade ile ortak sayısı yirmiyi aşmayan limited şirketlerde ortakların denetim hakkı, adi şirket ortaklarının denetim hakkının aynıdır.

Ortak sayısı yirmiden daha fazla olan limited şirketlerde ise TTK m. 536'daki yollama nedeniyle, bilgi alma ve denetim hakkına ilişkin olarak anonim şirketlere ilişkin hükümler

⁵⁰⁸Çevik, Limited Şirketler, s. 76, Bu tanıma limited şirketin bankacılık faaliyetlerinde de bulunamayacağı da dahil edilmelidir.

⁵⁰⁹Nomer, s. 14 dn. 55'te anılan yazarlar.

uygulanır. Bilgi alma hakkının objektif sınırını şirket sırrı oluşturacaktır⁵¹⁰. TTK m. 363/II hükmüne göre ise, “Her ortak, her ne suretle olursa olsun öğrenmiş olduğu şirkete ait iş sırlarını, sonradan ortaklık hakkını zayi etmiş olsa dahi daima gizli tutmaya mecburdur.”

Sır saklama yükümlülüğü açısından, limited şirketlerdeki ortak sayısı, bu yükümlülüğü etkilememelidir. Ancak limited şirketi oluşturan ortakların sayısı bilgi alma talebinde önemli olabilir. Zira ortak sayısı yirmiyi aşan limited şirketlerde ortakların, bilgi alma hakkını kullanırken şirket sırrı engeliyle karşılaşılması oldukça doğaldır. Ortak sayısı yirmiden fazla olan limited şirketlerde bilgi almak isteyen ortak, bilgi talebinin gerekçelerini açıklamalıdır. Zira Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’nda limited şirketlerde bilgi alma hakkı emredici nitelikte düzenlenmemiştir. TTK m. 363 ve Tasarı m. 437/VI’da yer alan, anonim şirket pay sahiplerinin bilgi alma hakkının esas sözleşme ile ya da şirket organlarından birinin kararıyla kaldırılamayacağı veya sınırlandırılmayacağı hükmü, Tasarı’nın 614. maddesinde yer almamaktadır⁵¹¹. Böylece limited şirketlerde bilgi alma hakkının kısıtlanmasına imkân verilmiştir. 614/II’ye göre, ortağın elde ettiği bilgiyi şirketin amacına aykırı biçimde kullanma riskinin bulunması durumunda, müdürler, bu hakkın kullanılmasını engelleyebilirler. Bu noktada hakkın kötüye kullanılmasının sınırını şirket sırrı çizmektedir.

2. Sözleşme İlişkisi İçerisinde İşçi Buluşları

Sözleşmeye dayalı işçi – işveren ilişkilerinde, işçinin söz konusu ilişki sırasında çeşitli buluşlar⁵¹² yapması mümkündür. Bu durumun önemi, bazı şartlarda, bu buluşlar üzerindeki

⁵¹⁰ Kaya, Bilgi Alma, s. 263; Bilge, Mehmet E.: “Limited Şirketlerde Ortakların Bilgi Alma Hakkı”, AÜEHFD 2005, C. IX, S. 1-2, s. 444.

⁵¹¹ Bilge, Limited Şirket, s. 435.

⁵¹² İşçi buluşlarına ilişkin ayrıntılı bilgi için bk. Tekinalp, Fikrî Mülkiyet, § 33 N. 1 vd.; Tunçomağ, s. 903 – 905; Ortaç, Ali Necip: İşçi Buluşları Hukuku, İzmir 1987, s. 1 vd.; Saymen, Ferit H.: Türk İş Hukuku, İstanbul 1954, s. 532 – 535; Şehirli, Feyzan H.: Patent Haklarının Korunması, Ankara 1998, s. 53 vd.

hakların işverene geçmesi noktasında ortaya çıkar. Zira bazı işçi buluşları işletmenin ticarî sırrı haline gelmektedir⁵¹³. Bilindiği gibi patentlenen bir buluş alenî hale gelir ve sahibine buluş üzerinde mutlak hak sağlar. Ancak bazı durumlarda, sahibine mutlak hak sağlayan patent belgesi tercih edilmemektedir. Bunun nedenlerinden biri de patent belgesinin sahibine sınırlı süre ile koruma sağlamasıdır.

Buluşun, sahibine ait olması temel kural⁵¹⁴ olmakla birlikte, işçinin çalışmaları sırasında işletmenin deneyim ve çalışmalarını, işverene ait çeşitli imkanları kullanması durumunda işveren, buluşla ilgili bazı haklara ilişkin talepte bulunabilmektedir.

Konuya ilişkin kanunî düzenleme BK m. 336⁵¹⁵ ve 551 sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname (PatKHK) m. 16 – 41’de yer almaktadır. Daha kapsamlı bir düzenlemeye yer veren yeni tarihli PatKHK ile BK m. 336 hükmü uygulama alanını kaybetmiştir⁵¹⁶.

PatKHK m. 17’ye göre işçi buluşları, hizmet buluşları ve serbest buluşlar olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Bir buluş niteliği taşımayan teknik iyileştirme teklifleri, gerekli koşulları sağlamak kaydıyla işletmenin ticarî sırrı olarak nitelendirilebilmektedir.

a) Hizmet Buluşları

“Hizmet buluşları, işçinin bir işletme veya kamu idaresinde yükümlü olduğu faaliyeti gereği gerçekleştirdiği veya işletmenin veya kamu idaresinin büyük ölçüde deneyim ve çalışmalarına dayanan, işçinin iş ilişkisi sırasında yaptığı buluşlardır” (PatKHK m. 17/II).

⁵¹³ *Bilge*, Ticarî Sır, s. 121.

⁵¹⁴ *Tunçomağ*, C. II, s. 903; *Saymen*, s. 903.

⁵¹⁵ BK m. 336 hükmü şöyledir: “İşçi hizmetini yaparken bir şey ihtira ettikte iş sahibi böyle bir ihtiram kendisine ait olacağını akitte şart koşmuş yahut bu ihtira işçinin taahhüt eylediği hizmetin levazımından bulunmuş ise ihtira olunan şey, iş sahibinin olur.

Birinci surette ihtira mühim bir iktisadî kıymeti haiz ise, işçinin hakkaniyet dairesinde tayin edilecek bir bedel istemeğe hakkı vardır.”

Bu bedel, ihtiram meydana gelmesinde iş sahibinin iştiraki ve tesisatından edilen istifade nazara alınarak tesbit olunur.”

⁵¹⁶ *Tekinalp*, Fikrî Mülkiyet, § 33 N. 11; *Bilge*, Ticarî Sır, s. 121.

Hizmet buluşlarına ilişkin verilen tanım incelendiğinde üç önemli unsurun varlığı dikkati çeker. Bunlardan ilki, buluşun işletmedeki faaliyet gereği olmasıdır. İkincisi işletmenin deneyim ve çalışmalarına dayanmasıdır. Başka bir ifade ile işletme malzeme ve parasının kullanılması esasen şart değildir⁵¹⁷. Sonuncu unsur ise bu buluşun iş ilişkisi içerisinde gerçekleşmiş olmasıdır.

Hizmet buluşlarının önemli bir özelliği, işçinin buluşu gerçekleştirdikten sonra işverene bildirim yükümlülüğünün bulunması (PatKHK m. 18), işverenin ise bu buluş üzerinde tam ya da kısmi olmak üzere hak talep edebilmesidir (PatKHK m. 19). “İşveren hizmet buluşuna ilişkin tam hak talebinde bulunması halinde bununla ilgili bildirim işçiye ulaşması ile buluş üzerindeki tüm haklar işverene geçmiş olur” (PatKHK m. 20/I). İşverenin bu hakkı kazandığı andan itibaren söz konusu buluşu koruma yükümlülüğü doğar. Böylece işveren buluş için patent veya faydalı model belgesi almak zorunluluğu altına girer. Ancak PatKHK, işverenin bazı durumlarda bu başvurudan kaçınabilmesine imkan tanımaktadır. Bunlardan ilki, PatKHK m. 30/I hükmüyle getirilen, işletme menfaatlerinin gerektirdiği durumlarda buluşu gizli tutma, bir diğeri ise PatKHK m. 26/II – c’ de belirtilen işletme sırlarının başvuru yapılmamasını gerektirmesi halleridir. İşte böyle durumlarda, işçi buluşu ticarî işletmenin ticarî sırrı haline gelecek ve ticarî sır ilişkisi koruma hükümlerinin kapsamına girecektir.

Kısmi hak talebinde ise işverenin herhangi bir koruma yükümlülüğü söz konusu değildir. “İşverenin hizmet buluşuna ilişkin kısmi hak talep etmesi halinde, işveren, kısmi hakka dayanarak buluşu kullanabilir. Ancak bu kullanma işçinin buluşunu değerlendirmesini önemli ölçüde güçleştiriyorsa, işçi, buluşa ilişkin hakkın iki ay içinde tamamen devir alınmasını veya kendisi için serbest bırakılmasını isteyebilir” (PatKHK m.

⁵¹⁷ Tekinalp, Fikrî Mülkiyet, § 33 N. 16.

20/II). Gerek tam hak gerek kısmi hak talebinde işveren, işçiye belli bir bedel ödemekle yükümlüdür.

b) Serbest Buluşlar

Serbest işçi buluşları ise hizmet buluşlarının dışında kalan buluşlar olarak kabul edilir (PatKHK m. 17/III).

“Serbest buluşlarda, buluş işletmenin ilgili olduğu iş alanına girmekteyse veya işletme söz konusu buluşun ilgili olduğu alanda faaliyette bulunmak için ciddi hazırlıklar içindeyse; işçi, serbest buluşunu iş ilişkisini sürdürmekte olduğu sırada başka bir şekilde değerlendirmeye başlamadan önce, uygun şartlar altında buluşundan tam hak tanımaksızın yararlanma imkânı vermek için işverene teklif yapmakla yükümlüdür” (PatKHK m. 32/I).

c) Teknik İyileştirme Teklifleri

Teknik iyileştirme teklifleri için patent ya da faydalı model belgeleri alınmaz. Bunun nedeni teknik iyileştirme tekliflerinin bir yenilik içermemeleridir. Ancak şartları varsa bunlar işletmenin ticarî sırları olarak değerlendirilir ve üzerilerindeki haklar tümüyle işverene ait olur.

d) Değerlendirme

İşçi buluşları açısından en önemli sorun, işçi ve işverenin buluş üzerindeki hakkın devri konusunda anlaşamamaları durumunda ortaya çıkar⁵¹⁸. Özellikle işverenin ticarî sırrı ile işçinin buluş üzerindeki hakkı ve bu hakka dayanarak buluşu devretmesinde, taraflar arasındaki menfaat dengesinin sağlanması önemlidir. Ancak böyle bir durumda menfaat

⁵¹⁸ Bilge, Ticarî Sır, s. 126.

dengesinin işveren yönünde olması gerektiği söylenebilir. Bunun öncelikli nedeni, işçi işveren sözleşmesinde önemli yer tutan sadakat yükümlülüğüdür.

İşçi – işveren ilişkisinde, işçinin rekabet etmeme yükümlülüğü vardır. Bu yükümlülüğün tarafların sözleşmeye koydukları bir hükümle bertaraf edilmediği⁵¹⁹ hallerde işçinin, işverenin sağladığı olanak ve bilgilere dayanarak gerçekleştirdiği buluşu rakip işletmelere devretmesi, rekabet etmeme yükümlülüğünün ihlâline neden olacaktır.

Ayrıca PatKHK ile kanun koyucunun, ticarî sır açısından işvereni koruyucu bir düzenleme getirdiği de açıktır. Özellikle hizmet buluşlarında kanun koyucu, bedel karşılığında işverene buluş üzerinde tam hak talep etme imkanı sağlamış ve gerektiğinde işverene bu buluşu gizli tutma yetkisini vermiştir. Buradan yola çıkarak, yapılacak amaçsal yorum ile işçi ve işveren arasında hak devrine ilişkin bir anlaşma sağlanamaması halinde, işverenin ticarî sırrının korunması ve işçinin buluşunu başka bir kişiye devretmemesi gerektiği sonucuna varılmalıdır⁵²⁰.

4. Gizlilik Sözleşmeleri (Confidentiality/ Nondisclosure Agreements)

a) Tanımı

Hukukumuzda geçerli olan sözleşme serbestisi ilkesi çerçevesinde (BK m. 11), ticarî sır sahipleri ile ticarî sırrın verildiği kimseler arasında, şartlarını kendilerinin belirleyecekleri gizlilik sözleşmelerinin yapılması mümkündür. Bankalar ve sigorta şirketleri ile müşteriler arasında imzalanan sözleşmelerde, gizlilik ya da sır tutma yükümlülüğüne ilişkin maddelerin genel işlem şartları arasında yer aldığı görülür.

Gizlilik sözleşmelerine çoğunlukla, yönetici durumunda çalışan kişilerle şirketler arasında ya da ticarî sırrın açıklanmasını gerektiren joint venture sözleşmelerinde

⁵¹⁹ *Tuncay*, s. 1062.

⁵²⁰ Hukuka uygun ve sadakata aykırı davranış arasındaki sınırın her zaman somut olayın niteliğine göre belirlenmesi gerektiğini savunan görüş için bk. *Bilge*, Ticarî Sır, s. 127.

rastlanmaktadır. Genellikle tarafların sözleşme görüşmeleri sırasında sırlarını açıklamaları söz konusu olmakta ya da sözleşmeyi imzalamak amacıyla yaptıkları değerlendirme çalışmaları (due diligence) sırasında ticarî sırları ortaya çıkmaktadır. İşte böyle durumlarda tarafların ticarî sırlarını koruyabilmeleri için en önemli yol gizlilik sözleşmesi imzalamalarıdır. Esas sözleşme öncesi imzalanan gizlilik sözleşmelerinin geleceği yine tarafların iradelerine göre belirlenecektir. Başka bir ifade ile taraflar, aralarında sözleşme imzalamaya karar verirlerse (örneğin bir joint venture sözleşmesi), bu durumda önceden imzalanan gizlilik sözleşmesi hükümleri, esas sözleşmeye aynen dahil edilebilir. Diğer bir olanak ise önceki gizlilik sözleşmesinin, esas sözleşme sonucunda ortaya çıkan ticarî sırlara ilişkin, sır saklama yükümlülükleri de eklenerek, esas sözleşmenin bir parçası haline getirilmesidir. Gizlilik sözleşmeleri tarafların ilk bilgi değişimleri sırasında imzalanmalıdır⁵²¹.

Gizlilik sözleşmesinde borcun konusu, bilginin gizli tutulmasıdır. Bu sözleşmelerde taraflardan yalnızca birinin ticarî sırrını açıklaması söz konusu olabileceği gibi, her iki tarafın da gerekli ticarî sır oluşturan gizli bilgileri paylaşması mümkündür. İlk halde bir tarafa borç yükleyen sözleşme söz konusu olurken, ikinci durumda, iki tarafa borç yükleyen sözleşme ilişkisi vardır⁵²².

Gizlilik sözleşmeleri, gizli olduğu düşünülen bilgileri koruma amacı güden, gizli bilgiyi alan kimseye bu bilgiyi açıklamama ve kullanmama yükümlülüğü yükleyen, taraflar arasındaki gizlilik ve güven ilişkisinin korunmasını garanti altına alan sözleşmelerdir⁵²³.

⁵²¹ *Cohen/Gutterma*, s. 152.

⁵²² Edim ilişkisine göre borç sözleşmeleri hakkında ayrıntılı bilgi için bk. *Eren*, s. 193 vd.

⁵²³ Krş. *Rowe, Elizabeth A.*: “When Trade Secrets Become Shackle: Fairness and the Inevitable Disclosure Doctrine”, *Tul. J. Tech & Intell. Prop.* 2005, V. 7, s. 188; *Brenner*, s. 667.

Gizlilik sözleşmeleri taraflar arasında gizli tutulması istenen hususların sınırını çizerken, ticarî sır sahibinin, ticarî sırrını korumak amacıyla gerekli tedbirleri aldığı bir göstergesidir⁵²⁴.

b) Unsurları

i. Gizli bilginin tanımlanması

Gizlilik sözleşmelerinin süreleri ve kapsamaları farklılık göstermektedir. Bu sözleşmelerde asgarî korumanın sağlanması için gizli bilginin tanımlanması, gizli bilgiyi alan tarafından söz konusu bilginin korunmasına ilişkin uygulanacak usullerin belirlenmesi, bilgiyi alan kimsenin yükümlülüklerinin açıkça tespit edilmesi ve gizli bilgi sahibinin isteği ya da sözleşme ilişkisinin sona ermesi ile gizli bilgi içeren dokümanların sahibine geri verilmesinin garanti altına alınması gereklidir⁵²⁵.

Gizlilik sözleşmelerinin konusunu teşkil eden ticarî sırların neler olduğunun belirtilmesi, başka bir ifade ile hangi bilgilerin ticarî sır olduğunun tespit edilmesi gerekmektedir. Ancak bu belirleme ile kamuya mal olmuş bilgiler ticarî sırra dönüştürülemez⁵²⁶. Örneğin, sahibi tarafından sözleşme öncesinde kamuya açıklanan pazar stratejisi, sözleşmede ticarî sırların yer aldığı hükümler arasına dahil edilemez.

Gizli bilginin tanımlanması konusunda üç farklı yöntem önerilmiştir⁵²⁷. Bunlardan ilkinde göre ticarî sırra ilişkin genel tanıma bağlı kalınmalı ya da sözleşmeye “sır sahibinin

⁵²⁴ Rowe, s. 189; Amerikan hukukunda yapılan temel gizlilik sözleşmesi şöyledir:

“Edindiğim tüm gizli bilgiler ve bunlar üzerindeki haklar şirkete aittir. Şirketin gizli bilgilerinin, şirket tarafından bana verilen yazılı bir izin olmaksızın, şirket için ifa ettiğim olağan işler dışında, kendi menfaatime ya da bir başka kimsenin menfaatine kullanmayacağımı taahhüt ederim.

Şirketle ilişkim her ne suretle olursa olsun sona erdiğinde, şirkete ilişkin tüm ticarî sır içeren dokümanları ya da işime ilişkin tüm materyalleri geri getireceğimi ve bunları çoğaltmayacağımı belirtirim.” Sözleşme örneği için bk. Rowe, s. 189.

⁵²⁵ Cohen/Gutterma, s. 152.

⁵²⁶ Rowe, s. 188; Brenner, s. 667; Early, Ludwick & Sweeney, LLC v. Steele, CV 9804090635, 1998 WL 516156, bu davada, her bilginin ticarî sır tanımıyla uyumlayacağı belirtilmiştir.

⁵²⁷ Bk. Cohen/Gutterma, s. 153, 154.

herhangi bir ticarî sırrı ya da gizli bilgisi” ifadesi eklenmelidir. Bu genel ifadeler sayesinde sır sahibinin her türlü ticarî sırrı koruma altında kalacaktır. Ancak bu geniş ifade, ticarî sırrı nitelemede belirsizlik yaratarak, sırrı alan kimseyi gereğinden fazla yükümlülük altına sokma tehlikesini içermektedir.

Konuya ilişkin başka bir öneri ise gizlilik sözleşmesinde ticarî sırların açıkça belirlenmesidir⁵²⁸. Bu yaklaşımın izlenebilmesi için, ticarî sır sahibinin kapsamlı bir koruma programına sahip olması ve kendisi için büyük değer taşıyan bilgileri rahatlıkla tespit edebilmesi gereklidir⁵²⁹. Ancak sözleşme ilişkisi devam ederken ortaya çıkan ticarî sırlar, sözleşme kapsamında olmayacağı için büyük tehlikelere neden olabilecektir.

Son öneri ise, karma sistemdir. Bu sisteme göre gizlilik sözleşmesine göre korunacak ticarî sırlar, sözleşme ile tanımlanmış bilgiler, diğer tarafa “gizlidir” ifadesiyle verilen her türlü doküman ve sır sahibi tarafından gizli olduğu belirtilmiş her türlü bilgidir⁵³⁰. Bu sistem ile ticarî sır sahibinin, sahip olduğu sırları en iyi şekilde koruyabileceği açıktır. Böylece sadece sözleşmenin imzalanması sırasında ortaya çıkan sırlar değil, aynı zamanda işin işleyişi sırasında oluşan ticarî sırların da korunması mümkün olacaktır.

ii. Ticarî sır ve gizli bilgi olarak tanımlanamayacak hususların belirlenmesi

Bazı durumlarda, gizlilik sözleşmesinde ticarî sır olarak belirtilen gizli bilgilerin sözleşme kapsamında değerlendirilmemesi gerekir. Zira bu durumlarda ticarî sır, ya gizlilik özelliğini kaybetmiştir ya da ticarî sırrın verileceği kişi tarafından, sözleşme görüşmelerine başlanmadan önce zaten bilinmektedir.

⁵²⁸ Örneğin, formüller, veriler ve know – how, buluşlar, gelişmeler, tasarımlar, teknikler, pazar planlamaları, stratejiler, ücretler, masraflar, yeni ürünler, yayımlanmamış malî raporlar, bütçe, lisanslar, maliyetler, müşteri listeleri vb. sözleşmeye koyulacak açık bir hükümle ticarî sır teşkil eden bilgiler olarak ifade edilebilir. Bk. Rowe, s. 188; Cohen/Gutterma, s. 154.

⁵²⁹ Cohen/Gutterma, s. 154.

⁵³⁰ Cohen/Gutterma, s. 155.

Sözleşmede ticarî sır ya da gizli bilgi olarak tanımlanamayacak hususlar şöyle belirlenebilir⁵³¹:

- Ticarî sırrın verildiği sırada kamuya mal olmuş ya da ticarî sırrın verilmesinin hemen ardından, ticarî sırrı alan kimsenin bir kusuru olmaksızın kamuya mal olmuş bilgiler,
- Ticarî sırrın verildiği kişi tarafından sözleşmenin kurulmasından önce hukuka uygun şekilde öğrenilen bilgiler,
- Ticarî sırrın, sözleşmenin diğer tarafına açıklanmasının hemen ardından, ticarî sırrı saklamakla yükümlü olmayan bir üçüncü kişi tarafından bilindiği öğrenilen bilgiler.

c) Ticarî Sırrın Verildiği Kişinin Borçları

Gizlilik sözleşmelerinde, ticarî sırrın verildiği kişinin borçları arasında ticarî sırrı güven içinde saklama ve üçüncü kişilere açıklamama, gizli bilginin yetkisiz kimseler tarafından açıklanmasını önlemek amacıyla gerekli önlemleri alma ve sözleşmede belirtilen amaçlar dışında ticarî sırrı kendi ya da üçüncü kişilerin menfaatine kullanmama yer alır⁵³².

Uygulamada taraflar genellikle ticarî sırrın verildiği kişinin alması gereken önlemleri sözleşme ile düzenlemektedirler. Bu önlemler arasında gizli bilginin kopyalanmasının ya da gizli belgelerin ofis dışına çıkarılmasının yasaklanması yer alır.

Ticarî sırrın verildiği kişinin gizli bilgiyi açıklamama borcu dar yorumlanmamalıdır. Zira ticaret hayatında işlerin devamı için bu bilgilerin belirli kimselere açıklanması gereklidir. Zaten bu durum, daha öncede ifade edildiği gibi⁵³³, belli koşullar altında ticarî sırrın sır niteliğini etkilemeyen bir unsurdur. Bu nedenle, işin gerektirdiği ölçülerde

⁵³¹ Bu unsurlara ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bk. *Cohen/Gutterma*, s. 155, 156.

⁵³² *Cohen/Gutterma*, s. 156.

⁵³³ Bk. 1. Bölüm/§1/II/B.

dürüstlük kuralına uygun olarak (bona fide “need to know”) bazı çalışanlara ve danışmanlara gizli bilginin verilmesinin söz konusu olabileceği kabul edilmelidir⁵³⁴.

Ticarî sırrın verildiği kişiden beklenen özen yükümlülüğü tacir olup olmamasına göre farklılık gösterecektir. Bunun nedeni TTK’da tacir olmanın hüküm ve sonuçlarına bağlanan basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğüdür (TTK m. 20/II). Objektif özen ölçüsü getiren bu yükümlülüğe göre tacirin, aynı ticaret kolunda faaliyet gösteren tedbirli, öngörülü bir tacirden beklenen özeni göstermesi gereklidir⁵³⁵. Başka bir ifade ile yalnızca kendi niteliklerine göre ondan beklenen özen yetersiz kalmaktadır.

Bir şirketin çalışanlarıyla imzalanacak gizlilik sözleşmesinde ise, özen yükümlülüğü vekâlet sözleşmesinin ilgili hükümlerine göre değerlendirilmelidir. Zira bu yol BK m. 386/II ile açılmıştır. Bu hükümden hareketle, çalışanlarla şirket arasında imzalanan bir gizlilik sözleşmesinde, çalışanın özen yükümlülüğü BK m. 390 çerçevesinde belirlenir. BK m. 390/I “vekilin mesuliyeti, umumî surette işçinin mesuliyetine ait hükümlere tabidir” hükmüyle, özen derecesinin belirlenmesinde hizmet sözleşmelerinde işçinin özen yükümünü düzenleyen BK m. 321’e atıf yapmaktadır. BK m. 321/II’de de özen ölçüsü olarak objektif ve subjektif olmak üzere iki kıstas belirlenmektedir⁵³⁶.

Objektif kıstasta özen yükümünün derecesi, görülecek işin niteliği ve bu niteliğin gerektirdiği öğrenim ve meslekî bilgi derecesini ölçü olarak alırken, subjektif kıstas işçinin iş sahibi tarafından bilinen ve bilinmesi gereken yeteneklerini ve niteliklerini ölçü olarak almaktadır⁵³⁷. Doktrinde hakim olan görüş, subjektif kıstas yerine objektif kıstasın temel alınması gerektiği yönündedir⁵³⁸.

⁵³⁴ *Cohen/Gutterma*, s. 157.

⁵³⁵ *Arkan*, s. 135.

⁵³⁶ *Tandoğan*, Halûk: Türk Mes’uliyet Hukuku, Ankara 1961, s. 417, 418.

⁵³⁷ *Tandoğan*, Mesuliyet, s. 200.

⁵³⁸ Bk. *Tandoğan*, Mesuliyet, s. 201 ve dn. 21’de yer alan yazarlar; konuya ilişkin daha ayrıntılı inceleme için bk. 3. Bölüm/§1/III/B/1.

Özen derecesinin belirlenmesinde önemli rol oynayan ve gösterilmesi gereken özen derecesini artıran ücret faktörü, gizlilik sözleşmeleri açısından büyük önem taşımaktadır. Zira gizlilik sözleşmesinin yapıldığı çalışanlar genellikle yüksek ücretlerle, yüksek mevkilerde çalışan kimselerdir. Bu nedenle çalışanın göstermesi beklenen özen derecesinin daha fazla olacağı açıktır.

Sözleşmenin sona ermesiyle ticarî sır içeren bütün dokümanlar ve konuya ilişkin tüm belgelerin ticarî sır sahibine teslim edilmesi, ticarî sırrın verildiği kişinin borçları arasında yer alır.

d) Sona Ermesi

Gizlilik sözleşmeleri, sözleşmede belirtilen sürenin sona ermesi, taraflardan birinin ölümü, gizlilik sözleşmesinin konusunu oluşturan ticarî sırların, sır niteliğini kaybetmeleri, özellikle şirketlerin taraf olduğu joint venture sözleşmelerinde, sözleşmenin konusunu oluşturan işin sona ermesi ya da taraflardan birinin sözleşmeyi feshetmesiyle sona erer.

Gizlilik sözleşmesi sona erdiğinde, ticarî sırrın verildiği kişi açısından, ticarî sırrı açıklamama veya kullanmama borcu devam edecektir. Zira, ticarî sırrın sır niteliğini kaybetmesi her zaman ve şartta, ticarî sır sahibini geri dönüşü olmayan büyük bir ekonomik zarara sokacaktır.

e) Değerlendirme

Sözleşmesel koruma hükümleri ile ticarî sırrın korunmasına ilişkin TTK'da yer alan haksız rekabet hükümleri karşılaştırıldığında, sözleşme ile sağlanacak korumanın gerek zamanaşımı gerek ispat yükü açısından sır sahipleri için daha elverişli olduğu açıktır. Bu nedenle, ticarî sır sahibinin, ticarî sırrını açıklamak zorunluluğunda olduğu durumlarda,

gizlilik sözleşmesi akdetmesi ya da yapacağı sözleşmelere bilginin gizli tutulması yönünde hükümler koyması kendi menfaatine olacaktır. Ancak gizlilik sözleşmelerinin akdedilmelerinin esas nedenini, ticarî sır ihlallerinde BK'nun borca aykırılık hükümlerinin uygulanabilmesi oluşturmaz. Zira sözleşmesel sorumluluk, sözleşme olmadan da (örneğin culpa in contrahendo, culpa post pactum perfectum vb.) söz konusu olabilir ve borca aykırılık hükümleri (BK m. 96) uygulanabilir. Esasen tarafların gizlilik sözleşmesi akdetmesinin asıl nedenini, bu sözleşmelerde yer alan teminat hükümleri ve cezaî şart oluşturur. Bilindiği gibi borcun hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesi durumunda borçlu alacaklının zararını tazmin etme yükümlülüğü altındadır. Ancak, zarar gören alacaklının zararını ispat etmesi gerekir. Bununla birlikte, sözleşmeye koyulacak cezaî şart ile alacaklı, zarara uğradığını iddia ya da uğradığı zararın miktarını ispat etmek zorunda kalmaz, tazminatını önceden tespit eder ve alacağın ifasını teminata bağlar⁵³⁹. Böylelikle gizlilik sözleşmesi akdeden sır sahibi, ticarî sırrının ihlâl edilmesi sonucunda zararını ispat etmeksizin sözleşmedeki hükme dayanarak, karşı tarafın ödemeyi kabul ettiği cezayı talep edebilir.

Gizlilik sözleşmesinin yapılmasının ayrıca, ticarî sırrın ihlâlinden doğan uyuşmazlıklarda sır sahibinin, sırrın korunması için gerekli önlemleri aldığına ispatına da yardımcı olacağı şüphesizdir.

Gizlilik sözleşmesi, taraflar arasında herhangi bir işin görülmesinden önce var olan ya da işin görülmesi sırasında ortaya çıkan gizli bilginin korunması amacıyla imzanır. Bu nedenle, gizlilik sözleşmesinde ortaya çıkan boşlukların vekâlet sözleşmesi hükümleri uyarınca doldurulması uygun olacağı söylenebilir. Zira BK m. 386/II "diğer akitler

⁵³⁹Cezaî şartın amacına ilişkin olarak bk. Oğuzman/Öz, s. 868; Günay, Cevdet İ.: Cezaî Şart, Ankara 2002, s. 74 vd.; Kocaağa, Köksal: Türk Özel Hukukunda Cezaî Şart, Ankara 2003, s. 40 vd.

hakkındaki kanunî hükümlere tabi olmayan işlerde dahi, vekâlet hükümleri carî olur” hükmü bu yolu açmaktadır.

C - Sözleşme Sonrası Durum

Gerek sözleşme ilişkisinin kurulması, gerek sözleşme ilişkisi sırasında ticarî sırrın açıklanmış olması, sözleşme sonrasında da söz konusu sırların korunmasını gerekli kılar. Zira ticarî sırrın aleniyet kazanması, sır niteliğinin kaybolmasına neden olduğu gibi sahibini büyük bir ekonomik zarara uğratacaktır. Bu bakımdan, çoğu zaman ticarî sırrın açıklanmasını gerektiren, franchise ve tek satıcılık sözleşmeleri için, Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliğ m. 5/b p.2 önem taşımaktadır. Söz konusu hüküm uyarınca, taraflar sözleşme sonrasında gizli know – how’ın kullanılmasını ve açıklanmasını önleyici süresiz yasak koyabileceklerdir.

İş sözleşmeleri sonrasında işçinin, işverene ait ticarî sırları kullanmaması ya da açıklamaması, ticarî sırrın korunması açısından büyük önem taşımaktadır. Dolayısıyla, Amerikan hukukunda bu konuyla ilgili geliştirilmiş “kaçınılmaz açıklama doktrini”ne (doctrine of inevitable disclosure) değinmekte fayda vardır. Kaçınılmaz açıklama doktrinine göre, iş ilişkisi sonrasında uygulanmak üzere rekabet etmeme anlaşması olmaması ya da ticarî sırrın ihlâl edileceğine dair mevcut bir tehlike bulunmamasına rağmen önceki işveren, işçinin rakip bir işletmede çalışmasını önleyebilmektedir. Bunun nedeni ise yeni işin niteliğinin işçiyi, önceki işverenin ticarî sırlarını kaçınılmaz olarak kullanmaya ve açıklamaya iteğidir⁵⁴⁰. Kaçınılmaz açıklama doktrini ilk olarak B.F.

⁵⁴⁰ Kaçınılmaz açıklama doktrinine ilişkin tanımlar için bk. *Phillips*, Joseph F.: “Inevitable Disclosure Through an Internet Lens: Is The Doctrine’s Demise Truly Inevitable?”, *Wm. & Mary L. Rev.* 2003, V. 45, s. 403, 404; *Rowe*, s. 171 vd.; *Brenner*, s. 655 – 657; *Harris*, Jonathan O.: “The Doctrine of Inevitable Disclosure: A Proposal To Balance Employer and Employee Interests, *Wash. U. L. Q.* 2000, V. 78, s. 328 – 331; *Treadway*, Brandy L.: “An Overview of Individual States’ Application of Inevitable Disclosure: Concrete Doctrine or Equitable Tool?”, *S.M.U. L. Rev.* 2002, V. 55, s. 622; *Lowry*, Suellen: “Inevitable

Good Co. v. Wohlgemuth⁵⁴¹, E. I duPont de Nemours & Co. v. American Potash & Chemical Corp.⁵⁴² ve Allis – Chalmers Manufacturing Co. v. Continental Aviation & Engineering Corp.⁵⁴³ davalarıyla ortaya çıkmış, 1995 tarihli Pepsi Co. v. Redmond⁵⁴⁴ davası ile son şeklini almıştır. Pepsi Co. v. Redmond davasında, Birleşik Devletler Temyiz Mahkemesi verilen kararı onamış, Redmond aleyhine karar vermiş, yaklaşık bir sene

Disclosure Trade Secret Disputes: Dissolutions of Concurrent Property Interests”, Stan. L. Rev. 1988, V. 40, s. 521; *Gill*, Adam: “The Inevitable Disclosure Doctrine: Inequitable Results Are Threatened But Not Inevitable”, Hastings Comm. & Ent. L. J. 2002, V. 24, s. 408, 409; *Weinstein*, Lawrence I.: “Revising the Inevitability Doctrine: When Can a Former Employee Who Never Signed a Non – Compete Agreement nor Threatened to Use or Disclose Trade Secrets Be Prohibited from Working for a Competitor?”, Am. J. Trial Advoc. 1997, V. 21, s. 212; *Whaley*, Susan S: “Inevitable Disaster of Inevitable Disclosure”, U. Cin. L. Rev. 1999, V. 67, s. 809.

⁵⁴¹ 192 N.E.2d 99 (Ohio Ct. App. 1963), bu davada, davacı B.F. Goodrich, yaklaşık 30 sene süren çalışmalar sonunda, oldukça dayanıklı uzay kıyafetleri geliştirmiştir. Davalı Donald Wohlgemuth ise, Goodrich’de çalışan ve uzay kıyafetleriyle ilgili çalışmalar yapmış bir mühendistir. Wohlgemuth sekiz sene içerisinde uzay kıyafetleri bölümünde yönetici pozisyonuna yükselmiş ve işletmenin birçok ticarî sırrını öğrenmiştir. 1962 yılında, rakip işletme International Latex Corporation’dan iş teklifi alması üzerine Goodrich, mahkemeye başvurarak Wohlgemuth’un uzay kıyafetleri üzerine çalışan hiç bir işletmede çalışmaması için sürekli bir tedbir kararı (permanent injunction) aldırarak istemiştir. Goodrich, Wohlgemuth ile rekabet yasağı anlaşması imzalamadığını, başka bir işletmede çalışması durumunda, kendisine ait olan ticarî sırları açıklayacağını söylemiştir. Ohio Temyiz Mahkemesi, ticarî sırrın açıklanmasına ilişkin esaslı bir tehlike bulunduğunu ve sırrın açıklanması durumunda, Goodrich’in telafi edilemez bir zarara maruz kalacağı gerekçesiyle tedbir kararı vermiştir. Karar için bk. *Gill*, s. 410; *Harris*, s. 332, 333; *Weinstein*, s. 219.

⁵⁴² 200 A.2d 428 (Del. Ch. 1964), davacı duPont özel bir klorür işlemiyle boya maddesi üretmektedir. Davanın görüldüğü sırada duPont klorür işlemiyle boya maddesi üreten tek üretici durumundadır. Davalı Donald E. Hirsch ise sekiz yıl boyunca uzun ve pahalı bir işlem olan klorür işlemini geliştirmek üzere duPont’da çalışmıştır. Bu sırada klorür işlemiyle boya maddesi üretmek isteyen American Potash & Chemical Corp. yeni bir fabrika açmış, Hirsch’e iş teklif etmiş, Hirsch de bu teklifi kabul etmiştir. Bunun üzerine duPont, Hirsch’in Potash’ta bu konuya ilişkin çalışmaması için men kararı (restraining order) çıkartmıştır. Davalılar Hirsch ve Potash ise seri yargılama (motion for summary judgement) talep etmişlerdir. Mahkeme ticarî sırrın açıklanma ihtimalini, ticarî sırrın açıklanma tehdidi olarak değerlendirmiş, bu davada kaçınılmaz açıklamayı dikkate almış, ancak bu doktrinin tek başına zararı kanıtlamadığını belirtmiştir. Karar için bk. *Treadway*, s. 624; *Harris*, s. 333, 334; *Weinstein*, s. 220, 221.

⁵⁴³ 255 F. Supp. 645 (E.D. Mich 1966), davacı negatif test sonuçları ve ısıtma işlemlerine dayanarak oluşturduğu ticarî sırrı yoluyla dizel motorları için yakıt enjeksiyon pompası geliştirmiştir. Bu ticarî sırrını, çalışmalar sırasında işçilerinden biri öğrenmiştir. Davacı ile arasında gizlilik sözleşmesi bulunmayan işçi, dört sene boyunca davacının laboratuvarında çalıştıktan sonra, davalı işletmenin yakıt enjeksiyon makinelerini geliştirmek üzere, davacının işletmesinden ayrılmıştır. Mahkeme bu davada hukukun birbiriyle çelişen iki prensibiyle karşı karşıya kalmıştır. Buna göre, işçinin istediği işletmede çalışma ve bir önceki işletmede öğrendiği bilgileri yeni işinde kullanma hakkı olmakla birlikte, işverenin de ticarî sırrını koruma hakkı vardır. Mahkeme kararında, davalının yakıt enjeksiyon sistemlerine ilişkin işlerde çalışabileceğine, ancak davacının kanıtladığı üzere, ticarî sırrın açıklanması kaçınılmaz olduğu için özellikle pompalama sistemlerinde çalışamayacağına hükmetmiştir. Karar için bk. *Brenner*, s. 658, 659; *Harris*, s. 334 – 336; *Weinstein*, s. 222.

⁵⁴⁴ 54 F.3d 1262 (7th Cir. 1995), bu davada Redmond, gizlilik sözleşmesi olmaksızın, Pepsi Co’da 10 sene çalışmıştır. Redmond Pepsi Co’dan ayrıldığı zaman, Pepsi Co. Kuzey Kaliforniya bölümünün genel müdürlüğünü yapmaktaydı. Pepsi Co., Redmond’un işten ayrıldığı zaman görevi nedeniyle birçok bilgiye erişiminin olduğu ve Pepsi Co’nun stratejik ve yıllık işlem plânlarını, satım ve dağıtımına ilişkin ticarî sır içeren yeniliklerini bildiğini ileri sürmüştür.

Quakers'ta çalışmasını ertelemiş ve ticarî sırları açıklamasını yasaklamıştır⁵⁴⁵. Bu dava, kaçınılmaz açıklama doktrine ilişkin çeşitli kriterler getirmesi nedeniyle önemlidir⁵⁴⁶. Karara göre kaçınılmaz açıklama doktrininin varlığı için, işçinin meşru bir ticarî sırda erişiminin bulunması, işçinin yeni işini ifa ederken kaçınılmaz biçimde bu sırrı açıklayacak ya da kullanacak olması; söz konusu ticarî sırrının açıklanmasının önceki işverene telafi edilemez bir zarar vermesi şartları aranmıştır⁵⁴⁷. Bu karar tartışmalara yol açmış, çeşitli eyaletler, işçi ve işveren menfaatleri arasındaki dengenin tam olarak sağlanmadığı gerekçesiyle doktrini uygulamayı reddetmiştir⁵⁴⁸.

Amerikan hukukunda, doktrinle ilgili ortak bir görüşe varılamaması, işçinin iş değiştirme ve farklı şirketlerde çalışabilme özgürlüğünü kısıtlayan bu doktrinin her durumda uygulanması, taraflar arasındaki menfaat dengelerinin sağlanması açısından isabetli olmayacaktır. Mahkemelerce somut olayın özelliklerine göre karar verilmesi daha adil sonuçlara ulaşmayı sağlayabilecektir.

Türk hukukunda ise, işçinin sözleşmesel nitelikteki rekabet yapmama borcu BK m. 348 – 352'de düzenlenmiştir. Belirtmek gerekir ki, burada söz konusu olan rekabet yapmama borcu, hizmet sözleşmesi dolayısıyla yapılan ve sözleşme ilişkisinin sona ermesiyle hükümlerini meydana getiren bir borçtur⁵⁴⁹. BK m. 348/I'e göre: "İş sahibinin müşterilerini tanımak veya işlerinin esrarına nüfuz etmek hususlarında işçiye müsait olan bir hizmet akdinde her iki taraf, akdin hitamından sonra, işçinin kendi namına iş sahibi ile rekabet edecek bir iş yapamamasını ve rakip bir müessesede çalışmamasını ve böyle bir müessesede şerik veya sair sıfatla alakadar olamamasını, şart edebilirler." Böylece, işçinin,

⁵⁴⁵ Rowe, s. 173; Brenner, s. 660, 661; Treadway, s. 634; Harris, s. 339; Phillips, s. 407.

⁵⁴⁶ Treadway, s. 624.

⁵⁴⁷ Harris, s. 328; Weinstein, s. 216.

⁵⁴⁸ Arkansas, Delaware, Illinois, Minesota, New Jersey, Ohio, Utah, Washington açıkça doktrini kabul ederken, Kaliforniya, Florida ve Virjinya eyaletleri doktrini reddetmektedir. Ayrıntılı bilgi için bk. Treadway, s. 626 – 649.

⁵⁴⁹ Yavuz, s. 458.

iş sahibinin işlerinin “sırlarına nüfuz etmesi” söz konusuysa, her iki taraf sözleşmenin sona ermesinden sonra işçinin rakip bir işletmede çalışmamasını kararlaştırabilirler. Ancak rekabet yasağı sözleşmesinin geçerlilik şartlarından biri de, bu sözleşmenin ya da hizmet sözleşmesine koyulacak rekabet yasağı şartının yazılı şekilde yapılmış olmasıdır (BK m. 350). Bu nedenle kaçınılmaz açıklama doktrininin Türk hukukunda uygulanabilmesi için iş sahibinin hizmet sözleşmesine yazılı bir rekabet yasağı şartı koyması ya da ayrı bir rekabet yasağı sözleşmesi yapması gereklidir. Aksi takdirde, bu doktrinin Türk hukukuna uygulanması mümkün değildir. Bu şartlar altında, TTK. m. 58/I’ye göre “haksız rekabet yüzünden müşterileri, kredisi, meslekî itibarı ticarî işletmesi veya diğer iktisadî menfaatleri bakımından zarar gören veya böyle bir tehlikeye maruz bulunan kimse” yani iş sahibi, haksız rekabetin men’ini talep edebilecektir. Ancak bu durumda haksız rekabetin somut unsurlarının gerçekleşmiş olması aranacaktır⁵⁵⁰.

Aslında, işçi – işveren sözleşmeleri dahil olmak üzere, ticarî sırrın sözleşme sonrası korunmasını sağlayacak en elverişli kurum culpa post contrahendum’dur. Culpa post contrahendum, culpa in contrahendo’nun sözleşme sonrası iz düşümü gibidir⁵⁵¹. Bazı durumlarda tarafların sözleşme ilişkisi sırasında aralarında oluşan güven ilişkisinin sözleşme sonrasına da taşınması gereklidir⁵⁵². Ticarî sırrın açıklanmasını gerektiren sözleşme ilişkilerinde de durum aynen böyledir. Zira taraflar birbirlerine duydukları güven dahilinde sırlarını açıklamaktadırlar. Her ne kadar sözleşme sonrasında tarafların sırlarının açıklanması, şartların gerçekleşmiş olması halinde, haksız rekabet fiilini teşkil etse de, tazminat söz konusu olduğu zaman taraflar açısından sözleşmeye aykırılık hükümlerine

⁵⁵⁰ Bilge, Ticarî Sır, s. 153.

⁵⁵¹ Serozan, İfa, s. 258.

⁵⁵² Oğuzman/Öz, s. 38.

dayanılması daha lehte olacaktır⁵⁵³. Bunun nedeni, BK m. 96'daki kusur karinesi ve BK m. 125'teki on senelik zamanaşımı süresidir.

Ancak bu durumun ticarî sırrın, sır niteliğinin korunduğu durumlarda geçerli olduğunu belirtmekte fayda vardır. Başka bir ifade ile, sözleşmenin sona ermesinden sonra, ticarî sırrın verildiği kişinin kusuru olmaksızın, gizli bilgi sır niteliğini kaybederse, sözleşme sonrası sır saklama yükümlülüğü de ortadan kalkmış olacaktır⁵⁵⁴.

IV. TBMM İÇ TÜZÜĞÜ'NDE YER ALAN KORUMA

Uygulamada birçok soruna neden olan ticarî sırra ilişkin hükümlerden bir tanesi de TBMM İç Tüzüğü'nde yer alan 105. maddedir⁵⁵⁵. Bu maddenin 5. fıkrasında “Devlet sırrı ve ticarî sırlar, Meclis araştırması dışında kalır” ifadesi yer almaktadır. Bu fıkra nedeniyle Meclis Araştırma Komisyonları gerekli bilgileri elde ederken ticarî sır engeline takılmakta, araştırma ve soruşturmalar açısından önemli bilgiler elde edilememektedir. Bu sorun büyük yankılar yaratmış ve TBMM İç Tüzüğünde Değişiklik Yapılması Hakkında İç Tüzük Teklifi'nin 71. maddesinde, beşinci fıkranın “Meclis araştırması faaliyeti sırasında Devlet sırrı veya ticarî sır mahiyetinde bir bilgi ve belgeye ulaşılması halinde, bu konuda ayrı bir rapor düzenlenir. Bu rapor, dağıtılmaz ve Meclis araştırması komisyonunun raporunun görüşülmesine başlanmadan önce yapılacak kapalı bir oturumda Başkanlıkça Genel Kurulun bilgisine sunulur” şeklinde değiştirilmesi önerilmiştir.

⁵⁵³ *Gürzumar*, s. 184.

⁵⁵⁴ Krş. *Gürzumar*, s. 184.

⁵⁵⁵ Milletvekillerinin, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanı Hilmi Güler'e doğalgazın alım fiyatını sorması üzerine Bakan'ın, “ticarî sır” kavramı dolayısıyla bunu açıklayamayacağını söylemesi milletvekillerinin “ticarî sır” kavramını tartışmasına neden olmuştur. Milletvekilleri şaşkınlıklarını gizleyemezken, komisyonda, “ticarî sır” kavramının kaldırılmasının Meclis Araştırma Raporu'na tavsiye olarak konulması ortak karar altına alınmıştır (28.05.2003 tarihli Hürriyet Gazetesi haberi, <http://dosyalar.hurriyet.com.tr/yolsuzluk/haber10.asp>, [12.06.2005]).

Meclis araştırmalarının işlevini artırmayı amalayan⁵⁵⁶ bu değişiklik gerçekleşirse, milletvekilleri ticarî sır içeren bilgi ve belgeleri kapalı oturumda inceleyebileceklerdir. Ancak, herhangi bir gerçek ya da tüzel kişinin ekonomik hayatını yakından ilgilendiren bilgi ve belgelerin kapalı bir oturumda incelenmesi, ticarî sırrın korunabilmesi için yeterli bir önlem değildir. Meclis araştırma komisyonunun ticarî sırra ilişkin hazırlayacağı raporun kapsamının oldukça dar tutulması gerekmektedir. Aksi takdirde Meclis araştırma komisyonu işlevini gereği gibi yerine getirecek ancak ticarî sır, sır olma özelliğini kaybedebilecektir.

V. TİCARİ SİR, BANKA SİRRI VE MÜşTERİ SİRRI HAKKINDA KANUN TASARISI'NIN ÖNGÖRDÜğÜ KORUMA

Ticarî Sır, Banka Sırrı, Müşteri Sırrı Hakkında Kanun Tasarısı, ticarî sır, banka sırrı ve müşteri sırrını tanımlaması ve ticarî sır korumasının kapsamını⁵⁵⁷ belirlemesi nedeniyle büyük önem taşımakta ve uygulamada meydana gelen pek çok uyuşmazlığa çözüm getirmeyi amaçlamaktadır.

Tasarı m. 2/I – b’de banka sırrının tanımı yapılmaktadır. Ticarî sır tanımı içerisinde “şirketin faaliyetleri” ifadesinin yer alması, anonim şirket şeklinde kurulan bankalar açısından banka sırrını⁵⁵⁸ ticarî sır kapsamına soktuğu söylenebilir. Dolayısıyla Tasarı,

⁵⁵⁶ TBMM İ Tüzüğünde Değişiklik Yapılması Hakkında İç Tüzük Teklifi Madde Gerekçeleri, http://www.tbmm.gov.tr/ictuzuk/calisma/madde_gerekceleri.htm, (12.06.2006).

⁵⁵⁷ Tasarı’nın 1. maddesi, Tasarısı’nın kapsamını şu şekilde belirlemektedir: “Bu Kanunun amacı; kamu kurum ve kuruluşları ile iktisadî, ticarî ve malî sektörlerde üretim, tüketim ve hizmet alanlarında faaliyet gösteren ticarî işletme ve şirketler, bankalar, sigorta şirketleri ve malî piyasalarda faaliyet gösteren aracı kurumlarının ticarî sır, banka sırrı ve müşteri sırrlarının talep edilmesi verilmesi kullanılması ve korunmasına ilişkin esas ve usulleri düzenlemektir.

Bu Kanun, birinci fıkrada belirtilen alanlarda faaliyet gösterenlerin sahip oldukları veya ellerinde bulunan banka sırrı, ticarî sır ve müşteri sırrıyla ilgili bilgi ve belgeler hakkında uygulanır.

Özel kanunlarda düzenlenen ticarî sır, banka sırrı ve müşteri sırrlarının verilmesini sınırlayan veya yasaklayan hükümler hakkında da bu Kanun hükümleri uygulanır.”

⁵⁵⁸ Tasarı m. 2/b banka sırrını tanımlamaktadır. Bu hükme göre: “Banka sırrı, bankanın yönetim ve denetim organlarının üyeleri, mensupları ve diğer görevlileri tarafından bilinen malî, iktisadî, kredi ve nakit

böyle bir ayrımla, içerik açısından aynı kavramları, farklı ifadeler kullanılarak tanımlamıştır. Tasarı’da, banka sırrı kavramı ticarî sırrın bir alt başlığı olarak düzenlenmesinin daha uygun olduğu ifade edilebilir. Bunun yanında, Tasarı kanunlaşmadan önce, yürürlükteki Bankacılık Kanunu’nu ile uyumlu olarak banka sırrı kavramı, bankacılık sırrı olarak değiştirilmelidir.

Tasarı m. 2/I – a,b,c’ de sırasıyla verilen ticarî sır, banka sırrı ve müşteri sırrı kavramları ile sınırları pek açık olmayan sır kavramında bir belirleme yapılmaya çalışılmıştır. Tasarı’nın en önemli özelliklerinden biri de uygulamada pek çok soruna yol açan, meclis araştırmalarında ve soruşturmalarında, kara paranın aklanmasının önlenmesinde karşılaşılan ticarî sır kalkanını ortadan kaldırmasıdır. Zira Tasarı m. 4’de “Sırların talep edilebileceği haller” başlığı altında, ticarî sırların verilmesi gereken durumlar düzenlemiştir. Buna göre: “Bu Kanun kapsamına giren sırlar,

a) Türkiye Büyük Millet Meclisinin gizli olarak yapılması gereken meclis araştırması ve meclis soruşturması oturumları ile meclis araştırması ve meclis soruşturması komisyonları toplantılarındaki müzakerelerde,

b) Mahkemeler ile Cumhuriyet başsavcılıklarınca yürütülen kovuşturma ve soruşturmalarda,

c) Malî veya idarî konularda Devlet adına yapılan denetim faaliyetlerinde,

d) Diğer kanunlarda gösterilen hallerde,

yazılı olarak talep edilir.

Sırların verilmesini talep eden kamu kurum veya kuruluşlarının, talep nedenini ve yetkisinin dayanağını bildirmesi zorunludur.

durumu ile ilgili bilgilerle bankanın müşteri potansiyeli, kredi verme, mevduat toplama, yönetim esasları, diğer bankacılık hizmet ve faaliyetleri, risk pozisyonlarına ilişkin her türlü bilgi ve belgeleri” ifade etmektedir; Tasarı’da verilen ticarî sır tanımına ilişkin eleştiri için bk. 1. Bölüm/§1/II/C/2.

Bu Kanun kapsamındaki sırların gizliliğine ilişkin karşılıklılık esası öngören uluslararası andlaşma hükümleri saklıdır.”

Tasarı’da sırrın açıklanmasını talep etmeye yetkili resmi makam, kurum ve kurullar belirlenmiş (m. 5), öğrenilen sırlardan dolayı sorumluluk halleri ve bu sorumluluğun görevden ayrıldıktan sonra da devam edeceği düzenlenmiş (m. 6), resmî makam, kurum ve kurulların sırların açıklanması talebini yerine getirmeyenler hakkında cezaî yaptırımlar öngörülmüştür (m. 8).

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ANONİM ŞİRKETLER AÇISINDAN TİCARÎ SIR VE TİCARÎ SIRRIN KORUNMASI

§1 – TÜRK TİCARET KANUNU’NDA DÜZENLENEN ANONİM ŞİRKETLER AÇISINDAN TİCARÎ SIR VE SIR SAKLAMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Çalışmamızın bu bölümünde, anonim şirketlerde ticarî sır ve ticarî sırrın korunması incelenecektir. Bu anlamda, anonim şirketler açısından üçlü bir ayrıma gidilecektir. Bu ayrımın ilk kısmını TTK’da düzenlenmiş olan anonim şirketler açısından ticarî sır oluşturacaktır. İkinci kısımda ise Sermaye Piyasası Kanunu’na (SerPK) göre düzenlenmiş olan halka açık anonim ortaklıklar (HAAO) ve aracı kurumlar ele alınacak, bu anlamda ticarî sır ve ticarî sırrın korunması incelenecektir. Üçüncü kısımda ise, anonim şirket olarak kurulması gereken şirketlerde ticarî sır ve söz konusu şirketlere ilişkin özel düzenlemelerde ticarî sırrın korunması değerlendirilecektir.

I. ANONİM ŞİRKETİN TİCARÎ SIRRI

Doktrinde bugüne kadar anonim şirketin ticarî sırrına ilişkin pek çok kavramın kullanıldığını ilk bölümde ifade etmiştik⁵⁵⁹. Bunlar içinde en yaygın şekilde kullanılan kavram şirket sırrıdır. Ancak daha önce de belirttiğimiz bir hususu tekrar vurgulamakta fayda görüyoruz. Şirketler hukuku anlamında yeni bir sırrı tanımlamaya çalışmak ve bu sır türüne yeni bir isim vermek uygun olmayabilir. Türk pozitif hukukunda tanımlanmamış bu muğlak kavramı, çeşitli isimlendirmeler yoluyla farklı formlara sokmanın, uygulamadaki belirsizliklerin artmasından başka bir sonucu bulunmamaktadır. Bunun yanında SPK Kurumsal Yönetim İlkelerinde şirketler açısından ticarî sır ifadesi kullanılmaktadır; Ticarî

⁵⁵⁹ Bk. 1. Bölüm/§1/III/D.

Sır, Banka Sırrı, Müşteri Sırrı Hakkında Kanun Tasarısı'nda da şirket sırrı adı altında yeni bir tanım verilmemiştir. Dolayısıyla bu bölümde şirket sırrı ifadesi yerine anonim şirketin ticarî sırrı ifadesini kullanmayı tercih ediyor ve bu kavramın tanımını ilk bölümde ticarî sırra ilişkin olarak verdiğimiz genel tanım çerçevesinde değerlendiriyoruz⁵⁶⁰.

III. ANONİM ŞİRKETİN TİCARÎ SIRRININ ÇEŞİTLİ HUKUKİ KURUMLARLA İLİŞKİSİ

A – TTK m. 363, Pay Sahibinin Bilgi Alma Hakkı – Anonim Şirketin Ticarî Sırrı İlişkisi

1. Pay Sahibinin Bilgi Alma Hakkı Kavramı

Doktrinde, bu kavramı ifade etmek için, “murakabe hakkı⁵⁶¹”, “finansal bilgi alma hakkı⁵⁶²”, “finansal bilgi elde etme hakkı⁵⁶³”, “soru sorma ve inceleme hakkı⁵⁶⁴”, “bilgi alma hakkı⁵⁶⁵”, “denetim hakkı⁵⁶⁶” gibi terimlerin kullanıldığı görülmektedir⁵⁶⁷. Biz de doktrinde çoğunlukla kullanılan bilgi alma hakkı terimini kullanmayı tercih ediyoruz.

Bilgi alma hakkı sadece pay sahiplerine tanınan bir hak olmayıp aynı zamanda, yönetim kuruluna (TTK m. 331/I), denetçi ve özel denetçiye de (TTK m. 348 ve 353) tanınmıştır. TTK'da yönetim kurulu, denetçi ve özel denetçi için düzenlenen bilgi alma

⁵⁶⁰ Ticarî sırrın tanımı için bk. I. Bölüm/§1/II/A/1/a.

⁵⁶¹ Arslanlı, Halil: Anonim Şirketler I, Umumi Hükümler, B. 3, İstanbul 1960, s. 230.

⁵⁶² Kabaalioğlu, Haluk: “Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Finansal Bilgi Alma Hakkı”, MED 1980, Y. 6, S. 21 – 22, s. 27.

⁵⁶³ Tekinalp, Ünal: “Finansal Bilgi Elde Etme Hakkı”, MED 1980, Y. 6, S. 21 – 22, s. 13 vd.

⁵⁶⁴ Aytaç, Zühtü: Anonim Ortaklıkta İbra, Ankara 1982, s. 70.

⁵⁶⁵ Kaya, Bilgi Alma, s. 51 vd.; İmregün, AŞ, s. 238; Teoman, Ömer: “Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Bilgi Alma Hakkı Üstüne”, İkt. Mal. 1972, C. 18, S. 1, s. 20 vd.; Tekinalp (Poroy/ Çamoğlu) N. 1007; Nomer, s. 91 vd.; Öztekin, s. 293; Karasu, Rauf: “Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Anonim Şirket Pay Sahibinin Bilgi Alma Hakkı”, Batider 2005, C. XXIII, S. 2, s. 75.

⁵⁶⁶ Tekil, s. 392.

⁵⁶⁷ Alman ve İsviçre hukuklarında da konuya ilişkin bir terim birliği bulunmamakta, bilgi alma hakkı için Informationsrecht, Kontrollrecht, Auskunftsrecht ifadelerinin kullanıldığı görülmektedir. Bu terimlerin kullanıldığı çeşitli kaynaklar için bk. Kaya, Bilgi Alma Hakkı, s. 37 dn. 3.

hakkına, pay sahibinin bilgi alma hakkında olduğu gibi, anonim şirketin ticarî sırları engeli getirilmemiştir. Bu durum oldukça doğaldır. Zira gerek yönetim kurulu üyelerinin gerek denetçilerin görevlerini yerine getirebilmeleri için bazı durumlarda, şirketin sırlarını öğrenmeleri gerekebilmektedir. Ancak, bu organ ya da kişiler için bilgi alma hakkının bir sınırı olmadığını söylemek doğru değildir. Zira bunlara tanınan bilgi alma hakkının sınırını, şirkete ve diğer üyelere karşı sahip oldukları sadakat yükümlülüğü ya da bilgi almanın hukukî veya fiilî imkânsızlığı çizecektir⁵⁶⁸.

Bilgi alma hakkına ilişkin terim farklılıkları, kavramın tanımına da yansımış, bilgi alma hakkının ne olduğuna ilişkin bazı görüşler ileri sürülmüştür. Bunlar içinde bilgi alma hakkını tam anlamıyla ifade eden tanım *Tekinalp* tarafından yapılmıştır. Söz konusu tanıma göre bilgi alma hakkı, “pay sahibine anonim ortaklıktaki korporatif denetlemeyi tamamlamak üzere ortaklığın iktisadî ve malî durumunun, egemenlik ilişkilerinin ve çoğunluğa sahip pay sahiplerinin elde ettiği menfaatlerin, tam olarak anlaşılması ve bu suretle haklarını bilinçli kullanması amacı ile tanınmıştır⁵⁶⁹.”

Bilgi alma hakkı hukukî niteliği itibariyle, bağımsız, bireysel, devredilemeyen, nispi bir müktesep haktır.

2. TTK’da Pay Sahibinin Bilgi Alma Hakkının Düzenlenişi ve Anonim Şirketin Ticarî Sırrı ile İlişkisi

Pay sahibinin bilgi alma hakkı, TTK m. 362 ve 363’de “malumat alma hakkı” üst kenar başlığı altında düzenlenmiştir. Bu hükümlerden “bilanço” alt başlıklı m. 362’de genel

⁵⁶⁸ *Karasu*, s. 102.

⁵⁶⁹ *Tekinalp*, Finansal Bilgi Elde Etme Hakkı, s. 20, 21; *Tekinalp* (Poroy/Çamoğlu) N. 1007; *Teoman* kavramı “...bilgi alma istemi, bir bakıma, pay sahibinin ortaklığın malvarlığı konusunda aydınlanmasını sağlayan ve gerek ana sözleşme ve gerekse genel kurulda alınacak kararlarda kısıtlanması olanağı bulunmayan kazanılmış bir hak” (Bilgi, s. 20) olarak tanımlarken, *Even* ise “şirketin kuruluş, faaliyet ve tasfiyesi olmak üzere tüm aşamalarda olaylar ve şirketin gidişatını açıklama vasıtaları ile belirli kişi, kişi grupları veya kamunun bilgisine getirmeye yönelik zorunlu veya ihtiyari bir faaliyet” olarak tanımlamaktadır. Bu tanım için bk. *Kaya*, Bilgi Alma, s. 51.

kurulun olağanüstü toplantısından en az 15 gün önce, kâr ve zarar hesabı, bilanço, yıllık rapor ve safi kazancın nasıl dağıtılacağına ilişkin tekliflerin denetçiler tarafından verilecek raporla birlikte şirketin merkez ve şubelerinde pay sahiplerine sunulacağı belirtilmiştir (TTK m. 362/I). “Bunlar içinden kâr ve zarar hesabı, bilanço ve yıllık rapor, toplantıdan itibaren bir yıl boyunca pay sahiplerinin emrine amade kalır” (TTK m. 362/II). Hamile yazılı hisse senedi sahiplerine bu belgelerin açık bulundurulduğu, TTK m. 37’de belirtilen gazetede ya da esas sözleşme ile başka bir yol gösterilmişse bu şekilde dahi ilan olunur (TTK m. 362/II). Pay defterine kayıtlı nama yazılı hisse senedi sahiplerine ayrıca tebligat yapılır⁵⁷⁰. Ticarî defterler ve sır saklama mükellefiyeti alt başlıklı 363. maddede ise, pay sahiplerinin şüpheli gördükleri noktalara denetçilerin dikkatini çekmeye ve gerekli açıklamaları istemeye yetkili oldukları (TTK m. 363/I), şirketin ticarî defterleri ile muhaberatının incelenmesinin sadece genel kurulun açık izni veya yönetim kurulunun kararı ile mümkün olabileceği (TTK m. 363/II) ifade edilmektedir. TTK m. 362 ve 363 İsviçre Borçlar Kanunu m. 696 ve 697’den alınmıştır.

Doktrinde hakim olan görüş, “malumat alma” üst başlığı altındaki bu hükümlerin esas olarak, bilgi alma hakkını gereği gibi yansıtmadığı yönündedir. Kimi yazarlar⁵⁷¹ bu hükümlerle, pay sahibine bir denetleme hakkı verildiğini belirtmektedir. Anonim şirketi denetleme hakkı esas olarak denetleme organına ait iken, pay sahiplerince de, bilanço, kâr ve zarar hesabı, kâr dağıtım teklifi, idare ve denetim raporlarının incelenmesi denetleme hakkı açısından getirilmiş bir istisnadır. Böylece, TTK m. 362 ve 363 hükümleriyle pay sahibine doğrudan bir denetleme hakkı verilmektedir. Bazı yazarlarsa⁵⁷², anonim şirketin kendine özgü yapısı içinde, denetimin yalnızca denetim organı ve denetçiler tarafından

⁵⁷⁰ *İmregün*, bu tebligatın TTK m. 368’e kıyasla taahhütlü mektupla yapılması gerektiğini belirtmektedir (AŞ, s. 239).

⁵⁷¹ *Arslanlı*, AŞ, s. 230 vd.; *Domanic*, TTK Şerhi, s. 799; *İmregün*, AŞ, s. 306, *Tekil*, s. 392, 392.

⁵⁷² Bk. *Kaya*, Bilgi Alma, s. 48 dn. 38’de anılan yazarlar.

kullanıldığını, bu nedenle pay sahibinin kişisel bir denetim hakkı bulunmadığını ve genel kurulda soru sorma ve bilgi alma hakkının bulunduğunu belirtmektedirler.

Gerçekten de anonim şirket denetim yetkisinin, kendi organlarında olması ve TTK m. 362 ve 363 hükümlerinin pay sahibine sayılan belgeleri inceleme, denetçilerden lüzumlu izahatı isteme, genel kurulun izni ve yönetim kurulu kararıyla ticarî defter ve muharebatını inceleme yetkisi vermesi, denetleme hakkını değil, inceleme ve soru sorma hakkını ifade etmektedir. Zira anonim şirketlerde denetim, organ ya da yetkili kişilerce görev kapsamında yapılır⁵⁷³. Pay sahibi ise inceleme hakkını, anonim şirketin işleri ve malî durumuyla ilgili fikir sahibi olma ve gerekli önlemleri alma amacıyla kullanır.

Bazı yazarlar⁵⁷⁴ kavramı aktif ve pasif bilgi alma hakkı olarak iki kısımda incelemeyi tercih etmiştir. Gerçekten TTK m. 362’de pay sahibinin bilgi alma hakkı, geriye etkili (retrospektif) ve pasiftir. Kamuyu aydınlatma ilkesinin bir gereği olarak düzenlenmiş, bu çerçevede dahilinde incelenmesi gereken bir hükümdür⁵⁷⁵. Zira bu belgeler pay sahibinin kendi iradesine bağlı olmaksızın emrine amade olacaktır⁵⁷⁶. TTK m. 363’de ise pay sahibinin aktif bilgi alma hakkı karşımıza çıkmaktadır. Bunun nedeni, pay sahibinin kendi iradesiyle veya temsilcileri aracılığıyla, denetçilerden lüzumlu izahatı istemeye yetkili olması ve genel kurul izni veya yönetim kurulu kararıyla şirketin ticarî defter ve muhaberatını inceleyebilmesidir⁵⁷⁷. TTK m. 363/I hükmünde yer alan pay sahibinin denetçilerden gerekli açıklamayı isteme yetkisi, gerek Türk gerek İsviçre doktrininde

⁵⁷³ Anonim şirketler hukukunun gelişimiyle birlikte denetleme hakkının hukukî niteliği zayıflamış, kavram daha teknik bir anlam kazanmıştır. Bk. *Kaya*, Bilgi Alma, s. 51.

⁵⁷⁴ *Tekinalp*, Bilgi Elde Etme Hakkı, s. 20; *Tekinalp* (Poroy/Çamoğlu) N. 1008; *Kabaalioğlu*, s. 26; *Öztek*, s. 315; *Kaya*, Bilgi Alma, s. 51 vd.

⁵⁷⁵ *Tekinalp*, Bilgi Elde Etme Hakkı, s. 20; *Kaya*, Bilgi Alma, s. 52, 53.

⁵⁷⁶ *Kaya*, Bilgi Alma, s. 53.

⁵⁷⁷ “Ancak gerçek ve teknik anlamda bilgi alma hakkını ya da başka bir ifade ile bilgi alma kavramının içeriğini, anonim ortaklığın faaliyetleri, içinde bulunduğu ekonomik durum, katılma ilişkisi içinde olduğu ortaklıklarla bağlantıları gibi hususlar hakkında soru sormak suretiyle veya şirketin defter ve sair muhaberatını talep üzerine incelemek, bunun haksız yere ortaklık sırrı kalkanı ile karşılanması durumunda mahkemeye müracaat imkanını içeren yönü, hatta özel denetçi seçilmesi istemi oluşturur” *Kaya*, Bilgi Alma, s. 53.

oldukça geniş yorumlanmış ve pay sahibinin yalnızca denetçi ya da denetçilerden açıklama istemekle kalmayacağı, aynı zamanda yönetim kurulundan da gerekli açıklamayı isteyebileceği sonucuna varılmıştır⁵⁷⁸. Başka bir ifade ile yönetim kurulu da gerekli açıklamaları yapmaya yetkilidir.

Konumuz açısından önem teşkil eden, aktif bilgi alma hakkının sınırını oluşturan şirket menfaati ya da anonim şirketin ticarî sırrının belirlenmesinden önce bilgi alma hakkının konusu ve kapsamının incelenmesinde fayda vardır. Uzun zaman boyunca, bilgi alma hakkı, konusu ve kapsamı arasında bir fark gözetilmeksizin birlikte değerlendirilmiştir⁵⁷⁹. Doktrinde şu anda hakim olan görüş bilgi alma hakkının konu bakımından bir sınırı olmadığı yönündedir⁵⁸⁰. Başka bir ifade ile denetim kurulundan, denetim ile ilgili ve yönetim kurulundan anonim şirketin faaliyetleriyle ilgili her türlü bilgi istenebilecektir⁵⁸¹.

Bilgi alma hakkının konusu ve kapsamının bu kadar geniş tutulmasında anonim şirket açısından en büyük güvenceyi, “anonim şirketin menfaati” kavramı oluşturur. Başka bir ifade ile bilgi alma hakkının sınırı anonim şirketin ticarî sırrıdır. Gerek TTK Tasarısı’nda (m. 437/III) gerek doktrinde “anonim şirketin menfaati” ve “anonim şirketin ticarî sırrı”

⁵⁷⁸ İsviçre doktrini için bk. *Bürgi*, Wolfahrt F. : Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, 5. Teil, Die Aktiengesellschaft b/1: (Art. 660/697), Zürich 1957, N. 12; *Wyss*, Heinz: Das Recht des Aktionärs auf Auskunfterteilung (Art. 697 OR) unter besonderer Berücksichtigung des Rechts der Unternehmenszusammenfassungen, Ein Beitrag zum Problem des aktienrechtlichen Minderheitenschutzes, Diss., Zürich 1953, s. 69; Türk doktrini için bk. *Arslanlı*, AŞ, s. 231; *Tekinalp*, Bilgi Elde Etme Hakkı, s. 19, Yazar, yapılacak amaca uygun yorumla bu sonuca varılacağını belirtmektedir.

⁵⁷⁹ *Kaya*, Bilgi Alma, s. 193; kaynak İsviçre hukukunda da bu ayırım 1992’de İsvBK’da yapılan değişiklikten sonra yoğunlukla incelenmiştir. Zira madde değişikliği ile birlikte pay sahibi, yönetim kurulundan şirketin faaliyeti ve denetim kurulundan ise denetim icrası ve sonucu hakkında bilgi talep edilebilecektir. Bk. İsv. BK m. 687.

⁵⁸⁰ *Bürgi*, N. 32; *Wyss*, s.85; *Widmer*, Kurt: Das Recht des Aktionärs auf Auskunfterteilung de lege lata und lege feranda (Art. 697), Diss., Zürich 1967, s. 17; *Tekinalp*, Bilgi Elde Etme Hakkı, s. 19; *Öztek*, s. 305, 306.

⁵⁸¹ *Poroy*, Reha/*Tekinalp*, Ünal/*Çamoğlu* Ersin: Ortaklıklar Hukuku, C. I, B. 2, İstanbul 1975, s. 481, Yazar, bilgi alma hakkının konusunu şöyle açıklamaktadır: “Bilgi alma hakkında konu bakımından hiçbir sınır düşünülemez. Bu nedenle hak: sermayenin durumu, AO’nun ekonomik ve malî gücünü, kârın nasıl oluştuğunu, kârı azaltan sebepleri, bilanço ve kalemlerini ve çok tartışmalı olan gizli yedek akçeleri de kapsar. TK m. 458 f. 2’de yer alan denetçilere verilmesi gerekli olan bilgi, denetçi raporuna geçebileceğine göre, TK kural olarak gizli yedek akçelerin kendileri sarf yerleri hakkında zaten bilgi verilmesini kabul etmiş demektir. Bu sınırlar içinde ve ölçüde, pay sahibinin de tam bilgi alma hakkı vardır. Bilginin denetçi raporunda bulunmaması halinde pay sahibi bu maddeye dayanarak bilgi ister”; *Aytaç*, İbra, s. 75, Yazar bilgi alma da konu yönünden bir sınır olması gerektiğini belirtmektedir.

kavramları birbirinden bağımsız olarak değerlendirilmiş, her iki kavrama farklı anlamlar yüklenmiştir. Hatta TTK m. 363/II’de, anonim şirketin ticarî sırrı yerine, iş sırrı ifadesine yer verilmiştir. Ancak ekonomik temellere dayanan anonim şirketlerin her türlü menfaatinin iktisadî olacağı, bunu karşılayan kavramın ise ticarî sır olduğu kabul edilmelidir. Bu nedenle anonim şirket menfaati ve anonim şirketin ticarî sırrı kavramlarının aynı olduğu ve aynı olguları karşıladığı ifade edilmelidir. İki ayrı kavramının kullanılması gereksizdir⁵⁸².

Pay sahibi açısından nispî müktesep, bireysel ve vazgeçilemez bir hak olan bilgi alma hakkının, “ortaklık sırrı kalkaniyla⁵⁸³” karşılağından duyulan endişe, bilgi alma hakkının, olabildiğince geniş yorumlanmasına neden olmuştur. Daha önceleri pay sahibinin bilgi alma hakkı ile şirketin menfaatleri arasında kurulan denge, adeta pay sahibine doğru yönelmiş, anonim şirketlerin korporatif yapısı, pay sahiplerinin sınırsız sorumlu olarak rakip işletmelerde de aynı sıfatı taşıyabilecek olması neredeyse göz ardı edilmiştir. Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’nda, TTK m. 362 ve 363’deki tüm bu belirsizlikler giderilmeye çalışılmış, bilgi alma hakkına ilişkin eleştiriler göz önüne alınarak yeni bir yaklaşım getirilmiştir⁵⁸⁴. İşte bu noktada şirketin menfaatlerinin, başka bir ifade ile anonim şirketin ticarî sırrının kapsamının belirlenmesi, oldukça önemlidir.

⁵⁸² Türk doktrininde de şirket menfaati ve şirket sırrının kavramsal bir ayrım gözetilmeksizin kullanıldığı görülmektedir. Bk. *Tekinalp* (Poroy/ Çamoğlu) N. 105; *Kaya*, Bilgi Alma, s. 260; *Öztek*, s. 319, 320; *Karasu*, s. 91, Yazar, şirket menfaatinin yalnızca şirket sırlarının açıklanmasıyla değil, genel kurulda yönetim kurulu üyeleri ve denetçilere yönelik hakaretlerle şirketin itibarının zedelenebileceğı bu nedenle şirket menfaatinin zedelenmesinin söz konusu olabileceğini belirtmektedir.; İsviçre doktrini için bk. *Wyss*, s. 153; *Widmer*, s. 36; *Bürgi*, N. 34.

⁵⁸³ *Öztek*, s. 321.

⁵⁸⁴ Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’nın bilgi alma ve inceleme hakkına ilişkin 437. maddesi şöyledir: “(1) Finansal tablolar, konsolide finansal tablolar, yönetim kurulunun yıllık faaliyet raporu, denetleme raporları ve yönetim kurulunun kâr dağıtım önerisi, genel kurulun toplantısından en az onbeş 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 bilançonun bir suretini isteyebilir.

(2) Pay sahibi genel kurulda, yönetim kurulundan şirketin işleri; denetçilerden denetim yapılma şekli ve sonuçları hakkında bilgi isteyebilir. Bilgi verme yükümü, 200 üncü madde çerçevesinde şirketin bağlı şirketlerini de kapsar. Verilecek bilgiler, hesap verme ve dürüstlük ilkeleri bakımından özenli ve gerçeğe

Bilgi alma hakkı pay sahibine, sahip olduğu hakları akılcı yollarla kullanma imkânı sağlar⁵⁸⁵. Böylece şirketin ekonomik durumu, faaliyetleri hakkında bilgi alan pay sahibi şirketteki payının değeri ve şirketin işleyişi hakkında bir fikre sahip olacaktır⁵⁸⁶. Ancak pay sahibinin bu bilinçlenmesinin şirketin mefaatleriyle çatışmaması gereklidir. Bu menfaatin kapsamının belirlenmesi ise oldukça zordur. Bilgi alma hakkının bir sınırını anonim şirketin ticarî sırrı oluştururken, diğer bir sınırını ise hakkın kötüye kullanılması oluşturur. Anonim şirketin ticarî sırrı, mutlak şirket sırrı ve nispi şirket sırrı olarak ikli ayrıma tabi tutulmuştur⁵⁸⁷. Mutlak şirket sırrı, bir kanun hükmü sonucu ya da şirketin bir sözleşme ilişkisi nedeniyle sahibinin iradesi dışında açıklayamayacağı, başka bir ifade ile sırrın kullanımının, şirket iradesinde olmadığı gizli bilgilerdir. Nispi şirket sırrı ise, mutlak şirket sırrı dışında kalan, şirketin menfaatleri gereği korunması gerekli olan gizli bilgidir⁵⁸⁸. Bilgi alma hakkının sınırını nispi şirket sırrı oluşturur.

İsviçre’de “şirket sırrı” (Gesellschaftsgeheimnis) kavramı bir üst kavram olarak ele alınmış ve iş sırları (Geschäftsgeheimnis) ve işletme sırları da (Betriebsgeheimnis) şirket

uygun olmalıdır. Paysahiplerinden herhangi birine bu sıfatı dolayısıyla genel kurul dışında bir konuda bilgi verilmişse, diğer pay sahibinin istemde bulunması üzerine, aynı bilgi, gündemle ilgili olmasa da aynı kapsam ve ayrıntıda verilir. Bu halde yönetim kurulu bu maddenin üçüncü fıkrasına dayanamaz.

(3) Bilgi verilmesi, sadece istenilen bilgi verildiği takdirde şirket sırlarının açıklanacağı veya korunması gereken diğer şirket menfaatlerinin tehlikeye gireceği gerekçesiyle reddedilebilir.

(4) Şirketin ticarî defterleriyle yazışmalarının, pay sahibinin sorusunu ilgilendiren kısımlarının incelenebilmesi için genel kurulun açık izni veya yönetim kurulunun bu yönde kararı gerekir. İzin alındığı takdirde inceleme bir uzman aracılığıyla da yapılabilir.

(5) Bilgi alma ve inceleme istemleri cevapsız bırakılan, haksız olarak reddedilen, ertelenen ve bu fıkra anlamında bilgi alamayan pay sahibi, reddi izleyen on gün içinde, diğer hallerde de makul bir süre sonra, şirketin merkezinin bulunduğu asliye ticaret mahkemesine başvurabilir. Başvuru basit muhakeme usulüne göre incelenir. Mahkeme kararı bilginin genel kurul dışında verilmesi talimatını ve bunun şeklini de içerebilir. Mahkeme kararı kesindir.

(6) Bilgi alma ve inceleme hakkı, esas sözleşmeyle ve şirket organlarından birinin kararıyla kaldırılmaz ve sınırlandırılmaz.”

⁵⁸⁵ Karasu, s. 78.

⁵⁸⁶ Wyss, s. 47 vd.; Kaya, Bilgi Alma, s. 23; Tekinalp, Bilgi Elde Etme Hakkı, s. 20; Karasu, s. 79.

⁵⁸⁷ Mutlak ve nispi şirket sırrı için bk. Kaya, Bilgi Alma, s. 266 vd.

⁵⁸⁸ Kaya, Bilgi Alma, s. 267.

sırrı kavramına dahil edilmiştir⁵⁸⁹. Daha önce de ifade ettiğimiz üzere, tüm bu kavramlar anonim şirketin ticarî sırları başlığı altında değerlendirilmelidir⁵⁹⁰.

Anonim şirketin ticarî sırrı, açıklanması veya kullanılması halinde şirketin ekonomik menfaatlerini zedeleyecek, rakip şirketlere karşı rekabet gücünü zayıflatacak her türlü bilgiyi ve bu bilgilerin içinde yer aldığı belgeleri içerir⁵⁹¹. Buradan hareketle, gerek denetim kurulu gerek yönetim kurulu ancak anonim şirketin ticarî sırrını açıklamadan bilgi verebilecektir.

Pay sahibinin, yatırımlarını değerlendirmek amacıyla, şirketin işleyişi ve faaliyetleri hakkında bilgi alması ile şirketin korunmaya değer menfaatleri arasındaki dengenin aynı olmadığı açıktır. Bu nedenle pay sahibinin, anonim şirketin sırrını öğrenmesi durumunda bunu kendi ya da üçüncü kişilerin yararına kullanmayacağını garanti etmek mümkün değildir. Kanun koyucunun anonim şirket pay sahibini sınırlı sorumlu olarak belirlemesi ve rekabet yasağı getirmemiş olması bunun en önemli göstergesidir⁵⁹². Anonim şirkete ilişkin belgelerin incelenmesiyle elde edilen pazar araştırmaları ve bu yönde belirlenen stratejilerin rakip bir şirkette çalışan pay sahibi tarafından öğrenilmesi, anonim şirketin ekonomik anlamda mahfina neden olabilecektir.

⁵⁸⁹ İş sırlarına örnek olarak, şirketin pazarlama koşulları, pazarlama alanları, müşteri çevresi, hesaplamalar, fabrika sırları için üretim teknikleri, formüller, teknik bilgiler verilmektedir. Bk. *Widmer*, s. 38; *Wyss*, s. 156.

⁵⁹⁰ Bk. 1. Bölüm/§ 1/III/A.

⁵⁹¹ Şirket sırrının tanımı Alman Federal Mahkemesi tarafından verilmiştir. Buna göre şirket sırrı: “İşletmeyle ilgili, sınırlı bir çevre tarafından bilinen, başkaları tarafından kolaylıkla öğrenilemeyecek, gizli tutulmasında şirketin haklı menfaati bulunan ve şirketçe gizli tutulması istenen iktisadî yaşama ait olgular” olarak tanımlanmıştır. Bk. *Karasu*, s. 89; Bu yönde bir tanım için bk. *Nomer*, s. 125; 8. HD, 17.3.1987, E. 1469, K. 2337 “Türk Ticaret Kanunu’nun 363. maddesi ile korunmak istenen sır şirkete ait iş sırrı olup, kanunda bu kavramın kapsamı tarif edilip belirlenmemekle beraber maddenin sevk amacına göre bir sonuca ulaşmak mümkün bulunmaktadır. Buna göre, her türlü iktisadî maksat ve konular için kurulan ve gayesi ticarî yani kâr amacına yönelik anonim şirketlerin imalâta, ticarete ve sürümde özel bilgileri, becerileri ve yöntemleri itibarıyla diğer kurum ve işletmelere karşı rekabet gücünü korumak amacı güdüldüğü açık bulunmaktadır. Bu itibarla şirket iş sırrının da bu gibi konularla ilgili faaliyet, durum ve muamelelere taalluk etmesi gerekir.” Karar için bk. <http://www.kazanci.com.tr>, (28.1.2007).

⁵⁹² *Karasu*, s. 90.

Anonim şirketin tamamlanmamış bir girişimi, geçici bir faaliyeti ya da görüşme aşamasındaki projeleri ticarî sır kapsamında değerlendirilmelidir⁵⁹³. Bunun yanında, anonim şirketin yapılıp tamamlanmış işlerine ilişkin teknik programlar ya da stratejik plânlar içeren ve ticarî sır sayılan bilgi ve belgeler de pay sahibinin bilgi alma hakkı kapsamı dışında tutulmalıdır. Zira bu bilgi ve belgeler şirketin ileride yapacağı işlere de esas teşkil edebilecektir. Ancak şirket menfaatinin geniş yorumlanmasının pek çok sakıncası olacağı açıktır. Yönetimin yaptığı veya işleyişe ilişkin hataların ticarî sır perdesi ardına gizlenmesi kabul edilemez. Bu nedenle, şirket menfaatlerini tehlikeye sokan durumların tespitinde somut olayın özellikleri, şirketin yapısı ve hatta bilgi almak isteyen pay sahibinin kişiliği önem taşıyacaktır⁵⁹⁴.

TTK m. 363/II c. 2'ye göre: “İncelenmesine müsaade edilen defterler ve vesikalardan öğrenilecek sırlar hariç olmak üzere, hiçbir ortak şirketin iş sırlarını öğrenmeye salâhiyetli değildir. Her ortak, her ne suretle olursa olsun öğrenmiş olduğu, şirkete ait iş sırlarını, sonradan ortaklık haklarını zayi etmiş olsa dahi, daima gizli tutmaya mecburdur. Bu mecburiyeti yerine getirmeyen ortak, meydana gelecek zarardan şirkete karşı mesul olduğu gibi şirketin şikâyeti üzerine, her hangi bir zarar umulmasa dahi, bir yıl hapis veya otuzbin liradan altıyüzbin liraya ağır para cezasıyla veya her ikisiyle birlikte cezalandırılır.”

Bu hüküm ile İsv.BK m. 697/II – III ve Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu (APOK) §131/II'in düzenlenişi arasında önemli farklılıklar bulunmaktadır. İsviçre hukukuna göre, pay sahibinin bilgi alma hakkını kullanabilmesi için, bu hakkı kullanması “gerekli” olmalıdır⁵⁹⁵. Ancak Türk hukukunda böyle bir şart aranmamaktadır. TTK m. 363/II'yi

⁵⁹³ Gerçekten de UTSA'da belirtildiği üzere, geçici işlere ilişkin durumlarda ticarî sır kapsamında değerlendirilmelidir; *Tekinalp* (Poroy/Çamoğlu) N. 1015, Yazar ise, aksi bir görüş ile “yapılıp tamamlanmış işlemlerin gerek kendileri gerek sonuçları ortaklık sırrı mütalaa edilmemelidir” demektedir. Aynı yönde bk. *Kaya*, Bilgi Alma, s. 269.

⁵⁹⁴ *Wyss*, s. 173; *Öztek*, s. 320; *Bürgi* N. 35; *Kaya*, Bilgi Alma, s. 269.

⁵⁹⁵ *Kaya*, Bilgi Alma, s. 272.

değerlendiren yazarlardan *Nomer*, pay sahibine genel kurul izni ve yönetim kurulu kararıyla anonim şirketin ticarî defterleri ve muhaberatını inceleme olanağı tanındığı, pay sahibinin ayrıca üçüncü kişilerden, yönetim kurulu üyelerinden veya tesadüf eseri ticarî sırları öğrenmesinin mümkün olduğunu, pay sahibinin öğrendiği tüm bu sırları gizli tutma ve saklama yükümlülüğü altında bulunduğunu belirtmiştir⁵⁹⁶. *Kaya* ise, pay sahiplerinin TTK çerçevesinde anonim şirketin ticarî sırlarını öğrenmeye yetkili olmadığını, aynı şekilde yönetim kurulu ve denetçilerin anonim şirketin ticarî sırlarını açıklayamayacağını, hükmün bu şekilde kabul edildiği takdirde pay sahibinin bilgi alma hakkının genişleyeceğini ifade etmektedir⁵⁹⁷. İkinci görüşün, gerek anonim şirketin ticarî sırrı kavramının içeriği, gerekse anonim şirketler hukuku genel ilkeleri açısından daha isabetli olduğu söylenebilir. Ticarî sır, korunmasında sahibinin ekonomik menfaatinin bulunduğu ve açıklanmamasını istediği gizli bilgidir. Anonim şirkete ait ticarî sırların pay sahipleri tarafından öğrenilmesi bu gizli bilgilerin sır niteliğine zarar verecektir. Her ne kadar TTK m. 363/II hükmü pay sahibine sadakat yükümlülüğü yükler gibi görünse de, anonim şirket pay sahibinin tek yükümlülüğünün, koymayı taahhüt ettiği sermayeyi getirmek olduğunun unutulmaması gereklidir. Bu nedenle pay sahiplerinin anonim şirketin ticarî sırlarını öğrenemeyeceği ifade edilmelidir. TTK m. 363/II'ye ilişkin yanlış düzenleme, TTK Tasarısı (m. 437) ile bertaraf edilmiştir. Tasarı'da pay sahibine sırları saklama yükümlülüğü yüklenmemektedir.

Yönetim kurulu ve denetçiler şirket menfaatlerine, başka bir ifade ile anonim şirketin ticarî sırlarına zarar vermedikleri ölçüde bilgi vereceklerdir. Bunun dışında kalan bilgileri vermekten kaçınma ya da vermeyi reddetme hakları vardır (Verweigerungsrecht). Zarar

⁵⁹⁶ *Nomer*, s. 94.

⁵⁹⁷ *Kaya*, Bilgi Alma, s. 272.

verme tehlikesinin bulunması bu red için yeterlidir⁵⁹⁸. Ancak arada kurulacak dengenin iyi sağlanması gereklidir⁵⁹⁹. İşte bu yolda doktrinde kabul olan red kıstasları şöyle sıralanabilir⁶⁰⁰:

“- Bilgi vermekten kaçınmak, şirket menfaatinin bulunması durumunda söz konusu olabilir. Başka bir ifade ile pay sahibinin bilgi almaya ilişkin istemi şirket sırrı ya da korunmaya değer şirket menfaatiyle ilgiliyse ya da açık olarak hakkın kötüye kullanılması durumunu oluşturuyorsa reddedilir.

- Bilgi alma talebinin reddedilmesi, anonim şirketin ekonomik ve hukukî yapısını etkileyecek bilgilere ilişkin olmalıdır. Bilgi alma isteğinin zamanı ayrıca önem taşır.

- Şirket açısından sır saklanmasına ilişkin menfaat şirket için açık ve somut biçimde haklı ve maddî anlamda bir temele sahip olmalıdır.

- Red sebebi gerekçelendirilmeli ve nedenleri açıklanmalıdır.

- Şirket, bilgi verilmesi nedeniyle zarara uğratılamaz. Tereddüt durumunda bilgi alma talebi reddedilmelidir.

- Bilgi vermekten kaçınma, yönetime gerçek dışı bilgi vermesi yönünde bir zemin oluşturamaz.”

TTK m. 363/II'nin uygulamasında meydana gelebilecek sorunlardan bir tanesi de, genel kurulun pay sahibine bilgi verilmesine yönelik kararını, yönetim kurulunun şirketin haklı menfaatleri nedeniyle reddedip reddedemeyeceğidir. Bir görüşe göre⁶⁰¹, yönetim kurulunun, şirketin sırlarını saklama yükümlülüğünü, genel kurul kararına rağmen yerine

⁵⁹⁸ Kaya, Bilgi Alma, s. 274; Karasu, s. 91.

⁵⁹⁹ İsviçre Federal Mahkemesinin, bu konuya ilişkin verdiği iki farklı karar dikkat çekicidir. Federal Mahkeme, ilk olarak menfaat çatışmasında şirket menfaatine öncelik vererek, yönetim kurulunun bilgi alma talebini reddetmesini haklı bulmuş (BGE 82 II 216 vd.), sonraki tarihli bir kararında ise şirket menfaatine öncelik verilmesi için, zarar görmenin yüksek olasılık taşıması gerektiğini belirtmiştir (BGE 109 II 50 E. 3 b).

⁶⁰⁰ Wjss, s. 182 vd.; ayrıca bk. Widmer, s. 44, 45.

⁶⁰¹ Wjss, s. 31.

getirmesi gereklidir. Bir başka görüşe göre⁶⁰² ise, yönetim kurulunun bağımsız hareket etmesi mümkün değildir. Bunun nedeni genel kurulun yönetim kurulunu azletme yetkisini elinde bulundurmasıdır (TTK m. 316). Bu sorunla ilgili olarak *Tekinalp*'in getirdiği yaklaşıma⁶⁰³ biz de katılıyoruz. Buna göre, öncelikle TTK m. 336/b. 4'e göre yönetim kurulunun haklı sebepler göstererek genel kuruldan çıkan bir kararı uygulamama yetkisi mevcuttur. Şirket menfaatinin söz konusu olması durumunda, yönetim kurulu bu haklı gerekçeye dayanarak, genel kurulun bilgi verilmesi konusundaki talebini reddedebilir. Bunun yanında TTK m. 336/b. 5'e göre yönetim kurulu, kanunun ve esas sözleşmenin kendisine verdiği görevleri yerine getirmek zorundadır. Aksi takdirde sorumluluğu doğacaktır. Şirketin menfaatine aykırı bir bilgi istenmesi durumunda da yönetim kurulunun sorumluluğuna gidilebilecektir. Bu nedenle, yönetim kurulu, genel kurulca alınmış, pay sahibine bilgi verme kararını, şirket menfaatlerine aykırı görerek reddetme hakkına sahiptir.

3. TTK Tasarısı'nda Yer Alan Pay Sahibinin Bilgi Alma Hakkına İlişkin Değerlendirme

TTK Tasarısı ile yeniden düzenlenen pay sahibinin bilgi alma hakkı, gerek pasif gerek aktif bilgi alma hakkına ilişkin pek çok sorunu ortadan kaldıracaktır. Aslında Tasarı'da, SerPK'da düzenlenen kamuyu aydınlatma ilkesi çerçevesindeki pasif bilgi alma hakkına⁶⁰⁴ bir geçiş olduğu gözlenmektedir. Zira, Tasarı m. 1524'de her sermaye şirketinin bir web sitesi açması zorunlu görülmüş, Tasarı'da ve diğer kanunlarda yer alan, pay sahiplerinin ve ortakların aydınlatılmasının öngörüldüğü konulara bu web sitesinde yer verilmesi gerektiği

⁶⁰² *Bürgi*, N. 9 ve N. 13.

⁶⁰³ *Tekinalp*, Bilgi Elde Etme Hakkı, s. 19.

⁶⁰⁴ *Yanlı*, Kamuyu Aydınlatma, s. 97, Yazar, Bilgi Edinme Hakkı Kanunu nedeniyle kamuyu aydınlatma ilkesi uyarınca edinilen bilginin kısmen de olsa aktif bir nitelik kazandığını düşünmektedir.

belirtilmiştir. Böylece pay sahibi genel kurulda soracağı pek çok sorunun cevabını web sitelerinden elde edebilecek, genel kurul sırasında sorulabilecek gereksiz soruların önüne geçilebilecektir⁶⁰⁵. Pay sahibinin bilgi alma hakkını statik olarak kullanması ticarî sırların korunması açısından da önemlidir. Zira şirketler pay sahibinin edinmesi gereken, ancak ticarî sır niteliği taşımayan bilgileri yayınlama imkânı bulacaklardır. Böylece şirketin, pay sahiplerince aktif bilgi alma hakkı kapsamında sorulan sorulara, dürüstlük kuralına aykırı olarak, bilginin ticarî sır olduğu gerekçesiyle cevap vermemesi mümkün olmayacaktır. Bu hüküm hangi bilgilerin ticarî sır niteliği taşıyabileceğini tespit açısından da önemlidir. Bunun nedeni, maddede web sitesine koyulacak bilgilerin sınırlı sayıda olmamasından kaynaklanmaktadır⁶⁰⁶. Başka bir ifade ile web sitesinde istenilen her bilgi yer alabilecektir. Dolayısıyla, Web sitesinde yer almayan bilgilerin nitelik açısından gerekli koşulları sağlaması kaydıyla şirketin ticarî sırrı olduğu kabul edilebilir.

TTK Tasarı m. 437/V'de, bilgi alma veya inceleme talepleri cevapsız bırakılan, haksız olarak reddedilen pay sahiplerine mahkemeye başvurma hakkı tanınmıştır. Böylece, pay sahipleri açısından, yönetim kurulunca, aslında ticarî sır olmayan bilginin, ticarî sır olduğu iddia edilerek yapılacak haksız reddin de önü tıkanmıştır. Ancak anonim şirketin korporatif yapısı nedeniyle pay sahibine tanınan bilgi alma hakkı ile şirketin menfaatleri ya da anonim şirketin ticarî sırlarının korunması arasında sağlanacak denge oldukça önemlidir. Anonim şirketin rekabet gücünü azaltacak ve açıklanması ya da kullanılması durumunda şirkete zarar verecek bilgilerin ticarî sır sayılması gereklidir. Pazar stratejisi, araştırma ve geliştirme çalışmaları, üretimde kullanılan her türlü teknik ve formül bunlar arasında değerlendirilebilir. Pay sahibine verilecek bilginin niteliği ve somut olayın özelliği, gizli bilginin ticarî sır olarak değerlendirilmesinde önem taşır. Tasarı ile getirilen, bilgi alma

⁶⁰⁵ Karasu, s. 100.

⁶⁰⁶ Bk. Tasarı madde gerekçeleri.

isteminin reddine ilişkin mahkemeye başvurma hakkı, hakime bu konuda geniş takdir yetkisi vermektedir. Böylece bilginin niteliği ve pay sahibinin statüsü daha derinlemesine değerlendirilebilecektir. Bu durum, pay sahibinin bilgi alma hakkı ile anonim şirketin ticarî sırları arasındaki menfaat dengesinin korunması yolunda atılmış önemli bir adımdır.

B - Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin ve Denetçilerinin Sadakat Yükümlülüğü ve Ticarî Sır İlişkisi

Sadakat kelime anlamı ile içten bağlılık anlamına gelmektedir⁶⁰⁷. *Royce*'a göre sadakat “bir kimsenin, istekle, bir sebebe duyduğu tam bağlılıktır⁶⁰⁸”. Tarafların sözleşme ilişkisi içerisinde uymaları beklenen, bazı durumlarda karşı tarafın menfaatlerinin üstün tutulduğu ve söz konusu hukukî ilişki içerisinde bu menfaatin korunmasına yönelik bir borç getiren davranış kuralı ise sadakat yükümlülüğüdür⁶⁰⁹. Kişi birliğine dayanan ilişkilerde, taraflar arasında sadakat yükümlülüğü mevcuttur. Ancak taraflar arasındaki sadakat yükümlülüğü, kurulan hukukî ilişkinin niteliğine göre farklılık gösterir. Şirketler hukuku açısından müşterek bir gayeye ulaşılacak istenmesi ve bu yönde belirli bir çaba sarfedilmesi (*affectio sociatatis*) unsuru bizi, bu hukukî ilişkide de sadakat yükümlülüğünün olduğu sonucuna götürmektedir⁶¹⁰.

Özen yükümlülüğünü de içine alan bu geniş kavramın kapsadığı unsurlardan bir tanesi de sır saklama yükümlülüğüdür⁶¹¹. Bu nedenle bu kısımda yönetim kurulu üyelerinin ve

⁶⁰⁷ Bk. Türk Dil Kurumu Türkçe Sözlük, <http://www.tdk.gov.tr/TR/SozBul.aspx?F6E10F8892433CFFA6AA849816B2EF05A79F75456518CA>, (15.04.2007)

⁶⁰⁸ Bk. *De Mott*, Deborah: “Breach of Fiduciary Duty: On Justifiable Expectations of Loyalty and Their Consequences”, *Ariz. L. Rev.* 2006, V. 48, s. 925.

⁶⁰⁹ *Wohlmann*, Herbert: *Die Treupflicht des Aktionärs*, Diss., Zürich 1968, s. 52.

⁶¹⁰ *Nomer*, s. 17.

⁶¹¹ *Tekil*, s. 182 – 189, Yazar, yönetim kurulu üyelerinin borçları başlığı altında sadakat yükümlülüğü, özen yükümlülüğü ve sır saklama yükümlülüğünü 3 ayrı başlık altında incelenmektedir.

denetçilerin özen yükümlülüğü ve sır saklama yükümlülüklerine değinildikten sonra, bu yükümlülüğe uymamanın sonuçları incelenecektir.

1. Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin ve Denetçilerin Özen Yükümlülüğü ve Ticarî Sır İlişkisi

Yönetim kurulu üyelerinin ve denetçilerin anonim şirketin işlerini görürken gösterecekleri özen, anonim şirketin sahip olduğu ticarî sırrın korunması açısından büyük önem taşır. TTK m. 320’de yönetim kurulu üyelerinin özen derecesini belirleyen bir hüküm bulunmaktadır. Buna göre yönetim kurulu üyelerinin şirket işlerinde gösterecekleri dikkat ve basiret hakkında BK m. 528/II hükmü uygulanacaktır. BK m. 528/II ise şirket işlerini ücretle idare eden ortağın vekil gibi sorumlu olacağını belirtmekte, bu madde hükmünün yaptığı atıf bizi BK m. 390/I’e götürmekte ve vekilin sorumluluğunun genel olarak işçinin sorumluluğuna ilişkin hükümlere tabi olacağı sonucunu çıkarmaktadır. İşçinin sorumluluğuna ilişkin hüküm ise BK m. 321’de düzenlenmiştir. TTK’nın izlediği bu karmaşık yol doktrinde, yönetim kurulu üyeleri ile şirket arasında ne tür bir sözleşme ilişkisinin bulunduğu dair tartışma yaratmıştır⁶¹². Zira bu sözleşmenin niteliği, gösterilmesi gereken özen ölçüsünü belirlemek açısından önemlidir.

Bazı yazarlar⁶¹³, nasıl ki vekâlet sözleşmesinde ücret zorunlu bir unsur değil ise, yönetim kurulu üyelerine ücret ödenmesinin de mecburi olmadığını belirtmiş⁶¹⁴, bu

⁶¹² *İmregün*, Oğuz: “Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyelerinin Ortaklığa Karşı Hukuksal Sorumu”, Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu’na 65. Yaş Günü Armağanı 2001, B. 2, s. 260, Yazar, yönetim kurulu üyelerinin ortaklığa karşı sorumluluğunun dayanağının ne olduğunun tartışmalı olduğunu belirtmekte, bu dayanağın haksız fiil (BK m. 41), sözleşmeye aykırılık (BK m. 96) olduğunu ileri sürenler olduğu gibi, bunun yasadana doğan bir sorum olduğunu düşünenlerin de var olduğunu ifade etmektedir.

⁶¹³ *Hırş*, Ernst: Ticaret Hukuku, B. 3, İstanbul 1946, s. 311; *Arsılanlı*, AŞ, s. 13; *Ansay*, AŞ, s. 100; *Çamoğlu*, Ersin: Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukukî Sorumluluğu, İstanbul 1972, s. 104; *İmregün*, Hukukî Sorum, s. 260; *Atan*, Turhan: Anonim Şirketlerde İdare Meclisi Azalarının Hukukî Mesuliyeti, Ankara 1967, s. 12; *Mimaroglu*, Sait Kemal: Anonim Şirketlerde İdare Meclisi Azalarının Hukukî Mesuliyeti, Ankara 1967, s. 102, *Atan ve Mimaroglu*, TTK m. 138’de yapılan atıf nedeniyle BK m. 530’un şirket ile yönetim kurulu üyeleri arasında da uygulanacağını, bu nedenle ilişkinin vekâlet sözleşmesi olacağını ifade etmektedirler.

nedenle yönetim kurulu üyeleri ile şirket arasındaki hukukî ilişkiye vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygulanacağını ifade etmişlerdir. Bazı yazarlar⁶¹⁵ ise yönetim kurulu üyelerine verilen işlerin belirli olmadığını ve onların bu işleri uzun süreli olarak gerçekleştirdiklerini belirterek, aradaki sözleşmenin hizmet sözleşmesi olduğunu ifade etmektedirler. Doktrinde aynı tartışmaların, denetçiler ile şirket arasındaki hukukî ilişki için de yapıldığı görülmekte ve çoğunlukla, taraflar arasındaki ilişkinin vekâlet olduğu, ancak şartları varsa hizmet sözleşmesi olarak değerlendirmek gerektiği belirtilmektedir⁶¹⁶.

Buradaki söz konusu ilişki hizmet sözleşmesi olarak değerlendirilebilir. Zira, TTK m. 320, BK m. 528'e değil BK m. 528/II'ye yollama yapmakta ve ücret alan ortağın özen yükümlülüğünü ifade etmek istemektedir⁶¹⁷. Adliye Encümeni Mazbatasında da kanun koyucunun görüşünün bu yönde olduğu anlaşılmaktadır⁶¹⁸. Ancak aslında taraflar arasındaki sözleşme ilişkisinin vekâlet ya da hizmet olması sonucu değiştirmemektedir. Zira yönetim kurulu üyeleri ve denetçiler ile şirket arasındaki ilişki güvene dayalıdır ve aslında tüm bu sözleşmelerin temelinde geniş ve kapsamlı bir sadakat borcu yatmaktadır⁶¹⁹.

Doktrinde yer alan bu tartışmalar özen yükümlülüğünün kapsamının belirlenmesinde de devam etmiştir. Tartışmaların nedeni BK m. 321'de objektif unsurların yanında subjektif unsurların da yer almasıdır. Yönetim kurulu üyeleri açısından subjektif özen

⁶¹⁴ *Helvacı*, Mehmet: Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukukî Sorumluluğu, B. 2, İstanbul 2001, s. 44, Yazar, bu ayrımı gereksiz bulmakta, TTK m. 320'nin amacının BK 528/II'ye yollama yapmak olmadığını, bu hükmün amacının nihai olarak BK m. 321'e varmak olduğunu, TTK m. 320 özen borcunun yönetim kurulu üyelerini ücret alan ve almayan şeklinde ikiye ayırmadığını belirtmektedir.

⁶¹⁵ Hizmet sözleşmesi olduğunu savunan yazarlar için bk. *Ansay*, AŞ, s. 100 dn. 46.

⁶¹⁶ *Ansay*, AŞ, s. 162.

⁶¹⁷ *Çamoğlu*, s. 71; *İmregün*, AŞ, s. 231; *Çamoğlu* (Poroy/Tekinalp), N. 581; *Helvacı*, M., s. 45.

⁶¹⁸ Bu konu "BK'nun 528. maddesinde iki ayrı hal derpiş edilmiş olduğundan tatbikattaki tereddütleri önlemek üzere idare meclisi azalarının emeklerine karşılık para aldıkları da gözönünde tutularak" şeklinde açıklanmıştır. Bk. *Helvacı*, M., s. 45.

⁶¹⁹ *Turanboy*, Insider, s. 162.

yükümlülüğünün bulunduğunu ifade eden yazarlar⁶²⁰, BK m. 528/I hükmünün adi şirket ortaklarına ilişkin olduğunu, adi şirket ortaklarının kendi işlerinde gösterdikleri özeni şirket işlerinde de göstermeleri gerektiğini, bu nedenle yönetim kurulu üyeleri açısından da subjektif bir özen ölçüsünün bulunduğunu belirtmektedirler. Objektif özen yükümlülüğünün bulunduğunu savunan yazardan Çamoğlu⁶²¹ ise, özen yükümlülüğünü subjektif olarak belirlemenin yönetim kurulu üyelerinin sorumluluk sistemini zedeleyeceğini, şahıs şirketlerinde güvene dayanan, sınırsız, zincirleme sorumluluk söz konusu olmakla birlikte, anonim şirketlerde böyle bir durumun söz konusu olmadığını, bu nedenle yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunun objektif sorumluluk olacağını belirtmektedir.

Anonim şirketin ticarî sırlarının korunmasında, yönetim kurulu üyelerinden ve denetçilerden beklenecek özen, objektif özendir. Özellikle yönetim ve temsil yetkisini elinde bulunduran kimseden, kendi işlerinde gösterdiği özeni (*diligentia quam in suis rebus*) beklemek yeterli değildir. Özen ölçüsü olarak benzer işleri gören kişilerin değerlendirmeleri alınmalıdır⁶²². TTK Tasarısı m. 369'da, TTK m. 320'nin karışıklığı giderilmeye çalışılmış, "Yönetim kurulu üyeleri ve yönetimle görevli üçüncü kişiler, görevlerini yerine getirirken tedbirli bir yöneticinin özeniyle yerine getirmek ve şirketin menfaatlerini dürüstlük kurallarına uyarak gözetmek yükümlülüğü altındadırlar" hükmüyle yönetim kurulundan beklenen özenin objektif özen olduğu açıkça belirtilmiştir. Ayrıca Tasarı'da yönetim kurulu üyelerinin ve yöneticilerin görevlerini yerine getirirken özenle hareket ettikleri karine olarak getirilmiş ve ispat yükü, aksini iddia edenlere bırakılmıştır (Tasarı m. 369/III). Bunun nedeni özen gösterildiğini ispat etmenin güçlüğü olarak

⁶²⁰ *Mimaroğlu*, s. 36; *Atan*, s. 22.

⁶²¹ *Çamoğlu*, s. 67; *Çamoğlu* (Poroy/Tekinalp) N. 582.

⁶²² "İsv. BK'nun 1991'de değişik metninde yalnız bütün gerekli özen ile yetinilmemiş, ayrıca şirket menfaatlerini sadakatle gözetmek unsuruna da yer verilmiştir" bk. *Tekil*, s. 207 dn. 158.

gösterilmiştir⁶²³. Oysa ki TTK m. 338’de kusurun bulunmadığını ispat yönetim kurulu üyesine yüklenmiştir.

Yönetim kurulu üyeleri ve denetçilerden beklenen, ortalama bilgi ve beceriye sahip bir yönetici veya denetçi ticarî sırrı korumak için nasıl önlemler alacak ise, görevleri sırasında anonim şirketin ticarî sırlarını korumak için aynı şekilde önlem almalarıdır. Ancak bu önlemlerin derecesinin her anonim şirket açısından aynı olamayacağı açıktır. Özen ölçüsü, aynı nitelik ve büyüklükteki anonim şirket yöneticileri ve denetçileri için aynı olacaktır⁶²⁴. Özen derecesinin belirlenmesinde ayrıca her somut olayın özelliği de dikkate alınmalıdır⁶²⁵.

⁶²³ Bk. Tasarı madde gerekçeleri.

⁶²⁴ Çamoğlu (Poroy/Tekinalp) N. 584 a.

⁶²⁵ Amerikan hukukunda yönetim kurulu üyelerinin sadakat yükümlülüğünün belirlenmesinde, *In re Walt Disney Co. Derivative Litigation* (Disney IV) (No. Civ. A. 15452, 2005 WL 205665I [Del. Ch. Aug. 9, 2005]) davasında, Delaware Mahkemesi’nin verdiği yeni tarihli karar önem taşımaktadır. Dava konusu olayda, Michael Ovitz, Walt Disney’in yönetim kurulu başkanı Michael Eisner’in yakın arkadaşıdır. Eisner kendi yerine geçmesi için Ovitz’in Disney’e katılmasını istemiştir. Yönetim kurulunca yapılan kısa bir toplantının ardından, Ovitz’in Disney’e katılması, Ovitz ile yapılan sözleşmenin Disneyce feshedilmesi durumunda ödenecek ağır tazminata rağmen kabul edilmiştir. Bir süre sonra Ovitz ile fikir ayrılıkları yaşanmaya başlamış, Ovitz, Disney kültürüne uyum sağlayamamış ve beklenen performansı gösterememiştir. Bu nedenle Ovitz’in sözleşmesi feshedilmiş, ancak sözleşmede yer alan fesih şartlarından ağır ihmal (gross negligence) ve görevi kötüye kullanma (malfeasance) gerçekleşmediği için Disney, Ovitz’e 140 milyon dolar tazminat ödemek zorunda kalmıştır. Bunun üzerine bir grup hisse senedi sahibi Ovitz ve yönetim kurulu üyelerine karşı, sadakat yükümlülüğüne aykırı davrandıkları gerekçesiyle dava açmıştır. Dava, Ovitz ve yönetim kurulu üyeleri lehine sonuçlanmış, Mahkeme, sadakat yükümlülüğüne ilişkin özen yükümlülüğünü değerlendirirken, ortalama dikkate sahip ve basiretli bir kişinin, benzer koşullar altında ve makul olarak elde edilebilen her türlü maddî bilgiyi değerlendirerek varacağı sonucu dikkate almıştır. Buradan hareketle Mahkeme, Ovitz’in Disney’de çalışmaya devam etmesinin şirket açısından daha büyük kayıplara yol açacağına ve Disney yöneticilerinin iyi niyetle, Disney menfaatlerini gözeterek davrandığına hükmetmiştir. Oysa ki Delaware Yüksek Mahkemesi bir önceki kararında (Smith v. Van Gorkom [488 A. 2d 858 Del. 1985]) 784 milyon dolarlık birleşme kararını, kısa zamanda ve yetersiz belgelere dayanarak alan yönetim kurulu üyelerinin özen yükümlülüğünü ihlâl ettiği sonucuna varmıştı. Bu kararlar ve eleştiriler için bk. “Corporate Law – Fiduciary Duties of Directors – Delaware Court of Chancery Finds Disney Directors Not Liable For Approval Of An Employment Agreement Providing \$ 140 Million In Termination Payments – In re Walt Disney Co. Derivative Litigation, No. Civ. A. 15452, 2005 WL 205665I (Del. Ch. Aug. 9, 2005)”, Harv. L. Rev. 2006, V. 119, s. 932 vd.

2. Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyelerinin ve Denetçilerin Sır Saklama Yükümlülüğü ve Anonim Şirketin Ticarî Sırrı İlişkisi

TTK m. 358, anonim şirket denetçilerinin sır saklama yükümlülüğünü düzenlemektedir. Bu hükme göre: “Murakıplar vazifelerini yaptıkları esnada öğrendikleri hususları münferit pay sahiplerine ve üçüncü şahıslara ifşa etmekten memnurdurlar.” TTK’da yönetim kurulu üyelerinin sır saklama yükümlülüğüne ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak, gerek üstlendikleri görevin önemi, gerek kanunun ya da esas sözleşmenin kendilerine yüklediği görevleri yerine getirmemelerinden dolayı pay sahipleri ve şirket alacaklıları karşısında doğan zincirleme sorumlulukları (TTK m. 336/b. 5) ve gerekse TTK m. 320 ile yönetim kurulu üyelerine şirket menfaatlerini korumak adına yüklenen özen yükümlülüğü, yönetim kurulu üyelerinin de sır saklama yükümlülüğü altında bulunduğu sonucunu doğrulamaktadır⁶²⁶. Zira, özellikle şirket menfaatini, başka bir deyişle anonim şirketin ticarî sırlarını korunmanın yollarından biri de sır saklama yükümlülüğüdür. Ayrıca kanunda açık olarak sır saklama yükümlülüğü düzenlenmemiş olmakla birlikte, yönetim kurulu üyelerinin sadakat yükümlülüğünün olduğuna ilişkin (Ör. TTK m. 335 rekabet yasağı, TTK m. 334 şirket ile şirket konusuna giren sözleşme yapma yasağı) hükümler bulunmaktadır. Bunlar da yönetim kurulu üyelerinin sadakat yükümlülüğü olduğunun bir göstergesidir.

Doktrinde yönetim kurulu üyelerinin ve denetçilerin sır saklama yükümlülüğünün sözleşmesel bir ilişkiden kaynaklandığı belirtilmiştir⁶²⁷. Her ne kadar yönetim kurulu üyeleri ile şirket arasındaki ilişkinin hizmet mi yoksa vekâlet mi olduğu konusunda bir görüş birliğine varılamamış olsa da, taraflar arasında sözleşmesel bir ilişki bulunduğu ve bunun sıkı bir güven ilişkisine bağlı olduğu açıktır.

⁶²⁶ Çamoğlu, s. 47; Aytaç, Sır, s. 189; Turanboy, Insider, s. 166.

⁶²⁷ Turanboy, Insider, s. 166.

Bunun yanı sıra denetçilerin ve yönetim kurulu üyelerinin sır saklama yükümlülüğünün kaynağını meslek sırrının oluşturduğu ifade edilmiş, bu kişilerin görevleri sırasında öğrendikleri bu sırları korumakla yükümlü oldukları belirtilmiştir⁶²⁸.

Bu noktada önemle belirtilmesi gereken konulardan biri de denetçilerin sır saklama yükümlülüğüne ilişkin TTK m. 358’de düzenlenen, bu kişilerin görevleri sırasında öğrendikleri sırları üçüncü kişilere açıklama yasağıdır. Ancak hükümde denetçilerin bu sırları kendi menfaatlerine kullanıp kullanamayacakları belirtilmemiştir. *Turanboy*, hükümde geçen ifşa kelimesinin şirket sırlarının pay sahiplerine ve üçüncü kişilere açıklanması anlamına geldiğini, hükmün geniş yorumlanmasıyla yalnız olduğunu, sırların denetçiler tarafından bizzat kullanılması halinde MK m. 2 dürüstlük kuralının ihlâlinin söz konusu olduğunu belirtmektedir⁶²⁹.

Ancak fikrimizce, bu hükmün dar yorumlanması, gerek yönetim kurulu üyeleri gerek denetçiler açısından yukarıda belirttiğimiz sadakat yükümlülüğüne aykırı bir durum oluşturacaktır. Zira yönetim kurulu üyeleri veya denetçiler ile şirket arasında bir hizmet aktinin varlığı kabul edildiğinde, bu sözleşmeden kaynaklanan bir sadakat yükümlülüğünün olduğu açıktır. Kendilerine güven duyulan bu kişilerin, güveni kötüye kullanması söz konusu olmamalıdır⁶³⁰. Buradan hareketle, hükmü dar yorumlamak, sır saklama yükümlülüğünün kapsamına yalnızca ticarî sırrın açıklanmasını almak ve denetçi ve yönetim kurulu üyelerinin sırrı kullanmasını hüküm dışında bırakmak, taraflar arasındaki sözleşmesel ilişkinin amacına aykırı olacaktır. Ayrıca TTK m. 359’da denetçilerin sorumluluğuna gidilebilmesi için görevini hiç veya gereği gibi yerine getirmeme şartı aranmıştır. Kanun koyucu tarafından denetçilere geniş bir özen

⁶²⁸ *Aytaç*, Sır, s. 188; *Donay*, s. 215; *Turanboy*, Insider, s. 166.

⁶²⁹ *Turanboy*, Insider, s. 170, 171.

⁶³⁰ *Aytaç*, Sır, s. 208.

yükümlülüğü getirildiği açıktır. Bu nedenlerle ticarî sırrın denetçiler tarafından haksız kullanımının da bu madde kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir.

3. Yönetim Kurulu Üyelerinin ve Denetçilerin Sadakat Yükümlülüğüne Aykırı Davranışlarının Sonuçları

a) Yönetim Kurulu Üyelerinin Sadakat Yükümlülüğüne Aykırı Davranışlarının Sonuçları

TTK, yönetim kurulu üyeleri açısından, sahip oldukları geniş yetkiler ve şirkete karşı olan sadakat yükümlülükleri nedeniyle belirli sorumluluk halleri öngörmüştür. TTK m. 336/I’de yönetim kurulu üyelerinin şirkete, münferit pay sahiplerine ve şirket alacaklılarına karşı müteselsilen sorumlu olacaklarını belirttikten sonra, beş bent halinde bu sorumluluk sebeplerini saymıştır. Bu maddenin 5. bendine göre “gerek kanunun gerek esas mukavelenin kendilerine yüklediği sair vazifelerin kasden veya ihmal neticesi olarak yapılmaması” sorumluluk sebepleri arasında yer almaktadır. Yönetim kurulu üyelerinin sır saklama ve özen yükümlülüğüne aykırı davranışları 336/b.5’e giren bir sorumluluk türüdür⁶³¹. Bunun nedeni şirket ile yönetim kurulu üyeleri arasındaki sözleşmeye dayanan ilişkidir.

Doktrinde yönetim kurulu üyeleri açısından ilk 4 bentte kusursuz sorumluluğun, 5. bentte ise kusurlu sorumluluğun söz konusu olduğu ileri sürülmüştür. Bunun nedeni olarak da, ilk dört bentte kusur sorumluluğuna ilişkin bir ifadenin yer almaması gösterilmiştir⁶³².

⁶³¹ Çamoğlu, s. 63; Atan, s. 116; Turanoy, Insider, s. 170; Krş, İmregün, Hukukî Sorum, s. 263.

⁶³² Bk. Arslanlı, C.II, s. 169 vd.

Ancak çoğunluğun görüşü⁶³³ TTK m. 336/II'nin tüm bentlerinde kusurlu sorumluluğun bulunduğu yönündedir. Zira TTK m. 338 hükmü, m. 336'nın tümünü kapsamaktadır⁶³⁴.

Buradan hareketle, yönetim kurulu üyeleri, anonim şirketin ticarî sırrını kasten veya ihmal sonucu kendi menfaatlerine kullanır ya da açıklarsa, şirkete, pay sahiplerine ve şirketin alacaklılarına karşı sorumlu olacakları sonucuna varılabilir. Anonim şirketin ticarî sırrının ihlali yalnızca bu üyelerden biri tarafından gerçekleştirilmişse, diğer üyeler kusurlarının olmadığını ispat ederek bu sorumluluktan kurtulabilecektir (TTK m. 338).

Bu sorumluluk şirkete karşıdır. Zira anonim şirketin ticarî sırrının kullanılması ya da açıklanması, şirketin ekonomik menfaatlerine zarar verecek, piyasalarda rekabet gücünü azaltacaktır. Bu nedenle kanun koyucu, anonim şirkete, yönetim kurulu üyelerine karşı sorumluluk davası açma hakkı tanımıştır (TTK m. 341⁶³⁵).

Bunun yanında, TTK m. 340'ın 309'a yaptığı atıf nedeniyle zarar gören pay sahiplerinin ve şirket alacaklılarının da yönetim kurulu üyelerine karşı dava açma hakkı vardır. Pay sahipleri ve şirket alacaklıları açısından gerçekleşen zarar TTK m. 309 hükmünde “dolayısıyla zarar” olarak adlandırılmaktadır. Bu zarar, şirketin yönetim kurulu üyelerinin kasten ya da ihmal sonucu gerçekleştirdikleri fiiller sonucu uğradığı zarar nedeniyle, pay sahiplerinin ve şirketin alacaklılarının uğradığı zarardır⁶³⁶. Gerçekten de pazar stratejisi, müşteri listeleri, üretimde kullanılan çeşitli tekniklerin açıklanması,

⁶³³ *Helvacı*, M., s. 28 dn. 119'da anılan yazarlar.

⁶³⁴ 11. HD, 22.9.1989, E. 5994, K. 4560, “TTK nun 338 inci maddesi uyarınca, yönetim kurulu üyeleri için kusurluluk ilkesi kabul edilmiş olduğundan, kusursuzluklarını isbat külfeti yönetim kurulu üyelerine aittir”, karar için bk. *Eriş*, Gönen: Anonim Şirketler Hukuku, Ankara 1995, s. 301.

⁶³⁵ TTK m. 341'e göre yönetim kurulu üyelerine karşı sorumluluk davası açılabilmesi için genel kurulun bu yönde karar alması gerekmektedir. Yargıtay'ın eski içtihatlarına göre genel kurul kararı sorumluluk davasının dinlenmesi açısından bir dinlenme şartı oluştururken, Yüksek Mahkeme son dönemde genel kurul kararının dava şartı olmayacağı yönündeki görüşünü ileri sürmüştür. Bu kararlar için bk. *Çamoğlu* (Poroy/Tekinalp) N. 599; aynı madde, genel kurulun dava açılmaması yönünde aldığı kararlar karşısında, bu karara azınlığın, olumlu oy vermiş olması halinde genel kurula, yönetim kurulu üyeleri aleyhine sorumluluk davasını açma zorunluluğu getirilmektedir.

⁶³⁶ *Çamoğlu* (Poroy/Tekinalp) N. 604; *Ansay*, AŞ, s. 138; *Tekil*, s. 222, 223; *Helvacı*, M., s. 128; *İmregün*, Hukukî Sorun, s. 273.

doğrudan anonim şirketi zarara uğrattığı gibi, çoğu zaman yatırımlarını değerlendirmek amacıyla anonim şirkete giren pay sahiplerinin de kaybına yol açmaktadır. Yine aynı şekilde, ticarî sırrın açıklanması sonucu malî durumu bozulan bir anonim şirketin alacaklıları da şirketin zarar görmesi nedeniyle, zarara uğramaktadır. Kanunun “dolayisiyle zarar” olarak adlandırdığı zarar nedeniyle pay sahiplerinin açacakları davanın konusu ortaklığın uğradığı zarardır ve bu zararın ancak ortaklığa ödenmesi talep edilebilir (TTK m. 309).

Pay sahipleri ve alacaklılar tarafından açılacak davanın hukukî niteliği konusunda çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Kimi yazarlar⁶³⁷ açılacak sorumluluk davasının haksız fiil sorumluluğuna dayandığını ifade etmişlerdir. Bizim de katıldığımız ve bugün çoğunlukla kabul edilen görüş, pay sahipleri tarafından, yönetim kurulu üyeleri aleyhine açılacak sorumluluk davasının sözleşmeden kaynaklandığıdır⁶³⁸. Bunun nedeni, her ne kadar pay sahipleri ile yönetim kurulu üyeleri arasında sözleşmesel bir ilişki bulunmasa da, pay sahiplerinin açacakları davaya ilişkin hakkın, ortaklığın sahip olduğu dava hakkından kaynaklanmasıdır.

Bunun dışında, yönetim kurulu üyelerinin kasten veya ihmal sonucu zarar oluşturan fiilleri, pay sahipleri ve şirket alacaklıları açısından, doğrudan bir zarara da neden olabilir. Bu zarar, şirket zararından bağımsız olarak, pay sahiplerinin ve şirket alacaklılarının zarar görmesidir⁶³⁹. Pay sahiplerinin haksız yere oy kullanmaktan mahrum bırakılması⁶⁴⁰, kötü

⁶³⁷ Arslanlı, C. II, s. 159; Atan, s. 17; Mimaroglu, s. 107.

⁶³⁸ Çamoğlu, s. 119; Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), N. 606; Helvacı, M., s. 127, Yazar ise, pay sahipleri ile şirket alacaklılarının açacağı davada hukukî nitelikten çok niteliğinin önemli olduğunu belirtmekte, dava hakkının kullanılmasının, ortaklığın sahip olduğu dava hakkından bağımsız ve asli olduğunu ifade etmektedir.

⁶³⁹ Bk. Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), N. 609; Ansay, AŞ, s. 137; Tekil, s. 208; İmregün, Hukukî Sorum, s. 275.

⁶⁴⁰ Ansay, AŞ, s. 137.

yönetim nedeniyle, anonim şirketin faaliyetlerinin durması sonucunda alacaklıların alacağını tahsil edememesi⁶⁴¹ gibi durumlar doğrudan zarar için örnek oluşturmaktadır.

Özetle yönetim kurulu üyelerinin kusurlu fiilleriyle, anonim şirketin ticarî sırrını ihlâl etmesi durumunda, pay sahipleri ve şirket alacaklıları da zarara uğrayabilirler. Esasen, ticarî sırrın hukuka aykırı kullanılması ya da açıklanması, sırrın sahibi olan anonim şirketin bu sır üzerindeki eksik münhasır hakkını ihlâl eder. Bu nedenle, böyle bir durumda doğrudan zarara uğrayan anonim şirketin pay sahiplerinin ve alacaklılarının anonim şirketin uğradığı zarar nedeniyle uğrayacakları zarar ise TTK m. 309’da “dolayısıyla zarar” olarak adlandırılmaktadır. Aslında burada söz konusu olan, borçlar hukuku terminolojisiyle bir “yansıma zarar”dır. Ancak kanun koyucu, bu yansıma zararın yönetim kurulu üyeleri tarafından doğrudan pay sahiplerine ve alacaklılara tazmin edilmesi yoluna gitmemiş; pay sahipleri ve şirket alacaklılarına sadece şirketin uğradığı zararın şirkete ödenmesini talep etmek suretiyle, kendi zararlarının dolaylı olarak giderilmesini sağlama olanağı vermiştir.

b) Denetçilerin Sadakat Yükümlülüğüne Aykırı Davranışlarının Sonuçları

Denetçilerin sır saklama ve özen yükümlülüğü ile geniş anlamda sadakat yükümlülüğüne ilişkin sorumlulukları TTK m. 358 ve 359’da düzenlenmiştir. TTK m. 359’a göre denetçiler, kanun ve esas sözleşme ile kendilerine yükletilen görevleri hiç veya gereği gibi yapmamalarından doğan zarardan dolayı kusursuz olduklarını ispat etmedikçe sorumludurlar. Bu hüküm değerlendirildiğinde, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna çok benzer bir sorumluluğun, denetçiler için de geçerli olduğu görülmektedir. Zira, bu maddenin son cümlesinde yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna ilişkin hükümlere atıf yapılmaktadır (TTK m. 341). Buradan hareketle, denetçilerin sorumluluklarının

⁶⁴¹ 11 HD, 11.03.2002, E. 2001/9198, K. 2002/2097, karar için bk. *Çamoğlu* (Poroy/Tekinalp), N. 609.

sözleşmeye dayanan, müteselsil ve kusur sorumluluğu olduğu belirtilmelidir. Ancak müteselsil sorumluluk dar yorumlanmamalı, örneğin yalnızca denetçilerden birinin bildiği ve açıkladığı sıklardan kusuru olmayan diğer denetçiler sorumlu tutulmamalıdır⁶⁴². Bu konu Tasarı m. 404/I’de de daha doğru bir ifade ile açıkça düzenlenmiştir⁶⁴³. Ayrıca, özellikle sır saklama konusunda denetçiler, meslekî bilgilerinin bu yükümlülüğü taşımaya yeterli bulunmadığını ileri sürememelidirler⁶⁴⁴.

Kanun hükmünde, denetçilerin sorumluluğunu doğuran fiillerde kusur unsurundan bahsedilmemekte, kasıt ve ihmallerine de değinilmemektedir. Ancak, maddenin yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna ilişkin yaptığı atıftan, denetçilerin kasıt ve ihmalleri sonucunda oluşacak ticarî sır ihlallerinden de sorumlu olacakları açıktır⁶⁴⁵. Tasarı m. 404/II ile yeniden düzenlenen bu maddede, kasıt ve ihmal ifadelerine yer verilmiştir. Kusursuz olduğunu ispatlayan denetçi sorumluluktan kurtulacaktır. Tasarı’da yönetim kurulu üyeleri lehine kaldırılan özen yükümünün ispatı, denetçiler için düzenlenmemiştir. İlk bakışta Tasarı’da yer alan denetçi kavramının genişletilmiş olması ve sır saklama yükümlülüğünün, bağımsız denetleme kuruluşunun denetime yardımcı olan kişilerini ve bağımsız denetleme kuruluşunun yönetim kurulu üyelerini de kapsaması sonucu yükümlülüğün ispatının denetçilerde kalması gerektiğini düşündürebilir. Ancak taraflar arasındaki sözleşme ilişkisi değişmeyecektir. Bu nedenle, Tasarı’da yer alan yönetim kurulu üyeleri lehine olan özen yükümlülüğünü yerine getirdiğine ilişkin karinenin (Tasarı 369/III), denetçiler için de

⁶⁴² Aytaç, Sır, s. 213.

⁶⁴³ Tasarı’nın 404/I maddesi şöyledir: “Denetçi, işlem denetçisi ve özel denetçi, bunların yardımcıları ve bağımsız denetleme kuruluşunun denetleme yapmasına yardımcı olan temsilcileri, denetimi dürüst ve tarafsız şekilde yapmak ve sır saklamakla yükümlüdürler. Faaliyetleri sırasında öğrendikleri, denetleme ile ilgili olan iş ve işletme sırlarını izinsiz olarak kullanamazlar. Kasten veya ihmâl ile yükümlülüklerini ihlâl edenler şirkete ve zarar verdikleri takdirde bağlı şirketlere karşı sorumludurlar. Zarar veren kişi birden fazla ise sorumluluk müteselsildir.”

⁶⁴⁴ Öçal, Akar: “İsviçre’de ve İtalya’da Hesap Denetçilerinin Sorumluluğu”, ESADER 1978, C. XIV, S. 1, s. 368.

⁶⁴⁵ Bk. Aytaç, Sır, s. 213 dn. 132’de anılan yazar.

aynen kabul edilmesi gerektiği söylenebilir. Zira gerekli özenin gösterildiğinin ispatı zor bir husustur.

TTK m. 359 hükmünün yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna ilişkin yaptığı atıf sonucu, denetçilerin sorumluluğu şirkete, pay sahiplerine ve şirket alacaklılarına karşıdır.

Tasarı m. 404/II'de⁶⁴⁶ zarara ihmalleri nedeniyle yol açanlar, üst sınırı ile gösterilmiş tazminat ile sorumlu tutulurken, kasıtlı eylemde bulunanlar için sınır yoktur⁶⁴⁷.

§ 2 - SERMAYE PİYASASI KANUNU ÇERÇEVESİNDE TİCARÎ SIR VE TİCARÎ SIRRIN KORUNMASI

Çalışmamızın bu kısmında, SerPK çerçevesinde düzenlenen HAAO ve sermaye piyasası aracı kurumlarında ticarî sır kavramı ve sır saklama yükümlülüğü incelenecektir. SerPK ile uyumlu olarak şirket yerine ortaklık terimi kullanılacaktır. HAAO açısından, özellikle kamuyu aydınlatma ilkesi ve içerden öğrenenlerin ticareti önemlidir. Zira kamuyu aydınlatma ilkesi sonucu HAAO'larda ticarî sır kavramının alanı daralmaktadır. İçerden öğrenenlerin ticaretinde ise içerdeki bilginin hangi ölçüde ticarî sır sayılacağını belirlemekte fayda vardır. Aracı kurumlarda sır saklama yükümlülüğü ve ticarî sır korunmasının hangi hukukî temellere dayandırıldığı belirlenmesi önemlidir.

⁶⁴⁶ Tasarı m. 404/II: “Birinci fıkrada öngörülen yükümün yerine getirilmesinde ihmâli bulunan kişiler hakkında, verdikleri zarar sebebiyle, bir denetim için yüz bin Türk Lirasına, pay senetleri borsada işlem gören anonim şirketlerde ise üçyüz bin Türk Lirasına kadar tazminata hükmedilebilir. İhmâleriyle zarara sebebiyet veren kişilere ilişkin bu sınırlama denetime birden çok kişinin katılmış veya birden çok sorumluluk doğurucu eylemin gerçekleştirilmiş olması hâlinde uygulandığı gibi, katılanlardan bazılarının kasıtlı hareket etmiş olmaları durumunda da geçerlidir.”

⁶⁴⁷ “Bu farklılaşma Borçlar Kanunu’nun 43 üncü maddesine hakim olan düşünceye paraleldir, ancak özelliklerine ve kusurun ağırlığına göre tazminatın şeklini ve kapsamının derecesini saptamak yetkisini vermektedir. Burada ise hakim değil kanun kusurun derecesine göre tazminatın tutarının sınırlı olup olmadığını belirlemektedir” Tasarı madde gerekçeleri.

I. HALKA AÇIK ANONİM ORTAKLIK

SerPK m. 3/g’de HAAO⁶⁴⁸ tanımlanmıştır. Buna göre: “Bu kanunun uygulanmasında halka açık anonim ortaklık, hisse senetleri halka arz edilmiş olan veya halka arz edilmiş sayılan anonim ortaklıklardır.” Pay sahibi sayısı 250’yi aşan AO’ların hisse senetleri halka arz olmuş sayılır ve anonim şirketler HAAO hükümlerine tabi olurlar (SerPK m. 11/I).

A - Kamuyu Aydınlatma İlkesi

1. Tanım, Amaç ve Türk Hukukunda Düzenlenişi

SerPK’da kamuyu aydınlatma ilkesine⁶⁴⁹ (Disclosure, Puplicizität) ilişkin bir tanım verilmemiştir. Kamuyu aydınlatma ilkesi ile ilgili doktrinde çeşitli tanımlar bulunmaktadır. Esasen kamuyu aydınlatma kavramının tanımının ve muhataplarının kimler olduğu konusunda ortak bir görüşe varılamamıştır. *Tekinalp*’in kamuyu aydınlatma ilkesine ilişkin yaptığı tanıma biz de katılıyoruz. Buna göre kamuyu aydınlatma ilkesi, “ortaklık pay sahipleri ve alacaklılarının menfaatlerini korumaya ve haklarını bilinçli ve etkili bir şekilde kullanmaya yardım eden; gelecekteki pay ve tahvil sahiplerinin ve sermaye piyasasının

⁶⁴⁸ HAAO’larla ilgili ayrıntılı bilgi için bk. *Sümer*, Ayşe: Türk Sermaye Piyasası Hukuku ve Seçilmiş Mevzuat, B. 3, İstanbul 2002, s. 55 vd.; *Ünal*, Kürşat Oğuz: Sermaye Piyasası Hukuku ve Mevzuatı, Ankara 2005, s. 261 vd.; *Yanlı*, Veliye: Sermaye Piyasası Hukuku Çerçevesinde Halka Açık Anonim Şirketler ve Kamunun Aydınlatılması, İstanbul 2005, s. 20 vd.

⁶⁴⁹ Doktrinde kamuyu aydınlatma ilkesi için halkın ayrıntılı bir şekilde aydınlatılması (*Teoman*, Ömer: “Bağlı Nama Yazılı Pay Senedi ve Halka Açık Anonim Ortaklık Üzerine Düşünceler”, İkt. ve Mal. 1972, C. 19, S. 1, s. 28; *Günel*, Vural: “Sermaye Şirketlerinde Halkı Aydınlatma İlkesi”, İstanbul Sanayi Odası Dergisi, S. 55, s. 31), üçüncü kişilerin menfaatlerini koruyan bir ilke (*Ansay*, Tuğrul: Çağdaş Anonim Şirketlerin Sorunları ve Türk Anonim Şirketleri, Ankara 1971, s. 76), menfaat sahiplerinin özel bilgi alma hakkı (*Tekinalp*, Ünal: Sermaye Piyasası Hukukunun Esasları, İstanbul 1982, s. 108) ifadeleri kullanılmıştır. Kamuyu aydınlatma kavramı ilk olarak *Hirsch/Tekinalp* tarafından kullanılmıştır (*Kaya*, Bilgi Alma, s. 15 dn. 45). Bu kavram gerek kanun koyucu tarafından (SerPK m. 16, 16/A) gerek doktrinde benimsenmiş ve kabul görmüştür. Bu kavramı benimseyen yazarlar için bk. *Tekinalp*, Ünal: Anonim Ortaklığın Bilançosu ve Yedek Akçeleri, Kamuyu Aydınlatma İlkesi İle, İstanbul 1979, s. 5 vd.; *Tekinalp* (Poroy/Çamoğlu), N. 1457; *Tekinalp*, Sermaye, s. 8 vd.; *Turanboy*, Insider, s. 187; *Tekil*, s. 59; *Kayar*, s. 19; *Manavgat*, Çağlar: Aleni Pay Alım Teklifi, Ankara 1997, s. 73; *Ünal*, Kürşat Oğuz: Sermaye Piyasalarında Halka Açık Anonim Ortaklıklar, Ankara 1999, s. 127; *Kaya*, Bilgi Alma, s. 15; *Yanlı*, s. 95; *Paslı*, Ali: Anonim Ortaklık Kurumsal Yönetimi, B. 2, İstanbul 2005, s. 243; *Evik*, Ali Hakan: Sermaye Piyasası Araçlarının Değerini Etkileyebilecek Aldatıcı Hareketler Yapma (Manipülasyon) Suçları, s. Ankara 2004, s. 126; *İhtiyar*, Mustafa: Sermaye Piyasası Hukukunda Kamuyu Aydınlatma İlkesi, İstanbul 2006, s. 5 vd.

diğer ilgililerinin aldatılmalarını önleyip, ortaklık yararına kazanımlarını sağlayan; özel ekonomik gücün, milli iktisadın gereklerine ve faydasına uygun çalışmasını gerçekleştiren; gerek iç, gerek dış denetimi kapsamı içine alan, ilkelerin tümüdür⁶⁵⁰.”

Kamuyu aydınlatma ilkesinin amacı öncelikle yatırımcılara, yatırımlarını değerlendirdikleri şirket hakkında bilgi vermek, verilen tam, açık, sağlıklı ve yeterli bilgiler ışığında sahip oldukları hakları bilinçli bir şekilde kullanmalarını sağlamaktır⁶⁵¹. Açıklanan bu bilgiler ile yatırımcı, işletmenin ekonomik durumu, faaliyetleri ve menfaat ilişkileri konusunda fikir sahibi olabilecektir. Bu ilke ile ulaşılacak istenen amaç, yatırımcıyı ortaya çıkabilecek tüm risklere karşı korumak değildir. Asıl amaç, verilen tam, açık ve gerçek bilgiler doğrultusunda yatırımcının yatırım kararına yön vermek, kendi iradesi doğrultusunda bilinçli bir şekilde tasarruflarını değerlendirmesine olanak sağlamaktır⁶⁵². Böylece yatırımcı, şirketler arasında kıyaslama yapabilecektir.

Kamuyu aydınlatma ilkesinin amaçlarından bir diğeri ise, ilgilere doğru, tam, açık bilgi vererek, bunların yanlış haber ve spekülasyonlar sonucu doğru olmayan bilgilerden korunmasını sağlamak, böylece piyasada güveni oluşturmak ve sermaye piyasasını güçlendirmektir⁶⁵³.

Kamuyu aydınlatma ilkesi aynı zamanda, küçük pay sahiplerinin, büyük pay sahiplerine karşı şirket içinde etkin korunmasına da hizmet etmektedir. Zira, şirket

⁶⁵⁰ *Tekinalp*, Bilanço, s. 53.

⁶⁵¹ *Kaya*, Bilgi Alma, s. 19; *İhtiyar*, s. 92; *Tekinalp*, Bilgi Elde Etme Hakkı, s. 16, Yazar, kamuyu aydınlatma ilkesinin amacını “ kamuyu aydınlatma ilkesi uyarınca, bilanço kâr zarar hesabı, yıllık faaliyet raporu gibi belgelerle bir taraftan, ortaklık malvarlığının tam bir listesini vermek, konunun gerçekleşmesi için yapılması gerekli yatırımların kaynaklarını göstermek, likiditeyi belirtmek, ortaklığın çeşitli ilişkilerini (diğer işletme ve kişilerle) ortaya koymak; kurucuların, kurucu durumunda bulunanların, büyük pay sahiplerinin yöneticilerin ortaklıkla ilişkilerini, elde ettikleri menfaatleri açıklama; devre sonuçlarını gözler önüne sermek amacı güdüldür” şeklinde ifade etmektedir.

⁶⁵² *Karayalçın*, Muhasebe Hukuku, B. 2, Ankara 1988, s. 86; *Yanlı*, s. 105.

⁶⁵³ *Karayalçın*, Muhasebe, s. 86; *Tekinalp*, Ünal: “Anonim Ortaklıklar Hukukunda Kamuyu Aydınlatma İlkesi ve Günümüzün Bazı Tartışmaları”, İkt. Mal. 1964, C. 11, S. 1 s.21; *Zarakolu*, Avni: “Ülkemizde Sermaye Piyasasının Gelişmesini Teşvik Etme Yolunda Alınan Tedbirler”, Yaşar Karayalçın’a 65. Yaş Armağanı, Ankara 1988, s. 294.

yönetimi çoğu zaman büyük pay sahiplerinin iradeleri doğrultusunda seçilmektedir. Kamuyu aydınlatma ilkesi sayesinde şirketle ilgili pek çok bilginin yanı sıra, şirkete ilişkin olumsuz bilgiler de kamuya aktarılmakta; pay sahiplerinin, büyük pay sahipleri ile şirket yöneticileri arasındaki ilişkilerine ilişkin bilgi sahibi olması sağlanmaktadır⁶⁵⁴.

Türk hukukunda kamuyu aydınlatma ilkesine ilişkin hükümler incelendiğinde, TTK'daki çeşitli maddelerin, bu kurumu düzenlediği izlenimi uyanmaktadır. Örneğin, TTK m. 37 ticaret sicilinin aleniyetini düzenlerken, m. 300, anonim ortaklığın kuruluşunda tescil ve ilanı düzenlemektedir. Bunun yanı sıra, TTK m. 281, 282 tedrici kuruluşta izahname ve sirküler yayınlanmasına ilişkin olup, TTK m. 392 ve 393 bu belgelerin halkın katılmaya davet edilmesi için istenmesini düzenlemektedir. Kamuyu aydınlatma ilkesinin TTK'da düzenlendiği kanısını uyandıran diğer maddeler ise TTK m. 323, 343, 352 ve 378'dir. TTK'da düzenlenen bu hükümler sonucu doktrinde kamuyu aydınlatma ilkesinin TTK'da yer alıp almadığına ilişkin çeşitli görüş ayrılıkları doğmuştur. Bazı yazarlar⁶⁵⁵, TTK'da sınırlı da olsa kamuyu aydınlatma ilkesinin var olduğunu savunurken, bazı yazarlar⁶⁵⁶ ise, TTK'da kamuyu aydınlatma ilkesinin düzenlendiğini, ancak anonim şirketlerin halka açılma işleminin TTK'da yeterince düzenlenmediğini savunmuşlardır. Diğer yazarlar⁶⁵⁷ ise adeta bu iki görüşün orta yolunu bulmuş, TTK'nın bir çok malî tablo ve raporla ilgili genel hükümler içerdiğini, ancak finansal tabloların açıklanmasına ilişkin herhangi bir yol göstermediğini belirtmişlerdir.

Biz de üçüncü görüşe katılıyoruz. Her ne kadar TTK m. 362 anonim şirketlere ilişkin olarak, kâr zarar hesabı, bilânço, yıllık rapor ve sâfi kazançla ilişkin kamuyu aydınlatma

⁶⁵⁴ *İhtiyar*, s. 93 dn. 122; *Kaya*, Bilgi Alma, s. 15; *Tekinalp*, Finansal Bilgi Elde Etme, s. 16.

⁶⁵⁵ *Evik*, s. 131,132; *Kılıç*, Saim: Sermaye Piyasasında Yatırımcının Korunması, Ankara 1997, s. 24.

⁶⁵⁶ *Karşı*, Muharrem: Sermaye Piyasası, Borsa, Menkul Kıymetler, İstanbul 2003, s. 608.

⁶⁵⁷ *Karayalçın*, Muhasebe, s. 78; *Kayar*, s. 22; *Yanlı*, Veliye: Anonim Ortaklıklarda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ve Pay Sahiplerinin Ortaklık Alacaklılarına Karşı Sorumlu Kılınması, İstanbul 2000, s. 83; *İhtiyar*, s. 60 dn. 5.

ilkesini çağrıştıran bir hüküm olsa da, gerek muhatapları gerek kamuya açıklanış şekli bakımından yetersizdir⁶⁵⁸.

Özellikle SPK ve Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu'nun (BDDK) muhasebe standartlarındaki düzenlemeleri sonucunda, Uluslararası Finansal Raporlama Standartları⁶⁵⁹ (UFRS), HAAO ve finans kuruluşları açısından önem kazanmıştır. Bu kapsamda Türkiye Muhasebe Standartları Kurulu ise UFRS ile uyumlu olmak üzere Türkiye Muhasebe Standartlarını Nisan 2006 yılında yayınlamıştır. BDDK tarafından hazırlanan Bankaların Muhasebe Uygulamalarına ve Belgelerin Saklanması İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin⁶⁶⁰ yürürlüğe girmesiyle bankalar, 2006 senesinin sonundan itibaren UFRS'ye uygun muhasebe standartlarını kullanmaya başlamışlardır. Özellikle 2009 yılından itibaren uygulanmaya başlayacak olan Basel II⁶⁶¹ kuralları ile artık Küçük ve Orta Büyüklükteki İşletmelerin (KOBİ) de bankalarla çalışabilmesi için malî tablolarını UFRS'ye göre hazırlamaları gerekmektedir⁶⁶². Bu gelişimler TTK m. 362'nin

⁶⁵⁸ Ticaret Kanunu Tasarısı'nda kamuyu aydınlatmaya ilişkin açık hükümler bulunmaktadır. Bunlardan m. 379/V' de ana şirketin paylarının yavru şirket tarafından iktisabında pay senetleri borsada işlem gören şirketler hakkında, kamuyu aydınlatma ilkeleri ve fiyata dair kurallarla ilgili olarak SPK'nın gerekli düzenlemeleri yapacağı belirtilmektedir. Bunun yanı sıra m. 460/II'de, kayıtlı sermaye sisteminde faaliyet gösteren şirketlerde yönetim kurulu kararlarında arttırılan sermayenin tutarını, çıkarılacak payların itibarı değerini, sayılarını, cinslerini, primli ve imtiyazlı olup olmadıklarını, yeni pay alma hakkının sınırlandırılıp sınırlandırılmadığını, kullanma şartları ile süresinin belirtileceği ve yönetim kurulunun bu hususlarla, kamuyu aydınlatma ilkesi yönünden gerekli olan diğer konularda bilgi vereceği belirtilmektedir. Ayrıca aynı hükmün 7. fıkrasında SerPK'nın halka açık anonim şirketlere ilişkin hükümlerinin saklı tutulacağı belirtilmiştir.

⁶⁵⁹ "Tarihi maliyet esası temel bir muhasebe kuralıdır. Muhasebe kalemleri genellikle tarihi maliyet esası ile muhasebeleştirilir. Bununla birlikte, UFRS maddî olmayan duran varlıklar, maddî duran varlıklar ve yatırım amaçlı gayrimenkullerin makul değeri ile değerlendirilmesine olanak vermektedir. UFRS ayrıca belirli kategorilerdeki finansal araçların ve belirli biyolojik varlıkların makul değerleri ile değerlendirilmesini öngörmüştür. Makul değeri ile ölçülen ve gelir tablosu ile ilişkilendirilen kalemler hariç olmak üzere, diğer tüm kalemler değer düşüklüğüne tabidir." Ayrıntılı bilgi için bk. http://www.pwc.com/tr/tur/ins-sol/publ/UFRSCep_2006.pdf, (11.11.2007).

⁶⁶⁰ RG, 1.11.2006, S: 26333.

⁶⁶¹ Finansal sistemde güven ve sağlamlığı sağlamak, rekabet eşitliğini artırmak, riskin ele alınışında daha kapsamlı ve risk odaklı yaklaşımları ortaya koymak amacıyla ülkelerin merkez bankalarının birleşerek oluşturdukları Bank for International Settlements'ın (BIS), bankaların uyması gereken standartları belirlediği Basel I'den sonra malî piyasalardaki gelişime uyum amacıyla hazırladığı standartlar Basel II'de yer almaktadır. Ayrıntılı bilgi için bk. http://www.atonet.org.tr/yeni/files/files/MEDYA_ILISKILERI/baseliki/ato_basel.pdf (11.11.2007).

⁶⁶² UFRS ile ilgili ayrıntılı bilgi için bk. Deloitte, Uluslararası Finansal Raporlama Standartları, UFRS Cep Kitapçığı 2007, s. 2 vd.

gelişen şartlarda ne kadar yetersiz kaldığının bir göstergesidir. TTK Tasarısı m. 515’de bu gelişimlerle uyumlu olmak üzere anonim şirketin malî ve finansal tablolarının Türkiye Muhasebe Standartlarına göre hazırlanacağı hükme bağlanmıştır.

TTK’daki bu yetersizlik, HAAO bakımından, SerPK ve Sermaye Piyasası Kurulu (SPK) tarafından çıkarılan tebliğler yoluyla giderilmeye çalışılmıştır. “Muhasebe, malî tablo ve rapor standartları, ilan ve bağımsız denetleme” başlıklı SerPK m. 16/I’de⁶⁶³ ihraççılar, kamuya açıklanacak veya gerektiğinde Kurulca istenecek malî tablo, rapor ve bilgileri, tespit edilen şekil ve esaslara, genel kabul görmüş muhasebe kavram ve ilkeleri ile standartlara uyarak düzenlemekle yükümlü tutulmuşlardır. Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise, ihraççıların düzenleyecekleri tablolardaki bilgilerin, doğruluk ve gerçeği dürüst bir biçimde yansıtmaya ilkesine uygunluğu bakımından, bağımsız denetleme kuruluşlarınca yapılacak inceleme ve ihraççıların rapor alma zorunluluğu düzenlenmiştir. Bu madde kapsamında çıkarılan Seri: X, No: 22 “Sermaye Piyasasında Bağımsız Denetim Standartları Hakkında Tebliğ⁶⁶⁴” ve Seri: X, No: 1 “Sermaye Piyasasında Malî Tablo ve Raporlara İlişkin İlke ve Kurallar Hakkında Tebliğ⁶⁶⁵” ile sermaye piyasasında faaliyet göstermekte olan HAAO’ların malî tablo ve raporları ile bunlara ilişkin bağımsız denetimle ilgili esaslar belirlenmiştir.

Konumuz açısından önem teşkil eden SerPK m. 16/A’da ise “Halka açık anonim ortaklıkların sermaye ve yönetimde kontrolü sağlamak amacıyla pay sahiplerine çağrıda

⁶⁶³ Bu hüküm 3794 Sayılı Kanun (RG, 13.05.1992, S: 21227) ile değiştirilmeden önce bilanço, kâr ve zarar cetveli başlığını taşımaktaydı. Bu değişiklikten önceki metin şöyledir: “11. madde kapsamına giren ortaklıklar, bilançoları ile kâr ve zarar cetvellerini, yıllık yönetim ve denetim kurulu raporlarını, kurul tarafından tespit olunacak şekil ve esaslar dahilinde düzenlemek zorundadır.

Genel Kurulca kabul edilip kesin şekli alan bilanço ve kâr ve zarar cetveli ile denetim raporu Kurul tarafından tespit olunacak şekil ve esaslar dahilinde, Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi ile ortaklığın menkul kıymetlerinin halka arz ve satışına ilişkin ilanlarının çıktığı en az iki gazetede ilan olunur. Kurul, bilanço ile kâr ve zarar cetvelinin ilandan önce yönetmelikle tespit edilecek mercilerce incelenerek tasdikini isteyebilir.

Ortaklık yönetim kurulu, yapılan ilanı yıllık faaliyet raporu ve denetim raporunu Genel Kurul Toplantısını izleyen 30 gün içinde Kurula vermekle yükümlüdür.”

⁶⁶⁴ RG, 12.6.2006, S: 26196.

⁶⁶⁵ RG, 29.1.1989, S: 20064.

bulunarak, hisse senedi toplama girişiminde bulunulmasında veya genel kurullarda oy hakkını kullanmak için vekâlet istenmesinde veya ortaklığın pay dağılımının önemli ölçüde değişmesi sonucunu veren, hisse senedi el değiştirmelerinde, sermaye arttırmalarında, birleşme ve devirlerde, menkul kıymetlerin değerini etkileyebilecek önemli olay ve gelişmelerde Kurul, küçük pay sahiplerinin korunması ve kamunun aydınlatılmasını sağlamak amacıyla düzenlemeler yapar” hükmü yer almaktadır. Bu hüküm doğrultusunda “ Özel Durumların Kamuya Açıklanmasına İlişkin Esaslar Tebliği⁶⁶⁶ (Seri: VIII, No: 39)” çıkarılmış, sınırlı sayıda olmamak üzere, kamuya açıklanacak özel durumların neler olduğu belirlenmiştir.

2. Kurumsal Yönetim İlkeleri Açısından Kamuyu Aydınlatma İlkesi

Geniş bir ilgili çevresine hitap eden ve kamunun, işletmenin faaliyetleri, ekonomik durumu hakkında bilgi sahibi olmasını sağlayan kamuyu aydınlatma kuruma ilişkin standartlar OECD Kurumsal Yönetim İlkeleri’nde (OECD Principles of Corporate Governance – OECD İlkeleri) belirlenmiş, bu doğrultuda, Sermaye Piyasası Kurulu tarafından yayınlanan Kurumsal Yönetim İlkeleri ile Türk hukukunda kamuyu aydınlatma ilkesine ilişkin çerçeve belirlenmiştir⁶⁶⁷.

OECD ilkeleri V’de kamunun aydınlatılmasının temel ilkeleri belirlenmiştir. Buna göre: “Kurumsal yönetim yapısı; malî durum performansı, mülkiyet (sermaye yapısı) ve ortaklığın yönetimi de dahil anonim ortaklık ile ilgili bütün esaslı konularda, zamanında ve doğru bir şekilde kamunun aydınlatılmasını sağlamalıdır.”

⁶⁶⁶ RG, 20.7.2003, S: 25174.

⁶⁶⁷ OECD Kurumsal Yönetim İlkeleri 1999 senesinde yayınlanmıştır. Bu çerçevede SPK tarafından hazırlanan Kurumsal Yönetim İlkeleri ilk olarak 2003’te, daha sonra 2005’te düzeltilmiş haliyle ikinci kez yayınlanmıştır.

Anonim ortaklıkla ilgili “esaslı konular” ile ifade edilmek istenen bilgiyi edinecek kişilerin, alacakları kararları etkileyebilecek nitelikteki bilgilerdir. Esaslı konuların kapsamının belirlenmesi oldukça önemlidir. Zira bu kapsamın dar tutulması yatırımcının menfaatini tehlikeye sokarken, kapsamın genişletilmesi ise anonim şirketin ticarî sırlarının açıklanması riskini ortaya çıkartır⁶⁶⁸. Bu kapsamda OECD ilkeleri V/A’da hangi unsurların esaslı bilgiyi içermesi gerektiği sekiz madde halinde gösterilmiş, ancak belirtilen bu unsurların sınırlı olmadığı ve genişletilebileceği ifade edilmiştir. Ortaklığın malî durumu ve faaliyet sonuçları, ortaklık hedefleri, büyük pay sahipleri ve oy hakları, yönetim kurulu üyeleri ile icraî yetkisi olan idarecilerin ücretlendirilme politikası ve nitelikleri, seçim süreci, diğer şirket yöneticilikleri ve bağımsız olup olmadıkları dâhil yönetim kurulu üyelikleri hakkında bilgi, ilgili taraf işlemleri, öngörülebilir risk faktörleri, işçiler ve diğer ilgililer hakkındaki konular, yönetim yapıları ve politikaları, özellikle de herhangi bir kurumsal yönetim kodu veya politikasının içeriği ve uygulama usulü, esaslı bilgileri içermesi gereken unsurlar olarak gösterilmiştir.

OECD İlkeleri V/B’de ise açıklanacak bilginin yüksek kalitede muhasebe standartlarına, malî ve malî olmayan kamuyu aydınlatmaya uygun olarak hazırlanması ve kamuya açıklanması gerektiği yer almaktadır. OECD’nin Türkiye’de kurumsal yönetime ilişkin hazırladığı pilot çalışmada, SPK tarafından hazırlanan UFRS temelli finansal raporlama standartları doğrultusunda, HAAO’ların malî durumlarını içeren bilgilere ilişkin yapılan kamuyu aydınlatmanın niteliğiyle ilgili bir tespit yapılması için henüz erken olduğu belirtilmiştir. Ancak raporda, yatırımcıların ve analistlerin Türkiye’de finansal raporlamanın gelişeceği görüşünde oldukları ifade edilmiştir⁶⁶⁹. Kamunun aydınlatılmasında bilginin niteliğine ilişkin bu ilke oldukça önemlidir. Zira, ilgili ilkeye

⁶⁶⁸ *Paslı*, s. 250.

⁶⁶⁹ Corporate Governance in Turkey, A Pilot Study, OECD 2006, s. 17.

göre yapılacak düzenlemelerin bilanço hukukunun hızlı değişen yapısına uygun olması ve katı yasal düzenlemelerle bu gelişimin önüne geçilmemesi gereklidir⁶⁷⁰.

OECD İlkeleri V/C’de, malî tabloların, tüm esaslı unsurlarda ortaklığın malî pozisyonunu ve performansını dürüst bir şekilde yansıtmaları için, yıllık denetimin bağımsız, yetkili ve kalifiye bir denetçi tarafından yapılması gerektiği belirtilirken, V/D’de dış denetçilerin pay sahiplerine karşı göstermeleri gereken profesyonel özen ifade edilmiştir. Bunun yanında ilgili bilgiye kullanıcılar tarafından eşit biçimde, zamanında ve düşük maliyetle erişimin sağlanması gerekmektedir (V/E).

“Kurumsal yönetim yapısı, yatırımcıların kararlarını etkileyen analiz ve tavsiyelerin analistler, brokerler derecelendirme kuruluşları ve diğerleri tarafından analizlerinin ve tavsiyelerinin dürüstlüğüne tehlikeye düşüren temel menfaat ihtilaflarından bağımsız bir şekilde yapılması şartına yönelen ve destekleyen etkili bir yaklaşımla tamamlanmalıdır” (V/F). OECD’nin yaptığı değerlendirmede bu maddenin Türkiye’de uygulanmadığı (not implemented) belirtilmiştir⁶⁷¹. Bu sonuca paralel olarak birçok piyasa katılımcısı, sermaye piyasası kuruluşlarında, yatırım bankacılığı, brokerlık ve araştırma gruplarının yakın ilişki içinde bulunmasından kaynaklanan yapısal menfaat çatışmalarının bulunduğunu ve iç denetimin yeterli olmadığını ifade etmişlerdir⁶⁷².

SPK tarafından OECD ilkelerine uyumlu olarak hazırlanan Kurumsal Yönetim İlkeleri’nde kamuyu aydınlatma ve şeffaflık ayrıntılı olarak düzenlenmiştir⁶⁷³. Kamuyu aydınlatma başlığı altında ticarî sırda da yer verilmiş, ticarî sır niteliğindeki bilgiler “mevcut durum itibarı ile veya potansiyel olarak ticarî değeri olan, üçüncü şahıslar tarafından bilinmeyen, normal durumda erişilmesi mümkün olmayan, bilgi sahibinin

⁶⁷⁰ *Pash*, s. 273.

⁶⁷¹ *Pilot study*, s. 17.

⁶⁷² *Pilot study*, s. 17.

⁶⁷³ Bk. SPK Kurumsal Yönetim İlkeleri Bölüm II.

gizliliğini korumayı hedeflediği bilgilerdir” şeklinde tanımlanmıştır (SPK Kurumsal Yönetim İlkeleri – SPKKYİ II/5.1.1). Bu tanım ışığında ticarî sır niteliğindeki bilgilerin belirlenmesinde şirketin şeffaflığı ile çıkarlarının korunması arasındaki dengenin gözetileceği belirtilmiş (SPKKYİ II/5.1), şirketin ticarî sırlarının güvenliğinin ve korunmasının esas olduğu, ancak menfaat sahiplerinin bilgi alma hakkının kullanılmasında, şirketin doğruluk, dürüstlük ve iyiniyet kurallarına uymakla yükümlü olduğu ifade edilmiştir (SPKKYİ II/5.1.2).

Şirketin menfaatleri ve ilgililerin bilgi alma hakkı arasındaki dengenin sağlanması ve şirketin kamuyu aydınlatması gereken hususlarda ticarî sırrı bir araç olarak kullanmaması adına, ticarî sır teşkil edecek bilgilere ilişkin, başlıklar halinde bir liste oluşturulması ve bu liste kapsamındaki bilgilere ilişkin kamunun aydınlatılamayacağını belirtilmesi menfaat dengesinin korunması açısından bir çözüm yolu sağlayabilecektir⁶⁷⁴.

3. Bilgi Edinme Hakkı Kanunu Çerçevesinde Sermaye Piyasası ve İstanbul Menkul Kıymetler Borsası’nın Bilgi Verme Yükümlülüğü

2003 yılında yürürlüğe giren Bilgi Edinme Hakkı Kanunu (BEHK) ile herkesin bilgi edinme hakkına sahip olduğu düzenlenmiş (BEHK m. 4) ve bu kanun kapsamına, kamu kurum ve kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının faaliyetleri de dahil edilmiştir (BEHK m. 2). Kurum ve kuruluşlar, bu Kanunda yer alan istisnalar dışındaki her türlü bilgi veya belgeyi başvuranların yararlanmasına sunmak ve bilgi edinme başvurularını etkin, süratli ve doğru sonuçlandırmak üzere, gerekli idarî ve teknik tedbirleri almakla yükümlüdürler (BEHK m. 5). Bilgi edinme başvurusu, başvuru alan kurum ve kuruluşların ellerinde bulunan veya görevleri gereği bulunması gereken bilgi

⁶⁷⁴ Şirketlerin ticarî sırlarının neler olduğuna dair bir iç tüzük hazırlamaları gerektiği yönünde bk. Eroğlu, Cengiz A.: Kurumsal Yönetim İlkeleri Çerçevesinde Kamunun Aydınlatılması, Yeterlik Etüdü, Ankara 2003, s. 34.

veya belgelere ilişkin olup, kurum ve kuruluşlar, ayrı veya özel bir çalışma, araştırma, inceleme ya da analiz neticesinde oluşturulabilecek türden bir bilgi veya belge için yapılacak başvurulara olumsuz cevap verebileceklerdir (BEHK m. 7/I, II).

Bilgi Edinme Hakkının Uygulanmasına İlişkin Esas ve Usuller Hakkında Yönetmelik⁶⁷⁵ m. 2'de⁶⁷⁶, İstanbul Menkul Kıymetler Borsası'nın (İMKB) kamu tüzel kişiliği olduğu ve BEHK'nin İMKB'nin faaliyetlerine uygulanacağı belirtilmiştir. Ayrıca SerPK m. 40/I hükmünde de borsaların kamu tüzel kişileri olduğu ifade edilmiştir. Sermaye Piyasasıyla ilgili olarak, Yönetmelikte açık bir hüküm bulunmamakla birlikte SerPK m. 17/I'le bu boşluk doldurulmaktadır. Zira maddede, SPK'nın kamu tüzel kişiliğine sahip olduğu açıkça belirtilmiştir. Buradan hareketle, İMKB ve SPK, BEHK ve Yönetmelik'in hükümlerine tabidir.

İMKB ve SPK ihraççıların ve sermaye piyasası kurumlarının bilgi ve belgelerini ellerinde bulundurlar. Bunlar yalnızca kamuya açıklanması için verilen bilgi ve belgelerle sınırlı olmayıp, gerekli görülen hallerde bu kamu tüzel kişilerin istenen belgeleri de içine alır (Örneğin SerPK m. 22/f, 22/h). Bu bilgi ve belgeler arasında HAAO'ların ticarî sırlarının da yer alacağı açıktır.

BEHK çerçevesinde herkesin bilgi edinme hakkına sahip olduğunu daha önce de belirtmiştik. Ancak bilgi talebinde bulunacak kişilerin, yatırımlarını değerlendirmeye çalışan küçük yatırımcılar ile sınırlı kalmayacağı açıktır. Rakip işletmeler de ticarî sırları elde etmeye çalışabilecek ve bu gizli bilgilerden haksız menfaat sağlayabileceklerdir. İşte bu tehlikeli durumun önüne BEHK m. 34 hükmü ile geçilmeye çalışılmış, ticarî sırlar

⁶⁷⁵ RG, 27.4.2004, S: 25445.

⁶⁷⁶ Yönetmelik m. 2 şöyledir: “Bu Yönetmelik; merkezi idare kapsamındaki kamu idareleri ile bunların bağlı, ilgili veya ilişkili kuruluşlarının, köyler hariç olmak üzere mahalli idareler ve bunların bağlı ve ilgili kuruluşları ile birlik veya şirketlerinin, T.C. Merkez Bankası, İMKB ve üniversiteler de dahil olmak üzere kamu tüzel kişiliğini haiz olarak enstitü, teşebbüs, teşekkül, fon ve sair adlarla kurulmuş olan bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ve kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının faaliyetlerinde uygulanır”.

bilgi edinme hakkı kapsamı dışında tutulmuştur⁶⁷⁷. Ayrıca BEHK m. 21’de “İstenen bilgi veya belgelerde, gizlilik dereceli veya açıklanması yasaklanan bilgiler ile açıklanabilir nitelikte olanlar birlikte bulunuyor ve bunlar birbirlerinden ayrılabiliriyorsa, söz konusu bilgi veya belge, gizlilik dereceli veya açıklanması yasaklanan bilgiler çıkarıldıktan sonra başvuranın bilgisine sunulur. Ayırma gerekçesi başvurana yazılı olarak bildirilir” hükmü yer almaktadır. Böylece, ticarî sırların açıklanması ve bu açıklama sonucunda yetkisiz şekilde kullanılması tehlikesi giderilmeye çalışılmıştır.

İMKB ve SPK tarafından BEHK çerçevesinde verilecek bilgilerin iyi değerlendirilmesi oldukça önemlidir. Böylece haksız rekabetin ve içerden öğrenenlerin ticaretinin önüne geçilebilecektir⁶⁷⁸.

4. Değerlendirme

Kamuyu aydınlatma ilkesinin sınırını HAAO’nun ticarî sırrı çizecektir. Bugüne kadar tanımı tam olarak verilememiş ve unsurları belirlenememiş bu kavram, kamuyu aydınlatma ilkesi karşısında neredeyse yok olmaktadır. Kamuyu aydınlatma ilkesinin sağladığı şeffaflık çerçevesinde HAAO’nun ticarî sır alanı oldukça daralmaktadır. Örneğin, Özel Durumların Kamuya Açıklanmasına İlişkin Esaslar Tebliği m. 5’te kamuya açıklanması gereken özel durumlar sınırlı sayıda olmaksızın belirlenmiş, ortaklığın faaliyetlerini önemli ölçüde etkileyebilecek yeni bir ürünün üretilmesi ya da yeni bir teknoloji kullanılmasına ilişkin karar alınması (m. 5/c/2), ortaklığın faaliyetlerini önemli ölçüde etkileyebilecek paya sahip bir müşteri ve/veya tedarikçi ile yeni bir iş görüşmesine başlanması (m.5/c/4), muhasebe politikalarında değişiklik yapılması gibi HAAO’nun açık bir şekilde ticarî sırrını oluşturan unsurların kamuya açıklanması mecburiyeti getirilmiştir. Bu unsurlar HAAO’ya

⁶⁷⁷ Konuya ilişkin BEHK’nun eleştirisi için bk. I. Bölüm/§1/III/C.

⁶⁷⁸ Yanlı, s. 177.

rakipleri karşısında üstünlük sağlayan ve açıklandıklarında HAAO'yu bu kişiler karşısında zarara uğratabilecek bilgilerdir. Zira kamuya açıklanmış bilgi sadece küçük yatırımcıyı korumakla kalmamakta, rakiplerin ilgili ortaklık hakkında bilgi edinmelerine neden olmaktadır. Tebliğ m. 12'de, sermaye piyasası araçları borsada işlem gören ortaklıklara ilişkin özel durumların ortaya çıkması veya öğrenilmesi anında, en seri haberleşme vasıtasıyla ilgili Borsaya ulaştırılması gerektiği belirtilmiş, aynı yükümlülük ihraç ettiği sermaye piyasası araçları borsada işlem görmeyen ortaklıklar açısından da getirilmiştir; ancak bunlar özel durumlara ilişkin bilgileri SPK'ya ulaştıracaklardır (m. 13). Tebliğ'in HAAO'ların özel durumlarına ilişkin bilgi sahibi olan tüm kişilere, bilgilerin kamuya duyuruluncaya kadar getirdiği sır saklama yükümlülüğünün kısa süreli bir koruma sağlayacağı açıktır. Zira bilgi kamuya açıklanacaktır.

Sermaye Piyasasında Malî Tablo ve Raporlara İlişkin İlke ve Kurallar Hakkında Tebliğ'de, ortaklığın gelişimi hakkındaki öngörüler ve yapılan araştırma ve geliştirme faaliyetleri, yıllık faaliyet raporunun içeriğinde bulunması gereken unsurlar arasında belirtilmiştir. Bu unsurlar, HAAO'nun ticarî sırları olarak nitelendirilebilir; açıklanmaması gereken gizli bilgi olabilirler. Tebliğ'in 57. maddesinden, yıllık raporda belirtilecek bu unsurların özel kamuyu aydınlatma durumlarından birine girmediği sürece, kamuya duyurulmayacağı anlaşılmaktadır. Bu bilgiler yalnızca SPK'ya verilecektir. İlgili hüküm, ticarî sırrın korunması açısından yeterli olmamakla birlikte isabetli bir düzenlemedir⁶⁷⁹.

Gerek OECD ilkelerinin gerek SPK düzenlemelerinin yatırımcıyı korumak adına kapsamlı olduğu açık olmakla birlikte, korunması gereken şirket menfaatinin alanını daralttığı kesindir. Dünyada meydana gelen şirket skandalları şeffaflık ilkesinin önemini bize göstermiştir. Ancak mevcut düzenlemeler şirket sırları ile kamuyu aydınlatma

⁶⁷⁹ *Paslı*, s. 261, Yazar, bu durumun mevzuatımızın OECD ilkeleriyle uyumlu olmadığını gösterdiğini belirtmektedir.

ilkesinin sınırını, şirketin ticarî sırları aleyhine çizmiştir. Serbest rekabetin sağlanması ve ekonominin gelişimi açısından sırların korunması da önemli bir gerekliliktir. HAAO'ların ticarî sırrı sayılan pek çok unsur hâlihazırdaki düzenlemelerle açıklanmak zorunda bırakılmaktadır.

B – Bağımsız Denetim ve Derecelendirme Faaliyetleri

Bağımsız denetim ve derecelendirme faaliyeti HAAO'nun ticarî sırrının korunması açısından önemlidir. Zira bu faaliyetin gerçekleşmesi için işletmelerin pek çok bilgiyi bağımsız denetim ve derecelendirme kuruluşlarına vermeleri gerekir.

1. Bağımsız Denetim Faaliyeti

SerPK m. 16/II'ye göre “ihraççılar ve sermaye piyasası kurumları hazırlayacakları malî tablolardan Kurulca belirlenenleri daha önce kurulmuş ve Kanun'un 22 inci maddesinin (d) bendi uyarınca kurulan bağımsız denetleme kuruluşlarına, bilgilerin doğruluk ve gerçeği dürüst bir biçimde yansıtmaya ilkesine uygunluğu bakımından inceleyerek bir rapor almak zorundadırlar”. İşte bu kapsamda SPK tarafından düzenlenen “Sermaye Piyasasında Bağımsız Dış Denetleme Hakkında Yönetmelik⁶⁸⁰” ile menkul kıymetlerini halka arz etmiş olan veya arzetmiş sayılan ortaklıklar, bankalar dahil aracı kurumlar, yatırım ortaklıkları ve yatırım fonlarına ait malî tablo ve raporların bağımsız denetim kuruluşları tarafından denetlenmesi düzenlenmiştir⁶⁸¹. Dış denetim, ortaklığın defter, kayıt ve belgelerinin

⁶⁸⁰ RG, 13.12.1987, S: 19663.

⁶⁸¹ Yönetmelik m. 5/I'de bağımsız denetleme tanımlanmaktadır. Buna göre: “Bağımsız denetleme, ortaklıkların ve yardımcı kuruluşların hesap ve işlemlerinin bağımsız denetleme kuruluşlarınca görevlendirilen yetkili denetleme elemanları tarafından bu kuruluşlar adına, denetleme ilke, esas, ve standartlarına göre incelenmesi ve bu inceleme sonuçlarına dayanılarak, düzenlenmiş malî tabloların 2499 sayılı Kanun çerçevesinde gerçeği yansıtır yansıtmadığının tespiti ve rapora bağlanmasıdır.”

mevzuata ve genel kabul görmüş muhasebe esas ve ilkelerine uygunluğu yönünden yapılacaktır (Yön. m. 5/II).

Bağımsız denetimin gerçekleşmesi için, ortaklık ve yardımcı kuruluşların yaptıracakları denetimin yazılı sözleşmeye bağlanması ve bir örneğinin denetimi yapacak şirketçe SPK'ya gönderilmesi zorunlu tutulmuştur (Yön. m. 16/I).

Denetleme faaliyeti sırasında ortaklığın tüm gizli bilgilerine erişimle yetkili kılınan denetçilerin, görevleri nedeniyle öğrendikleri bilgi ve sırları, görevleri süresince ve görevlerini bıraktıktan sonra açıklamaları yasaklanmıştır (Yön. m. 12/I – b). Bu yasak yalnızca denetçileri değil, aynı zamanda bağımsız denetleme kuruluşunun diğer çalışanlarını da kapsamaktadır.

Denetleme faaliyetleri nedeniyle ortaya çıkan zararlardan hukukî sorumluluk denetleme kuruluşuna ait olup, kuruluşun ortaklarının, yöneticilerinin ve çalışanlarının hukukî ve cezaî sorumlulukları genel hükümlere tabidir (Yön. m. 18/III).

2. Derecelendirme Faaliyeti

Derecelendirme faaliyeti ve derecelendirme kuruluşlarına ilişkin esaslar SPK tarafından düzenlenen “Sermaye Piyasasında Derecelendirme Faaliyeti ve Derecelendirme Kuruluşlarına İlişkin Esaslar Tebliği⁶⁸²” (Seri: VIII, No: 51) ile hükme bağlanmıştır. Buna göre derecelendirme faaliyetleri kredi derecelendirmesi⁶⁸³ ve kurumsal yönetim ilkelerine uyum derecelendirmesi⁶⁸⁴ faaliyetlerinden oluşmaktadır (m. 4/I). Derecelendirmeye tabi

⁶⁸² RG, 12.7.2007, S: 26580.

⁶⁸³ Kredi derecelendirmesi, Tebliğ m. 5'te tanımlanmıştır. Buna göre: “İşletmelerin risk durumları ve ödeyebilirliklerinin veya borçluluğu temsil eden sermaye piyasası araçlarının anapara, faiz ve benzeri yükümlülüklerinin vadelerinde karşılanabilirliğinin derecelendirme kuruluşları tarafından bağımsız, tarafsız ve adil olarak değerlendirilmesi ve sınıflandırılması faaliyetidir.”

⁶⁸⁴ Kurumsal yönetim ilkelerine uyum derecelendirmesi, Tebliğ m. 6'da tanımlanmıştır. Buna göre: “Kurumsal yönetim ilkelerine uyum derecelendirmesi, işletmelerin Kurulca yayımlanan Kurumsal Yönetim İlkelerine uyumlarının derecelendirme kuruluşları tarafından bağımsız, tarafsız ve adil olarak değerlendirilmesi ve sınıflandırılması faaliyetidir.”

olacak işletmeler SerPK’da tanımlanan HAAO ile hisse senedi dışındaki sermaye piyasası araçlarını halka arz eden ihraççılar ve sermaye piyasası kurumlarıdır (m. 9/I - ğ). Tebliğ’de öngörülen işletmelerce derecelendirme faaliyeti yaptırılması zorunlu değildir; ancak, Kurul gerekli görülen durumlarda derecelendirme yapılmasını zorunlu tutabilecektir (m. 4/II). Buna bağlı olarak, talep olmaksızın yapılan derecelendirmelerde, müşteriden veya diğer kişi kurum ve kuruluşlardan varsa sağlanan ya da sağlanması öngörülen ücret ve benzeri menfaatlerin, derecelendirme kuruluşları tarafından derecelendirme notu ile birlikte kamuya açıklanması zorunludur (m. 4/V).

Derecelendirme faaliyetinin yapılabilmesi için, bu faaliyeti gerçekleştirecek kuruluş ile işletme arasında bir sözleşme imzalanması zorunlu tutulmuştur (m. 12). Gizlilik ve sır saklama yükümlülüğünün düzenlendiği 22. maddede, müşterileri ile olan sözleşmede yazılı koşullar dışında, derecelendirme kuruluşlarının işletmelere ilişkin bilgileri yalnızca faaliyetlerinde kullanabilecekleri (m. 22/II), bu kuruluşların, tüm kayıt ve belgelerin çalınma, hırsızlık ve kötüye kullanılmasına karşı her türlü önlemi almak zorunda oldukları belirtilmiştir (22/III). Bunun yanı sıra, derecelendirme faaliyetine ilişkin kamuya açıklanmamış bilgiler, adlî ve ancak mevzuatta düzenlenmiş olmak kaydıyla idarî işlemlerin yürütülebilmesi amacıyla yetkililere verilebilecektir (m. 22/IV). Bu maddenin beşinci fıkrasında, anonim şirket olarak kurulan derecelendirme kuruluşlarında, müşterilere ait gizli bilgilerin, kuruluşun farklı bölümlerine, ihtiyaç durumunda verilmesi hükme bağlanmış olup, bilgi izolasyonu sağlanmaya çalışılmıştır⁶⁸⁵. Ayrıca, içerden öğrenenlerin ticareti fiilini önlemek üzere, derecelendirme kuruluşunun çalışanlarının gizli nitelikteki bilgileri kendileri veya başkalarının menfaatine kullanmaları yasaklanmış, bu bilgileri yalnızca derecelendirme işinin yürütülmesi amacıyla kullanabilecekleri hükme

⁶⁸⁵ Bilgi izolasyonu kavramına ilişkin ayrıntılı bilgi için bk. 3. Bölüm/§2/C/4.

bağlanmıştır (m. 22/VI). Bilgilerin gizliliğine ilişkin, müşteri ile derecelendirme kuruluşu arasında bir sözleşme veya mevzuatta bir hüküm bulunmasa bile, kuruluş bilgilerin gizliliğini sağlayacak süreç ve mekanizmaları geliştirmek zorundadır (m.22/I).

3. Değerlendirme

Bağımsız denetimi yapacak kuruluş ile ilgili ortaklık ve yardımcı kuruluşların yapacakları sözleşmede, bağımsız denetim kuruluşu denetlemeyi gerçekleştirmeyi, sözleşmenin diğer tarafı ise bu faaliyet karşılığında belli bir ücret ödemeyi taahhüt etmektedir. Bağımsız denetleme faaliyetine ilişkin Yönetmelik’de de denetleme faaliyetleri nedeniyle ortaya çıkan zararlardan hukukî sorumluluğun denetleme kuruluşuna ait olacağı, kuruluşun ortaklarının, yöneticilerinin ve çalışanlarının hukukî ve cezaî sorumluluklarının genel hükümlere tabi olacağı belirtilmektedir (Yön. m. 18/III).

Derecelendirme faaliyetini yapacak kuruluş ile işletme arasında yapılacak sözleşmede ise kuruluş, derecelendirme faaliyetini yapmayı, işletme ise bu faaliyet karşılığında belli bir ücret ödemeyi ve bilgi vermeyi taahhüt eder. İlgili işletmenin verdiği yanlış bilgidan doğan sorumluluğu konumuz sınırları dışında kaldığı için burada incelenmeyecektir⁶⁸⁶.

Gerek bağımsız denetim gerek derecelendirme faaliyeti nedeniyle taraflar arasında yapılacak sözleşmelere, vekâlete ilişkin hükümlerin uygulanacağı söylenebilir. Ancak, bağımsız denetim veya derecelendirme kuruluşunun gizli bir bilgiyi açıklaması ya da kullanması durumunda, sorumluluğunun belirlenmesinde bu bilginin niteliği önem taşıyacaktır. Zira, bu bilginin ticarî sır olması durumunda sözleşme hükümlerine aykırılık söz konusu olurken, içerdeki bilgi niteliğini taşıması durumunda şartları varsa içerden öğrenenlerin ticareti fiili gerçekleşmiş olacak ve SerPK m. 47/A’da yer alan yaptırımlara

⁶⁸⁶ Bu konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bk. *Gürpınar, Damla: Sözleşme Dışı Yanlış Tavsiyede Bulunma, Ögüt veya Bilgi Vermeden Doğan Hukukî Sorumluluk*, İzmir 2006, s. 33 – 48.

tabi olacaktır⁶⁸⁷. Bu nedenle içerden öğrenenlerin ticaretini incelemekte, ticarî sır ve içerdeki bilginin sınırını belirlemekte fayda vardır.

C - İçerden Öğrenenlerin Ticareti (Insider Trading)

1. Genel Olarak

Aşağıda inceleyeceğimiz içerden öğrenenlerin ticareti kavramı ve buna bağlı olarak yapılan işlemler, HAAO'nun ticarî sırları açısından da önem arz etmektedir. Zira bu kavramın en önemli unsurlarından biri sermaye piyasası araçlarının değerine etki edebilecek kamuya açıklanmamış bilgidir. Bu başlık altında içerden öğrenenlerin ticaretinin tanımı, unsurları ve Türk hukukundaki düzenlenişi incelendikten sonra, insider işlemlerinde ticarî sırrın haksız kullanımını ya da ihlâlini teşkil eden durumların var olup olmadığı değerlendirilecektir.

2. Tanım

İçerden öğrenenlerin ticareti⁶⁸⁸ kavramı SerPK m. 47/A – 1’de tanımlanmaktadır. Türk doktrininde ve yabancı hukuk sistemlerinde kavrama ilişkin çeşitli tanımlar yapılmıştır. Bu tanımlar arasındaki ortak nokta, içerden öğrenenlerin ticaretinin unsurlarından olan gizli bilginin niteliği olup, farklılık gösteren unsur bu fiili gerçekleştiren kişilerin kimliği

⁶⁸⁷ Tebliğ m. 29/I – ç: “Bu Tebliğ kapsamındaki bildirim yükümlülüklerinin zamanında tam ve doğru olarak yerine getirilmediğinin ya da Kurulca ve Kurulca görevlendirilenler tarafından istenebilecek her türlü bilgi ve belgenin zamanında tam ve doğru olarak verilmediğinin veya geciktirildiğinin tespit edilmesi halinde, derecelendirme kuruluşu ve/veya derecelendirme kuruluşunun yöneticileri, kontrolör ve çalışanları hakkında Kanun’un 47/A maddesi uyarınca idarî para cezası uygulanabilir veya derecelendirme kuruluşu Kurul tarafından Kanun’un 46 ncı maddesinin birinci fıkrasının (g) bendi uyarınca listeden çıkarılabilir.

⁶⁸⁸ İçerden öğrenenlerin ticareti ve manipülasyon suçlarının tarihi çok eskilere dayanmaktadır. İlk olarak Napolyon Savaşları sırasında, askerî üniforma giymiş De Berenger isimli bir kişi, Winchester’e gelmiş ve Napolyon’un öldüğüne dair dedikoduyu tüm şehre yaymıştır. Bu dedikodu yüzünden devlet tahvilleri değer kazanmıştır. De Berenger ve arkadaşları, yalan haber nedeniyle devlet tahvillerinin değerini yükseltmek fiilinden suçlu bulunmuşlardır. Bk. *Fisher, Jonathan/Bewsey, Jane/Waters, Malcolm/Ovey, Elizabeth: The Law of Investor Protection*, 2nd Ed., London 2003, s. 287.

olmuştur. Türk doktrinine göz attığımızda *Tekinalp*⁶⁸⁹ içerden öğrenenlerin ticaretini “insider olarak nitelendirilen kişilerin, henüz borsada ve ilgili kişilerce bilinmeyen gizli konu ve bilgilerden, spekülâtif kazanç sağlamak veya bir zarardan kurtulmak gayesi ile haksız bir şekilde yararlanmaları, insider bilgisini kötüye kullanmaktır” şeklinde açıklarken; *Tezcanlı*⁶⁹⁰, kavramı dar ve geniş anlamda ikili bir ayrıma tabi tutmakta ve geniş anlamda içerden öğrenenlerin ticaretini “firmanın ticarî faaliyetleri ve malî durumuna ilişkin gizli bilgilerin, şirkete ait hisse senedinin gelecekteki piyasa değerini değiştirme amacı ile kullanılarak menkul kıymet işlemi yapılması ve bu yol ile bir kazanç sağlanması ve muhtemel bir zarardan kaçınılması” olarak tanımlamaktadır.

İngiliz hukukunda içerden öğrenenlerin ticareti, Insider Muamelerine İlişkin Topluluk Yönergesi (EC Directive on Insider Dealing⁶⁹¹) ile uyumlu olarak 1993 tarihli Ceza Kanunu’nun (Criminal Justice Act 1993) beşinci bölümünde⁶⁹² düzenlenmiştir. Her ne kadar AB’nin Piyasaların Kötüye Kullanılması Yönergesi (Market Abuse Directive - MAD⁶⁹³), önceki Yönerge’yi yürürlükten kaldırmış olsa da, İngiliz hukukunda içerden öğrenenlerin ticaretine ilişkin bir değişiklik yapılmamıştır. Ceza Kanunu’na göre içerden öğrenenlerin ticareti, içerden öğrenenlerin elinde olan, menkul kıymetlerin fiyatını etkileyen, içerdeki bilgiyle (inside information) ilgili herhangi bir işlem yapmak, bir içerden öğreneni bu işlemi yapmaya yöneltmek ve içerdeki bilgiyi bir başka kimseye açıklamaktır (Section 52 [1], 52[2] [a], 52 [1] [b]).

⁶⁸⁹ *Tekinalp*, Ünal: “İçerden Öğrenenlerin Ticareti Sorunu”, İkt. Mal. 1984, C. 33, S. 9, s. 310.

⁶⁹⁰ *Tezcanlı*, Meral Varış: İçerden Öğrenenlerin Ticareti ve Manipülasyonlar, İstanbul 1996, s. 14.

⁶⁹¹ Council Directive 89/592/EC of 13 November 1989 coordinating regulations on insider dealing.

⁶⁹² İngiliz hukukunda içerden öğrenenlerin ticareti ilk olarak 1980 yılında Şirketler Kanunu’nda (Companies Act) düzenlenmiş, 1985 yılında Şirket Menkul Kıymetleri Kanunu (Company Securities [Insider Dealing] Act 1985) ile küçük değişikliklere uğramıştır. 1993 tarihli Ceza Kanunu konuya ilişkin temel kuralları değiştirmemiş, ancak önemli hususları yeniden biçimlendirmiştir. Ayrıntılı bilgi için bk. *Birds*, John/*Boyle*, Tony/*MacNeil*, Iain/*McCormack*, Gerard/*Flesner*, Christian/*Villiers*, Charlotte: Boyle & Birds’ Company Law, 5th Ed., Bristol 2004, s. 668.

⁶⁹³ Directive 2003/6/EC of Parliament and of Council of 28 January 2003, L 96/16.

Alman hukukunda, MAD ile birlikte, içerden öğrenenlerin ticaretine ilişkin yeni düzenleme Yatırımcının Korunmasını Geliştirme Kanunu (Anlegerschutzverbesserungsgesetz – AnSVG⁶⁹⁴) ile yürürlüğe konulmuştur. AnSVG § 14/I ile içerden öğrenenin, içerdeki bilgiyi ve menkul kıymetleri, kendisi ya da başkası hesabına veya başkasına kazanç sağlamak ya da devretmek amacıyla kullanması yasaklanmıştır⁶⁹⁵.

Amerikan hukukunda ise içerden öğrenenlerin ticaretinin tanımı, yargı kararları ile şekillenmiştir⁶⁹⁶. Kavrama ilişkin çeşitli düzenlemeler 1934 tarihli Securities Exchange Act Sec. 10'da ve 2002 tarihli Sarbones – Oxley Act Sec. 306'da yer almaktadır.

Türk hukukunda içerden öğrenenlerin ticareti SerPK m. 47/A - 1'de düzenlenmektedir. Bu hükme göre: “Sermaye piyasası araçlarının değerini etkileyebilecek, henüz kamuya açıklanmamış bilgileri kendisine veya üçüncü kişilere menfaat sağlamak amacıyla kullanarak, sermaye piyasasında işlem yapanlar arasındaki fırsat eşitliğini bozacak şekilde mameleki yarar sağlamak veya bir zararı bertaraf etmek içerden öğrenenlerin ticaretidir.”

⁶⁹⁴ BGBl. I, 29 October 2004, No. 56, 2630.

⁶⁹⁵ Alman hukukunda içerden öğrenenlerin ticaretine ilişkin düzenlemeler için bk. *Hasselbach*, Kai: “Report from Germany”, *European Company Law* 2005, V. 1, s. 27 vd.

⁶⁹⁶ İçerden öğrenenlerin ticareti kavramına ilişkin önemli davalar için bk. *Securities Exchange Commission v. Texas Gulf Sulphur Co.*, 401 F. 2d.; *Shapiro v. Merrill Lynch, Pierce, Fenner and Smith Inc* 495 F. 2d. 228 (2d Cir. 1974).; *Chiarella v. United States* 445 U.S. 222 (1980); Avrupa hukukunda içerden öğrenenlerin ticaretinin temelleri, Amerikan hukukundaki yargı kararları çerçevesinde şekillenmiştir. Amerikan hukukunda içerden öğrenenlerin ticareti ile ilgili düzenlemelerin hukukî kaynağını hileye (fraud) ilişkin hükümler oluşturmaktadır. Hileye ilişkin hükümleri uygulayabilmek için daha önceden oluşmuş, sadakata dayanan bir ilişkinin varlığı aranır. Ancak Amerikan hukukunda bu yaklaşım yeterli olmamış, uyumsuzluklarda, içerden öğrenenlerin yalnızca sadakat yükümlülüğüne sahip olan yönetim kurulu üyeleri ve denetçiler ile sınırlı kalmadığı görülmüştür. Bu nedenle içeriği kötüye kullanma teorisi (misappropriation theory) geliştirilmiştir. Ancak, Avrupa hukukunun konuya bakışı farklı olmuştur. Bu hukuk sistemine göre, içerden öğrenenlerin ticareti işlemi, yalnızca şirket içindekilerin imtiyazlı bilgiyi kötüye kullanması anlamına gelmemekte, şirketler hukukunun dar kapsamı çerçevesinde değerlendirilmemektedir. Bunun yerine piyasa yaklaşımı benimsenmiştir. İçerden öğrenenlerin ticaretine ilişkin piyasa yaklaşımında asimetrik bilgi, fiyata etkili ve kamuya açıklanmamış olan, içerden öğrenenlerin, bilgiye erişimlerine ya da sadakat yükümlülüklerine bakılmaksızın, içerdeki bilgiye sahip olmalarına göre sınıflandırıldığı bilgi olarak tanımlanmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bk. *Hansen*, Jesper Lau: “MAD in a Hurry: The Swift and Promising Adoption of the EU Market Abuse Directive”, *EBLR* 2004, V. 15 (2), s. 192.

3. Unsurları

İçerden öğrenenlerin ticareti kavramı bilgiye dayanmaktadır. Ancak, içerden öğrenenlerin ticareti fiilinin gerçekleşebilmesi için bu bilginin çeşitli niteliklere sahip olması gereklidir. Bu özellikler, kamuya açıklanmamış olma, bilginin menkul kıymetlerin fiyatına etki edebilecek nitelikte olması ve bunun içerden öğrenen tarafından kullanılmasıdır.

a) Bilginin Sermaye Piyasası Araçlarının Değerini Etkileyebilecek Nitelikte Olması

SerPK m. 47/A – 1’de yapılan tanım doğrultusunda, içerden öğrenenlerin ticaretinin en önemli unsurunun sermaye piyasası araçlarının değerine etkili bilgi (price sensitive information) olduğu görülür⁶⁹⁷. Bu konuya ilişkin en önemli nokta, sermaye piyasası araçlarının değerini etkileyen faktörlerin tespiti ve değer in olumlu ya da olumsuz yönde etkilenmesinin kime göre belirleneceğidir.

Sermaye piyasası araçlarının değerini etkileyen faktörleri tek tek saymak mümkün değildir. Zira piyasa değerini etkileyen faktörler her somut olayın özelliğine göre farklılık gösterebilecektir⁶⁹⁸. Gerçekten de pek çok hukuk sisteminde bu yol benimsenmiş, kanun hükmüyle sınırlı olarak sayma (numerus clausus) yoluna gidilmeden genel hükümlerle konu düzenlenmiştir⁶⁹⁹.

SerPK m. 47/A – 1’de “sermaye piyasası araçlarının değerini etkileyebilecek” ifadesi kullanılmaktadır. Buna göre, değeri etkileyebilme kriteri yeterli olup, kesin bir etkileme

⁶⁹⁷ İngiliz Ceza Kanunu Sec. 56 (3)’da “Fiyat değeri de içermektedir” hükmü yer almaktadır.

⁶⁹⁸ *Hacımahmutoğlu*, Sibel: “AT Düzenlemeleri Işığında İçerden Öğrenilen Bilgi Kavramının Değerlendirilmesi”, Prof. Dr. Turgut Kalpsüz’e Armağan, Ankara 2003, s. 175, Yazar, bilginin fiyat etkisini bulunup bulunmadığının tespiti için içerden öğrenen tarafından kullanılması gerektiğini belirtirken, bilginin kamuya açıklanmamasından dolayı fiyat etkisinin saptamanın oldukça zor olduğunu, fiyat etkisini ölçmenin kuramsal nitelik taşıdığını belirtmektedir; ayrıca bk. *Davies*, s. 464.

⁶⁹⁹ Bu örnekler için bk. *Turanboy*, Insider, s. 45 – 48.

şartı aranmadığı anlaşılmaktadır⁷⁰⁰. MAD m. 1’de “etkileyebilecek” ifadesi için “likely” terimi kullanılmıştır. Bu terim ile gelecekte kamuya açıklanacak bilginin değer kazanacağına ilişkin *ex ante* bir test söz konusudur. Sermaye piyasası aracının fiyatının *ex post* etkileneceği durum bu hükümden bağımsızdır⁷⁰¹. Başka bir ifade ile bilginin sermaye piyasası araçlarının değerine etkisini belirlemede ölçüt, kamuya açıklanmasıyla değere önemli bir etkisinin (significant effect on the price) olup olmayacağı yönündedir. Fiyat oluşum sürecinde diğer bazı unsurların da değeri etkilemesi söz konusu olduğu için, bilgi kamuya açıklandıktan sonra belirlenen değerden haberdar olmak önemlidir, ancak nihai değildir⁷⁰². Sermaye piyasası araçlarının değerini etkileyebilecek faktörler arasında, şirkete ilişkin bilgiler, sermaye piyasasını ilgilendiren bilgiler, ülkenin politik ve siyasi durumuna etki edecek bilgiler sayılabilir⁷⁰³. Bu faktörlerden şirkete ait bilginin, doğrudan şirketle ilgili olması gerekmemektedir. Şirketin faaliyet gösterdiği iş koluyla ilgili, kendi menkul kıymetlerinin değerini etkileyebilecek her türlü durumun, bu başlık altında değerlendirilebileceği kabul edilmelidir.

MAD m. 1’de fiyata etkili bilginin kesin nitelikte (precise nature) olması gerektiği vurgulanmaktadır. Buradan hareketle söylenti ve dedikodular içerideki bilgi sayılmayacaktır⁷⁰⁴. Bunun yanında bilgi, değere etkisi üzerinde bir kanaat oluşturacak derece de belirli (specific) olmalıdır. Örneğin pay alım teklifinde, teklif için bir bedel

⁷⁰⁰ İhtiyar, s. 187.

⁷⁰¹ Hansen, s. 193.

⁷⁰² Ferrarini, Guido A.: “The European Market Abuse Directive”, CML Rev. 2004, V. 41, s. 721.

⁷⁰³ Turanboy, Insider, s. 51 – 54; İhtiyar, s. 188.

⁷⁰⁴ Boyle & Birds ve diğerleri, s. 670; Turanboy, Insider, s. 62; Ferrarini, s. 719; Bu yönerge doğrultusunda İngiliz Ceza Kanunu’nda kesin ya da belirli (specific) ifadeleri kullanılmıştır. Kesin ya da belirli olma arasındaki fark şu örnekle açıklanmaktadır: “Bir kimse öğle yemeği sırasında, ‘bizim şirketin elde edeceği sonuçlar piyasa beklentilerinden çok daha iyi olacak’ derse, bu bilgi kesin olmaz. Bu kişi, şirketin elde edeceği sonuçları açıklamamıştır. Ancak bu kişi, şirketin elde edeceği sonuçları açıklamış olsaydı ve bilginin kamuya açıklanmadığını ima etseydi, bu bilgi belirli olurdu ve içerideki bilgi olarak nitelendirilebilirdi, bk. Fisher ve diğerleri, s. 291; ayrıca bk. Hacımahmutoğlu, s. 167; R. v. Staines and Morrissey(1997) 2 Cr. App. R. 100 at 118 – 9, bu davada, davacı şirketin isminin tam olarak geçmemesine rağmen çok fazla zaman harcamadan şirketin davacı şirket olduğunun anlaşılabilmesinin, bu bilgiyi belirli ve kesin bir hale getirdiği, bu nedenle bilginin içerideki bilgi olduğu kararına varılmıştır.

kararlaştırılmamış olsa da, pay alım teklifi içerdeki bilgi kabul edilecektir, zira değere etkisi üzerinde bir fikir oluşturacak derecede belirlidir⁷⁰⁵. MAD’da içerdeki bilginin tanımlanmasında bilginin belirliliği ve kesinliği ltleri birlikte değerlendirilmektedir.

Sermaye piyasası araçlarının değerini etkileyen unsurların kime göre belirleneceği konusunda SerPK’da açık bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak genel görüş, söz konusu tespitin “makul bir yatırımcının” (reasonable investor) bu bilgiye vereceği öneme göre yapılacağı ynndedir⁷⁰⁶. Makul yatırımcının bilgiye vereceği önem unsurunu belirlemek oldukça zordur. Makul yatırımcının kim olduğu ise muğlaktır. Burada alınması gereken ölçütün makul yatırımcı mı yoksa fiili yatırımcı (actual investors) mı olduğu noktası önem tařımaktadır⁷⁰⁷. Sermaye piyasası araçlarının değerini etkileyen unsurların makul yatırımcıya göre belirlenmesi, fiili yatırımcının davranışlarını göz ardı etmek anlamına gelmemektedir. Zira makul yatırımcı sermaye piyasası araçlarının değerini etkileyen unsurların belirlenmesinde tek başına en uygun kişi değildir. Bu nedenle, kuramsal bir kavram olan makul yatırımcının bilgiye vereceği önem, fiili yatırımcının davranışları incelenerek deęerlendirilmelidir⁷⁰⁸.

Makul yatırımcının bilgiye vereceği önemin tespiti, somut olayın özelliklerine göre mahkemelere bırakılmıştır. Hatta mahkemenin ayrıca bir bilirkişi incelemesine başvurması gerektiği ifade edilmektedir⁷⁰⁹.

⁷⁰⁵ *Ferrarini*, s. 719.

⁷⁰⁶ *Turanboy*, Insider, s. 50; *İhtiyar*, s. 188; *TSC Industries v. Northway Inc.* (426 U.S. 438, 449 [1976]) davasında Amerikan Yüksek Mahkemesi bilginin fiyata etkisini, makul bir yatırımcının kararlarını verirken önemli bulduğu bilgi olarak ifade etmektedir. Bu karar için bk. *Hacımahmutoğlu*, s. 176.

⁷⁰⁷ *Denozza*, Francesco: “Nonfinancial Disclosure Between Shareholder Value and Socially Responsible Investing”, *Investor Protection in Europe* (ed. Guido Ferrarini / Eddy Wymeersch), New York 2006, s. 370.

⁷⁰⁸ Ayrıntılı bilgi için bk. *Denozza*, s. 370, 371.

⁷⁰⁹ *Davies*, s. 464; *Fisher* ve diğerleri s. 291.

b) Bilginin Kamuya Açıklanmamış Olması

İçerden öğrenenlerin ticareti fiilinin gerçekleşmesi için, sermaye piyasası aracının değerini etkilemesi unsurunun yanı sıra, bilginin kamuya açıklanmamış (non – public) olması gerekir. Bu iki unsur birbirini bütünlemektedir⁷¹⁰. İçerden öğrenenlerin ticareti fiilinde, bilginin kamuya açıklanmamış olması unsurunun aranmasının nedeni, yatırımcılar arasında bilgiye erişimdeki eşitliğin (equal access to information) sağlanmasıdır.

Bilginin ne zaman kamuya açıklanmış sayılacağı, içerden öğrenenlerin ticareti fiilinin varlığını belirlemek açısından önemlidir. Zira bir görüşe göre, kamuya açıklanacak bilgi, ilanına ya da diğer yollarla açıklanmasına gerek olmaksızın, yetkili makama verilmesi ile kamuya açıklanmış sayılır. Diğer bir görüşe göre ise bilgi, yetkili makama verilmesi ile kamuya açıklanmış sayılmaz. Kamuyu aydınlatma işleminin gerçekleşmiş olması için bilginin kamuya sunulmuş olması gereklidir⁷¹¹. Başka bir ifade ile HAAO'lar ile hisse senedi dışında sermaye piyasası araçlarını halka arz eden ve menkul kıymetleri borsada işlem gören şirketlerin, kamuya açıklanacak bilgileri, SPK ve İMKB'ye bildirip, bu bilgilerin Kurul bültenlerinde veya borsa bültenlerinde yayınlanmasıyla söz konusu bilgiler kamuya açıklanmış sayılacaktır⁷¹². İkinci görüşün içerden öğrenenlerin ticaretini engelleme yolunda çok daha etkili olduğu açıktır.

Bilginin kamuya açıklanmış olup olmadığının göstergesi erişilebilirlik (availability⁷¹³), başka bir ifade ile ulaşılabilirliktir. Gerek SerPK'da gerek AT tarafından düzenlenen MAD'da, erişilebilirlik ölçüsünü düzenleyen bir hüküm bulunmamaktadır. Aslında erişilebilirlik kriteri oldukça subjektif bir ölçüdür. Amaç sermaye piyasasına iştirak eden

⁷¹⁰ Hansen, s. 196; Turanboy, Insider, s. 60.

⁷¹¹ Bu görüşler için bk. *Hacımahmutoğlu*, s. 163.

⁷¹² *Hacımahmutoğlu*, s. 163.

⁷¹³ Araştırmalar ve kamuya açık verilerle (publicly available data) işlem yapmak, içerden öğrenenlerin ticaretini oluşturmaz. Bk. 31th recital of preamble of MAD.

herkesin bilgiyi bilmesi değil, bilgiye eşit şekilde erişiminin (equal access to information) mümkün olmasıdır⁷¹⁴.

c) İçerden Öğrenenin Sermaye Piyasası Araçlarının Değerini Etkileyen Bilgiyi Elde Etmesi ve Bu Bilginin İçerden Öğrenenler Tarafından Kullanılması

İçerden öğrenenlerin ticareti işleminin gerçekleşmesi için içerden öğrenenin bu bilgiyi elde etmesi gerekmektedir. Fiyata etkili, kamuya açıklanmamış bilgi, bilgiyi elde edene pek çok yarar sağlayacaktır. Bilgiyi elde eden içerden öğrenen, bu bilgi sayesinde sermaye piyasalarında kâr elde edebilecek, aynı zamanda uğrayabileceği zararlara karşı kendisini koruyabilecektir. Söz konusu bilginin elde edilmesi tek başına içerden öğrenenlerin ticareti işlemini oluşturmaz. Zira aşağıda açıklanacak olan içerden öğrenenler arasında yer alan yönetim kurulu üyelerinin böyle bilgilere erişebilmesi doğaldır. Önemli olan bilgilerin kullanılması ve aynı zamanda bu bilgiden belli bir menfaat elde edilmiş olmasıdır⁷¹⁵. Nitekim Amerikan hukukunda, *Cady, Robert and Co.*⁷¹⁶ davasında “şirkete ilişkin bilgilere sahip olan kişiler, bu bilgilerden kişisel menfaat sağlamamalıdır” yönünde karara varılmıştır.

⁷¹⁴Hacımahmutoğlu, s. 154; Hansen, s. 195, Yazar, burada bilgiye erişimde eşitlik doktrinin uygulanamayacağını, yatırımcının çoğu zaman yaptığı araştırmalar ve sahip olduğu yeteneklerle bilginin önemini anlayamayacağını belirtmektedir. Bilgiye erişimde eşitlik ilkesinin uygulanabilmesi için, bir işlem sırasında bilgiye sahip olan tarafın, işleme girdiği diğer tarafın, bu bilgiye vakıf olduğunun tahmin edilebilmesinin ölçü alınması gerektiğini belirterek, bu ilkenin uygulanabilmesi için sermaye piyasası açısından kimliği bilinmeyen karşı tarafın oldukça bilgili ve deneyimli olması gerektiğini savunmaktadır; Ancak, Hansen’in bu görüşüne katılmak mümkün değildir. Özellikle sermaye piyasası araçlarının değerine etki edecek bilgi unsurunun makul yatırımcı ölçüsüne göre belirleneceğinden yola çıkarak, yalnız, bilgili, deneyimli yatırımcılar açısından bilgiye erişimde eşitlik prensibini uygulamak, piyasada bulunan sayısız yatırımcıyı farklı kategorilere ayırmayı gerektirecek ve bilginin fiyata etkili olup olmadığının tespitini neredeyse imkânsız hale getirecektir.

⁷¹⁵Turanboy, *İnsider*, s. 64; Tekinalp, *İçerden Öğrenen*, s. 313; Guyenot, Jean (Çev. Öztek, Selçuk): “İmtiyazlı Bilgilere Sahip Olabilen ve Bu Bilgileri Borsada Kullanabilen Şahıslar: Fransa’da İçerden Öğrenen veya ‘İnsider Trading’”, Batider 1984, C. XII, S. 2 – 3, s. 106.

⁷¹⁶CO., 40 Securities and Exchange Commission 907 (1961) at. 912.

4. İçerden Öğrenenler

İçerden öğrenenleri üç grupta incelemek mümkündür. İlk grubu statüye bağlı içerden öğrenenler⁷¹⁷ oluşturacaktır. Statüye bağlı içerden öğrenenler, şirket içindeki pozisyonları nedeniyle, içindeki bilgiye kolaylıkla ulaşabilen kişilerdir. Hatta kimi zaman bu kişilerin içindeki bilgiye ilişkin karar almaları söz konusudur⁷¹⁸. Statüye bağlı içerden öğrenenler arasında yönetim kurulu başkan ve üyeleri, denetçiler, müdürler ve diğer personel, kontrol gücüne sahip ortaklar ve bunların aile bireyleri sayılabilir. Ancak SerPK m. 47/A - 1'e göre, Türk hukukunda statüye bağlı içerden öğrenenler, diğer hukuk sistemlerinden farklı olarak dar bir kapsamda düzenlenmiştir. Bu gruba yönetim kurulu başkan ve üyeleri⁷¹⁹, denetçiler ve diğer personel girer. Büyük pay sahipleri kanun hükmü kapsamına alınmamıştır. Bu nedenle, statüleri nedeniyle içerden öğrenenler arasında değerlendirilememektedir. Dolayısıyla ortaklar, aşağıda göreceğimiz üçüncü grup içerden öğrenenler kapsamındadır⁷²⁰.

İkinci grup içerden öğrenenler, meslekleri nedeniyle içerden öğrenen sayılanlardır. Bu grupta avukatlar, SPK ve borsa görevlileri, aracı kurum çalışanları ve bağımsız denetçiler yer alır. AT yönergesi olan MAD'da, yukarı belirttiğimiz bu ikili ayrıma gidilmeksizin, söz konusu iki grup, birincil içerden öğrenenler (primary insiders) olarak adlandırılmış, birincil

⁷¹⁷ Doktrinde *Turanboy*, bu grubu “şirkete yakın olan insiderlar” olarak isimlendirmiştir. Bk. *Turanboy*, Insider, s. 75.

⁷¹⁸ *İhtiyar*, s. 191.

⁷¹⁹ Yönetim kurulu başkan ve üyelerinin, içindeki bilgiye sahip olmadıklarını, başka bir ifade ile SerPK m. 47/A -1'de belirtilen fiili işlemediklerini ispat etmeleri oldukça zor bir husustur; *Manavgat*, s. 188, Yazar, sermaye piyasası araçlarının değerini etkileyebilecek bir duruma ilişkin toplantıya katılmamamanın bu yönde bir kanıt olabileceğini ifade etmektedir.

⁷²⁰ *Turanboy*, Insider, s. 82, Yazar, diğer hukuk sistemlerinde büyük pay sahiplerinin statüleri nedeniyle içerden öğrenenler arasında yer almalarının nedenini, yönetimle yakın ilişkilerde bulunmaları ve payları nedeniyle yönetim üzerinde etkili olabilme imkanına sahip olmaları şeklinde ifade etmiştir; *Manavgat*, İçerden Öğrenen, s. 192, Yazar, kontrol edebilme unsurunun mutlaka sermaye payına dayandırılmasının isabetli olmayacağını, bunun nedeni ise, sermaye payı büyük olmakla birlikte imtiyazlı pay sahiplerinin bazı durumlarda kontrolü ellerinde tutabilmeleri olarak göstermiştir.

içerden öğrenenlerin, yöneticiler, büyük pay sahipleri ve şirkette görevli bulunanlar olduğu belirtilmiştir.

Üçüncü grup içinde değerlendirilecek olan içerden öğrenenler ise, içerden öğrenenlerle ilişkileri dolayısıyla içerden öğrenen sayılanlardır (tippee). MAD’da ise bu grup, ikincil içerden öğrenenler (secondary insider) olarak ifade edilmiştir.

5. Bilgi İzolasyonu

İçerden öğrenenlerin ticaretini önlemek amacıyla alınan en önemli önlemlerden biri de bilgi izolasyonudur (Chinese Wall). Bu kurallar ticarî sır teşkil eden içerdeki bilginin de korunmasına hizmet eder. Bilgi izolasyonu, birden fazla hizmet veren kuruluşların, belirli bölüm ya da bölümlerinde kullanılan belli nitelikteki bilgilerin, diğer bölümlerine iletilmesini önlemek amacıyla oluşturdukları iç kurallar, usuller ya da bu kural ve usullerin izlenmesi amacıyla ortaya konulmuş prensipler bütünü olarak tanımlanabilir⁷²¹. Örneğin, bir kuruluşun danışmanlık hizmeti veren bölümünün müşterisi olan bir şirket, diğer bir şirketin kontrolünü ele geçirmek için pay alım önerisi yapacağını açıklayabilir. İlgili gizli bilginin aynı kuruluşun sermaye piyasası işlemlerini yürüten bölümüne iletilmesi durumunda, bu bölüm, müşterilerine teklifi verecek şirketin hisse senetlerini almasını önerebilir. Sonuç olarak pay alımı kamuya açıklandığında, müşteri bu hisse senetlerini büyük bir kârla satabilir⁷²². İşte bu bilgi akışını engellemek amacıyla bilgi izolasyonu uygulanmaktadır.

⁷²¹ Bk. *Manavgat*, İçerden Öğrenen, s. 182; *Varn*, Larry L.: “The Multi – Service Securities Firm and The Chinese Wall: A New Look in The Light of Federal Securities Code”, *Neb. L. Rev.* 1984, V. 63, s. 197; *Poser*, Norman S.: “Chinese Wall or Emperor’s New Clothes? Regulating Conflicts of Interest of Securities Firms in the U.S. and the U.K.”, *Mich. YBI Legal Stud.* 1988, s. 92, 93; *Gorman*, Christopher M.: “Are Chinese Walls The Best Solution to The Problems of Insider Trading and Conflicts of Interest in Broker – Dealers?”, *Fordham J. Corp. & Fin. L.* 2004, V. 9, s. 483.

⁷²² Benzer örnekler için bk. *Manavgat*, İçerden Öğrenen, s. 182; *Gorman*, s. 476, 477.

Bilgi izolasyonu kavramının temelleri ilk olarak SEC (Securities Exchange Commission) ve Merrill Lynch⁷²³ arasında görülen bir davada ortaya çıkmıştır. Dava konusu uyuşmazlıkta, Merrill Lynch, Douglas Air Craft Company için aracılık faaliyetinde bulunan kuruluşun yöneticisidir. Merrill Lynch bu şirketin kâr oranının oldukça düşük çıkacağını öğrenir ve bilgiyi yanında çalışanlara verir. Merrill Lynch'in çalışanlarının bu gizli bilgiyi satış bölümüne iletmesi sonucu, ilgili bölüm ile işlem yapan diğer şirketler, bilginin kamuya açıklanmasından üç gün önce zarar etmemek amacıyla Douglas Air Craft Company'nin tüm hisse senetlerini satarlar. İçerden öğrenenlerin ticareti fiilinin gerçekleştiği bu uyuşmazlıkta, SEC ile Merrill Lynch arasında anlaşmaya varılır. Böylece Merrill Lynch'in şirketi, başka bir şirketten elde edilecek fiyata etkili bilginin aracılık faaliyetlerini yürüten bölüm tarafından açıklanmasını yasaklayan politikaların uygulanacağı taahhüdünde bulunur⁷²⁴.

Amerikan hukukunda, bilgi izolasyonu kavramının ortaya çıkması, şirketlerin bu usulü içerden öğrenenlerin ticareti fiilinin işlenmesi durumunda bir savunma olarak getirmelerine neden olmuştur. Buna ilişkin en güzel örneği, Slade v. Shearson, Hammill & Co.⁷²⁵ davası oluşturmaktadır. Bu davada Slade Şirketi'nin sermaye piyasası işlemlerini gerçekleştiren bölümündeki çalışanları, müşterilerine Tidal Marine International Corporation'a ait hisse senetlerini almaları yönünde tavsiyede bulundukları sırada, Slade şirketinin mali bölümü bu şirketin hisse senedi değerinin düşeceğine ilişkin gizli bir bilgi öğrenmiştir. Ancak öğrenilen bu gizli bilgiye rağmen, Slade Şirketi'nin sermaye piyasası işlemlerini yürüten bölümü, Tidal Marine International Corporation'a ait hisse senetlerinin alınması yolunda tavsiyede bulunmaya devam etmiştir. Bu şirketin hisse senetlerinin değerinin düşmesi

⁷²³ Shapiro v. Merrill Lynch, Pierce, Fenner & Smith, Inc., 43 S.E.C 933 1968.

⁷²⁴ Karar için bk. *Gorman*, s. 483.

⁷²⁵ Bu karar için bk. *Lipton*, Martin/Mazur, Robert B: "The Chinese Wall Solution to the Conflict Problems of Securities Firms", N.Y.U.L. Rev. 1975, V. 50, s. 478 vd.; *Poser*, s. 106, 107; *Gorman*, s. 491, 492.

sonucu, zarara uğrayan müşterilerden biri, Slade'in hisse senetlerinin değerinin düşeceğini bildiği, ancak bunu müşterilerine açıklamadığı, bu nedenle sadakat yükümlülüğüne aykırı davrandığı gerekçesiyle dava açmıştır. Slade Şirketi ise, kamuya açıklanmamış bu bilginin malî bölümce bilindiğini, bilgi izolasyonu nedeniyle şirket içinde başka bölümlere bilginin iletilmediğini, sermaye piyasası işlemleriyle ilgilenen bölümün gizli bilgiden haberdar olmadığını, böylece sadakat yükümlülüğüne aykırı davranmadığını iddia etmiştir. Mahkeme ise Slade'in savunmasını yerinde bulmamış; Tidal Marine International Corporation'a ve diğer müşterilerine aynı derecede sadakat yükümlülüğü olduğunu, taraflardan birine karşı sadakat yükümlülüğünü ihlâl ettiği takdirde bunun sonuçlarına katlanması gerektiği yönünde karar vermiştir.

Amerikan hukukunda SEC, bir yandan bilgi izolasyonunu desteklerken, diğer yandan birden fazla hizmet veren kuruluşların bilgi izolasyonu nedeniyle içerden öğrenenlerin ticaretine ilişkin ortak hukuktan doğan sorumluluğunu bertaraf etmek istememektedir⁷²⁶. Bu yolda SEC, sermaye piyasası işlemlerini gerçekleştiren bölümlerin içerdeki bilgiyi müşterilerine aktarmamaları için, bilgi izolasyonu yanında "sınırlı liste" oluşturulmasını (restricted list) önermektedir.

İçerden öğrenenlerin ticaretine ilişkin yürürlükteki mevzuat incelendiğinde, içerden öğrenenleri gerçek kişilerin oluşturduğu görülmektedir. Cevaplanması gereken sorulardan bir tanesi de şirket tüzel kişiliğinin, içerden öğrenenlerin ticareti nedeniyle herhangi bir sorumluluğunun doğup doğmayacağı noktasında toplanmaktadır. Öyle ki bazı durumlarda tüzel kişinin içerdeki bilgi niteliğine sahip bir ticarî sırrı ihmalî ya da hatası sonucu açıklaması ya da kullanması mümkün olmaktadır. MK'da açıkça, organların hukukî işlemleri ve diğer bütün fiilleriyle tüzel kişiyi borç altına sokacakları ve organların

⁷²⁶ *Lipton/Mazur*, s. 486; *Poser*, s. 108.

kusurlarından dolayı ayrıca kişisel olarak sorumlu olacakları hükme bağlanmıştır (m. 50/II, II). Ticarî sırların bir şirketçe açıklanması ya da kullanılması durumunda bu hükümden yola çıkarak, tüzel kişinin organlarının sorumlu olacağı sonucuna varılır. Ancak SerPK m. 47'nin diğer bentlerinde yer alan tüzel kişilerin yetkililerinin cezaî sorumluluğuna ilişkin sınırlama, m. 47/I – A'da yapılmamaktadır. Bu sonuç ise bizi tüzel kişilerin de içerden öğrenenler arasında yer aldığına götürebilir⁷²⁷. Bununla birlikte, SerPK m. 47/1-A'da öngörülen cezaî yaptırımın tüzel kişilere uygulanıp uygulanmayacağı ya da genel bir ifade ile tüzel kişilerin suçun faili olup olup olmayacağı doktrinde tartışmalıdır⁷²⁸. Genel olarak kabul gören görüş, kanunda açık olarak düzenlenmedikçe tüzel kişilerin suçun faili olmayacağı yönündedir. Buradan hareketle, SerPK m. 47/I-A'da para cezasına ek olarak hapis cezasının bulunması ve kanun hükmünde tüzel kişilerin suçun faili olarak gösterilmemesi nedeniyle, tüzel kişiler ceza hukuku kapsamında suçun faili olamayacaklardır⁷²⁹. Ancak, günümüzde ekonomik ve malî suçlar açısından tüzel kişilerin suçun faili olabileceği kabul edilmektedir⁷³⁰. Böylece tüzel kişiler açısından içerden öğrenenlerin ticaretinde hukukî sorumluluğuna gidilebilecektir.

Birden fazla hizmet veren kuruluşlarda içerden öğrenenlerin ticaretini önlemek amacıyla oluşturulan bilgi izolasyonu ile bu kuruluşların müşterilerinin menfaatlerinin korunması birbiriyle çelişmektedir. Kuruluşun müşterilerine karşı sadakat yükümlülüğüne

⁷²⁷ Bk. *Manavgat*, İçerden Öğrenen, s. 183.

⁷²⁸ Bk. *Toroslu*, Nevzat: Ceza Hukuku Genel Kısım, Ankara 2007, s. 341; *Manavgat*, İçerden öğrenen, s. 181.

⁷²⁹ *Manavgat*, İçerden Öğrenen, s. 181.

⁷³⁰ *Toroslu*, s. 343; Çeşitli kanunlarda tüzel kişilerin suç faili olabileceklerine ilişkin düzenlemeler yer almaktadır. Ancak, 5237 sayılı TCK m. 20/II “tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımı uygulanamaz ancak suç dolayısıyla kanunda öngörülen güvenlik tedbiri niteliğindeki yaptırımlar saklıdır” hükmüyle, tüzel kişiler açısından ceza yaptırımının uygulanmayacağını düzenlemiştir. Bunun yanında TCK m. 5'te ise, TCK'nın genel hükümlerinin, özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanacağı hükmü yer almaktadır. Ancak m. 5'in yürürlüğü, 5252 sayılı Kanun'un Geçici 1. maddesiyle 31.12.2008'e kadar ertelenmiştir. Bu madde yürürlüğe girdiğinde diğer kanunlarda yer alan tüzel kişilerin suç faili olabileceğine dair hükümlerin ilga olacağı söylenebilir.

uygun şekilde hareket etmesi ticarî sır teşkil eden bir bilginin müşterilere aktarılması demektir. Ancak bu durum içerden öğrenenlerin ticareti fiiline neden olur. Bunun tam tersi bir durumda ise kuruluş müşterileri ile olan ilişkisinde sadakat yükümlülüğüne aykırı davranmış olacaktır. Ancak SerPK m. 47/I-A'daki açık hüküm bu fiilin ortaya çıkmaması için her türlü önlemin alınması gerektiğine ilişkin açık bir düzenlemedir. Bu nedenle kuruluş, içerden öğrenenlerin fiilini gerçekleştirmemek adına her türlü önlemi almalı, ancak sadakat yükümlülüğüne aykırı davranması sonucu müşterisinin uğrayacağı zararı tazmin etmelidir.

6. Değerlendirme

Ticarî sır, sahibine ekonomik menfaat ve rekabet avantajı sağlayan, bir kişi ya da sınırlı sayıda kişiler tarafından bilinen, başka bir ifade ile kamuya açıklanmamış, gizli bilgidir. İçerden öğrenenlerin ticareti kavramının unsurlarına baktığımızda, bilginin kamuya açıklanmamış ve menkul kıymetlerin fiyatına etki edebilecek nitelikte olduğu görülmektedir. Ancak içerden öğrenenlerin ticareti işlemlerine konu bilgi sonunda kamuya açıklanacaktır. Ticarî sır ise kural olarak kamudan gizli tutulan, ihlâl edilmediği ya da sahibinin bu yönde iradesini açıklamadığı sürece gizli kalacak bilgidir. Başka bir ifade ile teknik özellikler taşıyan ticarî sır tersine mühendislik yoluyla keşfedildiği ya da herhangi bir ticarî sır sahibinin iradesiyle açıklandığı ya da kullanımına izin verildiği zaman, hukuka uygun bir açıklama ya da kullanım söz konusu olacaktır. Burada önemli olan nokta, içerden öğrenenlerin ticaretinin yapıldığı sırada, kamuya açıklanmayan bilginin HAAO'nun ticarî sırrı olarak nitelenip nitelenmeyeceğidir.

Araştırma sonucu elde edilen bilgiler ve kamuya açık verilerle gerçekleştirilen işlemler içerden öğrenenlerin ticaretinde fiilini oluşturmayacaktır. Yine aynı şekilde kamuya açık,

herkes tarafından bilinen bir bilgi de ticarî sır niteliğinde değildir. Gizlilik unsuru, sahibine ekonomik menfaat sağlama ve rakiplerine karşı belli bir avantaj elde etme noktasında bu iki kavram örtüşmektedir.

İçerden öğrenenlerin ticaretinin önlenmeye çalışılmasının nedeni, yatırımcılar açısından bilgiye erişimde eşitliğin sağlanması olduğu açıktır. Her ne kadar, dar anlamda iki kavramın korumaya değer gördüğü menfaat dengeleri farklı olsa da, geniş anlamda iki kavramın güttüğü asıl amaç sağlıklı işleyen bir piyasa yaratmak ve bu piyasaya iştirak edenlerin menfaatlerini korumaktır.

İki kavramı birbirinden ayıran özelliklerden bir tanesi de içerden öğrenenlerin ticareti fiilinin gerçekleşmesi için, elde edilen içerdeki bilginin kullanılması gerekirken, ticarî sırrın ihlâli için yalnızca açıklanmasının yeterli olmasıdır. Başka bir ifade ile şirketin ticarî sırrını oluşturan bilginin kullanılma şartı aranmaksızın açıklanması ihlâl fiilinin gerçekleşmesi için yeterlidir.

Aslında içerden öğrenenlerin ticaretinin sınırlarının belirlenmesinde ikincil içerden öğrenen grubunun tespiti büyük önem taşır. İkincil içerden öğrenen sıfatının kazanılması SerPK m. 47 – A.1’e göre bilginin, maddede sayılan içerden öğrenen gruplarından alınmış olması gereklidir⁷³¹. Buradan hareketle, içerden öğrenenlerden alınmayan bilginin içerden öğrenenlerin ticareti fiilini oluşturmayaacağı açıktır. Ancak bu gizli bilginin açıklanması ya da kullanılması ticarî sır ihlâli olacaktır.

Buradan hareketle kamuya açıklanmamış ve sermaye piyasası araçlarının değerini etkileyen bilgi, aynı zamanda HAAO’nun ticarî sırrını oluşturabilmektedir ve bu bilgi içerden öğrenenler tarafından kullanıldığı noktada içerden öğrenenlerin ticareti fiili gerçekleşmiş olmaktadır. Bilginin kullanılması şartının gerçekleşmediği durumlarda,

⁷³¹ *Manavgat, İçerden Öğrenen*, s. 197.

örneğin yönetim kurulu üyesinin hisse senetlerinin değerini yükseltecek bir bilgiyi kamuya açıklanmadan önce, kullanılmak üzere üçüncü bir kişiye vermesi ancak üçüncü kişinin bu bilgiyi kullanmaması durumunda, içerden öğrenenlerin ticareti fiili gerçekleşmeyecektir. Bununla birlikte, yönetim kurulu üyesinin bu davranışı şirketin ticarî sırrının ihlâli olacaktır.

İçerden öğrenenlerin ticareti fiilinin unsurları gerçekleştiğinde SerPK m. 47 vd. düzenlenen yaptırımların uygulanacağı açıktır. İçerdeki bilginin elde edilip kullanılmaması durumunda ise, statüleri sebebiyle içerden öğrenen sayılan kimseler açısından BK m. 96 vd. düzenlenen sözleşmenin ihlâli dolayısıyla borca aykırılık, içerden öğrenenlerle ilişkileri sebebiyle, içerden öğrenenler grubunda yer alanlar açısından ise TK m. 56 v e devamında düzenlenen haksız rekabet hükümlerinin uygulanması gerekmektedir.

II. ARACILIK FAALİYETLERİ

SerPK m. 33/a'ya göre aracı kurumların anonim şirket şeklinde kurulmaları gereklidir. Aracılık Faaliyetleri ve Aracı Kuruluşlara İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğ⁷³² (Seri: V, No: 46) aracılık faaliyetini “..sermaye piyasası araçlarının Kanun’un 30 ve 31 inci maddeleri çerçevesinde yetkili kuruluşlar tarafından kendi nam ve hesabına, başkası nam ve hesabına, kendi namına başkası hesabına ticarî amaçla alım satımıdır. Sermaye piyasasında aracılık faaliyetleri, halka arza aracılık, alım satıma aracılık ve türev araçların alım satımının yapılmasına aracılık yapılmasından oluşur” (m. 3/I, II) şeklinde tanımlamaktadır⁷³³. Tebliğ, bankaları ikiye ayırmış, mevduat kabul etmeyen kalkınma ve yatırım bankalarının yetki

⁷³² RG, 7.9.2000, S: 24163.

⁷³³ Aracı kurumlar SPK’dan yetki belgesi almak kaydıyla, sermaye piyasası araçlarının ihracına veya halka arz yoluyla satışına, daha önce ihraç edilmiş olan sermaye piyasası araçlarının alım satımına, ekonomik ve finansal göstergelere, sermaye piyasası araçlarına, mala, kıymetli madenlere ve dövizde dayalı vadeli işlem ve opsiyon sözleşmeleri dahil türev araçlarının dayandığı kategoriler itibarıyla ayrı ayrı veya bütün olarak türev araçlarının alım satımına aracılık edebilirler. Aracı kurumlar ayrıca sermaye piyasası araçlarının geri alım satımı (repo – ters repo), yatırım danışmanlığı, portföy yöneticiliği yapabilirler (Tebliğ m. 4).

belgesi almak kaydıyla tüm sermaye piyasası faaliyetlerini gerçekleştirebileceklerini belirtmiştir⁷³⁴ (m. 5).

Tebliğ m. 11/a aracı kuruluşlar açısından, faaliyetlerinin yürütülmesi sırasında işin gerektirdiği meslekî dikkat ve özeni göstermeleri, bu doğrultuda gerekli önlemleri almaları yolunda bir yükümlülük getirmektedir. Burada, aracı kurumlara objektif bir özen ölçüsü getirilmiş ve TTK m. 20’de düzenlenen basiretli bir tacir gibi davranma yükümlülüğü ifade edilmiştir⁷³⁵. Böylece, müşterilerinin ticarî sırlarını öğrenen aracı kurumlar, bu sırrı saklama ve koruma konusunda yükümlü tutulmuşlardır.

Bankalarla aracı kurumlar arasında acentelik sözleşmesi imzalanabilir (Tebliğ m. 24/I). Güvene dayalı bu sözleşme ilişkisi içerisinde bankalar aracı kurumlara ilişkin ticarî sırları saklamakla yükümlüdürler.

Aracı kurumlar, iç denetime⁷³⁶ tabidir. Bu nedenle aracı kurumların bünyelerinde bir teftiş birimi oluşturmaları ve bu birimde münhasıran çalışmak üzere yeter sayıda müfettiş istihdam etmeleri zorunludur (Tebliğ m. 33). Aracı Kurumlarda Uygulanacak İç Denetim Sistemine İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğ m. 19’da müfettişlerin sır saklama yükümlülükleri düzenlenmiştir. Buna göre: “Müfettişler görevleri gereği eriştikleri bilgilerin gizliliğine özen gösterirler. Bu türden bilgileri hiç bir durumda kişisel fayda sağlamak amacıyla ya da yasalar, diğer hukuki düzenlemeler veya meslek etiğine aykırı

⁷³⁴ Mevduat kabul eden bankalar, daha önce ihraç edilmiş sermaye piyasası araçlarının, borsa dışında hisse senetleri hariç olmak üzere borsada alım satımına aracılık, repo – ters repo, ekonomik ve finansal göstergelere, sermaye piyasası araçlarına, mala, kıymetli madenlere ve dövizde dayalı vadeli işlem ve opsiyon sözleşmeleri dahil türev araçlarının dayandığı kategoriler itibarıyla ayrı ayrı veya bütün olarak türev araçlarının alım satımına aracılık faaliyetini yapabilirler (Tebliğ m. 5).

⁷³⁵ *Sümer*, s. 114.

⁷³⁶ Aracı Kurumlarda Uygulanacak İç Denetim Sistemine İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğ (Seri: V, No: 68) (RG, 14.7.2003, S: 25168) m. 3’de iç denetim, iç kontrol sistemi ile teftiş sisteminden oluşan bütünleştirilmiş süreci, iç kontrol sistemi ise aracı kurumun merkez dışı örgütleri dahil tüm iş ve işlemlerinin yönetim stratejisi ve politikalarına uygun olarak düzenli, verimli ve etkin bir şekilde mevcut mevzuat ve kurallar çerçevesinde yürütülmesi, hesap ve kayıt düzeninin bütünlüğünün ve güvenilirliğinin, veri sistemindeki bilgilerin zamanında ve doğru bir şekilde elde edilebilirliğinin sağlanması, hata, hile ve usulsüzlüklerin önlenmesi ve tespiti amacıyla aracı kurumda uygulanan organizasyon planı ile bunlara ilişkin tüm esas ve usullerini ifade etmektedir.

biçimde kullanamazlar.” Müfettişlerin ücret aldıkları göz önünde tutulduğunda bu sır saklama yükümlülüğünün hukukî temelini hizmet sözleşmesi oluşturmaktadır.

III.DİĞER FAALİYETLER

A – Yatırım Danışmanlığı

SerPK’da yer alan Sermaye Piyasası faaliyetlerinden biri de yatırım danışmanlığıdır (SerPK m. 30/I – e). SPK tarafından çıkarılan Yatırım Danışmanlığı Faaliyetine ve Bu Faaliyette Bulunacak Kurumlara ilişkin Esaslar Hakkında Tebliğ⁷³⁷ (Seri: V, No: 55) m. 4’de yatırım danışmanlığı “karşılığında herhangi maddî bir menfaat temin etmek suretiyle, müşterilere sermaye piyasası araçları ile bunları ihraç eden ortaklık ve kuruluşlar hakkında ve sermaye piyasası ile ilgili diğer konularda yönlendirici nitelikte yazılı veya sözlü yorum ve yatırım tavsiyelerinde bulunulması faaliyetidir” olarak tanımlanmaktadır. Bu faaliyeti, gerekli şartları yerine getirip Kurul’dan yetki belgesi almış kurumlar yürütürler (Tebliğ m. 5).

Yatırım danışmanlığı faaliyeti sırasında, yatırım danışmanlarına önemli görevler düşmektedir. Örneğin yatırım danışmanı, kendisiyle müşterileri arasında ortaya çıkan menfaat çatışmalarında, müşterilerinin menfaatlerine öncelik vermeli; müşteriler ile müşteriler arasında bir çıkar çatışmasının önlenememesi durumunda ise adil davranmalıdır (Tebliğ m. 11/I – e). Bunun yanında yatırım danışmanlarının görevleri nedeniyle pek çok müşterinin ticarî sırrını öğrenmesi mümkündür. Ticarî sırrın korunmasında en etkili yol ise taraflar arasında imzalanan yatırım danışmanlığı sözleşmesidir. Yatırım danışmanlığı sözleşmesi, yatırım danışmanlığı yapmaya yetkili kuruluş ile müşteri arasında imzalanır. Bu çerçevede sözleşme imzalanmadan önce, müşteriye, tebliğde yer alan yatırım

⁷³⁷ RG, 22.4.2002, S: 24734.

danışmanlığına ilişkin ilkeler (Tebliğ m. 12/I –a), yatırım danışmanlığı kapsamında sunulacak bilgi ve tavsiyelerin oluşturulmasında kullanılan bilgi kaynakları, yatırım stratejileri ve analiz yöntemleri (Tebliğ m. 12/I –b), bilgi ve tavsiyelerin sunuluş biçimiyle (yazılı, sözlü, günlük, haftalık, aylık ve benzeri) ilgili esaslar (Tebliğ m. 12/I –c) ve olası çıkar çatışmalarına (Tebliğ m. 12/I –d) ilişkin tanıtıcı formun verilmesi zorunludur. Bunun yanında “müşteriyle imzalanan çerçeve sözleşmesinde belirtilen yatırım danışmanının, yetkili kurumdan ayrılması veya değiştirilmesi halinde yetkili kurum bu durumu müşterisine derhal bildirmek zorundadır. Müşteri, yeni görevlendirilen yatırım danışmanını uygun görmediği takdirde, sözleşmeyi tek taraflı olarak feshedebilir” (Tebliğ m. 12/II).

Tebliğ yatırım danışmanlarının, çalışmalarında ve karar almalarında gerekli meslekî özen ve titizliği göstermek zorunda olduğunu belirttikten sonra bu yükümlülüğü, dikkatli ve basiretli bir yatırım danışmanının aynı koşullar altında ayrıntılara vereceği önem ve göstereceği dikkat olarak düzenlemiştir (Tebliğ m. 15/I). Başka bir ifadeyle, yatırım danışmanının özen yükümlülüğünü, objektif özen yükümlülüğü olarak belirlemiştir.

Tebliğ’in 16. maddesinde, yetkili kurumlar ve yatırım danışmanlarının işleri dolayısıyla öğrendikleri sırları açıklayacakları ve kendileri ve üçüncü kişilerin yararına kullanamayacakları düzenlenmiştir. Bu hükmün ikinci fıkrasıdaysa, kamuyu aydınlatma amacıyla yapılan ilan ve duyuruların, adli veya mevzuatla yetkili ve görevli kurum veya şahıslardan alınan resmi belgelere dayalı olmak kaydıyla, idarî her türlü inceleme ve soruşturma halleri ile suç oluşturan durumlara ilişkin bilgilerin ilgililere usulüne uygun olarak verilmesinin sır kapsamında yer almayacağı belirtilmektedir.

Müşteriler ile yatırım danışmanlığı yetkili kuruluş arasında yapılan yatırım danışmanlığı sözleşmesine, BK’da yer alan vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygunması mümkündür.

B – Portföy Yönetimi

Sermaye piyasası faaliyetlerinden olan portföy yönetimine ilişkin usul ve esaslar Portföy Yönetim Faaliyetine ve Bu Faaliyette Bulunacak Kurumlara İlişkin Esaslar Tebliği⁷³⁸ (Seri: V, No:59) ile düzenlenmiştir. Tebliğ’de kullanıldığı ifade ile portföy yöneticiliği, “finansal varlıklardan oluşan portföylerin, her bir müşteri adına, müşterilerle yapılacak portföy yönetim sözleşmesi çerçevesinde maddî bir menfaat sağlamak üzere vekil sıfatıyla yönetilmesidir” (Tebliğ m. 4/II). Bunun yanında portföy yöneticiliği faaliyeti, portföy yönetimi şirketlerinin yanı sıra Kurul’dan yetki belgesi alması koşuluyla aracı kurum ve mevduat kabul etmeyen bankalar tarafından da yürütülebilir (Tebliğ m. 4/IV).

Anonim şirket olarak kurulması gereken portföy yönetim şirketlerinin, gerekli faaliyetleri gerçekleştirebilmeleri amacıyla müşterileri ile aralarında yazılı bir portföy yönetim sözleşmesi imzalamaları zorunludur (Tebliğ m. 16/I). Bu sözleşme imzalanmadan önce, yetkili kurum müşterinin, kendini ve faaliyetlerini tanıtıcı belgeleri okumasını sağlamalıdır. Bunun yanında aynen yatırım danışmanlığı sözleşmelerinde olduğu gibi, portföy yönetim sözleşmesinde belirtilen portföy yöneticisinin, yetkili kurumdan ayrılması veya değiştirilmesi halinde, yetkili kurum söz konusu durumu müşterilerine yazılı olarak derhal bildirmek zorunda olduğunu ve müşterilerin, yeni tayin olunan portföy yöneticisini uygun görmedikleri takdirde sözleşmeyi tek taraflı olarak feshedebileceğini hükme bağlamaktadır (Tebliğ m. 16/III). Söz konusu sözleşmede mevzuata aykırı hükümlerin bulunması ya da müşterilerin haklarını zedeleyici ve yetkili kurum lehine tek taraflı

⁷³⁸RG, 21.1.2003, S: 25000.

olağanüstü haklar sağlayan hükümlerin yer alması mümkün değildir. Bunun yanında, sözleşmede hüküm bulunmayan hallerde genel hükümler uygulanır (Tebliğ m. 16/V).

Portföy yönetim sözleşmesine BK'nın vekâlete ilişkin hükümleri uygulanır. Dolayısıyla taraflar arasında sadakat yükümlülüğü olduğunu söylemek yalnız olmaz. Tebliğ m. 25'de de sır saklama yükümlülüğü düzenlenmiştir. Buna göre: “Portföy yöneticileri, müfettişler ve yetkili kurumun diğer çalışanları ile söz konusu şirkete dışarıdan hizmet verenler, işleri dolayısıyla portföy yöneticiliği faaliyeti hakkında öğrendikleri sırları açıklayamazlar ve bu sırları kendilerinin veya üçüncü kişilerin menfaatine kullanamazlar. Kamuyu aydınlatma amacıyla mevzuat gereği yapılan ilan ve duyurular, adli veya mevzuatla yetkili kılınmış olmak kaydıyla idari her türlü inceleme ve soruşturma halleriyle suç oluşturan durumlara ilişkin bilgilerin ilgililere verilmesi sır kapsamında değildir.”

“Yetkili kurum, sözleşmelerde belirtilen portföy yöneticilerinin görevleri çerçevesinde yaptıkları tüm işlemlerden ve müşterilere verebilecekleri zararlardan sözleşme ve sermaye piyasası mevzuatı ile genel hükümler çerçevesinde müşteriye karşı doğrudan sorumludur. Portföy yönetim sözleşmesine aksi bir hüküm koyulamaz” (Tebliğ m. 26). Başka bir ifadeyle portföy yönetim şirketi, portföy yöneticisinin müşterilerin ticarî sırlarını açıklaması ya da kullanması durumunda müşteriye karşı doğrudan sorumlu olur.

§ 3 - ANONİM ŞİRKET OLARAK KURULMASI GEREKEN ŞİRKETLER AÇISINDAN TİCARÎ SIR VE TİCARÎ SIRRIN KORUNMASI

I. BANKALAR AÇISINDAN TİCARÎ SIR VE TİCARÎ SIRRIN KORUNMASI

Bankacılık sırrı kavramını tanımlayan bir hüküm Türk hukukunda yer almamaktadır. Bu nedenle kavramın hukukî sınırlarını belirlemek oldukça güçtür. Bankalar Kanunu’nu yürürlükten kaldıran 5411 sayılı Bankacılık Kanunu’nu ile “banka sırrı” ifadesi “bankacılık sırrı”na dönüşmüştür⁷³⁹. Kanun koyucunun böyle bir terimsel farklılığa gitmesinin nedeni, aslında bankaya ilişkin sırların temelini kredi verme, mevduat toplama gibi işlemlerin oluşturmasıdır. Bankadan, bankacılık terimine geçilmesinin gerek AB mevzuatına uyum açısından, gerek banka faaliyetlerinin hukukî işlemlere dayanması ve sır oluşturan unsurların bu faaliyetler sonucu ortaya çıkmasını yansıtmaları bakımından olumlu olduğunu söylenebilir. Bu nedenle, çalışmamızın devamında “banka sırrı” yerine “bankacılık sırrı” terimi kullanılacaktır. Türk hukukunda, bankacılık sırrı kavramının incelenmesinden önce, söz konusu kavrama ilişkin diğer hukuk sistemlerindeki tanımlar ve düzenlemeler değerlendirilecektir.

A - Diğer Hukuk Sistemlerinde Bankacılık Sırrı ve Korunması

Hukuk sistemlerinde bankacılık sırrını incelemekten önce, bankacılık sırrına ilişkin olarak iki farklı düzenlemeden bahsetmekte fayda vardır. Bunlardan ilki sağladığı koruma açısından gizliliği tercih eden hukuk sistemleridir⁷⁴⁰ (secrecy jurisdictions). Bu hukuk sistemlerinde banka – müşteri ilişkisine büyük bir önem atfedilmiş, müşteriye ait bilginin

⁷³⁹ Bk. 5411 Sayılı Bankacılık Kanunu Genel Gerekçesi.

⁷⁴⁰ Gizlilik kanunlarının bulunduğu ülkeler İsviçre, Lüksemburg, Avusturya, Almanya, Yunanistan, Hong Kong ve Panama’dır.

açıklanması cezaî yaptırımlara bağlanmıştır. Bazı ülkeler⁷⁴¹ ise, engelleme kanunları (blocking laws) oluşturarak, bağımsızlıklarını korumaya çalışmışlardır. Engelleme kanunları, yurt dışında yerleşik müesseselerin ya da bireylerin, yabancı makamlarca araştırmalara tabi tutulmasını önlemeyi amaçlar. Bu kanunlar, yabancı makamlarca çıkartılan emirler sonucu ev sahibi ülkede bulunan belgelere ilişkin açıklamaları, kopyalamaları ve araştırmaları yasaklamaktadırlar. Engelleme kanunlarını kendi içinde, “belgelemeyi yasaklayan” ve “yabancı mahkemelerde tanıklık etmeyi yasaklayan” olmak üzere ikiye ayırmak mümkündür. Engelleme yalnızca ticarî dokümanlara ilişkin olabileceği gibi, belirli bir iş koluna ilişkin bilgilere erişimi yasaklamak yönünde de olabilir⁷⁴².

Alman hukukunda⁷⁴³ bu kavram için kullanılan “Bankgeheimnis” teriminin Türkçe karşılığı banka sırrıdır. Banka sırrı kavramına ilişkin özel bir düzenleme bulunmayıp kavramın ne anlama geldiği yargı kararlarına ve doktrine bırakılmıştır. Meslek sırrı olarak nitelendirilen banka sırrı, yalnızca bankalarla ilgili sırları değil, bütün kredi kurumlarına (Kreditinstitut) ilişkin sırları kapsamaktadır⁷⁴⁴. Alman hukukunda banka sırrına iki farklı anlam yüklenmektedir. Bunlardan ilki sır saklama yükümlülüğü (Geheimhaltungspflicht) olarak nitelendirilen, bir kredi kurumunun, müşterisiyle olan iş bağlantıları nedeniyle

⁷⁴¹ Bu ülkeler Kanada, Birleşik Krallık, Fransa, Avusturya ve Hollanda’dır.

⁷⁴² Gizlilik ve engelleme kanunlarına ilişkin ayrıntılı bilgi için bk. *Green*, Mary Catherine: “The Bank Secrecy Act and The Common Law: In Search of Financial Privacy”, *Ariz. J. Int’l & Comp. L.* 1990, V. 7, s. 264 dn. 13; *Mencken*, Jennifer A.: “Supervising Secrecy: Preventing Abuses Within Bank Secrecy and Financial Privacy Systems”, *B. C. Int’l & Comp. L. Rev.* 1998, V. 21, s. 471, 472; *Jones*, Todd: “Compulsion Over Community: The United States’ Assault on Foreign Bank Secrecy”, *NW. J. Int’l L. Bus.* 1992, V. 12, s. 454, 455.

⁷⁴³ Bu hukuk sisteminde banka sırrı önceleri sır saklama yükümlülüğü olarak nitelendirilmiştir. Alman hukukunda ilk olarak Hamburg Bankası’nın müşterilerine ilişkin bilgileri istemesi üzerine sır saklama yükümlülüğü doğmuş, 1619 yılında yürürlüğe giren banka hukukuna ilişkin düzenlemenin (Ordnung und Articul der Wechsel Banco von Jahre 1619) 6. maddesinde, “banka sırrı” kavramına yer verilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bk. *Sichtermann*, Siegfried/ *Feuerborn*, Sabine: *Das Bankgeheimnis*, Bonn 1987, s. 18; *Petersen*, Jens: *Das Bankgeheimnis Individualschutz und Institutionsschutz*, Tübingen 2005, s. 7, 8.

⁷⁴⁴ *Sichtermann/Feuerborn*, s. 17; *Musielak*, Hans Johachim: “Die Bankauskunft nach dem Recht der Bundesrepublik Deutschland”, *Bankgeheimnis und Bankauskunft in der Bundesrepublik Deutschland in ausländischen Rechtsordnungen, Abteilung B: Rechtswissenschaft*, Bd. 2, Berlin 1986, s. 12; *Herrmann*, Harald: “Bank – Customer Relationship in German Law and Practice”, *German Banking Law and Practice in International Perspective* (ed. Norbert Horn), Berlin 1999, s. 88.

öğrendiği, müşteriye ait hesap ve buna benzer bilgileri, kanunen öngörülmüş bir açıklama yükümlülüğü olmadığı sürece saklı tutma borcudur. İkincisi ise, bankanın herhangi bir hesap ya da müşteriyle bağlantılı bilgiyi vermekten kaçınma hakkıdır⁷⁴⁵ (Auskunftsverweigerungsrecht). Bankanın sahip olduğu bu hak, özellikle hukuk davalarında tanıklıktan kaçınma olarak karşımıza çıkar (Zivilprozeßordnung, Art. 383 I, No. 6, Art. 384 No. 3). Ceza davalarında ise bankanın böyle bir hakkı bulunmamaktadır⁷⁴⁶ (Strafprozeßordnung Art. 53).

Alman hukukunda banka sırrının hukukî temelini, müşterilerin ve kredi kurumlarının genel kişilik hakları (Allgemein Persönlichkeitsrecht) oluşturmaktadır. Buna göre banka sırrının korunmasının temel dayanağını Alman Anayasası'nın (Grundgesetz) insan onurunun dokunulmazlığını (unantastbarkeit der Menschenwürde) düzenleyen 1. maddesi ile kişiliğin özgürce geliştirilmesini (Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit) düzenleyen 2. maddesi oluşturur. Genel kişilik hakkının ilk görünümü, kişinin gizlilik alanıdır (Geheimnisphäre). Kişinin gizlilik alanının korunması ise gerek anayasa, gerek doktrin, gerekse yargı kararlarınca kişinin temel hakkı olarak nitelendirilmektedir⁷⁴⁷. Alman Anayasası'nın meslek özgürlüğüne (Berufsfreiheit) ilişkin 12. maddesi ise bankaları korumaktadır. Buna göre bir banka ancak kamu menfaati bulunduğu sınırları açıklayabilecektir⁷⁴⁸.

Alman hukukunda bankaların müşterileriyle olan ilişkilerine Alman Medeni Kanunu ve Ticaret Kanunu'nun ilgili hükümleri uygulanmaktadır. Bankaların kullandıkları standart

⁷⁴⁵ *Sichtermann/Feuerborn*, s. 18; *Musielak*, s. 13; *Horn*, Norbert: "Germany", *European Banking Law The Banker – Customer Relationship* (ed. Ross Cranston), 2nd Ed., London/ Hong Kong 1999, s. 73.

⁷⁴⁶ *Herrmann*, s. 103; *Horn*, s. 73.

⁷⁴⁷ *Canaris*, Claus-Wilhelm: *Bankvertragsrecht*, 3. Aufl., Berlin/Newyork 1988, s. 23; *Sichtermann/Feuerborn*, s. 20; *Petersen*, s. 18; *Turanboy*, Asuman: *Halka Açık Banka ve Hissedarın Korunması*, Ankara 2002, s. 61.

⁷⁴⁸ *Petersen*, s. 19; *Turanboy*, Banka, s. 62.

sözleşmelere ilişkin⁷⁴⁹ BGB § 305 - 310 önemlidir. Bu düzenlemede yer alan koruma yalnızca gerçek kişi müşterileri değil, aynı zamanda tüm tacirleri de kapsamaktadır

Ortak hukuk sisteminde, banka ile müşteri arasında yapılan her sözleşmede zimni gizlilik kaydı bulunur. Bunun nedeni, bankanın müşteri hesaplarına ilişkin pek çok bilgiye sahip olması ve bunları açıklayabilecek konumda olmasıdır⁷⁵⁰.

Amerikan hukukunda banka sırrına ilişkin önemli bir düzenleme ise Banka Gizliliği Kanunu'dur (Bank Secrecy Act). Söz konusu Kanun'un ilk bölümünde, finansal kurumların, cezaî, vergisel ya da kurumsal araştırmalar sırasında önem taşıyan ya da önemli olabilecek belgeleri korumasını sağlayacak düzenlemeleri yapma yetkisi Hazine Bakanlığı'na verilmiştir⁷⁵¹. Buna göre Kanun ile belirlenen finansal kurumlar, müşterilere ilişkin belli kayıtları altı seneye kadar saklamak zorundadırlar⁷⁵².

Amerikan hukukunda, Banka Gizliliği Kanunu'nun tamamlayıcısı niteliğindeki 1978 tarihli Finansal Gizlilik Kanunu (Financial Privacy Act), müşteriye ait belgelerin, müşterinin onayı alınmaksızın açıklanmasını yasaklamaktadır. 1984 yılında yürürlüğe giren Crime Control Act of 1984 ile Banka Gizliliği Kanunu'nun çeşitli hükümlerinde değişiklikler yapılmıştır. Böylece Hazine Bakanlığı'nın raporların saklanması konusundaki düzenleme yapma yetkisi genişletilmiştir.

⁷⁴⁹ Bankalarda yer alan genel işlem şartları daha önceden 1976 tarihli Genel İşlem Şartları Kanunu (Gesetz über Allgemeine Geschäftsbedingungen; AGB – Gesetz) ile düzenlenmekteydi.

⁷⁵⁰ *Green*, s. 262; *Tournier v. National Provincial and Union Bank of England* (1924 1 K.B. 461 [1923]) davasında bu kurala istisna getirilmiştir. Buna göre bankalar, (1) kanunların zorunlu kıldığı hallerde; (2) kendi menfaatlerinin gerekli kıldığı durumlarda (3) kamuya olan yükümlülükleri nedeniyle; (4) müşterinin açık ya da zimni iradesi bulunması durumlarında müşteri bilgilerini açıklayabileceklerdir.

⁷⁵¹ *Green*, s. 265.

⁷⁵² Banka Gizliliği Kanunu'nun Anayasa'ya uygunluğunun tartışıldığı, *California Bankers Association v. Schutz* (416 U.S. 21[1974]) davasında Yüksek Mahkeme, bankaların menkul kıymetlerle ilgi işlemlerde seyirci olmadığını, tam tersine bu işlemlerin açık bir tarafı olduğunu, bu nedenle Kanun'da düzenlenen gerekli belgeleri saklamakla yükümlü olduklarını belirtmiş, Kanun'un ilgili hükümlerini anayasaya uygun bulmuştur.

Gerek Banka Gizliliği Kanunu gerek Finansal Gizlilik Kanun’da değişiklik yapan Anti – Drug Abuse Act 1986 (Money Laundering Control Act of 1986) yılında yürürlüğe girmiş ve ilk olarak kara paranın aklanması bir suç olarak düzenlenmiştir⁷⁵³.

İngiliz hukukunda doktor – hasta, avukat - müvekkil arasında olduğu gibi banka – müşteri arasında da gizlilik ilişkisi olduğu kabul edilmiştir. Daha önce de ifade ettiğimiz, ortak hukukta bankacılık sırrı kavramına şekil veren *Tournier v. National Provincial and Union Bank of England* davasında, bankaların müşterilerine ilişkin bilgileri hangi esaslar çerçevesinde açıklayabilecekleri belirlenmiştir⁷⁵⁴. Bankers’ Books Evidence Act 1879’a göre bankalar, mahkemelerin bilgi verilmesine ilişkin kararlarına uymak zorundadırlar. Ancak engelleme kanun sistemini benimseyen İngiliz hukukunda bu bilginin yalnızca İngiliz mahkemelerine verilmesi mümkündür⁷⁵⁵. Police and Criminal Evidence Act 1984, The Drug Trafficking Act 1994 ve Money Laundering Regulation 1993 gibi düzenlemeler bankalara hesap açma, hesapların işletilmesi ve karapara aklamayı önleme konusunda önemli yükümlülükler getirmiştir.

İngiliz hukukunda benimsenen “İyi Bankacılık” ilkelerine (“Good Banking” code of practice) göre bankaların eski ve mevcut müşterilerine karşı sıkı bir sır saklama yükümlülükleri bulunmaktadır. Bunun bir sonucu olarak bankalar, müşterilerin hesap bilgilerini, adlarını ve adreslerini açık iradeleri olmadığı sürece, üçüncü kişilere açıklayamazlar⁷⁵⁶.

⁷⁵³ *Fagyal*, Paul: “The Anti – Money Laundering Provisions of The Patriot Act: Should They Be Allowed To Sunset”, St. Louis U. L. J. 2006, V. 50, s. 1370; *Green*, s. 273; *Norton*, Joseph J.: “A United States Comparison”, *European Banking Law The Banker – Customer Relationship* (ed. Ross Cranston), 2nd Ed., London/Hong Kong 1999, s. 184.

⁷⁵⁴ Bk. dn. 734.

⁷⁵⁵ *Blair QC*, William: “England”, *European Banking Law The Banker – Customer Relationship* (ed. Ross Cranston), 2nd Ed., London/Hong Kong 1999, s. 15.

⁷⁵⁶ *Blair QC.*, s. 16.

İsviçre hukukunda banka sırrı kavramının temelini müşteri - banka ilişkisi oluşturmaktadır⁷⁵⁷. Bankalar müşterilerinin gizli bilgilerini korumak yükümlülüğü altındadır. Bu yükümlülüğün temelini İsviçre Medeni Kanun'un (Zivilgesetzbuch) kişisel gizlilik hakkını koruyan 28. maddesi, müşteri ile banka arasındaki sözleşme ilişkisi (OR Art. 41, 49) ve bankacılık sırrını düzenleyen emredici hükümler (Ör. Federal Law Relating to Banks and Savings Banks Art. 47) oluşturur⁷⁵⁸. Bunun yanında, banka sırrının ihlâli durumları cezaî (Strafgesetzbuch Art. 162, 271, 273) ve idarî yaptırımlara da bağlanmıştır⁷⁵⁹.

B - Türk Hukukunda Bankacılık Sırrı ve Bankacılık Sırrının Korunması

Türk hukukunda bankacılık sırrı bugüne kadar meslek sırrının bir alt kolu olarak değerlendirilmiş, kimi yazarlarca bankacılık sırrı ve müşteri sırrı birlikte incelenmiştir. Bankacılık sırrı ele alındığında iki ögeden oluştuğu görülür. Bunlardan ilki bankanın sırları, diğeri ise banka – müşteri arasındaki ilişkiden kaynaklanan müşteri sırlarıdır.

Bu ikili ayrımın önemi sırların hukuka aykırı şekilde kullanılması ve/veya açıklanması durumunda karşımıza çıkar. Zira ikinci halde müşteri ile banka arasında kurulan sözleşme nedeniyle bankanın sır saklama yükümlülüğünün ihlâlî söz konusu olurken, bankaya ait bilgilerin ihlâlî halinde bankanın ticarî sırrının ihlâlî söz konusu olacaktır. Bu unsurlara

⁷⁵⁷ İsviçre hukukunda sırrın korunmasına büyük önem verilmektedir. Bunun temelleri tarihe dayanmaktadır. II. Dünya Savaşı öncesi ve süresince Nazi Almanyası'nın kendi ve İsviçre vatandaşları aleyhine bilgi toplamaya çalışması, sır hukukunun gelişimde önemli rol oynamıştır. Banka sırrını düzenleyen Banka Kanunu'nun yürürlüğe giriş tarihi olan 1934 yılında, bir çok yabancı ülke yahudilerin mallarına el koymaktaydı. Bu dönemde İsviçre'ye gönderilen yabancı ajanlar aracılığıyla yahudilerin ve mualiflerin banka hesap bilgilerine ulaşılmaya çalışılmaktaydı. Tüm bu faktörler İsviçre'de sırrın korunmasına ilişkin hukukî önlemlerin alınmasında etkili olmuştur. Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bk. *Krauskopt*, Lutz: "Comments on Switzerland's Insider Trading, Money Laundering and Banking Secrecy Laws", Int'l Tax & Bus. Law. 1991, V. 9, s. 293; *Mencken*, s. 461 – 463; ayrıca bk. *İzveren*, s. 692, 693.

⁷⁵⁸ *Krauskopt*, s. 296; *Aubert*, Maurice: "The Limits of Swiss Banking Secrecy Under Domestic and International Law", Int'l Tax & Bus. Law 1984, V. 2, s. 273.

⁷⁵⁹ *Krauskopt*, s. 297; *Aubert*, s. 274.

değınmeden önce Türk hukukunda bankacılık sırrına ilişkin düzenlemeleri incelemekte fayda vardır.

Türk hukukunda hiç bir yasal düzenlemede banka sırrının, yeni düzenlemenin ifadesiyle bankacılık sırrının tanımı verilmemiştir.

Türk hukukunda bankacılık sırrına ilişkin en önemli hükümlerden biri 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nda, "sırların saklanması" başlıklı 73. maddenin üçüncü fıkrasında yer almaktadır⁷⁶⁰. Bu hükme göre: "Bankaların ortakları, yönetim kurulu üyeleri, mensupları bunlar adına hareket eden kişiler ile görevlileri, sıfatları dolayısıyla öğrendikleri bankalara ve müşterilerine ait sırları; bu konuda kanunen açıkça yetkili kılınan mercilerden başkasına açıklayamazlar. Bankaların destek hizmeti aldığı kuruluş ve çalışanları hakkında da bu hüküm uygulanır. Bu yükümlölük görevden ayrıldıktan sonra da devam eder."

Bankacılık Kanunu m. 73/III'de banka ve müşteri sırrı olmak üzere ikili bir ayırım yapılmıştır. Hükümde banka sırrı ve müşteri sırrı, bankacılık sırrı kavramı içinde değerlendirilmiştir⁷⁶¹.

⁷⁶⁰ Bankacılık Kanunu m. 73: "Kurul başkan ve üyeleri ile Kurum personeli, Fon Kurulu başkan ve üyeleri ile Fon personeli görevleri sırasında öğrendikleri bankalara ve bunların bağı ortaklık, iştirak, birlikte kontrol edilen ortaklıkları ve müşterilerine ait sırları bu Kanuna ve özel kanunlarına göre yetkili olanlardan başkasına açıklayamaz ve kendilerinin veya başkalarının yararına kullanamazlar. Kurumun dışarıdan destek hizmeti aldığı kişi ve kuruluşlar ile bunların çalışanları da bu hükme tabidir. Bu yükümlölük görevden ayrıldıktan sonra da devam eder.

Bu kanun hükümleri uyarınca Kurumun, yurt dışında muadili denetim mercileri ile düzenleyeceği mutabakat zabıtları veya zabıtlar dışında elde edeceği sırların korunmasını sağlamakla görevlidir. Kurumun elde edeceği sır niteliğindeki bilgi ve belgeler, kuruluş faaliyet izni verilmesinde, faaliyetlerin denetiminde, düzenlemelere uyulup uyulmadığının izlenmesinde ve Kurul karşı açılacak idarî davaların görülmesinde kullanılabilir. Kurum bu fıkra kapsamında elde edeceği sır niteliğindeki bilgi ve belgeler hiçbir kişi, kurum ve kuruluşa verilemez. Mahkeme kararlarına bağlanmış sır kapsamına giren bilgilerin verilmesinden Kurum sorumlu tutulamaz.

(.....)

Kredi kuruluşları ve finansal kuruluşların destek hizmeti kuruluşları ile aralarında akdedecekleri yazılı sözleşmeler çerçevesinde bu kuruluşların risk durumlarının izlenmesi, değerlendirilmesi, kontrolü ve müşteri hizmetlerinin yerine getirilmesi nedeniyle yapılacak bilgi ve belge alışverişi ile hizmet temini ve ayrıca kredi kuruluşları ve finansal kuruluşların kendi aralarında doğrudan doğruya veya en az beş banka tarafından kurulacak şirketler vasıtasıyla yapacakları her türlü bilgi ve belge alışverişi bu hükmün dışındadır."

⁷⁶¹ Kaplan, Banka Gizliliği, s. 4; Kaplan, Banka Sözleşmeleri, s. 52; Turanboy, Banka, s. 67.

Müşteri sırrı, bankaların müşterileri ile yapılan ya da yapılacak olan çeşitli işlemler sonucunda öğrendikleri müşteriye ait bilgilerin tümünü içerir⁷⁶². Müşterinin malvarlığı durumu, kâr zarar hesapları, yatırım faaliyetleri müşteri sırrına örnek teşkil eder.

Banka sırrı ise, müşteri sırrı dışında kalan, bankanın işletmesiyle ilgili, malî, iktisadî ve kredi durumuna ilişkin bilgilerin tümü olarak nitelendirilebilir⁷⁶³.

Bankacılık Kanunu m. 73/III' de bankacılık sırrını saklamakla yükümlü olan kimseler gösterilmiş, müşteri ve bankaya ilişkin sırların saklanmaması durumunda bu kişilerin sorumluluğuna gidileceği ifade edilmiştir. Bu kişiler; ortaklar, yönetim kurulu üyeleri, banka mensupları, bunlar adına hareket eden kişiler ve görevlileri ile bankaların destek hizmeti aldığı kuruluş ve çalışanlarıdır.

- *Ortaklar*: m. 73/III'e göre bankanın ortakları, bankaya ve müşterilere ilişkin sırları saklamakla yükümlüdürler. Bir anonim şirket olan bankanın ortağına böyle bir yükümlülük getirilmesi, anonim şirket ortağına ilişkin tek borç ilkesine aykırı düşmektedir⁷⁶⁴.

- *Yönetim kurulu üyeleri*: Yönetim kurulu üyeleri ile anonim şirket şeklinde kurulan bankalar arasında bulunan sözleşme ilişkisi nedeniyle yönetim kurulu üyelerinin, bankacılık sırlarını açıklamalarının sadakat yükümlülüğüne aykırı bir durum teşkil edeceğini daha önce belirtmiştik⁷⁶⁵. 5411 sayılı Bankacılık Kanunu m. 73/III ise buna ek

⁷⁶² *Kaplan*, Banka Gizliliği, s. 4; *Donay*, s. 221; *Turanboy*, (Banka), s. 67; *Reisoğlu*, Seza: Bankalar Kanunu Şerhi ve Bankacılık Uygulamasında Diğer Kavramlar, Ankara 2002, s. 1148; Ticarî Sır, Banka Sırrı Müşteri sırrı Hakkında Kanun Tasarısı m. 2/c'de müşteri sırrı: "Ticarî işletme ve şirketlerin, bankaların, sigorta şirketlerinin, sermaye piyasasında ve malî piyasalarda faaliyet gösteren aracı kurumların, kendi faaliyet alanlarıyla ilgili olarak müşteriyle ilişkilerinde, müşterinin şahsî, iktisadî, malî, nakit ve kredi durumuna ilişkin doğrudan veya dolayısıyla edindikleri tüm bilgi ve belgeleri ifade eder" şeklinde tanımlanmıştır

⁷⁶³ *Kaplan*, Banka Gizliliği, s. 4; *Kaplan*, Banka Sözleşmeleri, s. 52; *Turanboy*, Banka, s. 67; *Reisoğlu*, Şerh, s. 1151 ; Ticarî Sır, Banka Sırrı Müşteri sırrı Hakkında Kanun Tasarısı m. 2/c'de banka sırrı: "Bankanın yönetim denetim organlarının üyeleri, mensupları ve diğer görevlileri tarafından bilinen malî, iktisadî , kredi ve nakit durumu ile ilgili bilgilerle bankanın müşteri potansiyeli, kredi verme, mevduat toplama, yönetim esasları, diğer bankacılık hizmet ve faaliyetleri, risk pozisyonlarına ilişkin her türlü bilgi ve belgeleri ifade eder" şeklinde tanımlanmıştır.

⁷⁶⁴ Bu konuya ilişkin bk. 3. Bölüm §1/III/A/2.

⁷⁶⁵ Bu konuya ilişkin bk. 3. Bölüm §1/III/B/1.

olarak yönetim kurulu üyelerine banka müşterileri karşısında sır saklama yükümlülüğü yüklemektedir.

- *Banka mensupları, bunlar adına hareket eden kişiler ile görevlileri:* Banka mensupları, bunlar adına hareket eden kişiler (örneğin banka müdürü veya bu müdürün sekreteri görevleri sırasında gerek bankanın gerek müşterilerin gizli bilgilerine ulaşabilirler) ve görevlilerinin de Bankacılık Kanunu m. 73 ile banka ve müşteri sırlarını açıklayamayacakları hükme bağlanmıştır.

- *Destek hizmeti alınan kuruluş ve çalışanları:* Gelişen teknoloji, banka hizmetlerinde, kamera ile görüntüleme, telefonla yapılan bankacılık işlemlerinin ses kayıt cihazları ile dinlenmesi gibi destek hizmetlerinin alınmasına neden olmaktadır. Böyle bir durumda, destek hizmeti alınan kuruluş ve bunun çalışanları da müşterilerin ve bankanın sırlarını öğrenebilmektedirler. Destek hizmeti veren kuruluş ve çalışanlarının aşağıda açıklanacağı üzere kanundan doğan bir sır saklama borcu bulunmaktadır.

5411 sayılı Bankacılık Kanunu m. 73/III'ün emredici ve yasaklayıcı nitelikte bir davranış normu olduğu kuşkusuzdur. Bu norm, tezimizde bir mutlak hak konusu olarak tanımladığımız, müşteri sırları üzerindeki hakkın korunması için getirilmiş bir hükümdür. Dolayısıyla hakkın, bu hükümde sayılan kişiler tarafından ihlâl edilmesi halinde, emredici ve yasaklayıcı bir davranış normuna aykırı hareket sonucunda mutlak bir hakka tecavüz edileceği için, böyle bir davranışın haksız fiil oluşturduğu şüphesizdir. Ancak m. 73/III'de sayılan kişilere getirilen yasakla, bu kişilerin müşteriler karşısında kanundan doğan bir borcu olduğunu söyleyebilmekte kanaatimizce mümkündür. Bu kişilerin m. 73/III'de sayılan sıfatlarının doğmasına yol açan hukukî ilişki banka ile aralarında kurulduğu andan itibaren söz konusu kişiler, m. 73/III gereğince müşteriler karşısında sır saklama yükümlülüğü altına girmiş olmaktadırlar. Bankacılık Kanunu m. 73/III bu özelliğiyle,

banka ile söz konusu kişiler arasında kurulan hukukî ilişkilere, hukukî niteliği (vekâlet, hizmet, istisna sözleşmeleri vb.) niteliği ne olursa, bu ilişkiye adeta üçüncü kişiyi koruyucu etkili bir sözleşme özelliği vermiş olmaktadır. Dolayısıyla kanundan doğan bu borca söz konusu kişilerin aykırı hareket etmeleri halinde bu ihlâl borca aykırılık hükümlerinin uygulanabilmesi de mümkün olabilmelidir.

Bankacılık Kanunu m. 73/I, Kurul başkan ve üyeleri, Kurum personeli, Fon Kurulu başkan ve üyeleri ile fon personeli görevlerine sır saklama yükümlülüğü getirmekte, söz konusu kişilerin görevleri sırasında öğrendikleri, bankalara ve bunların bağlı ortaklık, iştirak, birlikte kontrol edilen ortaklıkları ve müşterilerine ait sırları, Bankacılık Kanunu ve özel kanunlara göre yetkili olanlardan başkasına açıklayamayacaklarını belirtmektedir. Önceki Bankalar Kanunu'nda yer almayan bir hüküm m. 73/I ile düzenlenmiş, bu kişilerin, görevleri nedeniyle öğrendikleri sırları kendilerinin veya başkalarının yararına kullanamayacakları ifadesi eklenmiştir. Sır saklama yükümlülüğü, görevleri sona erdikten sonra da devam edecektir.

Bankacılık Kanunu m. 159'da, m. 79 hükmüne aykırı davranışın cezaî yaptırımını düzenlenmiştir. Buna göre: “Bu Kanunun 73 üncü maddesinin birinci ve üçüncü fıkralarında belirtilen yükümlülüğe uymayanlar için bir yıldan üç yıla kadar hapis ve bin günden ikibin güne kadar adlî para cezası hükmolunur. Banka ve müşterilere ait sırları açıklayan üçüncü kişiler hakkında da aynı cezalar uygulanır.

Yukarıdaki fıkrada belirtilen kimseler sırları kendileri ya da başkaları için yarar sağlamak amacıyla açıklamış olursa verilecek cezalar altıda bir oranında artırılır. Ayrıca, fiilin önemine göre sorumluların bu Kanun kapsamına giren kuruluşlarda görev yapmaları, iki yıldan aşağı olmamak üzere geçici veya sürekli olarak yasaklanır.”

TCK m. 239’da yer alan “sıfat veya görevi, meslek veya sanatı gereği vakıf olduğu ticarî sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgeleri yetkisiz kişilere veren veya ifşa eden kişi, şikâyet üzerine, bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adlî para cezası ile cezalandırılır. Bu bilgi veya belgelerin, hukuka aykırı yolla elde eden kişiler tarafından yetkisiz kişilere verilmesi veya ifşa edilmesi halinde de bu fıkra göre cezaya hükmolunur” şeklindeki düzenlemeyle bankacılık sırrının açıklanması cezaî yaptırıma bağlanmıştır.

5411 sayılı Kanun’un yürürlüğe girmesi ile TCK ve Bankacılık Kanunu hükümleri uyumlu hale gelmiştir. Bu hükümlerin uygulanabilmesi için sırların mesleğin yerine getirilmesi sırasında elde edilmesi gerekmektedir⁷⁶⁶.

II. SİGORTA VE REASÜRANS ŞİRKETLERİ AÇISINDAN TİCARÎ SIR KAVRAMI VE KORUNMASI

A - Sigorta ve Reasürans Şirketlerinde Ticarî Sır

Sigorta şirketlerine ilişkin hükümler TTK m. 1263 – 1459’ da düzenlenmiştir. TTK m. 1263’e göre sigorta sözleşmesinin tanımı şöyledir: “Sigorta bir akittir ki bununla sigortacı bir prim karşılığında diğer bir kimsenin para ile ölçülebilir bir menfaatini halele uğratan bir tehlikenin (bir rizikonun) meydana gelmesi halinde tazminat vermeyi yahut bir veya birkaç kimsenin hayat müddetleri sebebiyle veya hayatlarında meydana gelen belli birtakım hâdiseler dolayısıyla bir para ödemeyi veya sair edalarda bulunmayı üzerine alır⁷⁶⁷.”

⁷⁶⁶ Donay, s. 226.

⁷⁶⁷ Ticaret Kanunu Tasarısı m. 1401/I’de sigorta sözleşmesinin tanımı şöyle verilmektedir: “Sigorta sözleşmesi, sigortacının bir prim karşılığında, kişinin para ile ölçülebilir bir menfaatini zarara uğratan tehlikenin, rizikonun, meydana gelmesi hâlinde bunu tazmin etmeyi ya da bir veya birkaç kişinin hayat süreleri sebebiyle ya da hayatlarında gerçekleşen bazı olaylar dolayısıyla bir para ödemeyi veya diğer edimlerde bulunmayı yükümlendiği sözleşmedir.”

Bunun yanında sigortacılığın gelişiminin sağlanması ve güvenli ve istikrarlı bir ortamda etkin bir şekilde çalışmalarını sürdürebilmesi amacıyla 5684 Sayılı Sigortacılık Kanunu⁷⁶⁸ (SK) yürürlüğe girmiştir. SK m. 3/I’de sigorta ve reasürans şirketlerinin anonim şirket veya kooperatif şeklinde kurulmuş olması şartı aranmıştır. Kooperatif şeklinde kurulacak sigorta ve reasürans şirketlerinin, üyeleri dışındakilerle sigorta sözleşmesi yapmayacakları ve mütuel (karşılıklı) sigortacılık yapmaları gerektiği hükme bağlanmıştır (SK m. 3/III, 3/III – a).

Anonim şirket şeklinde kurulan sigorta ve reasürans şirketlerinin sahip olduğu ticarî sırların, daha önce belirlediğimiz anonim şirketin ticarî sırlarının korunmasına ilişkin esaslara tabi olacağı açıktır. Ancak, sigorta ve reasürans şirketlerinin denetimi özellik göstermektedir. Güvene dayalı bir sistem olan sigortacılıkta, sigorta ettirenin devlet eliyle korunması⁷⁶⁹ ülkemizde ve diğer devletlerde uzun zamandır uygulanan bir sistemdir⁷⁷⁰.

Öncelikle SK m. 18/I’e göre sigorta ve reasürans şirketlerinin hesapları ve malî tabloları, Müsteşarlıkça (Hazine Müsteşarlığı) belirlenen esaslara uygun olarak düzenlenip, ilan edilmek zorundadır. Bunun yanında, sigorta ve reasürans şirketlerine, bilanço, kâr ve zarar cetvelleri ile Müsteşarlıkça uygun görülecek diğer malî tabloların bağımsız denetim kuruluşlarınca denetlenmesi ve ilan edilmesi zorunluluğu getirilmiştir (SK m. 18/II). Ayrıca Müsteşarlığa, her türlü bilgi, cetvel, rapor, hesap özetleri ve malî tablolar isteme ve bu raporları gerektiğinde ilan etme yetkisi tanınmıştır (SK m. 18/III, IV).

Kanunun “denetim” başlıklı 28. maddesinin birinci fıkrasıyla her türlü sigortacılık işleminin denetimi Sigorta Denetleme Kurulu’na verilmiştir. Sigorta ve reasürans şirketlerinin faaliyetleri, varlıkları, iştirakleri, alacakları, özkaynakları ve borçları ile kâr

⁷⁶⁸ RG, 14.06.2007, S: 26552.

⁷⁶⁹ Kender, Rageyân: Türkiye’de Hususi Sigorta Hukuku, B. 7, İstanbul 2001, s. 33.

⁷⁷⁰ Sigortacılık Kanunu ile yürürlükten kalkan 7397 sayılı Sigorta Murakabe Kanunu’nda da benzer bir sistem belirlenmişti.

zarar hesapları arasındaki ilgi ve dengelerin ve malî bünyelerini ve idarî yapılarını etkileyen diğer tüm unsurların, tahsil edilen primler ve birikimlerin değerlendirilmesi ve korunması ile aktüeryal ve finansal hesap ve dengelerin incelenmesi, tespit ve denetiminin sigorta denetleme uzmanları, sigorta denetleme aktüerleri⁷⁷¹ ile bunların yardımcıları tarafından yapılacağı belirtilmiştir (m. 28/III). Böylece sigorta şirketinin ticarî sırlarını içeren bilgilerin tümünü, hükümde belirlenen kişilerin inceleme ve denetleme imkanı bulunmaktadır. Ayrıca bu kişiler gerekli görecekları bilgileri istemeye ve tüm defter kayıt ve belgelerini incelemeye yetkilidir (m. 28/IV). Görüldüğü üzere, sigorta denetleme uzmanlarına, denetleme aktüerlerine ve bunların çalışanlarına, sigorta ve reasürans şirketlerinin ticarî sırlarını korumak adına büyük bir sır saklama yükümlülüğü düşmektedir.

Ayrıca SK m. 29'da düzenlenen bilgi verme yükümlülüğü ile SK'ye tâbi kişiler ile sigortacılıkla ilgili her tür meslekî faaliyet icra edenler, sigorta şirketleri ile reasürans şirketlerinin iştirakleri, bankalar ve diğer kişiler, özel kanunlardaki yasaklayıcı hükümler dikkate alınmaksızın Müsteşarlıkça istenen bilgi ve belgeleri vermekle yükümlü tutulmuştur. Buradan hareketle, sigorta ve reasürans şirketleri açısından ticarî sır kavramı oldukça dar değerlendirilmelidir. Zira izlenen aleniyet prensibi ile ticarî sır alanı oldukça daralmaktadır. Aşağıda inceleneceği üzere, sır saklama yükümlülüğünün gereği gibi yerine getirilmemesi durumunda, sigorta ve reasürans şirketlerinin ticarî sırlarının açıklanması ve bu sırlara erişimi olan kişilerce kullanılması oldukça kolay görünmektedir.

⁷⁷¹ SK'nın "tanımlar" başlıklı 2/I-a. maddesinde aktüer "Sigortacılık tekniği ile buna ilişkin yatırım, finansman ve demografi konularında olasılık ve istatistik teorilerini uygulayarak, yasal düzenlemelere uygun prim, karşılık ve kâr paylarını hesaplayan, tarife ve teknik esasları hazırlayan kişi" olarak tanımlanmaktadır.

B - Sır Saklama Yükümlüleri

1. Genel Olarak

Sigorta ve reasürans şirketleri açısından sır saklama yükümlüleri iki başlık altında incelenebilir. Bunlardan ilki sigorta ve reasürans şirketlerinin ticarî sırlarına erişimi olup, bu sırları saklamakla yükümlü olanlardır; ikincisi ise sigorta sözleşmelerinin imzalanmalarından önce ve sonra ve sigorta sözleşmesi sırasında kendileriyle ilgili gizli bilgileri veren sigorta ettirenlere karşı sır saklama yükümlülüğü olanlardır. Biz bu kısımda, konumuzun sınırları nedeniyle, yalnızca sigorta ve reasürans şirketlerine ait ticarî sırları saklama yükümlülüğü olanlara değinmekle yetineceğiz.

2. Sigorta Acentesi

SK m. 2/I – I’de sigorta acentesi “ticarî mümessil, ticarî vekil, satış memuru veya müstahdem gibi tabî bir sıfatı olmaksızın bir sözleşmeye dayanarak muayyen bir yer veya bölge içinde daimî bir surette sigorta şirketlerinin nam ve hesabına sigorta sözleşmelerine aracılık etmeyi veya bunları sigorta şirketleri adına yapmayı meslek edinen, sözleşmenin akdinden önce hazırlık çalışmalarını yürüten ve sözleşmenin uygulanması ile tazminatın ödenmesinde yardımcı olan kişi” olarak tanımlanmıştır. TTK m. 116/I’de yer alan acenteye ilişkin hükümle paralellik gösteren bu maddenin tek farkı, acentenin “sigortacılığa ilişkin aracılık faaliyetini göstereceğinin” ifade edilmiş olmasıdır⁷⁷².

Bağımsız bir tacir yardımcısı olan acente, TTK m. 112’ye göre bir ticarethane⁷⁷³ niteliğindedir ve bir tacirdir. Bu nedenle tacirden beklenen, basiretli bir iş adamı gibi davranma (TTK m. 20/II) sigorta acenteleri açısından da geçerli olacaktır. Bilindiği gibi bu

⁷⁷² Kender, s. 93.

⁷⁷³ Kender, s. 94.

yüküm tacire objektif özen ölçüsü getirmekte ve tacirin, kendi iş kolunda çalışan öngörülü tacirlerden beklenen özeni göstermesi gerekmektedir.

Sigorta acentelerinin sır saklama yükümlülüğünün hukukî dayanağını SK. m. 23/XVII oluşturmaktadır. Bu hükme göre: “Sigorta acenteleri ile bunların yanlarında çalışanlar, işleri dolayısıyla öğrendikleri bilgi ve sırları ilgililerin izni olmaksızın açıklayamaz. Ancak suç teşkil eden hallerin yetkili mercilere duyurulması zorunludur.”

Bu hükmün hukukî temelini, sigorta şirketi ile sigorta acenteleri arasındaki sözleşme ilişkisi oluşturmaktadır. Acente ile müvekkili arasındaki hukukî ilişkinin niteliği doktrinde tartışmalıdır. Hakim olan görüş hizmet ve vekâlet sözleşmelerinden farklı olarak, bu sözleşmenin sui generis bir iş görme sözleşmesi olduğu yönündedir⁷⁷⁴. Bu iş görme sözleşmesinin sonucu olarak taraflar arasında bir güven ilişkisi söz konusudur⁷⁷⁵. İşte bu güven ilişkisi nedeniyle sigorta acenteleri, sigorta şirketlerine ilişkin öğrendikleri ticarî sırları, şirketin izni olmaksızın açıklayamaz veya kullanamazlar. Her ne kadar, madde metninde sadece “açıklayamaz” ifadesi kullanılsa da, aradaki sözleşme ilişkisinin niteliği nedeniyle hükmün geniş yorumlanması gerektiği ve acentenin ticarî sırları açıklayamayacağı gibi, kendi menfaatine kullanamayacağını söylenebilir. Zira, adli cezaları düzenleyen SK m. 35/VIII hükmü de “açıklamayı veya kendi menfaatine kullanmayı” hükmün uygulanması açısından bir şart olarak aramaktadır.

Sigorta acentelerinin sır saklama yükümlülüğüne ilişkin cezaî yaptırım 35/VIII’de düzenlenmiştir. Bu hükme göre: “ Bu kanunun uygulamasının denetiminde görev alanlar ile sigorta hakemleri ve raportörleri sıfat veya görevleri dolayısıyla öğrendikleri, bu kanun kapsamında faaliyet gösteren kişi ve kuruluşlar ile bunların iştirakleri, kuruluşları ve sigorta sözleşmesi ile ilgili kişilere ait sırları, görevlerinden ayrılmalarından sonra dahi, bu

⁷⁷⁴ Bu konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bk. *Tandoğan*, C. II, s. 385; *Kayıhan*, Şaban: Türk Hukukunda Acentelik Sözleşmesi, B. 2, Ankara 2003, s. 90.

⁷⁷⁵ Krş. *Kayıhan*, s. 107.

Kanuna ve özel kanunlarına göre yetkili olanlardan başkasına açıklamaları veya kendi yararlarına kullanmaları halinde iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası ve üçyüz günden az olmamak üzere adli para cezası ile cezalandırılırlar.”

3. Diğer Kişiler

Sigorta şirketleri, denetime tabi olmaları ve aleniyet prensibi nedeniyle kendilerine ilişkin pek çok bilgiyi açıklamak zorundadırlar. SK’da düzenlenen sır saklama yükümlülükleri arasında Türkiye Sigorta ve Reasürans Şirketleri Birliği’nin yönetim ve denetiminde yer alanlar ile birlik çalışanları yer almaktadır (m. 25/X). Zira Birliğin görevlerinden biri de, sigortalarla ilgi bilgilerin tutulmasını sağlamak ve bu amaçla bilgi merkezi oluşturmaktır (SK m. 24/VII – ğ).

Sigorta ve reasürans şirketlerinin denetiminde yer alan sigorta denetleme uzmanları, sigorta denetleme aktüerleri ile bunların yardımcıları da sigorta ve reasürans şirketlerinin ticarî sırlarına vakıf olmaktadır. Bu kişilerin sır saklama yükümlülüklerinin istisnasını SK. m. 28 /V oluşturmaktadır. Hükme göre, söz konusu kişiler, kamu kurum ve kuruluşlarınca, devletin güvenliği ve temel dış yararlarına karşı ağır sonuçlar doğuracak haller ile aile hayatının gizliliği ve savunma hakkına ilişkin hükümler saklı kalmak kaydıyla özel kanunlardaki yasaklayıcı ve sınırlayıcı hükümler dikkate alınmaksızın gizli dahi olsa görevleriyle ilgili her türlü bilgi ve belgeleri vermeye mecburdurlar.

Sigorta sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların çözümü amacıyla kurulan Sigorta Tahkim Komisyonu’nda görev alanlar, hakemler ve raportörlerin, sigorta ve reasürans şirketlerine ilişkin pek çok ticarî sırrı öğrenmesi kaçınılmazdır. Bu nedenle kanun koyucu 30/XIX’da bu kişilerin sır saklama yükümlülüğünü düzenlemiştir.

Sigorta aracılardan olan brokerler, genellikle sigorta ettirenin tarafında yer alırlar⁷⁷⁶. Sigorta brokerleri, sigorta şirketlerinin ticarî sırlarını öğrenme ihtimali oldukça azdır. Ancak, sigorta şirketlerinin ticarî sırlarını her hangi bir şekilde öğrenen brokerlerin de sır saklama yükümlülüğü bulunduğunu belirtmekte fayda vardır. Ayrıca SK. m. 21/V’de “sigorta brokerleri ve bunların yanında çalışanlar, işleri dolayısıyla öğrendikleri bilgi ve sırları öğrendikleri ilgililerin izni olmaksızın açıklayamaz” hükmü yer almaktadır.

Sır saklama yükümlülüğünün ihlâlüne ilişkin cezaî yaptırım ise SK. m 35/VIII’de düzenlenmiştir .

⁷⁷⁶ Kender, s. 92

SONUÇ

Ticarî sır, sahibine ekonomik menfaat ve buna bağı olarak rakiplerine karşı üstünlük sağlaması açısından diğ er sır türlerinden ayrılmaktadır. Doktrinde ve çeşitli yargı kararlarında ticarî sırrın tanımı yapılmış olmakla birlikte, mevzuatımızda kavrama ilişkin her hangi bir tanım bulunmamaktadır. Bu konuya ilişkin ilk girişim, “Ticarî Sır, Banka Sırrı ve Müşteri Sırrı Hakkında Kanun Tasarısı” nda yer almış olup, Tasarı’da ticarî sırra ilişkin verilen tanım, Sermaye Piyasası Hukuku kapsamında yer alan kamuyu aydınlatma ilkesi bakımından isabetsizdir. Zira tanım, özellikle şirketlerin ekonomik ve malî durumlarıyla ilgili her türlü bilgiyi ticarî sır kapsamına sokmuş, böylece kamuyu aydınlatma ilkesinin kapsamını daraltmıştır. Buradan hareketle, ticarî sırra ilişkin yapılacak tanımın genel nitelik taşıması, ticarî sır sayılabilecek unsurların sınırlı sayıda olmamak üzere belirlenmesi ve ticarî sır olarak nitelendirilecek bilginin özellikle somut olayın niteliğine göre tespit edilmesi önem taşımaktadır.

Ticarî sırrın alanı bugün itibariyle ticarî, malî ve ekonomik piyasaları kapsar şekilde genişlemiştir. Dolayısıyla ticarî sır tüm ticarî işletmelerin, şirketlerin ve sermaye piyasasında faaliyet gösteren kurumların sırlarını da kapsar hale gelmiştir. Bu nedenle meslek sırrı, ticarî sır ve şirket sırrı olarak yapılan üçlü ayrım yerine, meslek sırrı ve ticarî sır ayrımı yapılmalı; ticarî işletme, şirket ve sermaye piyasasında faaliyet gösteren kurumların sırları ticarî sır kapsamında değerlendirilmelidir.

Ticarî sır üzerindeki menfaatin hukukî niteliğine ilişkin bugüne kadar doktrinde pek çok görüş ileri sürülmüştür. Bunlar arasında ticarî sır üzerindeki menfaatin, kişilik hakkı içinde yer aldığı, mülkiyet hakkı sağladığı, fikrî mülkiyet hakları içinde değerlendirilmesi gerektiğine ilişkin görüşler yer almaktadır. Ancak, bu görüşlerin hiç biri ticarî sırrın hukukî

niteliğini belirlemede yeterli olmamıştır. Bu nedenle, genel himaye normlarına göre korunan ve gizli kaldığı sürece sahibine münhasır bir kullanma yetkisi sağlayan ticarî sırrın “eksik münhasır bir hak” olduğu kabul edilmelidir.

Ticarî sırrın korunmasında ilişkin genel hükümler, TTK haksız rekabet hükümleri ön plana taşınmaktadır. İlk bakışta haksız rekabetin aslında bir haksız fiil olması, ticarî sır ihlâline haksız fiil hükümlerinin de uygulanabileceği, bu nedenle haksız rekabet ve haksız fiilden doğan taleplerin yarışabileceği sonucunu ortaya çıkarabilir. Bununla beraber, TTK m. 58’de davacı lehine düzenlenen ispat yükü ve haksız rekabete ilişkin hükümlerin, haksız fiile oranla özel nitelikte olması, ticarî sır ihlallerinde haksız rekabet hükümlerine başvurulmasını gerektirmektedir. Ayrıca, İsviçre Haksız Rekabet Kanunu’nda yapılan değişiklikte haksız elde edilen kazancın gerçek olmayan vekâletsiz iş görme hükümlerine göre de istenebileceği hükme bağlanmıştır. Bu durumun ticarî sır sahibinin menfaatini daha etkin bir şekilde koruyacağı açıktır.

Ticarî sırrın MK kişilik hakkı hükümleri, TTK haksız rekabet hükümleri ve İş Kanunu’nda yer alan hükümlere göre doğrudan kanuna dayalı korunmasının yanı sıra, sözleşme ilişkisi öncesinde, bu ilişki sırasında ve sözleşme ilişkisi sonrasında korunması da mümkündür. Taraflar arasında imzalanacak gizlilik sözleşmeleri ticarî sır korumasını daha da etkili hale getirecektir. Özellikle ticarî sır ihlallerinde TTK’nın haksız rekabete ilişkin hükümleri ile BK’nın borca aykırılık hükümleri karşılaştırıldığında, BK hükümlerinin kusur karinesi ve on senelik zamanaşımı süresi açısından ticarî sır sahibini daha etkili bir şekilde koruyacağı açıktır.

Mevzuatımızda ve yabancı hukuk sistemlerinde ticarî sırrın ihlâline ilişkin hükümlerde bir terim birliği olmadığı gözlemlenmektedir. Örneğin, TTK m. 57/b. 7’de “ifşa ettirmek veya ele geçirmek”, 58/b.8’de “haksız yere faydalanmak veya onları başkalarına yaymak”,

Türk Ticaret Kanunu Tasarı m. 55/I/b/3 ve 55/I/c’ de “ifşa etmek ve ele geçirmeye yöneltmek, yararlanmak, değerlendirmek”, Ticarî Sır, Banka Sırrı, Müşteri Sırrı Hakkında Kanunun Tasarısı m. 6’da “açıklamak, vermek, menfaat sağlamak ya da zarar vermek amacıyla kullanmak”, Bankacılık Kanunu m. 73/I’de “açıklamak veya kullanmak”, 73/III’de ise “açıklamak” ticarî sırrın ihlâli için kullanılan ifadelerdir. Esas olarak ticarî sır ihlâlinin, ticarî sırrın hukuka aykırı olarak “açıklanması”, “kullanılması” ve “ele geçirilmesi” durumlarında ortaya çıktığı söylenebilir. Ancak bu üç durum birbirinin alternatifidir. Başka bir ifade ile açıklama, kullanma ya da ele geçirme fiillerinden yalnızca birinin gerçekleşmiş olmasının, ticarî sır ihlâli için yeterli olacağı ifade edilebilir.

Anonim şirkette, pay sahibinin bilgi alma hakkına ilişkin sınırı, anonim şirketin ticarî sırrı çizmektedir. TTK m. 362 pay sahibinin pasif, m. 363 ise aktif bilgi alma hakkını düzenlemektedir. Aktif bilgi alma hakkı açısından, pay sahibinin soru sorma ve inceleme hakkı, kendisine yatırımlarını iyi değerlendirme ve şirketin faaliyetleri konusunda detaylı bilgiye sahip olma şansı verir. Ancak şirketin ticarî sırrını oluşturan bilgilerin tespit edilememesi pay sahibinin bilgi alma hakkı önündeki en büyük engeldir. Zira bazı bilgi alma taleplerinin, yönetim kurulu tarafından, öğrenilmek istenen bilginin ticarî sır oluşturduğu gerekçesiyle reddedilmesi mümkündür. Söz konusu ret kimi zaman ticarî sır teşkil eden bilgiler için yapılırken, kimi zaman ise gerçekte ticarî sır olmayan bilginin dürüstlük kuralına aykırı şekilde gizlenmesine neden olmaktadır. Pay sahibinin bilgi alma hakkı ile şirketin ticarî sırrı arasındaki dengenin iyi kurulması, hakların korunması açısından önem taşımaktadır. TTK Tasarısı ile bir anlamda pay sahibinin aktif bilgi alma hakkından pasif bilgi alma hakkına geçiş söz konusudur. Tasarı ile her sermaye şirketine getirilen web sitesi açma zorunluluğu ile pay sahibinin aydınlatılması gereken konular, bu web sitesinde yer alacaktır. Böylece pay sahibi, genel kurulda soracağı pek çok sorunun

cevabını önceden söz konusu web sitesinden elde edebilecek, genel kurulda sorulabilecek gereksiz soruların önüne geçilebilecektir. Bunun yanında web sitesinde yer alacak bilgilerin sınırlı sayıda olmaması, web sitesine koyulan bilgilerin dışında kalanların şartları varsa ticarî sır olduğunun tespitinde önem taşıyabilir. Bunun yanında Tasarı ile getirilen bilgi edinme isteminin reddine ilişkin mahkemeye başvurma hakkı, hakime anonim şirketin ticarî sırlarının neler olduğunun tespitinde geniş takdir yetkisi vermektedir. Tasarı ile getirilen bu hüküm anonim şirketin ticarî sırrı ile pay sahibinin bilgi alma hakkı arasındaki dengenin korunması açısından atılmış önemli bir adımdır.

Kamuyu aydınlatma ilkesinin sınırını HAAO'nun ticarî sırrı çizecektir. Kamuyu aydınlatma ilkesinin sağladığı şeffaflık çerçevesinde HAAO'nun ticarî sır alanı oldukça daralmaktadır. Örneğin, “Özel Durumların Kamuya Açıklanmasına İlişkin Esaslar Tebliği” ile kamuya açıklanması gereken özel durumlar sınırlı sayıda olmaksızın belirlenmiştir. Bunlar arasında ortaklığın faaliyetlerini önemli ölçüde etkileyebilecek yeni bir ürünün üretilmesi ya da yeni bir teknoloji kullanılmasına ilişkin karar alınması, ortaklığın faaliyetlerini önemli ölçüde etkileyebilecek paya sahip bir müşteri ve/veya tedarikçi ile yeni bir iş görüşmesine başlanması, muhasebe politikalarında değişiklik yapılması gibi bilgilerin kamuya açıklanması mecburiyeti getirilmiştir. Bu bilgiler HAAO'ya rakipleri karşısında üstünlük sağlayan ve açıklandıklarında HAAO'nun ekonomik menfaatleriyle çelişebilecek ticarî sır niteliği taşıyabilir. Dolayısıyla, özel durum olarak nitelendirilen bu bilgilerin ticarî sır niteliğinde olması HAAO'nun zarar görmesine neden olabilir. Zira kamuya açıklanacak gizli bilgi sadece küçük yatırımcıyı korumakla kalmamakta, rakiplerin ilgili ortaklık hakkında bilgi edinmelerini de sağlamaktadır.

Sermaye Piyasasında “Malî Tablo ve Raporlara İlişkin İlke ve Kurallar Hakkında Tebliğ”de, ortaklığın gelişimi hakkında öngörüler ve yapılan araştırma ve geliştirme

faaliyetleri, yıllık faaliyet raporunun içeriğinde bulunması gereken unsurlar arasında belirtilmiştir. Ancak özellikle araştırma ve geliştirme faaliyetleri, yatırımcının ortaklıkla ilgili fikir sahibi olmasını sağlarken, söz konusu ortaklığın piyasada etkin bir şekilde faaliyet göstermesine de yardımcı olmakla birlikte, kimi araştırma ve geliştirme çalışmalarının ticarî sır teşkil etmesi mümkündür. Dolayısıyla yıllık faaliyet raporunda yer alan ve açıklanması durumunda ortaklığın ticarî sırrının ihlâlüne yol açacak bu bilgilerin titizlikle incelenmesi şarttır.

Gerek OECD ilkelerinin, gerek SPK düzenlemelerinin yatırımcıyı korumak adına kapsamlı olduğu açık olmakla birlikte, korunması gereken şirket menfaatinin alanını daralttığı açıktır. Ancak serbest rekabetin sağlanması ve ekonominin gelişimi açısından sırların korunması da önemli bir gerekliliktir. HAAO'ların ticarî sırrı sayılan pek çok unsur hâlihazırdaki düzenlemelerle açıklanmak zorunda bırakılmaktadır.

HAAO'nun ticarî sırlarının korunması açısından bağımsız denetim ve derecelendirme faaliyetleri büyük önem taşımaktadır. Bağımsız denetim ve derecelendirme faaliyetlerinde, ortaklığa ilişkin pek çok bilgi, sağlıklı sonuçların alınabilmesi amacıyla bu kuruluşlara verilmektedir. Bu nedenle bağımsız denetim ve derecelendirme kuruluşlarının kendilerine sunulan bilgileri saklı tutma yükümlülükleri söz konusudur. İlgili kuruluşların söz konusu yükümlülüklerini ihlâl etmeleri hâlinde, sorumluluklarının kapsamının ve uygulanacak yaptırımların belirlenmesinde, bilginin niteliği önem taşımaktadır. Zira bilgi ticarî bir sır ise taraflar arasındaki sözleşmeye dayanılarak BK m. 96 vd hükümlerini uygulamak mümkünken, bilginin "içerdeki bilgi" niteliğinde olması durumunda, şartları varsa içerden öğrenenlerin ticaretine ilişkin SerPK m. 47'de öngörülen yaptırımların uygulanması söz konusudur.

Diğer yandan içerden öğrenenlerin ticaretinde “içerdeki bilginin” en önemli özelliklerinden bir tanesi, söz konusu bilginin kamuya açıklanmamış ve menkul kıymetlerin fiyatına etki edebilecek nitelikte olmasıdır. Ancak bu bilgiyi ticarî sırdan ayıran niteliklerinden biri, içerdeki bilginin kamuya açıklanacak olmasıdır. Halbuki ticarî sır, kamuya açıklanmadığı sürece sır niteliğini korur. Bunun yanında içerden öğrenenlerin ticareti fiilinin gerçekleşmesi için bilginin “kullanılması” şartı aranırken, ticarî sır ihlâli için bilginin yalnızca açıklanmış olması yeterlidir. Böylece içerden öğrenenlerin ticareti fiilinin gerçekleşmesi durumunda SerPK m. 47 vd. düzenlenen yaptırımlar uygulanacaktır. Ancak gizli bilginin elde edilmesi fakat kullanılmaması halinde, statüleri nedeniyle içerden öğrenenler açısından BK 96 vd. düzenlenen sözleşmenin ihlâli dolayısıyla borca aykırılık, içerden öğrenenlerle ilişkileri sebebiyle, içerden öğrenenler grubunda yer alanlar açısından ise TK m. 56 vd. düzenlenen haksız rekabet hükümlerinin uygulanması gerektiği söylenebilir.

Aslında ticarî sır ile içerden öğrenenlerin ticaretinin sınırlarının belirlenmesinde ikincil içerden öğrenen grubunun tespiti büyük önem taşır. İkincil içerden öğrenen sıfatının kazanılması için SerPK m. 47 – A.1’e göre bilginin, maddede sayılan içerden öğrenen gruplarından alınmış olması gereklidir. Buradan hareketle, içerden öğrenenlerden alınmayan bilginin içerden öğrenenlerin ticareti fiilini oluşturmayacağı, ancak şartlar varsa bu gizli bilginin açıklanması ya da kullanılmasının ticarî sır ihlâli olacağı ifade edilebilecektir.

Ticarî sırrın malî, ticarî ve ekonomik piyasalar açısından kazandığı önem, anonim şirket olarak kurulan bankalara ilişkin sırların da bu kapsamda incelenmesi gerekliliğini doğurmuştur. Bankacılık sırrı kavramını tanımlayan bir hüküm, Türk hukukunda yer almamaktadır. Bu nedenle kavramın hukukî sınırlarını belirlemek oldukça güçtür. 5411

sayılı Bankacılık Kanunu’nun yürürlüğe girmesi ile Bankalar Kanunu’nda yer alan “banka sırrı” ifadesi “bankacılık sırrı”na dönüşmüştür. Kanun koyucunun böyle bir terimsel farklılığa gitmesinin nedeni, aslında bankaya ilişkin sırların temelini kredi verme, mevduat toplama gibi işlemlerin oluşturmalarıdır.

Türk doktrininde bankacılık sırrı kavramı bugüne kadar meslek sırrının bir alt kolu olarak değerlendirilmiştir. Bu nedenle, kimi yazarlarca bankacılık sırrı ve müşteri sırrı kavramı birlikte ele alınmıştır. Bankacılık sırrı kavramı ele alındığında iki ögeden oluştuğu görülür. Bunlardan ilki bankanın sırları, diğeri ise banka ve müşteri arasındaki ilişkiden kaynaklanan müşteri sırlarıdır. Bu ikili ayrımın önemi sırların hukuka aykırı şekilde kullanılması veya açıklanması durumunda karşımıza çıkar. Zira ikinci halde müşteri ile banka arasında kurulan sözleşme nedeniyle bankanın sır saklama yükümlülüğünün ihlâlî söz konusu olurken, bankaya ait bilgilerin ihlâlî halinde bankanın ticarî sırrının ihlâlî söz konusu olacaktır.

Anonim şirket şeklinde kurulan sigorta ve reasürans şirketlerinin sırları da ticarî sır kavramı altında değerlendirilmelidir. Sigortacılık Kanunu m. 28/I’de öngörülen Sigorta Denetleme Kuruluşlarınca yapılacak denetlemelerde, sigorta ve reasürans şirketlerinin ticarî sır teşkil eden bilgilerine de erişimin yolu açılmıştır. Bu nedenle sigorta denetleme uzmanları, sigorta denetleme aktüerleri ve bunların yardımcılarına büyük bir sır saklama yükümlülüğü düşmektedir. Bunun yanında SK m. 29’da düzenlenen bilgi verme yükümlülüğünün, buna bağlı olarak sigorta ve reasürans şirketleri açısından aleniyet prensibinin bir sonucu olarak ticarî sır kavramının söz konusu şirketler açısından daha dar değerlendirilmesi gerektiği söylenebilir.

Sonuç olarak, rekabetin korunması ve piyasaların etkin şekilde işlemesi için, ticarî sır teşkil eden bilginin belirlenmesi önem taşır. Bu nedenle ticarî sırrın genel sınırını çizecek

bir düzenlemeye ihtiyaç olduğu şüphesizdir. Doktrinde bugüne kadar yapılan sirlara ilişkin çeşitli sınıflandırmaların kavramı daha da belirsiz hale getirdiği açıktır. Bu nedenle ticarî işletme ve şirkete ilişkin sır kavramını meslek sırrı ve ticarî sır başlıkları altında toplamak, bu belirsizliği biraz olsun azaltabilecektir. Mevzuatımızda yer alan ticarî sırrı nitelemek amacıyla kullanılan farklı terimlerin, aynı isim altında uyumlaştırılması söz konusu soruna yönelik çözümlerden biri olabilecektir.

ÖZET

Ticarî sır, ticarî işletmelere ve şirketlere ekonomik menfaat ve rakiplerine karşı üstünlük sağlayan gizli bilgidir. Günümüzde ticarî sır, ticarî, malî ve ekonomik sektörleri de kapsayan geniş bir kavram haline gelmiştir. Geniş kapsamı nedeniyle ticarî sırrın korunması büyük önem taşımaktadır. Bunun yanı sıra, Ticarî sırrın kapsamının belirlenmesi gerek anonim şirketlerde pay sahibinin bilgi alma hakkının sınırları, gerekse sermaye piyasalarında kamuyu aydınlatmada çerçevenin oluşturulması açısından oldukça önemlidir.

Çalışmanın başlığı “Türk Özel Hukukunda, Özellikle Anonim Şirketlerde Ticarî Sırrın Korunması” dır. Bu nedenle Türk Ceza Kanunu’nda ve yer alan ticarî sırra ilişkin hükümlere yeri geldiğinde genel hatlarıyla değinilmiş, bağımsız bir çalışmanın konusunu teşkil edebilecek Usul ve Rekabet Hukukunda ticarî sır ve korunması çalışma kapsamı dışında tutulmuştur. Bunun yanında, yabancı hukuk sistemlerinde konuya ilişkin düzenlemeler karşılaştırmalı olarak incelenmiş, bu kapsamda özellikle Alman, İsviçre, Amerikan ve İngiliz hukuklarında ticarî sır ve ticarî sırrın korunmasına değinilmiştir.

Çalışma üç bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde sırra ilişkin doktrinde bugüne kadar yapılmış tanımlar ele alınmış, sırrın diğer türleri ile ticarî sırrın karşılaştırması yapılmış, bu çerçevede ticarî sırrın sınırları belirlenmeye çalışılmıştır. Bu bölümde ayrıca ticarî sır korumasının temellerini belirlemek amacıyla ve ticarî sır üzerindeki menfaatin hukukî niteliği belirlenmeye çalışılmıştır.

İkinci bölümde ticarî sır üzerindeki menfaatin korunmasına ilişkin farklı hukuk sistemlerindeki düzenlemelere yer verilmiş ve Türk hukukunda yer alan çeşitli hükümler incelenmiştir. Bu çerçevede özellikle ticarî sırrın kanuna dayalı korumasının sağlandığı Türk Ticaret Kanunu’nda yer alan haksız rekabet hükümlerine, Borçlar Kanunu’nun

sözleşme ilişkilerine ilişkin hükümlerine ve İş Kanunu hükümlerine yer verilmiştir. Özellikle sözleşmesel korumada, know – how, franchise, tek satıcılık, şirket, banka kredi sözleşmeleri incelenmiş, bu sözleşmelerdeki sır saklama yükümlülükleri değerlendirilmiştir.

Üçüncü bölümde ise, anonim şirketler hukuku açısından ticarî sır ve ticarî sırrın korunması incelenmiş, Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenen anonim şirketler; Sermaye Piyasası Kanunu çerçevesinde faaliyet gösteren kurumlar ve özellikle halka açık anonim ortaklıklar ile anonim şirket şeklinde kurulan bankalar ve sigorta şirketleri üçlü bir ayrıma tabi tutulmuştur. Bu çerçevede Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenen pay sahibinin bilgi alma hakkı, yönetici ve denetçilerin sır saklama yükümlülükleri ile anonim şirketin ticarî sırrı karşılaştırılmış, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı da dikkate alınarak, ticarî sırrın korunmasına ilişkin değerlendirilmelerde bulunulmuştur. Bunun yanı sıra sermaye piyasasında kamuyu aydınlatma ilkesi çerçevesinde ticarî sır incelenmiş, kurumsal yönetim ilkeleri göz önüne alınarak söz konusu kavramın sınırı çizilmeye çalışılmıştır. Bu kısımda ayrıca bağımsız denetim ve derecelendirme faaliyetlerinde ticarî sırrın yeri irdelenmiş, bunun yanında içerden öğrenenlerin ticareti işleminde özellikle içerdeki bilgi ile ticarî sır kavramının karşılaştırması yapılmıştır. Bölümün son kısmında ise bankacılık sırrı kavramı ve sigorta şirketlerinde ticarî sır ele alınmıştır.

ABSTRACT

Trade secret is confidential information which provides an economic interest to the commercial enterprises and companies, and gives them an advantage over competitors. Today, trade secret has become a wide concept that covers commercial and financial sectors. Due to its wide range, it is very important to protect a trade secret. Additionally it is very essential to identify the scope of the trade secret for both defining the limits of the shareholders rights to receive information and establishing the borders of disclosure in the capital markets.

The title of this thesis is “Protection of Trade Secret in Turkish Private Law, Particularly in Corporations”. While the provisions about the trade secret in the Turkish Penal Code were mentioned when necessary, trade secret and its protection in Procedural and Competition Law was excluded as it could be the subject of a separate study. In addition, an analysis was performed about the subject comparing several foreign law systems; in this context the trade secret and its protection was analyzed especially in German, Swiss, American and British law systems.

This study consists of 3 sections. In the first section, the definitions of the secret in the doctrine to our date were given, comparisons of trade secret to other types of secrets were made, and thus an attempt of defining the limits of the trade secret was performed. Also in this section, to establish the grounds for trade secret protection, a study to define the legal nature of interest that was provided by a trade secret was performed.

In the second section, the regulation for protection of the interests that was provided by a trade secret in different law systems was evaluated and several provisions in Turkish law were analyzed. In this context, especially the provisions regarding the unfair competition in the Turkish Commercial Code which provides a legal protection over the trade secret,

provisions of the contractual relations in the Code of Obligations, and related provisions of Labor Code were explored. In particular, know-how, franchise, distribution, company and bank credit contracts were examined for contractual protection and the duty of confidentiality in these contracts was evaluated.

In the third section, trade secret and its protection was analyzed from the law of corporations perspective, corporations that were in Turkish Commercial Code; institutions that operate under the Capital Market Law and particularly public corporations, and banks and insurance companies that were founded as a corporation was separated. In this context, shareholders right to information, confidentiality obligations of managers and auditors and trade secrets of corporations was compared, evaluations were made concerning the protection of trade secret also taking into consideration the Draft Turkish Commercial Code. In addition, trade secret was analyzed in the light of disclosure principles of capital markets and an attempt to define the boundaries in regards to Corporate Governance was performed. Also in this section, the role of trade secret in independent audit and rating activities was examined, and insider information and trade secret concept was compared. In the last portion of this section, banking secret concept and trade secret in insurance companies are explored.