

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (ULUSLARARASI ÖZEL HUKUK)
ANABİLİM DALI

KANUNLAR İHTİLÂFİ HUKUKUNDA TİCARİ SIRLARIN İHLÂLİ

Doktora Tezi

Onur Can Saatcioğlu

Ankara - 2017

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (ULUSLARARASI ÖZEL HUKUK)
ANABİLİM DALI

KANUNLAR İHTİLÂFİ HUKUKUNDA TİCARİ SIRLARIN İHLÂLİ

Doktora Tezi

Onur Can SAATCIOĞLU

Tez Danışmanı
Prof. Dr. Gülin Güngör

Ankara - 2017

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (ULUSLARARASI ÖZEL HUKUK)
ANABİLİM DALI

Onur Can Saatcioğlu

KANUNLAR İHTİLÂFİ HUKUKUNDA TİCARİ SIRLARIN İHLÂLİ

Doktora Tezi

Tez Danışmanı

: Prof. Dr. Gülin Günyör

Tez Jürisi Üyeleri

Adı ve Soyadı

İmzası

Prof. Dr. Muharrem Özen
Prof. Dr. Gülin Günyör
Prof. Dr. Feriha Bilge Tanrıbilir,
Doç. Dr. Rifat Erten
Doç. Dr. Banu Şit Köşgeroğlu

Prof. Dr. Muharrem Özen
Prof. Dr. Gülin Günyör
Prof. Dr. Feriha Bilge Tanrıbilir
Doç. Dr. Rifat Erten
Doç. Dr. Banu Şit Köşgeroğlu

Tez Sınavı Tarihi 28.12.2017

İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR CETVELİ	vi
KAYNAKÇA.....	viii
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

TİCARİ SIR

I. Ticari Sır Kavramı	6
A- Ticari Sır Kavramının Zorunlu Unsurları.....	6
1) Ayırt Edilebilir Nitelikte Bir Bilginin Varlığı	7
2) Bilginin Henüz Aleniyet Kazanmamış Olması.....	10
3) Bilginin Bağımsız Bir Ekonomik Değer Taşıyor Olması	16
4) Bilginin Gizli Kalması Yönünde Bir İradenin Varlığı.....	18
B- Örnek Ticari Sır Görünümleri	22
II. Ticari Sırın Korunması	24
A- Ticari Sırın Hukuken Korunmasının Önemi	24
B- Sırın Kime Karşı Korunduğu	27
1) Sır Sahibinin Ticari Rakipleri	28
2) Sır Sahibinin Çalışanları / Eski Çalışanları.....	29
3) Sır Sahibi ile Ticari İşbirliği İlişkisi İçinde Bulunanlar	30
4) Devlet Kurumları	32
C- Sırın Nasıl Korunduğu	33
1) Fiziki Koruma	34
2) Hukuki Koruma	35
a) Gizlilik Anlaşmaları.....	36
b) Rekabet Etmeme Anlaşmaları	39
c) Diğer Anlaşmalar	47
III. Ticari Sırın İhlâli	53
A- Genel Olarak.....	53
B- İhlâlin Unsurları.....	53

1) Ticari Sırrın Varlığı.....	56
2) Objektif Hukuka Uygunluk Hâllerinin Yokluğu	59
a) Tersine Mühendislik	61
b) Bağımsız Keşif	63
c) Aleniyet Kazanma.....	64
d) Basit Gözlem ile Çıkarım	67
e) Üstün Nitelikte Kamusal Menfaat	68
3) İhlâl Eyleminin Varlığı	69
a) İhlâl Kavramı	69
b) İhlâl Eyleminin Gerçekleştirilmesi.....	72
aa) Taraflar Arasında Bir Hukuki İlişkinin Mevcut Olduğu Hâller	77
aaa) Gizlilik Ödevi Bulunan Hukuki İlişkiler Bakımından.....	77
aaaa) Çalışma İlişkileri Bağlamında İhlâl.....	79
bbbb) Ticari İşbirliği İlişkileri Bağlamında İhlâl.....	85
bbb) Gizlilik Ödevi Bulunmayan Hukuki İlişkiler Bakımından	88
aaaa) Çalışma İlişkileri Bağlamında İhlâl.....	89
bbbb) Ticari İşbirliği İlişkileri Bağlamında İhlâl.....	91
bb) Taraflar Arasında Bir Hukuki İlişkinin Mevcut Olmadığı Hâller.....	93
cc) Üçüncü Kişi Bakımından Görünüm	97

İKİNCİ BÖLÜM

UYGULANACAK HUKUKUN BELİRLENMESİ

I. Genel Olarak.....	103
II. Vasıflandırma	105
A- "Ticari Sır" Kavramının Vasıflandırılması.....	105
1) Kavramın Kurucu Unsurlarının Vasıflandırılması.....	105
2) Kavramın Hukuki Niteliğinin Vasıflandırılması	108
B- "Ticari Sır İhlâli"ni Oluşturan Fiilin Vasıflandırılması.....	111
1) Haksız Fiil.....	111
2) Haksız Rekabet	112
3) Sözleşmeye Aykırılık.....	113
4) Mülkiyet Hakkı İhlâli.....	117
5) Sözleşme Öncesi Sorumluluk (<i>Culpa in Contrahendo</i>).....	122

6) Sebepsiz Zenginleşme.....	123
7) Kişilik Haklarına Aykırılık	124
8) Değerlendirme.....	127
C- Bağlama Noktasının Yorumu	128
III. Çeşitli Hukuk Düzenlerinde Genel Olarak Haksız Rekabetten Doğan Uyuşmazlıklara	
Uygulanacak Hukuk.....	128
A- Genel Olarak.....	128
B- İlgili Kanunlar İhtilâfi Hukuku Kurallarının Genel Yapısı ve Bağlama Noktalarına	
İlişkin Tartışmalar.....	131
1) İsviçre Hukuku'nda	131
a) 1987 Tarihli IPRG Tarafından Benimsenmiş Sistem	131
b) Haksız Rekabet Kavramının Yorumlanması	137
c) İlgili İşyeri Kavramı.....	138
d) Daha Sıkı İrtibatlı Hukukun Uygulanması	143
e) Hukuk Seçimi İmkânı	146
f) Kamu Düzeni Müdahalesi.....	148
g) Doğrudan Uygulanan Kurallar	149
2) Avrupa Birliği Hukuku'nda.....	150
a) 864/2007 sayılı AB Tüzüğü (Roma II) Madde 6'nın Genel Yapısı	150
aa) Tarihçe	150
bb) Genel Yapı.....	156
b) Haksız Rekabet Kavramının Yorumlanması	165
c) Rekabetçi İlişkilerin veya Tüketicilerin Kollektif Menfaatlerinin Etkilenmesi	168
aa) Kavram	168
bb) Mozaik Yaklaşımı	171
d) "Münhasıran" Belirli Bir Rakibin Menfaatlerinin Etkilenmesi (Roma II m.6/2).....	173
aa) Kavram	173
bb) Örnek Hâller.....	179
cc) Zararın Meydana Geldiği Yer Hukukunun Uygulanması	180
dd) Müşterek Mutad Mesken Yeri Hukukunun Uygulanması	186
ee) Daha Sıkı İrtibatlı Hukukun Uygulanması	188
aaa) Önceden Beri Süregelen Hukuki İlişki	193
e) Hukuk Seçimi İmkânı	196
f) Kamu Düzeni Müdahalesi.....	201

g) Doğrudan Uygulanan Kurallar	203
3) Japon Hukuku'nda	205
a) 2006 Tarihli HUGKK Tarafından Benimsenmiş Sistem	205
b) Haksız Rekabet Statüsünün Tespitine Yönelik Doktrin Görüşleri	211
c) Hukuk Seçimi İmkânı	217
d) Daha Sıkı İrtibatlı Hukukun Uygulanması	218
e) Kamu Düzeni Müdahalesi	223
f) Doğrudan Uygulanan Kurallar	229
4) Türk Hukuku'nda	230
a) 2007 Tarihli MÖHUK Madde 37'nin Genel Yapısı	230
b) Haksız Rekabet Kavramının Yorumlanması	235
c) Uygulanacak Hukukun Kapsamı	236
d) Hukuk Seçimi İmkânı	237
e) Daha Sıkı İrtibatlı Hukukun Uygulanması	240
f) Kamu Düzeni Müdahalesi ve Doğrudan Uygulanan Kurallar	245
IV. Çeşitli Hukuk Düzenlerinde Ticari Sırların İhlâlinden Doğan Uyuşmazlıklara	
Uygulanacak Hukuk	246
A- Genel Olarak	246
B- Yabancı Hukuk Sistemlerinde Doktrin Görüşleri	246
1) İşçi Ayartma ve Sözleşmeyi İhlâle Teşvik	246
2) Ticari Sırların İhlâli	252
a) İsviçre Hukuku	252
b) Avrupa Birliği Hukuku	254
aa) Roma II m. 6/2 Hükmü Lehine Yorum	255
aaa) Zararın Meydana Geldiği Yer Kavramının Somutlaştırılması	258
bb) Piyasa Etkisinin Varlığı hâlinde m.6/1 Hükmünün Uygulanmasını Öneren	
Yorum	260
c) Japon Hukuku	267
3) Fer'i Bağlanmanın Önemi	268
C- Türk Hukukunda Doktrin Görüşleri	272
V. Değerlendirmeler ve Model Önerisi	276
A- Çerçeve İlkelerin Oluşturulması	276
1) Vasıflandırma Problemi	276
2) Tasnif Yaklaşımı	277

a) İhlâl Aşamalarına İlişkin Tasnif Modeli	278
b) İhlâl Kaynaklarına İlişkin Tasnif Modeli	286
aa) Sır Sahibinin Çalışanı / Eski Çalışanı Kaynaklı İhlâller.....	286
bb) Sır Sahibinin Rakibi Kaynaklı İhlâller	291
cc) Sır Sahibi İle Ticari İşbirliği İlişkisi Kaynaklı İhlâller	295
aaa) Ticari İşbirliği Kurma Görüşmeleri Kaynaklı İhlâller.....	296
bbb) Kurulmuş Ticari İşbirliği İlişkisi Kaynaklı İhlâller	299
3) Olayda Piyasa Etkisinin Mevcudiyeti	301
4) Ticari Sırların İhlâli ve Yabancılaşma Unsuru	305
5) "Söz Konusu İşletmenin İşyeri" İfadesinin İçeriği	309
6) Taleplerin Ayırıştırılması.....	314
a) Farklı Davalılar Açısından.....	314
b) Farklı Haksız Rekabet Eylemleri Açısından	316
7) Daha Sıkı İtibatlı Hukukun Uygulanması.....	319
a) Fer'i Bağlanma Aracılığıyla Sözleşme Statüsünün Uygulanması.....	319
b) Müşterek Mutad Mesken Yeri Hukukunun Uygulanması.....	324
8) Hukuk Seçimi.....	327
B- Uygulanacak Hukukun Belirlenmesi.....	331
1) Rakibe Yöneltilcek Talepler Bakımından	332
2) Çalışana / Eski Çalışana Yöneltilcek Talepler Bakımından	335
3) İşbirliğinde Bulunulan Kişiye Yöneltilcek Talepler Bakımından.....	339
a) İşbirliği Görüşmeleri Kaynaklı İhlâllerde.....	339
b) Kurulmuş İşbirliği İlişkileri Kaynaklı İhlâllerde	343
C- Modelin Uygulanması	346
1) Örnek-1	347
b) Örnek-2	351
SONUÇ	356

KISALTMALAR CETVELİ

A.2d	Atlantic Reporter, 2nd series
AB	Avrupa Birliği
ABD	Amerika Birleşik Devletleri
a.g.e.	Adı geçen eser
ALL ER (Comm)	All England Law Reports (Commercial cases)
Art.	Artikel
AÜHFD	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Batider	Bankacılık ve Ticaret Hukuku Dergisi
BBİ	Bundesblatt
BGE	Schweizerisches Bundesgericht
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
bkz.	Bakınız
C.	Cilt
Ch	Chancery
Cir.	Circuit
CJEU	Court of Justice of The European Union
cmt.	Comment
Ed.	Editör/ler
EWHC	High Court of England and Wales
F2d	Federal Reporter, 2nd series
F3d	Federal Reporter, 3rd series
GRUR Int.	Gewerblicher Rechtshutz und Urheberrecht, Internationaler Teil
HUGKK	Hukukların Uygulanmalarına Dair Genel Kurallar Hakkında Kanun
Ibid	ibidem

I.C.L.Q.	International and Comparative Law Quarterly
m.	Madde
Mass.	Massachusetts
Md.App	Maryland Appellate Reports
NILR	Netherlands International Law Review
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
OGH	Oberste Gerichtshof
QB	Queen's Bench
Pat	Patents Court
s.	Sayfa
S.	Sayı
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung
TTK	Türk Ticaret Kanunu
Urt.V	Urteil vom
v	Versus
v.	Versus
vb.	ve bunun gibi
vd.	ve devamı
Vol.	Volume
vs.	ve saire
WIPO	World Intellectual Property Organization

KAYNAKÇA

- Aizawa, Y., Fuseikyogyou, Yamada Ryouichi, Hayata Yoshirou (Ed.), Enshuu kokusaishihou shinpan, 1992 (相澤 吉晴「不正競争」山田鐸一=早田芳郎編『演習国際私法新版』(1992年))
- Aizawa, H., Nishimura Asahi Houritsu Jimusho (Ed.), (2010), Chitekizaisan gaisetsu, Tokyou, Koubundou
- Alces, P. A., See, H. F., (1994), The Commercial Law of Intellectual Property, Boston, Little Brown and Company
- Altıparmak, A., (2000), Haksız Rekabetten Doğan Kanunlar İhtilafı, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Ankara (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi)
- Aplin, T., Bently, L., Johnson, P., Malynicz S., (2012), Gurry on Breach of Confidence: The Protection of Confidential Information, Oxford: Oxford University Press
- Aybay, R., Dardağan, E., (2008), Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması (Kanunlar İhtilafı), İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları
- Bainbridge, D. I., (2012), Intellectual Property, Hampshire, Pearson Education Limited
- Balganesh, S., (ed.), (2013), Intellectual Property and Common Law, New York: Cambridge University Press
- Balganesh, S., Parchomovsky, G., The Role of Unfair Competition in the Common Law, Balganesh, S., (ed.) içinde
- Bamberger, H. G., Roth, H. (Ed.), (2012), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band3, München, Verlag C. H. Beck
- Baş, M., (2000), Teknik Bilgi (Know-How)

Lisans Sözleşmesi, Ankara, Yetkin Yayınları

- Bauermann, T., (2015), Der Anknüpfungsgegenstand in europäischen Internationalen Lauterkeitsrecht, Tübingen, Mohr Siebeck
- Beater, A., (2011), Unlauterer Wettbewerb, Tübingen, Mohr Siebeck
- Bently, L., Sherman, B., (2009), Intellectual Property Law, Oxford, Oxford University Press
- Beumont, P. R., McEleavy, P. E., (2011), Anton's Private International Law, Edinburgh, Thomson Reuters (Professional) UK Limited
- Beaumont, P., Yüksel, B. (Ed.), (2014), Turkish and EU Private International Law A Comparison, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık
- Beyerbach, H., (2012), Die geheime Unternehmensinformation, Tübingen, Mohr Siebeck
- Bilge, M. E., (2005), Ticari Sırların Korunması, Ankara, Asil Yayıncılık
- Bouche, N., (2014), Intellectual Property Law in France, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International BV
- Bouchoux, D. E., (2013), Intellectual Property: The Law of Trademarks, Copyrights, Patents and Trade Secrets, New York, Cengage Learning Delmar
- Bowrey, K., Handler M., Nicol D., Weatherall K., (2015), Australian Intellectual Property Commentary, Law and Practice, Victoria, Oxford University Press
- Briggs, A., (2013), The Conflict of Laws, Oxford, Oxford University Press
- Calliess, Galf-Peter, (2015), Rome Regulations Commentary, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International BV
- Can, H., Toker, A. G., (2015), Milletlerarası Özel Hukuk, Ankara, Adalet Yayınevi

- Claeys, E. R., Intellectual Usufructs: Trade Secrets, Hot News, and the Usufructuary Paradigm at Common Law, Balganes, S., (ed.) içinde
- Clarkson, C. M. V., Hill, J., (2011), The Conflict of Laws, New York, Oxford University Press
- Collins, L., Briggs, A., Dickinson, A., Harris, J., McClean, J. D., McEleavy, P., McLachlan, C., Morse, C. G. J. (Ed.), (2012), Dicey, Morris and Collins on The Conflict of Laws, London, Thomson Reuters (Professional) UK Limited
- Colston, C., (1999), Principles of Intellectual Property Law, London: Cavendish Publishing Limited
- Cornish, W., Llewelyn, D., Aplin, T., (2013), Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights, London: Sweet&Maxwell
- Çelikel, A., Erdem, B., (2016), Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul, Beta Yayıncılık
- Danthe, F. J., (1998), Le droit international privé suisse de la concurrence déloyale, Geneve, Librairie Droz
- Dasser, F., Basler Kommentar Internationales Privatrecht (BSK IPRG), Honsell, H., Vogt, N. P., Schnyder, A. K., Berti, S. V. (Ed.) içinde, Art.136
- Davis, J., (2003), Intellectual Property Law, London, LexisNexis UK
- Davison, M. J., Monotti, A. L., (2008), Wiseman L., Australian Intellectual Property Law, New York: Cambridge University Press
- De Carvalho, N. P., (2008), The TRIPS Regime of Antitrust and Undisclosed Information, The Hague, Kluwer Law International
- De Very, R. W., (2006), Towards a European Unfair Competition Law: A Clash Between Legal Families, Leiden: Koninklijke

- Dean, R., (1990), The Law of Trade Secrets, Sydney, The Law Book Company Limited
- Dessementet, F., (2013), Intellectual Property Law in Switzerland, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International BV
- Dickinson, A., (2008), The Rome II Regulation The Law Applicable to Non-Contractual Obligations, New York, Oxford University Press
- Doğan, V., (2016), Milletlerarası Özel Hukuk, Ankara, Savaş Yayınevi
- Dobrusin, E. M., Krasnow, R. A., (2008), Intellectual Property Culture, New York: Oxford University Press Brill NV
- Doi, T., (1957), Kokusai Fuseikyousou ni okeru houritsu no teishoku, Kigyohoukenkyuu, Sayı 105,) (土井輝生「国際不正競争における法律の抵触」企業法研究105号 (1957年))
- Doi, T., (1964), Kougyoushouyoken kokusaihougakkai kokusaishihoukouza daisankan (土井輝生「工業所有権」国際法学会『国際私法講座第3巻』 (1964年))
- Doi, T., (1970), Kokusaishihou (土井輝生『国際私法』 (1970年))
- Drexler, J., IntLautR, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 11 Internationales Privatrecht II Internationales Wirtschaftsrecht Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch (Art. 25-248), Säcker, F. J., Rixecker, R., Oetker, H. (Ed.) içinde
- Dutoit, B., (2016), Droit international privé suisse Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987, Bale, Helbing Lichtenhahn
- Eberhart, S., von Planta, A., Basler Kommentar Internationales Privatrecht (BSK IPRG), Honsell, H., Vogt, N. P., Schnyder, A. K., Berti, S. V. (Ed.) içinde Art.21

- Erbay, İsmail, (2002), Know-How Sözleşmesi, Ankara: Yetkin Yayınları
- Fabig, P., (2016), Internationales Wettbewerbsprivatrecht nach Art. 6 Rom II-VO, Berlin, Pro Universitate Verlag im Berliner Wissenschafts-Verlag GmbH
- Falce, V., (2014), Intellectual Property Law in Italy, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International BV
- Fawcett, J. J., Carruthers, J. M., (2008), Cheshire, North & Fawcett Private International Law, New York, Oxford University Press
- Fawcett, J. J., Torremans P., (2011), Intellectual Property and Private International Law, New York, Oxford University Press
- Fezer, Karl-Heinz (Ed.), (2010), Lauterkeitsrecht Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), München, Verlag C. H. Beck
- Fischer, S., (2012), Der Schutz von Know-how im deutschen materiellen und Internationalen Privatrecht, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft
- Fröhlich, C. W., (2008), The Private International Law of Non-Contractual Obligations According to the Rome-II Regulation A Comparative Study of the Choice of Law Rules in Tort Under European, English and German Law, Hamburg, Verlag Dr. Kovac
- Fujisawa, N., (2005), “Hanhi” Jurisuto, Say1287 (藤澤 尚江 判批 ジュリスト1287号 (2005年))
- Furrer, A., Girsberger, D., Müller-Chen, M. (Ed.), (2012), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht: Internationales Privatrecht, Zürich, Schulthess Juristische Medien AG
- Girsberger, D., Heini, A., Keller, M., Kostkiewicz, J. K., Siehr, K., Vischer, F., Volken, P. (Ed.), (2004), Zürcher Kommentar zum IPRG, Zürich, Schulthess Juristische Medien

AG

- Glöckner, J.,
Einleitung B.-E., Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)
Kommentar, Harte-Bavendamm, H., Henning-Bodewig, F. (Ed.) içinde
- Grolimund, P.,
Internationales Lauterkeitsrecht, Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) içinde
- Grolimund, P., Bachofner, E.,
Internationales Wettbewerbsrecht (Lauterkeitsrecht), Handbuch Internationales Wirtschaftsrecht, Kronke, H., Melis, W., Kuhn, H. (Ed.) içinde
- Grolimund, P., Schnyder, A. K., Mosimann, N.,
(2013), Private International Law in Switzerland, Zürich, Dike Zürich/St.Gallen
- Götting, Horst-Peter,
Einleitung, SS 1,2, S4, UWG Handkommentar, Götting, Horst-Peter, Nordemann, Axel (Ed.) içinde
- Götting, Horst-Peter, Nordemann, A. (Ed.),
(2013), UWG Handkommentar, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft
- Güngör, G.,
(2007), Temel Milletlerarası Özel Hukuk Metinlerinin Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Konusunda Yakınlık Yaklaşımı, Ankara, Yetkin Yayınları
- Güngör, G.,
The New Turkish Act on Private International Law and International Civil Procedure, Popescu, D. A., (Ed.) içinde
- Güngör, G.,
Article 4 of the Rome I Regulation on the applicable law in the absence of choice-methodological analysis, considerations, Stone, P., Farah, Y. (Ed.) içinde
- Gürbüz Usluel, A. E.,
(2009), Türk Özel Hukukunda Özellikle Anonim Şirketlerde Ticari Sırrın Korunması, İstanbul: Vedat Kitapçılık
- Harte-Bavendamm, H., Henning-Bodewig, F. (Ed.),
(2016), Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) Kommentar, München, Verlag C. H. Beck

- Hausmann, R., Obergfell, E. I., Internationales Wettbewerbsprivatrecht, Lauterkeitsrecht Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Fezer, Karl-Heinz (Ed.) içinde
- Hay, P., Rösler, H., (2016), Internationales Privat- und Zivilverfahrensrecht, München, Verlag C. H. Beck
- Heermann, P. W., Schlingloff, J. (Ed.), (2014), Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht Band 1, Altusried-Krugzell, Verlag C. H. Beck
- Heine, D., Rischka, F., (2014), Intellectual Property Law in Austria, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International BV
- Hellner, M., (2007), Unfair Competition and Acts Restricting Free Competition A Commentary on Article 6 of The Rome II Regulation, Yearbook of Private International Law, Vol.9
- Hochloch, G., Art.6 Rom II-VO, Erman Bürgerliches Gesetzbuch, Westermann, H. P., Grunewald, B., Maier-Reimer, G. (Ed.) içinde
- Honorati, C., (2006), The Unification of Choice of Law Rules on Torts and Other Non-Contractual Obligations in Europe The “Rome II” Proposal, Malatesta, A. (Ed.), Padova, Casa Editrice Dott. Antonio Milani.
- Honsell, H., Vogt, N. P., Schnyder, A. K., Berti, S. V. (Ed.), (2013), Basler Kommentar Internationales Privatrecht (BSK IPRG) , Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag
- Hüstege, R., Mandel, H.P. (Ed.), (2014), BGB Rom-Verordnungen zum Internationalen Privatrecht, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft
- Illmer, M., (2011), Rome II Regulation Pocket Commentary, Huber, Peter (Ed.), München, Sellier European Law Publishers
- Imhoff-Scheier, Anne-Catherine,

- Patocchi, P. M., (1990), Torts and Unjust Enrichment in the New Swiss Conflict of Laws, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag
- Ishiguro, K., (2004), Kokusaishihou no kiki, Shinsansha (石黒一憲 国際私法の危機 信山者 2004年)
- Judge, E. F., Gervais D., (2005), Intellectual Property: The Law in Canada, Toronto, Thomson Canada Limited
- Jung, P., Spitz, P., (2016), Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Bern, Stämpfli Verlag AG
- Kanai, S., Yamaguchi, M., Ogura H. (Ed.), (2014), Fusei kyousouboushihou konmentaaru, Toukyou, LexisNexisJapan
- Kanzaki, T., Fuhou kouei ni tsuite no koujo ni yoru seigen, Chuushaku Kokusai Shihou (Daiichi Ken), Sakurada, Y., Dougauchi, M. (ed.) içinde
- Kanzaki, T., Fuhoukouei ni tsuite no koujo ni yoru seigen, Chuushaku Kokusai Shihou (Daiichi Ken), Sakurada, Y., Dougauchi, M. (ed.) içinde
- Kaplan, Y., (2004), İnternet Ortamında Fikri Hakların Korunmasına Uygulanacak Hukuk, Ankara
- Kashanin, A. V., (2015), Intellectual Property Law in Russia, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International BV
- Kayış, B., (2012), Haksız Rekabetten Doğan Kanunlar İhtilafı, Ankara, Yetkin Yayınları
- Kintner, E. W., Lahr, J. L., (1975), An Intellectual Property Law Primer, New York, Macmillan Publishing Co. Inc.
- Kostkiewicz, J. K., (2012), Grundriss des schweizerischen Internationales Privatrechts, Bern, Stämpfli Verlag AG

- Koziol, H., Bydlinski, P.,
Bollenberger, R. (Ed.), (2010), *Kurzkomentar zum ABGB*,
Nördlingen, SpringerWienNewYork
- Kronke, H., Melis, W.,
Kuhn, H. (Ed.), (2017), *Handbuch Internationales
Wirtschaftsrecht*, Köln, Verlag Dr. Otto
Schmidt
- Lavery, P., (1996), *Commercial Secrets*, Dublin,
Round håll Sweet & Maxwell
- Lurger, B., Melcher, M., (2017), *Handbuch Internationales
Privatrecht mit Hinweisen auf das
Internationale Zivilverfahrensrecht*,
Wien, Verlag Österreich
- Machnikowski, P., Balcarczyk, J.,
Gornicz-Mulcahy, A., (2014), *Intellectual Property Law in
Poland*, Alphen aan den Rijn, Kluwer
Law International BV
- MacQueen, H., Waelde, C.,
Laurie G., (2008), *Contemporary Intellectual
Property Law and Policy*, Hampshire,
Oxford University Press
- Maier, A., (1998), *Der Schutz von Betriebs- und
Geschäftsgeheimnissen im
schwedischen, englischen und deutschen
Recht*, Berlin, Carl Heymanns Verlag
KG
- Makoto, H., (2007), “Hanhi” Jurisuto, Say1332
Heisei17nen no juuyou hanrei kaisetsu (
樋爪誠 判批 ジュリスト1332号
平成17年の重要判例解決 (2007年))
- Mankowski, P., Internationales Wettbewerbs- und
Wettbewerbsverfahrensrecht, Münchener
Kommentar zum Lauterkeitsrecht Band
1, Hermann, P. W., Schlingloff, J. (Ed.)
içinde
- Meili, T., (2000), *Der Schutz von Know-how nach
schweizerischem und internationalem
Recht-Anpassungsbedarf aufgrund des
TRIPS-Abkommens?*, Bern, Stämpfli
Verlag AG
- Nakanishi, Y., (2008), *Houtekiyoutsuusokuhou ni okeru
fuhoukouï -kaishakuronjou no jyakkan
no mondai ni tsuite,*

Kokusaishihounenpou, Sayı9 (中西康
法適用通則法における不法行為—解
釈論上の若干の問題について— 国際
私法年報9号 2008年)

Nard, C. A., Barnes, D. W.,
Madison, M. J.,

(2006), The Law of Intellectual Property,
New York, Aspen Publishers Inc.

Nettlau, H.,

(2013), Die kollisionsrechtliche
Behandlung von Ansprüchen aus
unlauterem Wettbewerbsverhalten
gemäß Art. 6 Abs. 1 und 2 Rom II-VO,
Frankfurt am Main, Peter Lang GmbH

Neumayr, M.,

Art 1-32 ROM II-VO, Kurzkommentar
zum ABGB, Koziol, H., Bydlinski, P.,
Bollenberger, R. (Ed.) içinde

Nishitani, Y.,

Fuhou kouï, Chuushaku Kokusai Shihou
(Daiichi Ken), Sakurada, Y., Dougauchi,
M. (ed.) içinde

Nishitani, Y.,

Akiraka ni yori missetsuna kankei ga aru
chi ga aru baai no reigai, Chuushaku
Kokusai Shihou (Daiichi Ken),
Sakurada, Y., Dougauchi, M. (ed.) içinde

Nomer, E.,

(2013), Devletler Hususi Hukuku,
İstanbul, Beta Yayıncılık

Nomura Y.,

(1993), “Hanhi” Shihou hanrei
remaakusu 1993/ikinci cilt (野村美明
判批 私法判例リマークス1993(下))

Norman, H. E.,

(2014), Intellectual Property Law,
Oxford: Oxford University Press

Öğüz, T.,

(2001), Know-How Sözleşmesi,
İstanbul, Filiz Kitabevi

Palandt, O. (Ed.),

(2017), Bürgerliches Gesetzbuch,
München, Verlag C. H. Beck

Patocchi, P., M., Geisinger, E.,
Lüke, S.,

(2000), Internationales Privatrecht,
Zürich, Orell Füssli Verlag AG

Pedrazzini, M. M.,
Pedrazzini, F. A.,

(2002), Unlauterer Wettbewerb UWG,
Bern, Stämpfli Verlag AG

- Peter, M., Michaelis, M., Art 39.1-2, WTO-Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights, Stoll, P., Busche, J., Arend, K. (Ed.) içinde
- Plender, R., Wilderspin M., (2015), The European Private International Law of Obligations, London, Thomson Reuters (Professional) Uk Ltd.
- Poltorak, Alexander I., Lerner, Paul J., Essentials of Licensing Intellectual Property, (2004), New Jersey: John Wiley & Sons, Inc.
- Popescu, D. A. (Ed.), (2012), Specificitate si complementaritate in dreptul privat european. Conflictele de legi si de jurisdicții si integrarea juridica europeana, București, Editura Hamangiu SRL
- Posch, W., (2010), Bürgerlicher Recht Band VII Internationales Privatrecht, Mörlenbach, SpringerWienNewYork
- Prütting, H., Wegen, G., Weinreich, G. (Ed.), (2016), Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar, Köln, Luchterhand Verlag
- Rahbarī, I., (2009/10), Huqūq-i isrār-i tiġārī, Tihṛān, Sāzmān-i Muṭalā‘a wa Tadwīn-i Kutub-i ‘Ulūm-i Insānī-i Dānišgāh-hā
- Rauscher, T. (Ed.), (2011), Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht EuZPR / EuIPR Kommentar, München, Selber European Law Publishers
- Risch, M., An Empirical Look at Trade Secret Law’s Shift From Common to Statutory Law, Balganes, S., (ed.) içinde
- Rogerson, P., (2013), Collier’s Conflict of Laws, Cambridge, Cambridge University Press
- Saatcioğlu, O. C., (2012), Hukukların Uygulanmasına Dair Genel Kurallar Hakkında Kanun (Kanunlar İhtilâfı Hukuku Alanındaki Temel Japon Kanununun Türkçe Çevirisi), Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, 2/1

- Sack, R., (2012), Artikel 6 Absatz 2 Rom II-VO und „bilaterales“ unlauteres Wettbewerbsverhalten, GRUR Int. Internationaler Teil, Heft 7 (Seite 601-704)
- Säcker, F. J., Rixecker, R., Oetker, H. (Ed.), (2015), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 11 Internationales Privatrecht II Internationales Wirtschaftsrecht Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (Art. 25-248), München, Verlag C. H. Beck
- Sakurada, Y., (2012), Kokusai shihou, Toukyou, Yuuhikaku
- Sakurada, Y., (2012), Kokusaishihou, Toukyou
- Sakurada, Y., Dougauchi M., (2011), Chuushaku Kokusai Shihou (Daiichi Ken), Toukyou, Yuuhikaku Kabushiki Gaisha
- Sarıöz, A. İ., (2012), Haksız Rekabetten Doğan Uyuşmazlıklarda Uygulanacak Hukuk ve Yetkili Mahkeme, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık
- Shan, H., (2008), The Protection of Trade Secrets in China, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International BV
- Schaub, R., Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar, Prütting, H., Wegen, G., Weinreich, G. (Ed.) içinde
- Schlötter, R., (1997), Der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen und die Abwerbung von Arbeitnehmern, Berlin, Carl Heymanns Verlag KG
- Schmid, P., (1907), Der gesetzliche Schutz der Fabrik- und Geschäftsgeheimnisse in Deutschland und im Ausland, Tübingen, Verlag von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck)
- Schramm, D., Buhr, A., Art.1-32, 129-142, Furrer, A., Girsberger, D., Müller-Chen, M. (Ed.) içinde,

- Schwander, I., (1997), Einführung in das internationale Privatrecht Zweiter Band: Besonderer Teil, St.Gallen/Lachen SZ, Dike Verlag AG
- Shima, T., (2012), Kokusaitekina fusei kyousou kouei wo meguru hou no tekiyou kankei ni tsuite -teishokuhoujou no tsuujourenraku to tokubetsurenraku wo megutte-, Chitekizaisan houseigaku kenkyuu, Vol.37
- Sieben, H., (2012), Der Schutz des Know-how im Russischen Recht aus der Perspektive des Verfassungsrechts, Hamburg, Verlag Dr. Kovac
- Siehr, K., (2002), Das Internationale Privatrecht der Schweiz, Zürich, Schulthess Juristische Medien AG
- Sirmen, K. S., (2016), Milletlerarası Özel Hukukta Culpa in Contrahendo Sorumluluğuna Uygulanacak Hukukun Tayini, Ankara, Yetkin Yayınları
- Spickhoff, A., Rom II-VO, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band3, Bamberger, H. G., Roth, H. (Ed.) içinde
- Stoll, P., Busche, J., Arend, K. (Ed.), (2009), WTO-Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers
- Stone, P., (2014), EU Private International Law, Cheltenham, Edward Elgar Publishing Ltd.
- Stone, P., Farah, Y. (Ed.), (2015), Research Handbook on EU Private International Law, Edward Elgar Publishing Limited, Padstow
- Sunder, M., Trade Secret and Human Freedom, Balganes, S., (ed.) içinde
- Şanlı, C., Esen, E., Ataman-Figanmeşe, İ., (2014), Milletlerarası Özel Hukuk, Vedat Kitapçılık, İstanbul
- Şehirali, F. H., (2004), Schutz des Know-how nach türkischem, deutschem und europäischem Recht, Berlin, Carl Heymanns Verlag KG

- Şenocak, K., (2001), İşletme Personelinin Ayartılması Meselesinin Haksız Rekabet Hükümleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi, AÜHFD, C.50, S.2
- Tarman, Z. D., (2011), Haksız Rekabetten ve Aldatıcı Reklamlardan Doğan Uyuşmazlıklarda Uygulanacak Hukuk, İstanbul, Beta Yayıncılık
- Tarman, Z. D., (2010), “5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun Uyarınca Yabancılık Unsuru Taşıyan Akit Dışı Borç İlişkilerinde Hukuk Seçimi”, Batider, C.XXVI, S2, .s.5-32
- Tekinalp, G., Nomer, E., Odman Boztosun, A., (2012), Private International Law in Turkey, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International BV
- Tekinalp, G., Uyanık, A., (2016), Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları, İstanbul, Vedat Kitapçılık
- Tekinalp, Ü., (2012), Fikri Mülkiyet Hukuku, İstanbul, Vedat Kitapçılık
- Thorn, K., Bürgerliches Gesetzbuch, Palandt, O. (Ed.) içinde
- Tiryakioğlu, B., Private International Law Aspects of Competition Law and Unfair Competition Matters Under Turkish Law, Turkish and EU Private International Law A Comparison, Beaumont, P., Yüksel, B. (Ed.) içinde
- Tiryakioğlu, B., (1997), Rekabet Hukukundan Doğan Kanunlar İhtilafı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara
- Tiryakioğlu, B., (2010), Genel Olarak Haksız Fiiller, Haksız Rekabete ve Rekabetin Engellenmesine Uygulanacak Hukuk, Avrupa’da Devletler Özel Hukuku ve Yeni Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun’un Akitler ve Ticaret Hukukuna İlişkin Hükümleri, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dr. Nüsret-Semahat Arsel Uluslararası Ticaret Hukuku Uygulama

- Torremans P., (2008), Holyoak and Torremans Intellectual Property Law, Oxford: Oxford University Press
- Troller, K., (1962), Das internationale Privatrecht des unlauteren Wettbewerbs, Freiburg, Universitätsverlag
- Quinto, D. W., Singer, S. H., (2009), Trade Secrets, New York: Oxford University Press
- Unberath, H., Cziupka, J., Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht EuZPR / EuIPR Kommentar, Rauscher, T. (Ed.) içinde.
- Uşan, M. F., (2003), İş Hukukunda İş Sırrının Korunması (Sır Saklama ve Rekabet Yasağı), Ankara: Seçkin Yayıncılık
- Van Caenegem, W., (2014), Trade Secrets and Intellectual Property, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International BV
- Van Calster, G., (2016), European Private International Law, Portland, Hart Publishing
- Verschraegen, B., (2012), Internationales Privatrecht Ein systematischer Überblick, Wien, Mansche Verlags- und Universitätsbuchhandlung
- Vischer, F., Zürcher Kommentar zum IPRG, Zürich, Art.136, Girsberger, D., Heini, A., Keller, M., Kostkiewicz, J. K., Siehr, K., Vischer, F., Volken, P. (Ed.) içinde
- Von Staudinger, J., Fezer, K.H., Koos, S., (2015), J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen / Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche-IPR Internationales Wirtschaftsrecht (IPR des KartellR, Lauterkeit, MARKenR, PatentR und UrheberR), Berlin, Sellier-de Gruyter
- Wadlow, C., (2009), The New Private International Law of Unfair Competition and the Rome II Regulation, Journal of

- Intellectual Property Law&Practice,
Vol.4, No:11
- Wadlow, C., (2008), Trade Secrets and The Rome II Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations, European Intellectual Law Review, vol. 30/8, 309-319
- Weller, M., Art. 6 Rom II-VO, BGB Rom-Verordnungen zum Internationalen Privatrecht, Hüstege, R., Mandel, H.P. (Ed.) içinde
- Weniger, O., (1994), La protection des secrets économiques et du savoir-faire (Know-how), Geneve, Librairie Droz
- Westermann, H. P., Grunewald, B., Maier-Reimer, G. (Ed.), (2014), Erman Bürgerliches Gesetzbuch, Köln, Verlag Dr. Otto Schmidt
- Wodtke, C., Richters, S., (2004), Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen, Berlin, Erich Schmidt Verlag
- Wurmnest, W., Art.1 bis 7, 14 Rom II-VO, JurisPraxis Kommentar BGB Band 6 Internationales Privatrecht und UN-Kaufrecht, Würdinger, M., Herberger, M., Martinek, M., Rüßmann, H., Weth, S. (Ed.) içinde
- Würdinger, M., Herberger, M., Martinek, M., Rüßmann, H., Weth, S. (Ed.), (2015), JurisPraxis Kommentar BGB Band 6 Internationales Privatrecht und UN-Kaufrecht, Saarbrücken, juris GmbH
- Yamada R., Hayata Y. (Ed.), (1992), Enshuu kokusaishihou shinpan (山田鐐一=早田芳郎編『演習国際私法新版』(1992年)))
- Yokomizo, D., (2006), Teishokuhou ni okeru Fuseikyousou Kouei no Toriatsukai-Sango Suna Jiken Hanketsu wo keiki to shite, Chitekizaisanhou Seisakugaku Kenkyuu, Vol.12.
- Yokomizo, D., (2009), Cross-Border Exchange of Music Content and Trade Secrets: A View from Japanese Private International Law,

Zeitschrift für japanisches Recht, No:28

Yokoyama, J.,

(2012), Kokusai shihou, Toukyou,
Sanseidou

Yüksel, B.,

Choice of Law in Civil and Commercial
Matters under Turkish Private
Interntional Law in Comparison with
Their Equivalents under the Rome I and
Rome II Regulations, Turkish and EU
Private International Law A Comparison,
Beaumont, P., Yüksel, B. (Ed.) içinde

Houmushou minjikyoku
sanjikanshitsu

“Kokusaishihou no gendaika ni kan suru
XXchuukanshikian hosoku setsumei”, Mart
2005 (法務省民事局参事官室『国際私法の現
代化に関する要綱中間試案補足説明』(2005
年 3 月))

GİRİŞ

Bu çalışmanın ana konusu, yabancılık unsuru içeren ticari sır ihlâli iddialarından doğan uyuşmazlıklar hakkında uygulanacak hukukun nasıl bir değerlendirme usûlü ile tespit edileceği meselesidir. Türk hukukunda ticari sırların yasal bir tanımı olmayışı ve bağımsız bir hukuk dalı altında korunmuyor oluşları göz önüne alındığında, birinci bölümde öncelikle ticari sır kavramının içeriğini doldurmakta fayda görülmüştür. Bununla birlikte, ticari sırrın niçin korunması gerektiğine dair tartışmaların, çalışma kapsamını aştıkları kabul edilmiştir. Ticari sırların günümüz ticari hayatında edinmiş oldukları önemli yer ve onların hukuken korunmaları gerekliliği hususundaki temel anlayış hakkında detaylı açıklamalara, kaynakça içerisinde yer verilmiş pek çok eserden erişebilmek mümkündür.

Ticari sır kavramının zorunlu unsurları ile örnek ticari sır görünümüne ilişkin açıklamaların hemen arkasından, "ticari sırrın korunması" dendiğinde ne anlaşılması gerektiği meselesi üzerinde durulmuştur. Bu hususa ilişkin açıklamalar esnasında sırrın fiziki olarak korunması ile hukuki olarak korunması şeklinde bir ayırımdan faydalanılmıştır. Ticari sırrın nasıl korunduğu meselesine yer verilmesinin ana gerekçesi, koruyucu hukuki düzenlemenin sıklıkla sözleşmesel bir formda kendini gösteriyor olmasına -dolayısıyla ticari sır ihlâlindeki sözleşmesel boyuta- dikkat çekmektir. Aynı başlık altında ayrıca, sırrın kimlere karşı korunduğu meselesi de ele alınmış, böylelikle olası bir ticari sır ihlâli iddiası açısından "ihlâl eden" konumunda bulunması muhtemel kimseler açısından bir soyutlaştırma yapılmıştır.

Birinci bölümün son inceleme konusu, ticari sırrın ihlâl edilmesinden ne anlamak gerektiği meselesidir. Bu noktada, yazım faaliyetini güçleştirmiş bir hususa dikkat çekmekte fayda vardır. Türk maddi hukukunda, "ticari sır" kavramına ilişkin

gelişmiş bir hukuk uygulaması mevcut değildir. Konu, monografik düzeyde incelenme noktasına az sayıda eser yönünden ancak erişebilmiş; yine, konu hakkında yazılan makaleler sayıca çok sınırlı kalmıştır. Tespit edilebildikleri kadarıyla kaynakça kısmında yer verilen bu eserlerin yayımlandıkları dönemlere bakıldığında, büyük bir kısmının 90'lı yılların sonu ve 2000'li yılların başlarında kaleme alınmış oldukları göze çarpmaktadır. Eserlerin bir diğer ortak yönü, "ticari sır" kavramının kurucu unsurları bakımından faydalı bilgilere yer vermiş, dolayısıyla kavramın içeriğinin doldurulması noktasında yol gösterici niteliğe sahip; buna karşılık, "ticari sırrın ihlâli"nden ne anlaşılması gerektiği noktasında önemli ölçüde sessiz kalmış olmalarıdır. Ticari sır kavramının zorunlu unsurlarına bir sistematik dahilinde yer verilmiş, ancak ticari sırrın ihlâlinden bahsedebilmek için olayda varlığı aranacak unsurlar bakımından aynı yaklaşım sergilenmemiştir. Sadece Türk hukuku açısından değil, gelişmiş tüm hukuk düzenleri bakımından çeşitli yaptırımlar bağlanan ana olgu, ticari sırrın ihlâl edilmesidir. Buna karşılık, Türk hukukunda, ihlâlin unsurları monografik düzeyde incelenmemiş, yasal düzenlemeye konu edilmemiş, mahkemeler tarafından (tespit edilebildiği kadarıyla) hukuk yaratma yoluyla dahi olsa sistematize edilmemiştir.

Bu durum, çalışma kapsamının belirlenmesi aşamasında bir tercih yapma zorunluluğunu doğurmuştur. Ticari sır ihlâli iddiasından kaynaklanan ve yabancılık unsuru taşıyan bir uyuşmazlığın Türk mahkemesi önüne gelmesi hâlinde, uygulanacak hukukun nasıl tespit edilmesi gerektiği meselesini, ticari sırrın ihlâli olgusu hakkında bir altyapı sunmadan ele almanın, açıklamaların takip edilmesinde güçlüğe sebep olacağı düşünülmüş; ana konu hakkında yapılacak açıklamaları daha

anlaşılır kılmak adına, ticari sır kavramının zorunlu unsurları yanında ticari sırrın ihlâli olgusu da kapsama dahil edilmiştir.

İşte tam bu noktada, yapılan tercihin yazım yönünden zorlayıcı kısmı ortaya çıkmaktadır. Türk hukukunda yasal bir tanımlı yahut sistematigi bulunmayan, doktrinde incelenmemiş, mahkemeler tarafından sistematik hâle getirilmemiş bir olgunun zorunlu unsurları, Türk hukukuna yönelik olarak yazılan bir çalışma içerisinde nasıl bir usûl ile ortaya konmalıdır ki; hem yeterli düzeyde ve doğru bilgilendirme yapılmış olsun, hem de ilgili yabancı maddi hukuk kuralları sanki Türk hukuku açısından da geçerliymiş gibi son derece yanıltıcı ve hatalı bir görünüme yol açılmasın?

Bu soruna bulduğumuz çözüm, ticari sırrın ihlâli olgusunun "hukuki" boyutu değil de "vakıasal" boyutu üzerinden bir sistem kurmaya çalışmak olmuştur. Hukuk düzenleri ticari sırrın ihlâlini kendi maddi hukuk kuralları uyarınca çeşitli hukuki -ve cezai- yaptırımlar ile sonuçlandırmaktadır. Bu husus, olgunun hukuki boyutu ile ilgili olup, farklı devlet hukuklarınca farklı şekillerde gündeme gelebilir. Öte yandan, ihlâl, aynı zamanda maddi bir eylemden doğan vakıasal bir olgudur. Bu boyutu ile ele alınarak bir sistem kurulmak istendiğinde ise, yine farklı devlet hukuklarında yer alan kural ve uygulama örneklerinden hareket edilerek, fakat bu sefer soyut eylem ve davranış modelleri üzerinden yapılacak bir tasniften bahsedilecektir. Hiç şüphesiz, ihlâl olgusuna ilişkin değerlendirmeler sırasında yabancı kaynaklardan faydalanılmıştır. Ancak ana konunun daha net anlaşılması amacı ile sınırlı olarak yer verdiğimiz bu olguya dair açıklamalar, o kuralların hukuki bağlayıcılıkları üzerinden değil, o kuralların oluşumunda rol oynamış davranış modelleri üzerinden soyutlaştırılarak yapılmıştır. Bu yaklaşım ile, esasında temel mantık kurallarından

hareketle, ihlâl olgusunun maddi gerçekliği hakkında bilgi verilmiş olmaktadır. İhlâlin hukuki sonuçları değil, onun kendi maddi yapısı ele alınmıştır.

Ticari sır kavramı ve onun ihlâl edilmesinden ne anlaşılabacağı ortaya konduktan sonra, çalışmanın ikinci bölümünde, meselenin kanunlar ihtilâfı boyutuna geçilmiştir. Burada ilk olarak karşılaştırmalı hukuk verilerinden ve Türk doktrin görüşlerinden faydalanmak suretiyle haksız rekabetten doğan uyuşmazlıklara uygulanacak hukukun tespitine dair açıklamalara yer verilmiştir. Avrupa Birliği, İsviçre, Japon ve Türk hukuk sistemleri açısından konunun teorik ve uygulamaya ilişkin yönleri hakkında detaylı açıklamalar sunulmuştur.

Bu genel karşılaştırmalı hukuk incelemesinin devamında ise, ticari sırların ihlâli özelinde ifade bulmuş olan doktrin görüşlerine ayrı bir başlık altında yer verilmiştir. Böylelikle, haksız rekabetten doğan kanunlar ihtilâfı hakkında temel bir çerçeve kurulduktan sonra, daha özele inerek ticari sırların ihlâli hakkında "konsantre edilmiş" doktrin görüşleri ışığında konunun özellik arz eden boyutları hakkında daha net bir görünüme ulaşabilmek hedeflenmiştir.

Gerek haksız rekabetten doğan kanunlar ihtilâfı, gerek ticari sırların ihlâli olgusunun bu konu içerisinde özellik arz ettiğini düşündüğümüz yönleri hakkında açıklamalara yer verilmesinin ardından ise, bir model önerisi formunda, konuya ilişkin kendi görüşlerimiz sunulmuştur. Burada, yabancılık unsuru taşıyan ticari sır ihlâli iddialarından kaynaklanan uyuşmazlıklara uygulanacak hukukun nasıl tespit edileceği meselesi hakkında, öncelikle modele ilişkin birtakım çerçeve ilkeler belirlemek ve bunları ayrı başlıklar hâlinde sunmak yolu seçilmiştir. İlkelerin ardından ise, uygulanacak hukukun tespiti sürecinin daha rahat anlaşılması amacıyla akış şemalarından faydalanılmak suretiyle, 5718 sayılı Kanun içerisinde nasıl bir yol

izlenerek uygulanacak hukukun tespit edileceğine ilişkin model tamamlanmıştır. Çalışmanın sonunda verilen iki adet örnek ise, modelin uygulamasını göstermek üzere varsayımsal olarak kurgulanmışlardır.



BİRİNCİ BÖLÜM

TİCARİ SIR

I. Ticari Sır Kavramı

A- Ticari Sır Kavramının Zorunlu Unsurları

Ticari sır niteliğinin ortaya çıkabilmesi için -somut olay ve uygulanacak hukuk bakımından ağırlıkları değişebilmekle birlikte- varlığı aranan dört zorunlu unsurdan bahsetmek mümkündür.¹ Öncelikle, ticari sırrın bir bilgi olması gerekmektedir. İkinci olarak, söz konusu bu bilginin henüz aleniyet kazanmamış bir konumda yani “sır” konumunda bulunması zorunludur. Üçüncü olarak, henüz aleniyet kazanmamış bu gizli bilginin, sahibi açısından ekonomik bir değer taşıması gereklidir. Son olarak ise, bilginin henüz aleniyet kazanmamış olduğu bu mevcut hâlin devamı yönünde sır sahibinin bir iradesi bulunmalıdır.

Ayrıntıya inen sınırlandırıcı bir tanım yapma çabası, zorluğu bir yana, ticari sır koruması kapsamında olması gereken bazı durumların ticari sır kabul edilmemeleri şeklinde bir haksızlığa da yol açabileceğinden², aşağıda, karşılaştırmalı hukukta rastlanan münferit tanımları sıralamak yerine, bu tanımların barındırdıkları ortak zorunlu unsurlar ekseninde bir değerlendirme ile konu ele alınacaktır.

¹ D. E. Bouchoux, *Intellectual Property: The Law of Trademarks, Copyrights, Patents and Trade Secrets*, New York, 2013, s.464; E. F. Judge, D. Gervais, *Intellectual Property: The Law in Canada*, Toronto, 2005, s.495; C. A. Nard, D. W. Barnes, M. J. Madison, *The Law of Intellectual Property*, New York, 2006, s.884; A. Kashanin, *Intellectual Property Law in Russia*, Alphen aan den Rijn, 2015, s.180; F. Dessemontet, *Intellectual Property Law in Switzerland*, Alphen aan den Rijn, 2013, s.198.

² M. E. Bilge, *Ticari Sırların Korunması*, Ankara, 2005, s.5.

1) Ayırt Edilebilir Nitelikte Bir Bilginin Varlığı

Ticari sır, özü itibarıyla bir “bilgi” niteliğinde olmak durumundadır.³ Ticari sır esasen bir bilgi olduğu için, “sırrın hukuken korunması” denildiğinde de korunacak olan yine o bilgi olmaktadır. Söz konusu bilgi kullanılarak maddi bir ürün meydana getirilmiş olan hâllerde dahi, maddi ürünün kendisinin değil, yalnızca onun meydana getirilmesinde faydalanılmış ve belki içeriğinde de yer verilmiş “bilginin” ticari sır niteliğinden bahsetmek mümkündür.⁴ Buradan hareketle, ticari sırrın varlığından bahsedilebilmesi için zorunlu bir şekil şartı bulunmadığı da söylenebilir. Sırrın herhangi bir maddi forma aktarılmamış hâlde, bütünüyle zihinde yer aldığı hâllerde dahi, diğer zorunlu unsurların karşılanıyor olmaları kaydıyla ticari sır niteliğinden bahsedilebilmesi mümkün olacaktır.⁵

Sır sahibinin işletmesi ile bağlantılı olmak (*Beziehung zum Geschäftsbetrieb*) kaydıyla⁶, ticari sır olarak kabul edilemeyecek hiçbir bilgi türünün bulunmadığı düşünülmektedir.⁷ Olumsuz bilgiler dahi, ticari sır olarak korunabilmektedirler. Bu kapsamda, örneğin, belirli bir işletim sürecinin veya tekniğin verimsiz olduğuna dair, yahut geliştirilmiş bir ürünün kâr getirmediğine dair olumsuz nitelikteki araştırma

³ A. Kashanin, 2015, s.180.

⁴ L. Bently, B. Sherman, *Intellectual Property Law*, Oxford, 2009, s.1144.

⁵ R. W. De Very, *Towards a European Unfair Competition Law: A Clash Between Legal Families*, Leiden, 2006, s.196.

⁶ A. Maier, *Der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen im schwedischen, englischen und deutschen Recht*, Berlin, 1998, s.276; R. Schlötter, *Der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen und die Abwerbung von Arbeitnehmern*, Berlin, 1997, s.136; T. Meili, *Der Schutz von Know-how nach schweizerischem und internationalem Recht-Anpassungsbedarf aufgrund des TRIPS-Abkommens?*, Bern, 2000, s.61, 62; H. Beyerbach, *Die geheime Unternehmensinformation*, Tübingen, 2012, s.92,93; H. Sieben, *Der Schutz des Know-how im Russischen Recht aus der Perspektive des Verfassungsrechts*, Hamburg, 2012, s.70; P. Schmid, *Der gesetzliche Schutz der Fabrik- und Geschäftsgeheimnisse in Deutschland und im Ausland*, Tübingen, 1907, s.13; O. Weniger, *La protection des secrets économiques et du savoir-faire (Know-how)*, Geneve, 1994, s.125; F. H. Şehirali, *Schutz des Know-how nach türkischem, deutschem und europäischem Recht*, Berlin, 2004, s.36.

⁷ D. W. Quinto, S. H. Singer, *Trade Secrets*, New York, 2009, s.4; V. Falce, *Intellectual Property Law in Italy*, Alphen aan den Rijn, 2014, s.176; Bently, B. Sherman, 2009, s.1144; N. Bouche, *Intellectual Property Law in France*, Alphen aan den Rijn, 2014, s.297.

verileri de birer ticari sır olarak kabul edilebilmektedirler.⁸ Ticari sırrın mutlaka yüksek teknolojiye yahut gizli formüllere ilişkin olması da şart değildir. Sır sahibinin rakipleri tarafından öğrenilmeleri hâlinde, sır sahibi açısından gerçek ve ciddi bir zarar meydana getirmeye elverişli her tür bilgi ticari sır olarak kabul edilmeye elverişlidir.⁹ Ancak, bir bilginin genel olması ile basit olması aynı kavramı karşılamamaktadır. Bir fikir, basit olmakla birlikte aslında ticari sır niteliğinde olabilir. Böyle bir fikir, son derece genel bir başka bilginin sahip olamayacağı hukuki korumayı elde edebilecektir.¹⁰ Bu açıdan, söz konusu bilginin patentli ürünlerdekine benzer şekilde bir “yenilik” içermesinin de şart olmadığı vurgulanmaktadır.¹¹

Bilgi niteliğine sahip olduğu bir kere ortaya konduktan sonra, söz konusu bilginin ne ölçüde belirlenebilir / ayırt edilebilir yapıda olduğu hususunu ele almak gerekecektir. Ticari sır niteliğinde olduğu özellikle öne sürülen bir bilginin, gizlilik niteliği taşımayan yahut taşımakla birlikte sahibi açısından bir ticari sır düzeyinde görülme-yen diğer tüm bilgiler içerisinde net bir şekilde ayırt edilebiliyor olması

⁸ P. A. Alces, H. F. See, **The Commercial Law of Intellectual Property**, Boston, 1994, s.83; D. E. Bouchoux, 2013, s.469.

⁹ P. Torremans, **Holyoak and Torremans Intellectual Property Law**, Oxford, 2008, s.515. Ticari sırrın eşsiz yahut karmaşık bir yapıda olması zorunluluğu bulunmamaktadır. Basit yapıda ve teknik bilgi içermeyen müşteri listelerinin bile ticari sır olarak kabul edilmeleri mümkündür. Yeter ki, bu listeler toplumun geneli tarafından bilinmiyor ve sır sahibine rekabet avantajı sağlıyor olsunlar. Bkz. D. E. Bouchoux, a.g.e, s.469.

¹⁰ Söz konusu bilginin aşırı derecede genel nitelikte olup olmadığının tespitinde, İngiliz mahkemeleri, ilgili fikrin “hayata geçirilebilecek ölçüde geliştirilmiş olması” (*sufficiently developed to be capable of being realized*) kriterinden hareket etmektedirler. Bkz. L. Bently, B. Sherman, a.g.e, s.1146; M. J. Davison, A. L. Monotti, L. Wiseman, **Australian Intellectual Property Law**, New York, 2008, s.346. ABD mahkemelerine yansımış bir olayda (*Buffets, Inc. v. Klinke*, 73 F.3d 965 (9th Cir. 1996)), mahkeme, davacı restoranın iddia konusu tariflerinin, son derece basit ve başkaları tarafından da rahatlıkla düşünülebilecek içerikte oldukları gerekçesiyle ticari sır olarak kabul edilemeyeceklerine hükmetmiştir. Bkz. D. E. Bouchoux, a.g.e, s.473; H. MacQueen, C. Waeld, G. Laurie, **Contemporary Intellectual Property Law and Policy**, Hampshire, 2008, s.770.

¹¹ L. Bently, B. Sherman, a.g.e, s.1156; E. W. Kintner, J. L. Lahr, **An Intellectual Property Law Primer**, New York, 1975, s.140; N. Bouche, 2014, s.297; Lavery, P., **Commercial Secrets**, Dublin, 1996, s.73,74.

zorunludur.¹² Öyle ki, bazı hukuk sistemlerinde, ihlâli iddia edilen ticari sırra ilişkin önemli birtakım içerik özelliklerinin henüz davanın başında mahkeme ile paylaşılması mecburiyetinden bahsedilmektedir.¹³

Amerika Birleşik Devletleri'nin bazı eyaletlerinde mahkemeler, makûl detaylandırma (*reasonable particularity*) şeklinde isimlendirilen bir uygulama geliştirmişlerdir.¹⁴ Bu uygulama kapsamında, davacı, davanın son derece erken bir aşamasında, ticari sırlarına ilişkin önemli ve detaylı içerikleri mahkeme ile paylaşmak yükümü altında tutulmaktadır. Uygulamanın arkasında çeşitli gerekçelerin bulunduğu ifade edilmektedir.¹⁵ Öncelikle, asılsız şekilde yapılan ticari sır ihlâli iddialarının azaltılması hedeflenmektedir. Benzer şekilde, aslında bir ihlâl eyleminin varlığından tam emin olmayan davacıların, delil tespiti benzeri yollar aracılığı ile tahminlerini doğrulama, rakiplerinin elinde neler olduğunu öğrenme imkânına kavuşmaları da önlenmek istenmektedir. İhlâli iddia edilen ticari sırların ve bu sırlara ilişkin detayların erken ortaya konmaları sayesinde, davalı tarafın kendi savunmasını acele etmeksizin daha adil koşullar altında hazırlamasına da imkân verilmiş olmaktadır. Sırrın korunması için gerekli düzeyde tedbirlerin alınıp alınmadığının mahkemece sağlıklı bir biçimde değerlendirilebilmesi bakımından da, anılan uygulamanın işlevsel bir nitelik taşıdığı belirtilmektedir.¹⁶

¹² L. Bently, B. Sherman, a.g.e, s.1144; J. Davis, **Intellectual Property Law**, London, 2003, s.357; K. Bowrey, M. Handler, D. Nicol, K. Weatherall, **Australian Intellectual Property Commentary**, Law and Practice, Victoria, 2015, s.578; H. MacQueen, C. Waeld, G. Laurie, 2008, s.773.

¹³ D. W. Quinto, S. H. Singer, 2009, s.84.

¹⁴ Makûl detaylandırma şartını arayan, yahut benzer düzeyde bir netlik getirilmesini öngören eyalet mahkemeleri arasında, California, Delaware, Illinois, Minnesota, Mississippi, Michigan ve Georgia eyalet mahkemeleri sayılmaktadır. Bkz. ibid, s.85.

¹⁵ Ibid, s.85.

¹⁶ Bu noktada, mahkeme ile paylaşılan ticari sırların, sırf bu paylaşımdan doğabilecek aleniyet nedeniyle ticari sır niteliklerini kaybetmeleri ihtimâli sorun yaratmaktadır. Mahkemelerin böyle bir ihtimâlin önüne geçmek amacıyla başvurdukları yollar arasında; tarafların ve avukatlarının dava hakkında açıklama yapmalarını engelleyici tedbirler getirmek, hakimin odasında özel oturumlar

Öte yandan, böyle bir erken paylaşım zorunluluğu öngören mahkeme uygulamalarından bağımsız olarak düşünüldüğünde dahi, ticari sırrının ihlâl edildiğini öne süren tarafın, söz konusu ticari sırrı diğer bilgiler arasından ayırt etmeye yetecek ölçüde betimlemesi gerektiği savunulabilir. Zira, sırrın gerçekten varolduğunu ve nelerden ibaret olduğunu göstermek yükümü, esasen, bir iddiada bulunan tarafın o iddiayı ispat etmesi gerekliliğinden kaynaklanmaktadır.¹⁷

Bir bilgiye ticari sır vasfı yüklenebilmesi için, o bilginin, sır sahibi tarafından gerçekten kullanılıyor olmasının gerekip gerekmediği de merak edilebilir. Bu konuya ilişkin olarak doktrinde, kullanım zorunluluğu aramanın yanlış olacağı görüşü ifade edilmiştir.¹⁸ Gerçekten de, ticari sır niteliğinin bir koşulu olarak hâlihazırdaki kullanımı aramanın, henüz araştırma ve geliştirme sürecindeki bilgileri hukuki korumadan mahrum bırakacağı açıktır. Nitekim, araştırma-geliştirme sürecinin, ticari sır kavramına en çok ihtiyaç duyulan dönemlerden biri olduğu belirtilmektedir.¹⁹

2) Bilginin Henüz Aleniyet Kazanmamış Olması

Bir bilginin ticari sır niteliğinde olduğundan bahsedebilmek için varlığı aranan belki de en önemli unsur, söz konusu bilginin henüz toplumun geneli tarafından

gerçekleştirmek, kapalı duruşmalar gerçekleştirmek, duruşma tutanaklarını mühürlemek vb. tedbirler örnek gösterilmektedir. Bkz. D. E. Bouchoux, 2013, s.481.

¹⁷ D. W. Quinto, S. H. Singer, 2009, s.83.

¹⁸ Sır sahibinin genellikle en çok önemseydiği husus, sırrın rakipler tarafından kullanılmasının önüne geçmektir. Bu durum ise, hâlihazırda kullanılan bilgiler kadar, henüz kullanılmaya başlanmamış bilgiler bakımından da gündeme gelebilir. Bkz. D. E. Bouchoux, 2013, s.480.

¹⁹ A. E. Gürbüz Usluel, **Türk Özel Hukukunda Özellikle Anonim Şirketlerde Ticari Sırrın Korunması**, İstanbul, 2009, s.42.

bilinmiyor olması²⁰, henüz “aleniyet kazanmamış olması”dır.²¹ Bir başka deyişle, söz konusu bilgi, “sır” niteliğinde olmalıdır.

Bu noktada üzerinde önemle durulması gereken bir konu, yalnızca sır sahibinin söz konusu sır içeriği hakkında bilgi sahibi olması anlamına gelen mutlak gizliliğin, ticari sırlar bakımından aranmadığıdır. Nispi gizlilik, yani sırrın birden fazla kişi tarafından bilinebilir olması, ticari sırların korunması bakımından genellikle kabul edilmektedir.²² Gerçekten de, örneğin, sır tutma yükümü altında bulunan bir çevreye (ör. sır sahibinin çalışanları) bilginin açıklanmış olmasının, sır niteliğine zarar vermemesi gerektiğine şüphe yoktur.²³ Nispi gizlilik açısından esas önem taşıyan husus, sır olduğu öne sürülen bilginin ilgili sektörde genel olarak bilinmiyor ve bu durumun bu şekliyle kalması için sır sahibince çaba gösteriliyor olmasıdır. Bu çaba genellikle, gizlilik anlaşmaları imzalatılması, işçilerin gizli bilgiye erişiminin kısıtlanması ve bilginin kilit altında tutulması vb. yollarla somutlaşmaktadır.²⁴ Bilginin içeriğine vakıf olan topluluğun sınırlı sayıda kalması²⁵ ve daha da önemlisi, bu sınırlı çevrenin sır sahibi tarafından kontrol altında tutulabiliyor (sırrın

²⁰ C. Wodtke, S. Richters, **Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen**, Berlin, 2004, s.22; H. Shan, **The Protection of Trade Secrets in China**, Alphen aan den Rijn, 2008, s.58; H. E. Norman, **Intellectual Property Law**, Oxford, 2014, s.65; R. W. De Very, 2006, s.143; N. Bouche, 2014, s.297; P. Lavery, 1996, s.53; Rahbari, I., **Huquq-i isrâr-i tiğârî**, Tihân, 2009/2010, s.40; Weniger, O., 1994, s.126.

²¹ R. Schlötter, 1997, s.136; K. Bowrey, M. Handler, D. Nicol, K. Weatherall, 2015, s.578; J. Davis, 2003, s.321; L. Bently, B. Sherman, 2009, s.1148; P. A. Alces, H. F. See, 1994, s.80; V. Falce, 2014, s.176; A. Maier, 1998, s.272; T. Meili, 2000, s.10, 59; H. Beyerbach, 2012, s.93, 94; F. H. Şehirali, 2004, s.37.

²² A. E. Gürbüz Usluel, 2009, s.7; H. E. Norman, 2014, s.66 ; A. Maier, a.g.e, s.275; E. W. Kintner, J. L. Lahr, 1975, s.141; P. Machnikowski, J. Balcarczyk, A. Gornicz-Mulcahy, **Intellectual Property Law in Poland**, Alphen aan den Rijn, 2014, s.191; F. Dessemontet, 2008, s.198; P. Lavery, 1996, s.66; H. Sieben, 2012, s.70.

²³ M. E. Bilge, 2005, s.24; K. Bowrey, M. Handler, D. Nicol, K. Weatherall, 2015, s.578.

²⁴ M. Sunder, **Trade Secret and Human Freedom**, Balganes, S., (ed.), Intellectual Property and Common Law, New York, 2013, s.337.

²⁵ C. Colston, **Principles of Intellectual Property Law**, London, 1999, s.137.

yayılmaması için) olması gerekmektedir.²⁶ Sır sahibi haricinde aynı bilgidен ekonomik menfaat elde edecek esas kişi söz konusu bilginin içeriğini öğrendiği anda, artık sır niteliğinden bahsedilemeyeceği düşünülmektedir.²⁷

Aleniyetin kazanılması açısından kritik önemi haiz olan soru, bilginin gizlilik özelliğini kaybetmesi için ne ölçüde geniş bir çevre ile paylaşılmış olması gerekeceğidir. Bu soruya birden fazla faktörün bir arada değerlendirilmesiyle yanıt verilmektedir.²⁸ Uygulamadan örnekler; bilginin türü, bilgiyi öğrenmekte bir menfaati bulunan topluluğun yapısı, bilginin içerisinde aleniyet kazandığı çevre; bilginin içerisinde aleniyet kazandığı maddi form; bilginin aleniyet kazandığı ortam içerisinde ne kadar süreyle erişilebilir konumda kaldığı ve ilgili çevre içerisinde o bilginin peşine düşme istekliliği şeklinde verilebilir.²⁹

Doktrinde, “toplumun geneli tarafından bilinmemek” ifadesinin kapsamı tartışılmıştır.³⁰ Bir görüş, genel olarak bilinmeyen bir bilgidен söz edilebilmesi için, bilginin yalnızca sır sahibi ile aynı menfaat hâlkası içerisine dahil kimseler (sırrı hukuka uygun olarak elinde tutan ilk sahip ve ona bağlı lisans alanlar vb.) tarafından biliniyor olmasını aramak gerektiğini savunmaktadır. Buna karşılık, söz konusu menfaat hâlkasının ciddi ölçüde geniş olabilme ihtimâline dikkat çeken bir başka görüş, sır içeriğinden haberdar olan kişi topluluğunun az sayıda kişiden oluşması ve daha rahat belirlenebilir nitelikte olması gerektiğini düşünmektedir.³¹

²⁶ R. W. De Very, 2006, s.196; A. Kashanin, 2015, s.180; M. F. Uşan, **İş Hukukunda İş Sırrının Korunması (Sır Saklama ve Rekabet Yasağı)**, Ankara, 2013, s.29.

²⁷ D. W. Quinto, S. H. Singer, 2009, s.5.

²⁸ P. Lavery, 1996, s.71.

²⁹ L. Bently, B. Sherman, 2009, s.1148.

³⁰ Tartışmalar için bkz. M. Peter, M. Michaelis, **WTO-Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights**, P. T. Stoll, J. Busche, K. Arend (Ed.), Leiden, 2009, s.639.

³¹ Ibid, s.640.

Bir bilginin, herkes tarafından bilinebilir veya farkına varılabilir hâle geldiği aşama itibariyle aleniyet kazanmış sayılacağı ifade olunmaktadır.³² Bilginin konferanslarda, fuarlarda yahut yayınlarda paylaşılması,³³ reklam vs. ile toplumun bilgisine sunulması³⁴ hâllerini aleniyet kazanımına örnek göstermek mümkündür. Bu durumu ters yönden doğrular biçimde, bir kimsenin, başkasına ait bilgi üzerinde lisans almak yahut o bilgiyi satın almak için ücret ödemeye hazır olmasının, söz konusu bilginin henüz toplumun geneli tarafından bilinmediği yönünde bir ipucu olarak değerlendirilebileceği de ifade edilmektedir.³⁵

Aleniyetin, ticari sır niteliğindeki bilginin yalnızca bir kısmı bakımından gerçekleşmiş olduğu hâllerde, söz konusu sırrın henüz aleniyet kazanmamış kısımlarının hukuki korumadan yararlanmaya devam edebildikleri görülmektedir.³⁶ İçerik olarak hem sır niteliğinde, hem de toplumun geneli tarafından bilinen türde bilgilerden meydana gelmiş bir ürün açısından ihlâl iddiasında bulunacak kişinin, sır niteliğindeki bilgileri diğerlerinden ayırarak somutlaştırması gerekecektir.³⁷ Bütünüyle toplumun geneli tarafından erişilebilir bilgilerden meydana getirilmiş bir ürünün dahi, bilgilerin bir araya getirilme şekilleri ve ortaya çıkan genel sonuca bağlı olarak ticari sır vasfı taşıyabilmesi mümkün kabul edilmektedir.³⁸ Bir başka

³² M. F. Uşan, 2013, s.31.

³³ D. E. Bouchoux, 2013, s.479.

³⁴ D. W. Quinto, S. H. Singer, 2009, s.19.

³⁵ Ibid, s.94; Bilge'ye göre açıklama, "...sözlü veya yazılı açıklama, bir kayıt aracının teslimi, bir mesleki dergi veya bilimsel eserde yayınlama ya da sırrın içerisinde maddeleştigi eşyanın (objenin) teslimi gibi yöntemlerle gerçekleştirilir. Yine, bir üçüncü kişi tarafından ticari sırrın elde edilmesine müsaade etmek gibi bir eylemsizlik de (pasif davranış), uygun bir bildirme (açıklama) olabilir." Bkz. M. E. Bilge, 2005, s.32.

³⁶ W. Cornish, D. Llewelyn, T. Aplin, **Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights**, London, 2013, s.327. Gizli bir bilginin hukuki korumadan yoksun kalabilmesi için, haksız ifşanın söz konusu bilginin esasına ilişkin unsurlar içermesi gerekmektedir. Bilginin bir kısmı açığa çıkmış, ancak aynı bilginin özü itibariyle gizliliği korunmuş ise, sadece ifşa edilen kısım bakımından aleniyet kazanılmış olacağı düşünülmektedir. Bkz. L. Bently, B. Sherman, 2009, s.1148.

³⁷ M. J. Davison, A. L. Monotti, L. Wiseman, a.g.e, s.345.

³⁸ 2010 yılından bir davada (*Burrows v Smith & Anor* [2010] EWHC 22 (Ch)), davacının zihnindeki bir bilgisayar oyunu fikrini değerlendiren mahkeme, oyunda yer alan münferit unsurların aslında

deyişle, faydalı bir sonuca vücut verecek şekilde biraraya getirilmiş bir bilgilerin topluluğu örneğinde, bu bilgilerin münferit kısımlarının hâlihazırda başkalarının biliniyor olması, özel olarak bir araya getirilmiş bu bilgiler topluluğunun bütün hâldeki sır niteliğini ortadan kaldırmamaktadır.³⁹

Aleni bir içeriğe sahip belgenin “gizlidir” şeklinde etiketlenmesinin, İngiliz Hukuku açısından söz konusu belge içeriğinde yer alan bilgileri ticari sır hâline getirmek için tek başına yeterli olmadığı ifade edilmektedir.⁴⁰ Zira, toplumun geneli tarafından erişilebilen bilgilerin ticari sırra dönüştürülmeleri mümkün değildir.⁴¹

Acaba, herkesin erişimine açık bir mekanda bulunan ürün içerisinde şifrelenmiş hâlde duran bilgilerin ticari sır niteliğinden bahsedilebilmesi mümkün müdür? Bu özel duruma genellikle, ürünün herkes tarafından satın alınabileceği bir şekilde piyasaya sürüldüğü hâllerde rastlanılmaktadır. Genel kanı, sır sahibi olan üreticinin, rakipler tarafından denenmesi muhtemel tersine mühendislik çalışmalarını geciktirmek amacıyla bilgiyi şifrelemiş olduğu, ona ulaşılmasını zorlaştırdığı bu gibi hâller bakımından da aleniyetin kazanılmış olduğu, dolayısıyla sır niteliğinin ortadan kalkmış sayılacağı yönündedir.⁴² Bir İngiliz mahkemesi kararında⁴³, “şifre çözme

herhangi bir yenilik içermediklerini, ancak bu unsurların bir araya getirilme şekilleri itibariyle sırrın hukukten korunması gerekeceğine hükmetmiştir. Bkz. D. I. Bainbridge, 2012, s.354; L. Bently, B. Sherman, a.g.e, s.1154.

³⁹ M. Peter, M. Michaelis, 2009, s.640; P. Lavery, 1996, s.63. Toplumun geneli tarafından bilinen kimi unsurların, özgün, etkili ve değeri artıracak şekilde bir araya getirilmesiyle oluşturulmuş bilgilerin de ticari sır niteliğinde olabilmeleri mümkündür. Sır içeriğinin tersine mühendislik yolu ile keşfedilebilir bir bilgi olması hâlinde dahi, eğer söz konusu tersine mühendislik işlemi çok masraf gerektirmeden kolay ve hızlı bir şekilde yapılamıyorsa, ticari sır niteliğinin bir süre devam edebileceği düşünülmektedir. Bkz. D. W. Quinto, S. H. Singer, 2009, s.5.

⁴⁰ D. I. Bainbridge, 2012, s.353.

⁴¹ A. E. Gürbüz Usluel, 2009, s.141; Bu çerçevede, örneğin, sır sahibi tarafından kamuya açıklanan pazar stratejilerine, daha sonra bir sözleşme içerisinde ticari sır olarak yer verilemeyeceği düşünülmektedir. Bkz. D. I. Bainbridge, a.g.e, s.353.

⁴² J. Davis, 2003, s.324; P. Torremans, 2008, s.500.

⁴³ Konuya ilişkin önemli bir İngiliz mahkemesi kararında (*Mars v Teknowledge* [1999] EWHC 226), “şifrelenmiş bilgiyi çözebilme becerisine sahip herkesin (bu beceriye gerçekte sahip olan kimselerin sayısının azlığı ya da çokluğu önem arz etmeksizin, zira her zaman için beceriye sahip olmayan bir

becerisine sahip herhangi bir kimsenin, toplumun erişimine açık bir alandaki böylesi bir bilginin içeriğine ulaşabilmesi” ihtimâli son derece gerçekçi görülmüştür. Bununla birlikte, ürün içerisinde şifreli hâlde bulunan bilginin, söz konusu ürünün henüz piyasaya sürülmemiş olduğu dönem boyunca gizliliğini koruyacağı noktasında bir tereddüt bulunmamaktadır. Dolayısıyla, bu gibi hâllerde aleniyetin kazanılma anı olarak ürünün piyasaya sürüldüğü anı kabul etmek mümkündür.⁴⁴

Patent başvurusundan önceki dönemde, başvuru konusu olan ticari sır niteliğindeki bilginin çeşitli şekillerde kullanılmış olması (lisans sözleşmeleri, franchise sözleşmeleri vs) mümkündür. Bu kullanımların, sırrın aleniyet kazanmasına yol açmadıkları sürece, söz konusu bilgi bakımından daha sonra bir patent başvurusu yapılmasına engel olmayacağı düşünülmektedir.⁴⁵ Patent başvuruları, başvuruyu alan makam tarafından yayımlandıkları ana kadar gizli tutuldukları için, yayın anına kadar geçen süre bakımından patente konu edilen ürünün de bir ticari sır olarak hukuki korumadan faydalanacağı söylenebilir.⁴⁶ Bununla birlikte, patentlerin tescile bağlı olarak aleniyetleri de sağlanmış olduğundan, tescilli bir patente (veya tasarıma) konu olan gizli bilgilerin, tescil anından itibaren ticari sır niteliklerini mutlak surette kaybedeceklerini söylemek mümkündür.⁴⁷

kimse o beceriye sahip bir kimsenin hizmetlerinden faydalanabileceğinden) aslında söz konusu bilgiye erişimi bulunduğu” noktasından hareket edilmiştir. Bkz. L. Bently, B. Sherman, 2009, s.1152.

⁴⁴ M. J. Davison, A. L. Monotti, L. Wiseman, 2008, s.349.

⁴⁵ W. Cornish, D. Llewelyn, T. Aplin, 2013, s.321.

⁴⁶ D. E. Bouchoux, 2013, s.471; ABD mahkemelerince bu yönde verilmiş karar örnekleri için bkz. D. W. Quinto, S. H. Singer, 2009, s.6.

⁴⁷ J. Davis, 2003, s.323; M. E. Bilge, 2005, s.99; P. Torremans, 2008, s.500; E. W. Kintner, J. L. Lahr, 1975, s.150.

Gizli bilginin içeriği bir kere açığa çıktıktan sonra, artık onun ticari sır niteliğinde olduğundan bahsetmek mümkün değildir.⁴⁸ Bu açıdan, ihlâl dışında bir sebepten ötürü aleniyet kazanmış bir bilginin, ileriye dönük olarak ticari sırlara sağlanan hukuki koruma imkânından yoksun kalacağı belirtilebilir. İhlâl nedeniyle aleniyet kazanmış bir bilgi açısından ise, maddi hukuk yaptırımlarının bir kısmının uygulanma imkânlarını yitirecekleri söylenebilir.⁴⁹

3) Bilginin Bağımsız Bir Ekonomik Değer Taşıyor Olması

Bir bilginin ticari sır niteliğinde olduğundan bahsedebilmek için aranan bir diğer zorunlu unsur, söz konusu bilginin bağımsız bir ekonomik değer taşıyor olmasıdır. Bir başka deyişle, sır sahibi, söz konusu bilginin gizli kalmasında ekonomik bir menfaate sahip olmak durumundadır.⁵⁰ Gizli tutulmak istenen bilginin aleniyet kazanması; sır sahibinin işletmesine zarar verici ve/veya sır sahibinin rakipleri açısından faydalı sonuçlar doğuracak olmalıdır.⁵¹

Ekonomik değer gerçek veya muhtemel nitelikte olması mümkündür.⁵² Bir başka deyişle bilgi sır olarak korunduğu an itibariyle henüz ekonomik bir değer

⁴⁸ C. Colston, 1999, s.133.

⁴⁹ Örneğin, “eski hâle iade” yaptırımı bu gibi hâllerde işlerlik kazanamayacaktır, zira sır içeriği çoktan aleni hâle gelmiştir.

⁵⁰ F. Dessemontet, 2008, s.199; N. Bouche, 2014, s.298; H. Shan, 2008, s.54; R. Schlötter, 1997, s.141; R. W. De Very, 2006, s.143; C. A. Nard, D. W. Barnes, M. J. Madison, 2006, s.887; A. Maier, 1998, s.277; V. Falce, 2014, s.176; L. Bently, B. Sherman, 2009, s.1145; P. Machnikowski, J. Balcarczyk, A. Gornicz-Mulcahy, 2014, s.192; I. Rahbari, 2009/2010, s.36; H. Sieben, 2012, s.71; P. Schmid, 1907, s.13; O. Weniger, 1994, s.130; F. H. Şehirali, 2004, s.43. Aksi yönde birtakım açıklamalar için bkz. P. Lavery, 1996, s.81, 82.

⁵¹ T. Meili, 2000, s.11; K. Bowrey, M. Handler, D. Nicol, K. Weatherall, 2015, s.582; R. W. De Very, a.g.e, s.196; C. Wodtke, S. Richters, 2004, s.24; H. Beyerbach, 2012, s.97.

⁵² A. Kashanin, 2015, s.180; D. W. Quinto, S. H. Singer, 2009, s.10. Nitekim, teknik bilgilerin değerini belirleyen kriterin, teknoloji sahasındaki rekabet ortamı olduğu söylenmektedir. Bkz. M. Baş, **Teknik Bilgi (Know-How) Lisans Sözleşmesi**, Ankara, 2000, s.43 ; *Gürbüz Usul’e göre, “...sır, sahibine ekonomik menfaatin yanı sıra manevi menfaat de sağlayabilir. Örneğin, bir tacirin kısa süreli olarak ekonomik darboğaza girdiğinin duyulması, diğer işletmelerle ilişkilerini olumsuz*

taşıyor olsa dahi, geliştirilme sürecinde nihayet kazanacağı son şekli böyle bir değere sahip görülebilir ise, kriter sağlanmış kabul edilecektir. Ancak, bir bilginin, sahibine göre ticari sır olarak kabul edilmesi, söz konusu bilginin rakipler bakımından da aynı değeri taşıyacağı anlamına gelmemektedir.⁵³ Bilgi, rakipler için herhangi bir değer taşıyorsa, o zaman ticari sır niteliğinin savunulması oldukça güçtür. Zira, bağımsız ekonomik değer ifadesi her ne kadar mutlak bir değeri ifade etmiyor olsa da, esasen rakipler tarafından bilgiye verilen değer çerçevesinde somutlaşabilmektedir.

Bu noktada, bağımsız ekonomik değer varlığının nasıl tespit edilebileceği sorusu gündeme gelmektedir. Amerika Birleşik Devletleri'nden verilen bir örnekte, bağımsız ekonomik değer mevcudiyeti araştırılırken beş hususta yapılacak değerlendirmelere göre ortaya çıkacak sonuca bakmak gerektiği ifade edilmiştir.⁵⁴ Buna göre mahkeme, önüne gelen davada;

1-Bilginin davacı yönünden taşıdığı değer,

2-Bilginin geliştirilmesi sürecinde sarfedilen masraflar ve emekler,

3-Bilginin gizlilik niteliğinin korunması için alınmış tedbirler,

4-Bilginin hukuka uygun şekilde elde edilmesi veya kopyalanmasının ne ölçüde kolay / zor olduğu

5-Patent başvuruları veya ürün pazarlaması vb. aracılığıyla bilginin ne ölçüde kolay erişilebilir kılındığı hususları bakımından bir inceleme yaparak bağımsız ekonomik değer mevcut olup olmadığını belirleyebilecektir.

etkileyebileceği gibi, bankalar tacirin (kısa süreli de olsa) zayıflayan ekonomik durumu karşısında kredi vermekten kaçınabilirler. Bu da tacirin ticari itibarının zayıflamasına yol açar." Bkz. A. E. Gürbüz Usluel, 2009, s.11.

⁵³ A. Maier, 1998, s.279.

⁵⁴ D. W. Quinto, S. H. Singer, 2009, s.13.

Ticari hayatın ana gayesinin ekonomik menfaat elde etmek olduğu düşünülduğünde, ticari sır niteliğinde olduğu öne sürülen pek çok bilginin “bağımsız ekonomik değer” unsurunu zaten taşıyacağı düşünülebilir.⁵⁵ Ancak, uygulamada, ticari sırrın diğer zorunlu unsurlarını taşıyan bir bilginin, sırf bağımsız bir ekonomik değer taşımadığı için ticari sır olarak görülmediği kararlar bulunduğu da dikkat çekilmelidir.⁵⁶

4) Bilginin Gizli Kalması Yönünde Bir İradenin Varlığı

Bir bilginin ticari sır niteliğinde olduğundan bahsedebilmek için, söz konusu bilginin henüz aleniyet kazanmamış olduğunun ve bağımsız bir ekonomik değere sahip olduğunun tespiti yeterli değildir. Bunlara ek olarak, sır sahibinin, söz konusu bilginin sır olarak saklanması hususunda subjektif bir iradeye de sahip olması gerekmektedir.⁵⁷ Bir bilginin, toplum geneline açıklanmaması yönünde bir irade tespit edilebiliyorsa ⁵⁸ , o bilgiye gerçekten gizlilik niteliği atfedildiği

⁵⁵ P. Torremans, 2008, s.501.

⁵⁶ Bir davada (*Optic Graphics Inc. v. Agee*, 591 A.2d 578, 585 (Md. App. 1991)), mahkeme, davacı şirkete ait fiyatlandırma bilgisinin çok değişken ve firmaya özgü bir nitelik taşıdığından hareketle davalı rakip firma için hiçbir ekonomik değer taşımadığı sonucuna varmıştır. (A. E. Gürbüz Usluel, 2009, s.41’den atfen).

⁵⁷ T. Meili, 2000, s.11, 61; H. Beyerbach, 2012, s.96; O. Weniger, 1994, s.129; F. H. Şehirali, 2004, s.41; M. F. Uşan, 2013, s.33; Türk hukuku açısından *Bilge*, konuya ilişkin görüşlerini şu şekilde aktarmaktadır: “...TRIPS m.39 f.2.c’ye göre, hukuki sır sahibinin, bilginin saklı tutulmasına ilişkin olarak uygun tedbirleri alması gerekmektedir. Bu unsurun, genel olarak ticari sır niteliğinden bahsedebilmek için sır sahibinin somut tedbirlerini arayan ABD hukukundan alındığı belirtilmektedir. Türk hukukunda, ticari sır niteliğinin korunmasına ilişkin olarak sır sahibinin iradesinin gerekliliği açıkça düzenlenmemiştir. Dolayısıyla, sır sahibi tarafından alınan sır tutma tedbirleri sadece sır tutma iradesi ve menfaatinin varlığı yönünden bir işaret olarak görülmektedir. Hatta sır tutma iradesini, sır tutma menfaatinin tahmin yoluyla elde etmek de mümkündür. Bu açıdan Türk hukuku, TRIPS ile uyum içerisinde gözükmemektedir.” Bkz. M. E. Bilge, 2005, s.29.

⁵⁸ R. W. De Very, 2006, s.143; H. Shan, 2008, s.62; I. Rahbari, 2009/2010, s.45; H. Sieben, 2012, s.71.

anlaşılmaktadır⁵⁹. Söz konusu iradenin varlığı ise, genellikle sırrın korunması için yeterli / makûl düzeyde tedbirlerin alınmış olmasında kendisini göstermektedir.⁶⁰

Makûl tedbirlerin varlığından bahsedebilmek için, her şeyden önce, bilginin hâlihazırda rahatlıkla erişilebilir bir konumda bulunmuyor olması gerekmektedir. Bu kriterin uygulamaya yansımaları, farklı hukuk düzenlerinde farklı şekillerde olabilmektedir. Amerika Birleşik Devletleri açısından, sır niteliğindeki bilginin başkaları tarafından elde edilmesi esnasında "önemli ölçüde zorluğa katlanılmış olup olmadığına" bakılırken⁶¹; Alman mahkemelerinin verdikleri kararlarda, "zaman ve çaba harcayarak birtakım engeller aşılmadığı sürece sırrın ortaya çıkarılamıyor olmasının" arandığı ifade edilmektedir.⁶² İngiliz hukukunda ise, "makûl bir kimsenin olayın tüm şartları bir arada düşünüldüğünde söz konusu bilginin açıklanmaması gerekeceğini tahmin edip edemeyeceği" noktasından hareket edilmektedir.⁶³ Ticari sırların gizlilik unsurunu korumak amacıyla hangi önlemlerin alınması gerektiği ve bu kapsamda makûl önlemlerin neler olduğu hususunun ticari örf ve adetlere göre değerlendirilebileceği de ifade olunmaktadır.⁶⁴

⁵⁹ R. Schlötter, 1997, s.142; P. Torremans, 2008, s.496.

⁶⁰ C. A. Nard, D. W. Barnes, M. J. Madison, 2006, s.890; F. Dessemontet, 2008, s.199; P. Machnikowski, J. Balcarczyk, A. Gornicz-Mulcahy, 2014, s.192; V. Falce, 2014, s.176; N. Bouche, 2014, s.300; E. W. Kintner, J. L. Lahr, 1975, s.142; A. Kashanin, 2015, s.180; T. Meili, 2000, s.61.

⁶¹ Ticari sırrın gizlilik niteliğinin devamı amacıyla alınan tedbirlerin ne derece yeterli ve makûl görülebilecekleri hususunda, ABD uygulaması açısından çoğu eyalet mahkemesinin, Haksız Fiillere İlişkin 1939 Tarihli Restatement (*Restatement (First) of Torts*) §757cmt.b (1939)) düzenlemesinde yer verilen 6 unsuru birlikte değerlendirmek şeklinde bir uygulamaya sahip oldukları belirtilmektedir. Bkz. D. W. Quinto, S. H. Singer, 2009, s.171. Bir olayda (*E.I. du Pont de Nemours & Co. v. Christopher*, 431 F.2d 1012 (5th Cir. 1970)), mahkeme, davalı tarafın, kiraladığı bir uçak ile rakibinin henüz kurulmakta olan tesisinin üzerinden uçarak elde ettiği binaların dağılım ve görünüşüne dair bilgilerin kullanılamayacağına hükmetmiştir. Her ne kadar, uçak, hukuka uygun bir şekilde uçurulmuş olsa da, ticari ahlakın ve makûl eylemlerin kabul edilen asgari standardının altında kalan bir yaklaşım ile rakibinin tesis planlamasını öğrenmeye çalışmak, sorumluluk doğurmuştur. Mahkeme, tesisi kuran taraftan, tesisin gökyüzünden görülmesini engelleyecek şekilde tüm arazisi üzerine bir çatı kurmanın beklenemeyeceğini, yer seviyesinde erişimi engellemek için gösterilen çabanın yeterli görülmesi gerektiğini belirtmiştir. Bkz. D. E. Bouchoux, 2013, s.474.

⁶² M. Peter, M. Michaelis, 2009, s.640.

⁶³ C. Colston, 1999, s.148; P. Torremans, 2008, s.496.

⁶⁴ A. E. Gürbüz Usluel, 2009, s.37.

Sır niteliğinin devam ettirilmesi için gösterilecek makûl çabalar; işçileri bir ticari sırrın var olduğu hakkında bilgilendirmek, ticari sırra erişimin “bilmesi gerekenler” ile sınırlandırılması, tesis girişlerinin kontrole tâbi tutulması vb. şekillerde ortaya çıkabilmektedir.⁶⁵ İşverenlerin, belirli birtakım bilgiler üzerindeki sır niteliğinin devamını arzu etmeleri hâlinde, o bilgilerin sır olduğu hususunda çalışanlarını uyarmaları son derece önemlidir.⁶⁶ İşveren, söz konusu bilginin sır niteliği hakkında çalışanlarını açık bir şekilde⁶⁷ bilgilendirmemiş olsa dahi, bilginin kullanılması ve muhafazasına yönelik olarak izlediği usûller, onun aslında gizli olduğuna işaret ediyorsa, işverenin sır saklama iradesinin var olduğu kabul edilecektir.⁶⁸ Bu açıdan, elektronik ortamda saklanan bilgilerin şifrelenerek kullanılmaları ve mesaj kaynaklarının doğrulanması için gerekli protokollere sahip güvenli platformlar üzerinden aktarılmaları, özel önem taşımaktadır.⁶⁹

Ticari sırların, işyerinde sürekli hazır bulunan yahut işyerini aralıklı olarak ziyaret eden kimselerden korunması hususuna da özen gösterilmelidir. Söz konusu kişi topluluğunun oldukça geniş bir kapsamı olacağı açıktır. Bu doğrultuda; yöneticiler, pay sahipleri, yatırımcılar, lisans alanlar, lisans verilmesi amacıyla görüşülenler, danışmanlar, süreli çalışan işçiler, stajyerler, iş ortaklarının çalışanları,

⁶⁵ D. W. Quinto, S. H. Singer, 2009, s.19.

⁶⁶ C. Colston, 1999, s.154; P. Lavery, 1996, s.165.

⁶⁷ Başkalarıyla paylaşılması gereken ticari sırların gizlilik niteliklerini korumakta kullanılan en elverişli yollarından birisi, bilginin paylaşıldığı kişiler ile “gizlilik anlaşması” (*non-disclosure agreement*) aktedilmesidir. Bu anlaşma ve benzeri diğer hukuki koruma yollarına ileride “Sırrın Nasıl Korunduğu” başlığı altında değinilecektir.

⁶⁸ M. E. Bilge, 2005, s.26; İşçi buluşları ise konu açısından tartışmalıdır. Böyle buluşların meydana getirilmiş olduğu bazı hâllerde işveren, bilginin içeriğini bilmemekle kalmayıp, aynı zamanda bu bilginin varlığından de habersiz bulunmaktadır. Bilge’ye göre, “...*bu tartışmanın çözümü için hizmet buluşları ve serbest buluşlar arasında bir ayrım yapılmalıdır. Hizmet buluşlarında, buluşun işletme ile ilişkisi nedeniyle işletme sahibinin işletmede üretilen her türlü sonuç üzerinde hak sahipliği iradesinin, yani zımni bir sır tutma iradesinin varlığı kabul edilebilir. Yine bu tür bilgilerin işletme için taşıdığı önem de işletme sahibinin zımni iradesinin varlığının kabul edilmesinde belirleyici olmaktadır. Buna karşılık, serbest buluşların işletme ile bir bağlantısının olmaması nedeniyle, zımni bir sır tutma iradesinden de söz edilememesi gerekir.*” Bkz. M. E. Bilge, a.g.e, s.27.

⁶⁹ D. E. Bouchoux, 2013, s.472.

gazeteciler, okul gezisine katılan öğrenciler, işçilerin aile üyeleri, temizlik ve bakım personeli vb. kimseleri örnek göstermek mümkündür.⁷⁰

Tıpkı patent ve telif hakları gibi, ticari sırların da başkalarına devri yahut lisanslanmaları mümkündür.⁷¹ Böyle anlaşmalar da, tıpkı patent ve telif haklarında olduğu gibi genellikle bölgesel yahut zamansal birtakım kullanım sınırlamaları içermektedirler. Ticari sır lisans anlaşmaları bakımından üzerinde önemle durulan bir konu, bu anlaşmalara konu kılınan bilginin sır niteliğinin devamı için gerekli koruyucu hükümlere mutlaka yer verilmiş olmasıdır.⁷² Ticari bir sırrı lisans alan şirketin durumunda görüleceği gibi, kimi hâllerde sır sahibi (lisans alan), kendisine ait olmayan bir ticari sırrı (lisans verenin sırrı) korumak durumunda da kalabilmektedir. Böyle hâllerde, lisans alan kimsenin, kendi sırlarının korunmasında gösterdiği özenin aynısını lisans verenden temin etmiş olduğu ticari sır bakımından da göstermesinde fayda olacağı belirtilmektedir.⁷³

İrade unsurunun, aleniyet ve ekonomik menfaat unsurları ile bir arada sağlanıyor olması gerekmektedir. Bir üründe yer alan gizli bilgiye ulaşımın zorlaştırılması, tek başına o gizli bilginin ticari sır olarak nitelenmesi için yeterli görülmeyecektir.⁷⁴

⁷⁰ D. W. Quinto, S. H. Singer, 2009, s.207.

⁷¹ A. Kashanin, 2015, s.182.

⁷² D. E. Bouchoux, 2013, s.471.

⁷³ E. M. Dobrusin, R. A. Krasnow, **Intellectual Property Culture**, New York, 2008, s.260.

⁷⁴ D. I. Bainbridge, 2012, s.365. Öte yandan, ticari sır niteliğinde olmayan bir gizli bilginin sözleşmesel bir hüküm ile gizli tutulacağı kararlaştırılan hâllerde, o bilgiyi ifşa eden kişinin sorumlu tutulabilmesi için, ticari sırlar bakımından görüldüğü gibi “bilginin korunmasında yeterli bir çabanın” gösterilip gösterilmediğine zaten bakılmayacağı ifade edilmektedir. Bkz. D. W. Quinto, S. H. Singer, a.g.e, s.51.

B- Örnek Ticari Sır Görünümleri

Bir bilginin ticari sır niteliğinde olduğundan bahsedebilmek için aranan unsurları ele aldıktan sonra, uygulamada sıklıkla rastlanan ve söz konusu unsurlara sahip olmaları kaydıyla mahkemeler tarafından ticari sır olarak kabul edilen bilgi türleri arasından örnekler vermekte fayda bulunmaktadır.

Bu kapsamda; tariflerin⁷⁵, formüllerin, üretim usüllerinin⁷⁶, müşteri listelerinin⁷⁷, fiyat listelerinin, pazarlama stratejilerinin, finansal öngörülerin, devralınabilecek olası şirketlere ilişkin listelerin ticari sır niteliği taşıyabilecekleri düşünülmektedir.⁷⁸ Benzer şekilde, yapılmış ve yapılması amaçlanan sözleşmelerin varlığına dair bilgilerin, deneme çizimlerinin, hazırlık durumlarının, maliyet belgelerinin, işletme ve satış organizasyonu hakkındaki bilgilerin⁷⁹, reklam metodları ve gizli müşteri anketlerinin⁸⁰, lisans anlaşması yapılmasına dair görüşmelerin mevcudiyeti bilgisinin, mali planların, bilinen ve kolay ulaşılabilir ürün veya etken maddelerin yeni bir usûlde kullanılabileceği bilgisinin, bilinen metod veya tekniklerin yeni bir

⁷⁵ Teknik sırlar içerisinde yer alan ve günümüzde özellikle gıda, kozmetik ve ilaç endüstrileri açısından önem taşıyan bilgi türlerinden birisi "tarifler"dir (*recipes*). Bkz. T. Aplin, L. Bently, P. Johnson, S. Malynicz, **Gurry on Breach of Confidence: The Protection of Confidential Information**, Oxford, 2012, s.6.13.

⁷⁶ J. Davis, 2003, s.342; A. Maier, 1998, s.282.

⁷⁷ M. A. Lemley, **The Surprising Virtues of Treating Trade Secrets as IP Rights**, Stanford Law Review, Vol.61, 2008, s.331. Uşan'a göre, "...müşteri listelerinin zamanla geçerliliğini kaybedebilme özelliği nedeniyle, mahkemeler, ticari sır sayılmaları için birtakım hususları birlikte aramaktadırlar. Buna göre müşterilere ait bilgilerin genel olarak kamunun kaynaklarından ulaşılabilip ulaşılamadığı, söz konusu listenin oluşturulması için işverenin emek ve para harcıyıp harcamadığı, ürünün endüstride satılabilirliği için müşteriler ile irtibatın gerekli olup olmadığı, müşteri bilgilerini kimin geliştirdiği, işverenin söz konusu bilgileri korumak için tedbir alıp almadığı ve işçinin söz konusu bilgileri nasıl elde ettiği gibi hususlar birlikte değerlendirilir." Bkz. M. F. Uşan, 2013, s.39.

⁷⁸ P. A. Alces, H. F. See, 1994, s.77,78; D. E. Bouchoux, 2013, s.469.

⁷⁹ Ticari sırlar arasında sayılmakla birlikte, bir firma tarafından kullanılan organizasyonel ve idari usüllerin ne kadarının toplum genelinin erişimine açık bilgilerden ne kadarının ise özel bilgilerden oluştuğunu belirleyebilmek kolay bir iş değildir. Benzeri bir durum, firmanın müşteri / tedarikçi listeleri için de geçerlidir. Bu iki grup bilgi ile ilgili olarak İngiliz mahkemelerince verilen ve bunları ticari sır olarak kabul eden yahut etmeyen kararlar hakkında detaylı bilgi için bkz. T. Aplin, L. Bently, P. Johnson, S. Malynicz, 2012, s.6.17 - 6.21.

⁸⁰ M. E. Bilge, 2005, s.7.

usûlde bir araya getirilebilecekleri bilgisinin⁸¹, mekanizma bileşenlerine ilişkin ölçümlerin, metalurjik verilerin ve mühendislik çizimlerinin; biyolojik kültürler ve mikro organizmalar hakkındaki bilgilerin de örnek verilmeleri mümkündür.⁸²

Bir buluş niteliği taşımayan teknik iyileştirme tekliflerinin dahi, gerekli koşulları sağlamak kaydıyla işletmenin ticari sırrı olarak nitelendirilebilecekleri ifade edilmektedir.⁸³ Dolayısıyla, ürün geliştirme esnasında yapılan deneylerden elde edilen veriler ile bu verilerden çıkarılan sonuçların da ticari sır olarak kabul edilebilmeleri mümkündür.⁸⁴ Örneğin, henüz geliştirilme aşamasındaki bir bilgisayar yazılımıyla ilgili olarak hazırlanmakta olan pazarlama materyalinin de söz konusu hazırlanma evresinde ticari sır olarak kabul edilebildiği görülmüştür.⁸⁵ Amerika Birleşik Devletleri uygulamasında, bir bilgisayar yazılımını oluşturan kaynak kodun da ticari sır teşkil edebildiği bilinmektedir.⁸⁶

İlk bakışta, ticari sırların, yalnızca bilimsel ve teknolojik hususlar ile ilgili teknik konular bakımından gündeme gelecekleri düşünülebilir. Ancak, yukarıda verilen örneklerden de anlaşılabileceği üzere, kavramın kapsamı sadece teknolojik bilgiler ile sınırlı değildir. Müşteri listeleri, pazarlama stratejileri, işe alım stratejileri gibi rakip firma bakımından değerli sayılabilecek pek çok bilgi, -yüksek teknoloji geliştirme sahası içerisinde olsun veya olmasın- şirketler bakımından ticari sır teşkil

⁸¹ Amerika Birleşik Devletleri'nde, hakkında karar verilmiş ilk ticari sır ihlâli davası 1837 tarihli olup, çikolata üretimine ilişkin üretim metodları ile ilgilidir (*Vickery v. Welch*, 36 Mass. 523 (1837)). Bkz. D. E. Bouchoux, 2013, s.469.

⁸² E. W. Kintner, J. L. Lahr, 1975, s.124 -136; D. W. Quinto, S. H. Singer, 2009, s.7.

⁸³ A. E. Gürbüz Usluel, 2009, s.143.

⁸⁴ D. I. Bainbridge, 2012, s.357.

⁸⁵ D. E. Bouchoux, 2013, s.471.

⁸⁶ Böyle durumlarda, telif hakkı sahibinin kaynak kodun tümünü değil de bir kısmını tevdi etmesine izin verilmekte, böylelikle kodun ticari sır niteliği devam ettirilmektedir. Benzer şekilde, ticari sır niteliğindeki kısımlar karalanmış ve okunamaz hâlde iken, kodun tümünün tevdi edilmesi de mümkün görülmektedir. Bkz. D. E. Bouchoux, 2013, s.470; Bilgisayar programı kaynak kodlarının, sahibi tarafından aleni hâlde getirilmedikleri sürece ticari sır olarak kabul edilecekleri yönünde benzer görüş için bkz. D. I. Bainbridge, 2012, s.357.

edebilmektedir.⁸⁷ Bir İngiliz mahkemesi kararında; şirketin üreticileri ve tedarikçilerinin iletişim adresleri⁸⁸, şirketin üzerinde pazarlık ederek oluşturduğu fiyatlar, şirketin yurtdışında faaliyet göstermesine aracılık edenlerin isimleri, şirketin yeni faaliyet alanları (tasarı hâlinde yahut eyleme geçirilmiş), şirket müşterilerinin özel tercihlerine ilişkin bilgiler, şirketin güncel müzakere detayları vb. bilgilerin de duruma göre ticari sır niteliğinde olabilecekleri belirtilmiştir.⁸⁹

Yukarıda verilen tüm örnekler, ticari sır niteliğinde olabilecek bilgi türlerinin çeşitli görünümmler arzedeceklerini ortaya koymaktadır. Ancak, tüm olaylar bakımından genel geçer nitelik taşıyacak bir ticari sır bilgi kategorisinden bahsedilmesi de şu an için mümkün gözükmemektedir. Dolayısıyla, ticari sır niteliğinde olduğu öne sürülecek bilginin yukarıda değinilen zorunlu unsurlar çerçevesinde dikkatlice gözden geçirilmesi gerekecektir.

II. Ticari Sırrın Korunması

A- Ticari Sırrın Hukuken Korunmasının Önemi

Ticari sırların hukuki korumaya tâbi tutulmaları olgusu birkaç yüzyıllık bir geçmişe sahip olmakla birlikte, söz konusu bu korumanın yapısı 20'nci yüzyılın ikinci yarısında netlik kazanmıştır. Yine aynı dönemde, şirket malvarlığı değerleri arasında yavaş yavaş kendilerine yer bulmaya başlayan ticari sırların sayıca artmaya

⁸⁷ D. E. Bouchoux, a.g.e, s.482.

⁸⁸ Eski işvereni ile iş yapan bazı müşterilerin isimlerini hatırlayan bir eski çalışan bakımından sıkıntı çıkmayabilir iken; aynı kimsenin, bilinçli olarak tüm müşteri isimlerini ezberlemiş yahut listenin bir nüshasını alarak yeni işyerine götürmüş ve kullanmaya başlamış olduğu hâllerde, bir ihlâlin varlığından bahsedilebileceği düşünülmektedir. Bkz. D. I. Bainbridge, 2012, s.369.

⁸⁹ T. Aplin, L. Bentley, P. Johnson, S. Malynicz, 2012, s.6.16.

başladıkları gözlenmiştir.⁹⁰ Öyle ki, Alman Federal Mahkemesi, 1955 tarihli bir kararında, bir işletme sırrının, çoğu hâlde bir sinai mülkiyet hakkından (örneğin bir patentten) daha değerli olduğunu ve gizli üretim yöntemlerinin işletmeler açısından “asıl değer faktörü”nü teşkil ettiklerini ifade etmiştir.⁹¹

Ticari sırların korunmasındaki temel düşünce, bizzat o sırrı veya sırrın şekillendiği ürünü korumak olmayıp, sır niteliğindeki bilginin elde edilmesi için ortaya konan emek ve masrafları korumaktır.⁹² Ticari sırlara herhangi bir hukuki koruma bahşedilmemesi hâlinde, şirketlerin -netice itibariyle toplumu faydalandıran- araştırma geliştirme çalışmalarına zaman, para ve emek sarfetmelerinin bir anlamı kalmayacağı rahatlıkla söylenebilir.⁹³ Hukuki koruma sağlanması suretiyle sadece yeni buluşların meydana getirilmeleri değil, aynı zamanda bu bilgileri meydana getiren kimselerin söz konusu yeni bilgileri -sahip oldukları kontrolü kaybetme endişesi taşımadan- ticari işbirliği içerisinde bulundukları kimseler ile paylaşmaları da teşvik edilmiş olmaktadır. Bu durumun ise, rakip firmalara, sanayi casusluğuna başvurmak yerine kendi çabaları ile yeni ürünler geliştirmeleri yönünde bir uyarı niteliğinde olduğu ifade edilmiştir.⁹⁴

Gerçekten de, örneğin lisans anlaşmaları bakımından ele alındığında, ticari sır niteliğindeki bilgilerin piyasa değerinin, salt o bilgilerin içeriğinden çok, sahip

⁹⁰ P. Torremans, 2008, s.525; Amerika Birleşik Devletleri’nde faaliyet gösteren büyük şirketlerinin çoğunluğu açısından 1975 tarihli bir araştırmada; sahip olunan maddi malvarlığı değerlerinin, söz konusu şirketin toplam malvarlığı değerine oranının %80 civarında olduğu saptanmıştır. 2010 yılına gelindiğinde ise, bu oranın %20’lere kadar düştüğü, geri kalan kısmın fikri mülkiyet hakları gibi gayri maddi malvarlığı değerlerinden oluştuğu görülmektedir. Bkz. D. E. Bouchoux, 2013, s.510.

⁹¹ BGHZ 16, 172, 176 “Geheimverfahren/Dücko (İ. Erbay, **Know-How Sözleşmesi**, Ankara, 2002, s.60’dan atfen).

⁹² Ö. Camcı, **Haksız Rekabet Davaları**, İstanbul, 2002, s.101 (M. E. Bilge, 2005, s.22’den atfen).

⁹³ D. E. Bouchoux, 2013, s.469. Gelişmiş ülkelerde, bir ilacın piyasaya sürülebilmesi için geçirilen ortalama sürenin yedi yıl olduğu ve yeni bir ilacın geliştirilmesi için yapılan ortalama masrafın 100 ila 800 milyon dolar arasında değiştiği ifade edilmektedir. İlacın geliştirilmesi sürecinde yapılan klinik masraflarının tüm masraflara oranının %50’den fazla olduğu hesaplanmıştır. Bkz. M. Peter, M. Michaelis, 2009, s.648.

⁹⁴ M. J. Davison, A. L. Monotti, L. Wiseman, 2008, s.9.

oldukları sır vasfından kaynaklandığı yorumu yapılmaktadır.⁹⁵ Buradan hareketle, günümüz ticaret hayatında çok önemli bir yeri bulunan teknoloji transferi olgusunun işleyişi açısından da yalnızca sınai mülkiyetin değil, henüz aleniyet kazanmamış (ve bir süre daha kazanmaması beklenen) bilgilerin de etkin biçimde korunmaları gerektiği sonucuna varılmaktadır.⁹⁶ Böyle bir korumanın sağlanmıyor olması hâlinde, ticari sır niteliğindeki bilginin sahibi, söz konusu bilgiyi daimi şekilde bir sır olarak tutmak isteyeceğinden, toplumun o bilgiden faydalanma imkânından mahrum bırakılması söz konusu olmaktadır.⁹⁷ Dolayısıyla, ticari sırların hukuken korunmadıkları bir dünyada, “daha az değil, daha çok sır” olacağı⁹⁸, ve bu durumun küresel ölçekte teknolojik gelişmelerin hızını yavaşlatacağı öngörülmektedir.⁹⁹

Özetle, ticari sırların korunması olgusunun, inovasyon, rekabet ve ekonomik kalkınma açısından çok önemli roller üstlendiğini söylemek mümkündür.¹⁰⁰ Korumanın kapsamını doğru belirlemek, sadece sır sahibi açısından değil, genel ekonomik gelişimin seyri bakımından da önem taşımaktadır.

⁹⁵ A. I. Poltorak, P. J. Lerner, **Essentials of Licensing Intellectual Property**, New Jersey, 2004, s.69.

⁹⁶ M. Peter, M. Michaelis, 2009, s.634. D. E. Bouchoux, 2013, s.469; C. A. Nard, D. W. Barnes, M. J. Madison, 2006, s.877.

⁹⁷ C. Colston, 1999, s.147.

⁹⁸ M. A. Lemley, 2008, s.313.

⁹⁹ Amerika Birleşik Devletleri’nde, her yıl sanayi casusluğundan dolayı 200 milyar ABD doları civarında ekonomik kayıp yaşandığı tahmin edilmektedir. Bkz. D. E. Bouchoux, a.g.e, s.484. Bir şirketin, rakibinin ticari sırrını haksız olarak elde etmesi, tüketiciler açısından düşünüldüğünde her ne kadar ürün fiyatlarının düşmesine yol açabilirse de; böylesi eylemlere müsaade edilmesinin, nihayetinde, yeni buluşların yapılması yönündeki iradeyi ve isteği ortadan kaldıracaktır; istihdam ve sermaye yatırımları gibi ekonominin genel gücünü etkileyen pek çok unsorda olumsuz değişmelere yol açabileceği hatırlatılmakta, sanayi casusluğunun önlenmesi gerektiği ifade olunmaktadır. Bkz. E. M. Dobrusin, R. A. Krasnow, 2008, s.227.

¹⁰⁰ T. Aplin, L. Bently, P. Johnson, S. Malynicz, 2012, s.1.24.

B- Sırrın Kime Karşı Korunduğu

Bir bilginin ticari sır niteliğinde olduğunun doğrulanması, beraberinde bu sırrın kimlerden saklandığı sorusunu getirmektedir. Bu soruya verilecek cevabın ise, ticari sır ihlâlini genellikle kimlerin gerçekleştirmekte olduğu meselesine ışık tutacağı öngörülebilir. Zira, sır kendisinden korunan kimselerin çok büyük bir kısmı açısından, söz konusu sırrın elde edilmesi yönünde bir motivasyonun varlığından söz edilmesi mümkün olmaktadır.

Anılan soruya verilecek cevabın içeriği doldurulurken, akla ilk gelen kişi grubu, hiç şüphesiz sır sahibinin ticari rakipleri olacaktır. Ticari sırrı elde ederek önemli bir rekabet avantajı sağlamak amacını güden rakiplerin, haksız rekabet teşkil edecek şekilde söz konusu sırları elde etmeye çalıştığı hâllere uygulamada sıkça rastlanılmaktadır. Ancak, yine uygulamaya bakıldığında, ticari sır ihlâlinde bulunma ihtimâli taşıyan kimselerin her zaman rakiplerden ibaret olmadıkları anlaşılmaktadır.¹⁰¹ Bu kapsamda, sır sahibinin çalışanları / eski çalışanlarını, sır sahibi ile ticari işbirliği ilişkisi içinde olanları hatta bazı hâller bakımından devlet kurumlarını dahi saymak mümkündür.¹⁰² Aşağıda, ticari sırrı ihlâl etme ihtimâli

¹⁰¹ 2002 Tarihli bir raporda (*PriceWaterhouseCoopers, Trends in Proprietary Information Loss, Survey Report, ASIS Foundation and the U.S. Chamber of Commerce (September, 2000)*), fikri mülkiyet ve sır niteliğinde teknik bilgilerin kaybindan sorumlu tutulan başlıca risk grupları arasında; eski çalışanlar ile yerli ve yabancı rakip şirketlerin sayıldığı görülmektedir. Bkz. E. M. Dobrusin, R. A. Krasnow, 2008, s.232. Ayrıca bkz. M. A. Lemley, 2008, s.318.

¹⁰² Bir kimsenin, gizli kalacağı inancıyla bir başkası ile bilgi paylaşımında bulunduğu pek çok hâl vardır. Bu hâller, ticaret hayatı, devlet kurumlarının işleyişi yahut bireylerin özel hayatı bakımından gündeme gelebilmektedirler. Ticaret şirketleri ve diğer ticari teşebbüsler, genellikle belli bir ticari değere sahip bilgilerin korunmasına özen göstermektedirler. Söz konusu bilgi, patent bekleyen bir buluş olabileceği gibi, bir iş planının detayları yahut gizli usûller veya tarifler de olabilir. Devlet kurumları, genellikle hassas konularda karar verebilme becerilerinin korunması ile ilgilenirler. Bireyler ise sıklıkla itibarlarını korumaya özen gösterir ve özel hayatlarının gizli kalmasını arzu ederler. Bkz. M. J. Davison, A. L. Monotti, L. Wiseman, 2008, s.340; Ticari sır ihlâli davalarında genellikle görülen üç farklı senaryo bulunduğu ifade edilmektedir. Bunlar; 1- Ticari rakipler arasındaki bilgi hırsızlığı iddiaları, 2- Hizmet ilişkileri esnasında gerçekleşen gizlilik ihlalleri ve 3- Çalıştığı dönemde elde ettiği bilgileri işten ayrılırken yanında götüren eski çalışanlar şeklinde sıralanmaktadır. Bkz. M. Sunder, 2013, s.337; C. Wodtke, S. Richters, 2004, s.35, 36.

barındıran kişi grupları arasından uygulamada sıklıkla rastlananlara kısaca değinilmiştir.

1) Sır Sahibinin Ticari Rakipleri

Sır sahibinin ticari rakiplerinin, sır sahibine ait ticari sırrı haksız olarak elde edip kullanmaları, genellikle iki farklı yoldan gerçekleşmektedir. Rakipler, ya sanayi casusluğu vb. hukuka aykırı yollardan söz konusu sırrı elde etmeye çalışmaktadırlar ya da vaktiyle sır sahibinin yanında çalışan ve sırra erişimi bulunan kimseleri işe almak suretiyle bilgiyi edinmek amacını gütmektedirler. Kimi hâllerde, bu kimseler ile henüz onlar sır sahibinin yanında çalışmakta iken temas kurulduğu, birtakım ayartma faaliyetlerinin gerçekleştiğı görölmektedir. Kimi hâllerde ise, sırrın değerinin farkında olan eski çalışan, rakip şirkette işe başlayıp rakibin bilgisi dahilinde sırrı ifşa edip kullanmaktadır.

Bu noktada önemli bir noktanın altını çizmekte fayda vardır. “Ticari rakip” ifadesi, sır sahibi ile rekabete girişen herkesi karşılıyor olması itibariyle, aslında eski çalışanlar ve ticari işbirliği yapılan kimseler için de kullanılabilecek bir kavramdır. Bu kimseler, sır sahibi ile rekabete girdikleri an itibariyle “ticari rakip” olarak nitelenebileceklerdir. Dolayısıyla, söz konusu ifadenin, devlet kurumları hariç olası ihlâlcilerin tümü açısından, uygun şartların varlığı hâlinde bir çatı kavram olarak kullanılabileceğı söylenebilir. Sır sahibinin yanından ayrılıp onunla aynı sektörde faaliyet göstermek üzere kendi işini kuran bir eski çalışanın durumunda, bu kimse açısından, hem eski çalışan başlığı altında yer verilecek açıklamaların geçerlilik kazanacağı, hem de bu kimsenin sır sahibinin ticari rakibi konumunda yer alacağı

söylenebilir. Öte yandan, ticari sır sahibi ile süregelen herhangi bir hukuki ilişkisi bulunmayan hatta vaktiyle de böyle bir ilişki içerisinde bulunmamış ticari rakiplere rastlanabildiği de görülmektedir.¹⁰³

2) Sır Sahibinin Çalışanları / Eski Çalışanları

Ticari sırrın nitelik itibariyle bir bilgi türü olduğundan bahsedilmiş idi. Bu açıdan, her bilgi türü gibi, ticari sırrın da meydana getirilmesi, geliştirilmesi ve kullanılmasından söz edilecektir. Uygulamada, bilgiyi esas geliştirenler bakımından sır sahibinin çoğunlukla işveren konumunda bulunduğu göze çarptığı için, ticari sırra erişimi bulunan önemli bir grup olarak sır sahibinin çalışanlarını göstermek mümkün olmaktadır.¹⁰⁴ Bu kimseler, sır sahibi yanında sürdürdükleri hizmet ilişkisi çerçevesinde ticari sırı meydana getiren ve geliştiren konumunda bulunabilecekleri gibi, ticari sırrın oluşumu yönünden herhangi bir fonksiyon üstlenmemekle birlikte yalnızca ona erişim hâlinde çalışıyor, yahut ticari sırra hiç erişimi bulunmayan ve sır içeriğinden haberdar olmayan bir konumda da yer alıyor olabilmektedirler.¹⁰⁵

Sır sahibinin çalışanları, ticari sırrın korunması bakımından birkaç açıdan önem arz etmektedirler. Öncelikle, sırra erişim hâlinde çalışanlar bakımından, sır içeriğinin biliniyor olmasından hareketle, sırrın alenileşmesi yönünde bir riskin varlığından

¹⁰³ Rakiplerin sırrı ihlâl etmeleri bakımından özellik arz eden husus, sır sahibiyle aralarında ticari sırrın paylaşımı yahut gizli tutulmasına yönelik bir hukuki ilişkinin var olup olmadığı noktasındadır. Gerek ihlâl kavramından neyin anlaşılacağı, gerekse hukuki ilişkinin varlığı-yokluğuna dair değerlendirmelere aşağıda “Ticari Sırrın İhlâli” başlığı altında yer verilmiştir.

¹⁰⁴ R. Dean, 1990, s.182; K. Bowrey, M. Handler, D. Nicol, K. Weatherall, 2015, s.583; E. W. Kintner, J. L. Lahr, 1975, s.151; C. Wodtke, S. Richters, 2004, s.33.

¹⁰⁵ Tüm işçi-işveren ilişkileri, işçinin üstlendiği sorumluluk bakımından aynı düzeyde değildir. Bazı işçiler, işverenin işletmesine ilişkin bilgilere neredeyse sınırsız derecede erişim imanına sahip şekilde önemli kararlar verebilecek konumlarda çalıştırılmaktadırlar. Öte yandan diğer bazı işçiler ise, esasen yalnızca kendilerine verilen iş görmeye dair özel talimatları yerine getirmek ile sınırlı bir görev tanımına sahiptirler. Bkz. T. Aplin, L. Bently, P. Johnson, S. Malynicz, 2012, s.10.04.

bahsedilebilir. Aleniyet, çalışma ilişkisi devam ederken söz konusu olabileceği gibi¹⁰⁶, çalışma ilişkisinin sonlanmasının ardından da gerçeklik kazanabilecektir.¹⁰⁷ Böyle durumlara, sır sahibinin rakibi konumundaki şirketlerde daha iyi imkânlar ile çalışma potansiyelinin çalışan tarafından değerlendirilmesi hâli ile; çalışanın işveren yanından ayrılıp kendi işini kurmak istediği hâlin örnek verilmesi mümkündür.¹⁰⁸

Sır sahipleri, çalışanlarının yahut vaktiyle çalıştırmış oldukları kimselerin vâkıf oldukları ticari sırları ifşa etmelerinin önün geçebilmek amacıyla çeşitli sözleşmesel enstrümanlardan faydalanmaktadırlar.¹⁰⁹ Söz konusu düzenlemelerin varlığı, konunun sözleşmeler hukuku ile ilgili boyutunu ortaya çıkarmaktadır. Anılan boyutun geleneksel olarak haksız rekabet ekseninde değerlendirilen ticari sırların ihlâli meselesindeki yeri hususuna ileride detaylı olarak değinilecektir.

3) Sır Sahibi ile Ticari İşbirliği İlişkisi İçinde Bulunanlar

Ticari sır niteliğinin sır sahibi açısından doğurduğu rekabet avantajı, söz konusu bilgilerin sır olarak muhafaza edilmek istenmelerindeki en temel gerekçeyi oluşturmaktadır. Ancak, ticari sırrın zorunlu unsurlarına ilişkin açıklamalar sırasında da değinildiği gibi, ticari sırrın gizlilik niteliği, herkes bakımından aranan bir gizlilik olmayıp, sır sahibinin kontrolü altında tutulabilen sınırlı bir çevre tarafından

¹⁰⁶ Uşan'a göre, "...günümüzde, özellikle yerine yenisi zor bulunacak tarzda özelliklere sahip işçiler, sözleşme süreleri dolmadan ya da ihbar önellerine uymadan, yeni işverenin sunduğu daha yüksek ücret veya daha çekici çalışma koşullarının etkisiyle işlerini terk edebilmektedirler." Bkz. M. F. Uşan, 2013, s.281.

¹⁰⁷ Örneğin, bir şirketin müşteri listesinin ticari sır niteliğinde olduğu hâllerde, rakip şirket tarafından o şirketin satış departmanında çalışan bir kimsenin işe alınması ve o şirket ile aynı coğrafi sınırlara sahip piyasada çalıştırılması hâlinde, ticari sırların ihlâlinin neredeyse kaçınılmaz olacağını söylemek mümkündür. Bkz. D. W. Quinto, S. H. Singer, 2009, s.240.

¹⁰⁸ C. A. Nard, D. W. Barnes, M. J. Madison, 2006, s.910; F. Dessemontet, 2008, s.200.

¹⁰⁹ Gizlilik anlaşmaları, rekabet etmeme anlaşmaları, buluş devir anlaşmaları vb. diğer anlaşmalar hakkında bilgilere, aşağıda "Sırrın Nasıl Korunduğu" başlığı altında yer verilmiştir.

bilinmeye de cevaz vermektedir. Bu durumun doğal bir sonucu olarak, sır sahibini konumundaki kimselerin, ilgili sırrı -söz konusu sır niteliğine zarar vermeden- başkaları ile paylaşabildikleri görülmektedir.

Sır sahibinin, söz konusu paylaşımı çalıştırdığı kimselerin bir kısmı ile zaten yapmak durumunda olduğundan bahsedilebilir. Zira, sır içeriğinin meydana getirilmesi ve geliştirilmesi sürecinin, bir kısım çalışanlar ile yapılacak paylaşımı neredeyse kaçınılmaz kılacağı düşünülmektedir. Öte yandan, aslında herhangi bir mecburiyeti bulunmadığı hâlde, sır sahibinin, kurduğu yahut kurmak üzere görüşmelerde bulunduğu birtakım ticari işbirliği ilişkileri bakımından da karşı tarafla ticari sırlarını paylaşabildiği görülmektedir. Söz konusu işbirliği ilişkilerinin farklı şekillerde gündeme gelmesi mümkün olup, bu kapsamda, ortak girişim (*joint-venture*) gibi sırların karşılıklı olarak da paylaşılabilirdiği örnekler¹¹⁰ yanında, lisans / franchise ilişkisi gibi genellikle lisans / franchise veren konumunda yer alan sır sahibinin tek taraflı olarak sırlarını paylaştığı vb. pek çok farklı hukuki ilişki tipine rastlanabilir. Dolayısıyla, örneğin, sır sahibinin, söz konusu ticari sırrı barındırır şekilde tasarladığı bir ürünün üretilmesi amacıyla karşı tarafla görüştüğü hâlin dahi, bu kapsamda değerlendirilebileceğini söylemek mümkündür.¹¹¹ Ticari sır, karşı tarafla paylaşıldığı sürece, sayıca sınırlı olmayan tüm işbirliği ilişkilerini kapsayacak şekilde, söz konusu sırrın aleniyet kazanması riskinden ve bu çerçevede bir ihlâl ihtimâlinin varlığından bahsedilecektir.¹¹²

¹¹⁰ Tarafların bir ortak girişim yapılanması içerisinde birbirleri ile bilgi paylaşımında bulundukları kimi hâllerde, her tarafın kendi ticari sırlarını karşı tarafa aktarması sonucu, her iki tarafın da karşı tarafa ait sırlara sahip olması ihtimâli mevcuttur. Bu gibi durumlarda, ilişkinin sona ermesi hâlinde, kendisi ile sır paylaşılmış hiçbir tarafın bu sırları diğerinin zararına ve kendi avantajına olacak şekilde kullanmaması gerekmektedir. Bkz. M. J. Davison, A. L. Monotti, L. Wiseman, 2008, s.356.

¹¹¹ C. Colston, 1999, s.148; E. W. Kintner, J. L. Lahr, 1975, s.164.

¹¹² Uygulamada sıklıkla rastlanan bu gibi hâller bakımından ticari sır ihlâlinin nasıl bir görünüm arz edebileceği hususuna, aşağıda “Ticari Sırların İhlâli” başlığı altında değinilmiştir.

4) Devlet Kurumları

Uygulamada, devlet kurumları ile sır sahibi arasındaki ilişkilerin de, ticari sırların ihlâli bakımından birer risk faktörü olarak değerlendirildikleri görülmektedir.¹¹³ Kimi hâllerde, devlet kurumları tarafından açılan ihalelere teklif veren şirketler, yapılacak iş için rekabet eden diğer firmalar arasından daha rahat seçilebilmelerine olanak sağlayacağını düşündükleri ticari sırlarını, teklifleri içerisinde paylaşmaktadırlar.¹¹⁴ Benzer şekilde, ticari sır konusu bilginin kısmen ya da tamamen devletin mali desteği ile geliştirilmiş olduğu hâllerde de böylesi paylaşımlara rastlanabildiği görülmektedir.¹¹⁵ Söz konusu paylaşımı yapan sır sahipleri, aslında ticari sırlarının ilgili devlet kurumu tarafından gizli tutulacağını düşünerek böyle bir yol izlemektedirler. Ancak kimi hâllerde, söz konusu sır içeriğinin, bilgi edinme hakkı vs. gerekçelerle ilgili devlet kurumu tarafından üçüncü kişilerle paylaşılabilirdiği görülmektedir.¹¹⁶

Bu açıdan, ticari sırrını devlet ile paylaşan şirketin, paylaştığı bilginin ticari sır niteliğinde olduğunu ve başkalarına ifşa edilmemesi gerektiğini açık olarak belirtmesi son derece önem taşımaktadır. Bu sayede, örneğin, bir bilgi edinme talebi kendisine gelen devlet kurumunun, ilgili mezuatta bilgi edinme başvurusunun reddine ilişkin istisna hükümleri var ise onlara dayanıp, bilginin ticari sır

¹¹³ E. F. Judge, D. Gervais, 2005, s.513; D. W. Quinto, S. H. Singer, 2009, s.217; A. Kashanin, 2015, s.184; E. W. Kintner, J. L. Lahr, 1975, s.216; P. A. Alces, H. F. See, 1994, s.98.

¹¹⁴ D. E. Bouchoux, 2013, s.479.

¹¹⁵ D. W. Quinto, S. H. Singer, 2009, s.188.

¹¹⁶ ABD’de dava konusu olmuş bir olayda (*Ruckelshaus v. Monsanto Co.*, 467 U.S. 986 (1984)), Çevre Koruma Kurumu, kendisi ile paylaşılan ve yarım milyar dolar değerinde olduğu belirtilen bir bitki ilacının formülünü, bir bilgi edinme başvurusuna cevaben açıklamıştır. Bkz. ibid, s.217. Devlet kurumlarının gerçekleştirdikleri ticari sır ihlâllerine karşı dava edilebilir bir talepten bahsedilip bahsedilemeyeceği, eğer bahsedilebiliyorsa hangi yargı kolu içerisinde dava açılabilirdiği vb. hususlar, bu çalışmanın kapsamı dışında tutulmuşlardır.

niteliğindeki kısımlarını dışarıda bırakarak bir cevap verebileceği ifade edilmektedir.¹¹⁷

C- Sırrın Nasıl Korunduğu

Ticari sır kavramının günümüzde taşıdığı önem ve gün geçtikçe artan sayıda örneklerde gözlemleniyor olduğu düşünüldüğünde, sır sahiplerinin, söz konusu sırların korunması için ciddi ölçüde çaba sarfedecekleri kuşkusuzdur. Ticari sır¹¹⁸, özü itibarıyla "bilgi" niteliğinde olduğu için, ticari sırrın korunmasına ilişkin çabalar da esasen "bilgi güvenliği" ekseninde gösterilmektedirler. Bu noktada, bilginin korunmasına ilişkin ikili bir ayırım yapılabileceği kanısındayız.

Bilginin korunmasında öncelikle önem verilmesi gereken konu, bilginin fiziki olarak rahatça erişilemez bir konumda tutulduğundan emin olmaktır. Bir başka deyişle, bilgi, gerekli fiziki tedbirlerinin alınmış olmasına binaen yalnızca sır sahibi tarafından yetkilendirilmiş kimselerin erişimine açık konumda olmalı ve bilginin içeriğine sadece sır sahibi tarafından belirlenmiş bir kapsamda erişilebilmelidir.

Fiziki korumanın yeterli düzeyde temin edilmesi yanında, en az onun kadar önem taşıyan ikinci bir koruma kategorisi ise, çeşitli hukuki enstrümanlar aracılığıyla bilgiye sağlanacak korumadır. Hukuki açıdan korumadan yoksun bilgilerin sır özellikleri, açığa çıkma tehlikesinin yanı sıra, mahkemeler tarafından aslında sır olmadıkları yönünde yorumlar yapılmasına da elverişli bir zemin hazırladığından, uygulamada sır sahipleri; gizlilik anlaşmaları, rekabet etmeme anlaşmaları ve benzeri

¹¹⁷ D. E. Bouchoux, 2013, s.479.

¹¹⁸ Bilge'ye göre, "...ticari sır, sahibine hukuki değil sadece fiili bir kendine bağlılık sağlamaktadır. Eğer daha kapsamlı bir korunmaya ulaşmak isteniyorsa, sır sahibi kendi koruma tedbirlerini fiilen de güvenli olarak biçimlendirmeli veya fikri mülkiyet haklarının özel şekillerinden birine tâbi olmalıdır." Bkz. M. E. Bilge, 2005, s.199.

diğer anlaşmalar aracılığıyla, deyim yerindeyse zaten kilit altında tutulan ticari sırlarının hukuki açıdan da etkili bir şekilde korunduklarından emin olmak istemektedirler.

1) Fiziki Koruma

Bir ticari sırra sahip olan kimsenin, herşeyden önce, ilgili sırrın korunmasında en uygun düşecek fiziki tedbirleri alması gerekir. Ticari sırlar, “sır” nitelikleri gereği bir rekabet avantajı yarattıkları için, meydana gelebilecek herhangi bir açığa çıkma durumunda, sır sahibi açısından geri alınamayacak ölçüde zararların doğması muhtemeldir. İşte bu yüzden, günümüzde ticari sır sahibi şirketlerin ciddi masraflar yaparak fiziki güvenlik altyapıları tesis ettikleri görülmektedir.¹¹⁹

Fiziki güvenlik tedbirleri, bilgiye olan “fiziki” erişimin kısıtlanması amacıyla alınmaktadır. Bu çerçevede, öncelikle bilginin saklandığı noktalara erişimin kısıtlanması önem arz etmektedir.¹²⁰ Anılan noktalara örnek olarak geleneksel çelik kasalardan, ileri düzey bilgisayarlara kadar pek çok farklı platformu göstermek mümkündür. Söz konusu platformların kendi şifrelerinden bağımsız olarak, bu nesnelerin içerisinde bulundukları fiziki mekanın da genel erişime kapatılması önemlidir.

Erişim kısıtlaması, genellikle sır sahibinin mevcut çalışanları baz alınarak kurgulanmaktadır. Ancak, ticari sırların kendisine karşı fiziki olarak korunması gereken tek grup, çalışanlar değildir. Çeşitli gerekçeler ile şirketin ofislerini, Ar-Ge departmanlarını, üretim tesislerini gezmek isteyebilecek birtakım ziyaretçiler

¹¹⁹ H. MacQueen, C. Waeld, G. Laurie, 2008, s.776; E. F. Judge, D. Gervais, 2005, s.496.

¹²⁰ A. Kashanin, 2015, s.181.

bulunması son derece doğaldır. Bu kimseler, şirketin potansiyel yahut mevcut iş ortakları olabileceği gibi, şirkette staj yapan yeni mezunlar yahut eğitim gezisine çıkarılmış öğrenciler vs. de olabilirler.

Ticari sırların fiziki korunmasına yönelik sistemlerin neredeyse tamamı açısından sır sahibi tarafından verilen bir “yetkilendirme” usûlünün temel alınması mantıklıdır. Çalışanların farklı yetki kademelerine göre ayrılması, korunmak istenen bilgiye yalnızca “erişimi gerekli” olan personelin ulaşabilmesi bakımından işlevsel bir yoldur.

Sır sahibinin uygulamaya koyduğu fiziki koruma tedbirleri, bunların varlığından haberdar olan kimseler üzerinden bir anlam ifade edeceği içindir ki, sır sahiplerinin genellikle mevcut gizlilik protokolleri hakkında kendi çalışanlarına düzenli eğitimler verdikleri görülmektedir. Söz konusu eğitimlerde, şirketin yetki kademeleri ve gizliliğin devamına ilişkin kuralları hakkında bilgilendirme yapılarak, ileride vuku bulabilecek birtakım problemlerin önüne geçilmesi hedeflenmektedir.

2) Hukuki Koruma

Bu çalışma açısından, ticari sırlara sağlanacak “hukuki koruma” ifadesi, biri geniş diğeri dar anlamda olmak üzere iki şekilde kullanılmıştır. Geniş anlamda kullanıldığında, ticari sırrın haksız bir biçimde elde edilmesinin / ifşa edilmesinin / kullanılmasının önüne geçmek yahut anılan eylemler gerçekleşmiş ise sır sahibi açısından doğacak veya doğması muhtemel zararın tazmin edilmesi amacına yönelik olarak hukuk sistemi içerisinde harekete geçirilebilecek tüm koruma kanalları kastedilmektedir. Bir başka deyişle, ifade geniş anlamıyla ele alındığında, belirli bir

maddi hukuk sistemi içerisinde ticari sırların korunmasına yönelik tüm hukuk kuralları ve bunların uygulanması sonucu elde edilen içtihadi birikim kastedilmektedir. İfadenin dar anlamı ise, sır sahibinin iradesi doğrultusunda düzenlenen birtakım hukuki enstrümanlar aracılığı ile, sırrın sözleşmeler hukuku çerçevesinde doğrudan yahut dolaylı olarak korunması olgusunu karşılamaktadır.

Bu altbaşlık kapsamında, kavramın dar anlamı esas alınarak, uygulamada sıklıkla rastlanan gizlilik anlaşmaları ve rekabet etmeme anlaşmaları gibi hukuki enstrümanlara daha yakından bakılarak, söz konusu düzenlemelerin ticari sırrın korunmasında nasıl ve ne oranda etkili bir fonksiyon üstlenebildikleri hususu incelenecektir.

a) Gizlilik Anlaşmaları

Günümüzde ticari sırların korunması amacına yönelik olarak hazırlanan sözleşmesel enstrümanlar içerisinde oldukça yaygın olarak görülen bir gruba, gizlilik anlaşmaları (*non-disclosure agreement / NDA*) oluşturmaktadır.¹²¹ Bu anlaşmalar aracılığı ile sır sahibi, ticari sırrını paylaştığı bir kimsenin (çalışan, ticari işbirliği kurulan kimse, vs.) ileride söz konusu sırrı hiçbir şekilde toplumun ve özellikle rakiplerin genel bilgisine sunmayacağını garanti altına almak istemektedir. Gizlilik fonksiyonunun işlevsel olması için, sözleşme metni içerisinde sıklıkla cezai şartlara¹²² yer verildiği görülmektedir. Gizlilik anlaşmasının, olası bir ihlâl iddiasında

¹²¹ ABD’de faaliyet gösteren şirketlerin neredeyse yarısının, çalışanlarına gizlilik anlaşması imzalama şartı getirdiklerinden bahsedilmektedir. Bkz. D. E. Bouchoux, 2013, s.485.

¹²² Gürbüz Usluel’e göre, "...gizlilik sözleşmelerinin akdedilmelerinin esas nedenini, ticari sır ihallerinde ... borca aykırılık hükümlerinin uygulanabilmesi oluşturmaz. Zira sözleşmesel sorumluluk, sözleşme olmadan da söz konusu olabilir (*culpa in contrahendo, culpa post pactum perfectum*)..... Asıl neden, bu sözleşmelerde yer alan teminat hükümleri ve cezai şartlardır. Bilindiği gibi borcun hiç

sır sahibinin sırrın korunması için gerekli önlemleri aldığını ispat noktasında faydalı olacağı düşünülmektedir.¹²³

Gizlilik anlaşmalarında genellikle iki taraf bulunmaktadır. Bir tarafı ticari sır sahibi oluştururken, diğer tarafı sır sahibine ait ticari sırları onun izni olmaksızın paylaşmama yükümü altına giren kimse oluşturmaktadır.¹²⁴ Bununla birlikte, uygulamada özellikle bir ortak girişim (*joint venture*) ilişkisi kurmak üzere görüşmeler yürüten yahut ilişkiyi kurmuş ve devam ettirmekte olan tarafların örneklerinde, her iki tarafın da karşısındakinin sırrını korumak yönünde yükümlülükler üstlenebildikleri görülmektedir.¹²⁵ Her hâlde, gizlilik anlaşmaları, taraflar arasında herhangi bir işin görülmesinden önce var olan ya da işin görülmesi esnasında ortaya çıkan gizli bilginin korunması amacıyla imzalanmaktadır.¹²⁶

Sır sahibi, bir işveren sıfatıyla çalıştırmakta olduğu¹²⁷ kimseler ile gizlilik anlaşması yapabileceği gibi, lisans / franchise vereceği yahut ortak bir girişim

ya da gereği gibi ifa edilmemesi durumunda borçlu, alacaklının zararını tazmin yükümlülüğü altındadır. Ancak zarar gören alacaklının, bu zararı ispat etmesi gerekir. Cezai şart ile alacaklı zarara uğradığını iddia etmek ya da zararın miktarını ispat etmek zorunda kalmaz, tazminatını önceden tespit eder ve alacağın ifasını teminata bağlar." Bkz. A. E. Gürbüz Usluel, 2009, s.152.

¹²³ Ibid, s.152.

¹²⁴ Gizlilik anlaşmaları, makûl oldukları sürece mahkemeler tarafından geçerli görülmektedirler. Bkz. D. E. Bouchoux, a.g.e, s.475. Bir kimsenin, sır sahibi ile olan hukuki ilişkisinin niteliği, gizlilik anlaşmasının genel geçerliliği bakımından önem arz etmemekle birlikte, uygulamada genel işlem şartı biçiminde kaleme alınmış ve karşı tarafa empoze ettirilmiş hükümlerin revizyona tâbi tutuldukları; aslında ticari sır niteliğinde olmayan bilgiler üzerinde kullanım kısıtlaması getiren düzenlemelerin geçerli kabul edilmedikleri hâllere rastlanmaktadır. Bu hususa ilişkin olarak, özellikle lisans / franchise anlaşmalarının, ticari sır sayılabilecek bilgiler haricinde, sır seviyesine ulaşmamış çoğu bilgi hakkında da gizlilik hükümleri barındırdıkları ifade edilmektedir. Bkz. D. W. Quinto, S. H. Singer, 2009, s.57. Kural olarak, lisans sözleşmesinin sona ermesiyle birlikte, lisans alanın lisans konusuna ilişkin gizlilik ödevi de sona ermektedir. Bunun istisnasını, sözleşme sonrasında da geçerli olan gizlilik ödevleri oluşturmaktadır ki, böyle bir ödevden bahsedebilmek için ödevin varlığının sözleşmeden açıkça anlaşılabilir olması gerektiği belirtilmektedir. Bkz. A. I. Poltorak, P. J. Lerner, 2004, s.73.

¹²⁵ *Gürbüz Usluel'e göre, ilk hâlde bir tarafa borç yükleyen sözleşme söz konusu olurken, ikinci durumda iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme ilişkisi bulunmaktadır. Bkz. A. E. Gürbüz Usluel, a.g.e, s.147.*

¹²⁶ Ibid, s.153.

¹²⁷ E. F. Judge, D. Gervais, 2005, s.499. Aynı husus, iş görüşmesi yapılan kimseler ile görüşme sırasında paylaşılan ticari sırların korunması bakımından da düşünülebilir.

planladığı bir başka şirket ile yaptığı görüşmeler esnasında paylaşacağı ticari sırların açığa çıkmaması amacıyla da gizlilik anlaşması yapmak isteyebilir.¹²⁸ Uygulamada, yapılan gizlilik anlaşmalarının neredeyse tamamına yakınının çalışanlar, ortak girişim yapılanlar, franchise / lisans alanlar ile aktedildiği görülmektedir.

Sır sahibinin çalışanı durumunda bulunan kimselerin, şirket bünyesindeki konumları, çoğunlukla gizlilik anlaşmalarının içeriğini etkileyecek düzeyde önemlidir. Gerçekten de, montaj hattında çalışan bir işçiden beklenebilecek gizlilik ödevi¹²⁹, şirketin Ar-Ge departmanında çalışan ve yeni teknolojiler geliştiren bir ekipte yer alan mühendisten beklenecek gizlilik ödeviyle aynı düzeyde değildir. Bu örnekte, işçinin ve mühendisin sır sahibi ile olan ilişkileri sona erdikten sonra şirketin rakipleriyle paylaşımları muhtemel bilgilerin içerikleri arasında ciddi bir farklılık bulunacağı öngörülebilir. Benzer şekilde, sır sahibinin şirket organizasyonu içerisinde üst düzey görev üstlenen yöneticilerden yahut şirket ortaklarından beklenebilecek gizlilik ödevi de yüksek seviyede olacağından, bu kimselerle imzalanacak gizlilik anlaşmalarının da söz konusu seviye göz önüne alınarak kaleme alınacakları düşünülebilir.

Esasen bir özel hukuk sözleşmesi niteliğinde olan gizlilik anlaşmasının mutlaka bağımsız bir sözleşme şeklinde kaleme alınması zorunluluğu bulunmayıp, uygulamada sır sahibi ile sırrın paylaşıldığı kimse arasındaki esas hukuki ilişkiyi (hizmet, ortak girişim, lisans, franchise vb.) kuran ana sözleşme bünyesinde bir

¹²⁸ Gürbüz Usluel'e göre, "...asıl sözleşme öncesinde imzalanan gizlilik sözleşmesinin geleceği, tarafların iradelerine göre belirlenecektir. Taraflar, aralarında sözleşme imzalamaya karar verirse, bu durumda önceden imzalanan gizlilik sözleşmesi hükümleri, asıl sözleşmeye aynen dahil edilebilir. Diğer bir olanak ise önceki gizlilik sözleşmesinin asıl sözleşme sonucunda ortaya çıkan ticari sırlara ilişkin sır saklama yükümlülükleri de eklenerek asıl sözleşmenin bir parçası hâline getirilmesidir. Gizlilik sözleşmesi tarafların ilk bilgi değişimi sırasında imzalanmalıdır. Bkz. A. E. Gürbüz Usluel, 2009, s.146.

¹²⁹ Burada "gizlilik ödevi" ifadesi, aynı kavramın common law kaynaklı anlamından ziyade, sır saklama borcuna sahip olunmasını karşılamak üzere kullanılmıştır.

sözleşme kaydı (*confidentiality clause*) şeklinde yer verilmiş gizlilik anlaşmalarına da sıklıkla rastlanılmaktadır.¹³⁰

Gizlilik anlaşması yapılmasındaki ana amaç, ticari sırların korunması olgusunu sözleşmeler hukuku düzlemine taşımak olduğu için, gizli bilgileri açıklamamaya dair somut bir hükmün korunacak bilgileri mümkün olduğu kadar özelleştirerek belirtmesinde fayda bulunmaktadır.¹³¹ Sözleşme metninde ticari sırrın tüm unsurları ile açıkça tasvir edilmiş olmasının sözleşmenin kendi varoluş amacına aykırı olacağı düşünülen hâllerde, bunun yerine gizlilik ödevinin hangi konulardaki çalışmaları ne oranda kapsayacağına ilişkin açık ve tereddüde yer bırakmayan ifadeler kullanılması tercih edilebilir.

b) Rekabet Etmeme Anlaşmaları

Ticari sırlara sağlanacak hukuki korumada en az gizlilik anlaşmaları kadar önem arzeden bir başka sözleşmesel enstrüman, aynı zamanda "rekabet yasağı" olarak da bilinen rekabet etmeme anlaşmasıdır (*non-compete agreement / NCA*).¹³² Bu anlaşma, adından da anlaşılacağı üzere, anlaşmanın bir tarafına sır sahibi ile belirli

¹³⁰ N. Bouche, 2014, s.301. Gizlilik anlaşmasının, bağımsız bir sözleşme şeklinde değil de, mevcut sözleşme içerisinde yer alan bir kayıt şeklinde hazırlanmasının, yabancılik unsuru taşıyan ihlaller bakımından özellik arz etmesi mümkündür. Bağımsız bir sözleşmeye uygulanacak hukuk ile, kaydın yer aldığı ana sözleşmeye uygulanacak hukukun farklı olması durumunda, ticari sır ihlali hakkında sözleşmesel bir vasıflandırma yapılır veya fer'i bağlanma yolu (bkz. ikinci bölüm) işletilecek olursa, neticede iki farklı uygulanacak hukuktan hangisinin seçileceği tartışması yapılacaktır.

¹³¹ D. E. Bouchoux, 2013, s.576. Tarafların, aralarındaki sözleşmede korunacak ticari sırları açık olarak belirtmiş oldukları hâllerde, sayılan sırların dışında kalan bir bilgiye yönelik ticari sır ihlali iddiasının mahkemelerce dikkate alınmadığı örneklerle ABD uygulamasında rastlanmaktadır. Bkz. D. W. Quinto, S. H. Singer, 2009, s.175.

¹³² R. Dean, 1990, s.385. Rekabet etmeme kayıtları (*non-competition clauses*) şeklinde de rastlanabilecek bu anlaşmalar, özellikle İngiliz hukukunda "sınırlayıcı sözleşmeler" (*restrictive covenants*) adıyla da anılmaktadırlar. Bkz. D. E. Bouchoux, 2013, s.476. Benzer şekilde, bu düzenlemelere "hareket kayıtları" (*activity clauses*) da denebildiği, düzenlemeler içerisinde, belirli bir coğrafi alan sınırlaması getirilmiş ise, kimi uygulayıcılar tarafından "çevre kayıtları" *radius clauses* veya "bölge sözleşmeleri" *area covenants* şeklinde de adlandırılabilirdikleri ifade edilmektedir. Bkz. T. Aplin, L. Bentley, P. Johnson, S. Malynicz, 2012, s.12.02.

bir süre rekabet etmekten kaçınma borcu yüklemektedir. Rekabet etmeme anlaşmaları, sıklıkla işçi-işveren ilişkileri bağlamında gündeme gelmekle birlikte, bu anlaşmaların esasen hangi ilişkiler bakımından kaleme alınabileceklerine dair somut bir sınırlama bulunmadığı düşünülmektedir. Sözleşme serbestisi içinde kalmak ve hukuk sistemlerinin özel olarak arayabileceği birtakım şartlara uygun olmak kaydıyla, farklı ilişki türleri bakımından da özü itibariyle rekabet etmeme amacına yönelmiş anlaşmaların akte dilediği mümkündür. Rekabet etmeme anlaşması, hizmet sözleşmesinin kuruluşu esnasında bir sözleşme kaydı olarak formüle edilebileceği gibi, hizmet sözleşmesinden ayrı, bağımsız bir sözleşme olarak da hazırlanabilir.¹³³

İşverenin şirket organizasyonu içerisinde herhangi bir seviyede çalışmakta olan işçinin, hizmet ilişkisi devam ederken uymakla yükümlü olduğu bir sadakat borcu (*duty of loyalty*) bulunmaktadır. Bu borcun varlığının, kural olarak, işçiyi, iş ilişkisi sürerken rekabet teşkil edebilecek davranışlardan büyük ölçüde uzak tutacağı varsayılabilir.¹³⁴ Öte yandan, iş ilişkisinin sona ermesiyle birlikte, söz konusu sadakat borcu da ortadan kalkacağından, aksi açıkça kararlaştırılmamış ise, işçinin rekabet edebilmesinin önünde herhangi bir engel kalmamaktadır. Bu aşamada işçinin rekabet etmemesi arzu ediliyorsa, yalnızca geçerli bir rekabet etmeme anlaşmasının mevcudiyeti hâlinde bu isteğe cevaz verildiği görülmektedir. Dolayısıyla, rekabet

¹³³ M. F. Uşan, 2013, s.227.

¹³⁴ Uşan'a göre, "...işçinin işten ayrılma konusunda hazırlık yapması, işyerinden ayrılacağını müşterilere söylemesi, rekabet yapmama borcuna aykırılık oluşturmaz. Bununla birlikte, söz konusu hazırlık ve duyurular iş ilişkisi devam ederken işverene zarar verici bir boyut kazanırsa, o zaman sır saklama borcu / rekabet yasağının ihlali söz konusu olabilir. Buna göre, işçi henüz iş ilişkisi devam ederken işverene ait iş sırlarını (kendisi veya üçüncü bir kişi adına) kullanmaya başlar, iş sırlarını kullanma konusunda niyetini ortaya koyar (örneğin müşteri listelerini tedarik ederek birebir müşterilerle irtibata geçer), işverenin kaynakları ile kendisi adına haksız bir avantaj takip ederse, söz konusu fiiller, artık hazırlık çalışmaları olarak kabul edilmezler." Bkz. M. F. Uşan, 2013, s.149.

etmeme anlaşmalarının asıl fonksiyonlarını iş ilişkisinin sona erdiği andan itibaren gösterdikleri yorumunu yapmak mümkündür.

Rekabet etmeme anlaşmalarının önemli bir bölümü, yeni bir iş ilişkisinin kuruluşu aşamasında aktedilmektedirler. Ancak, iş ilişkisi kurulduktan sonraki dönemde dahi, -genellikle belirli bir maddi karşılık verilmek suretiyle¹³⁵- böyle anlaşmaların yapılabilmesi mümkündür.¹³⁶ Bu anlaşmalar aracılığı ile, işçinin, mevcut iş ilişkisi sürerken yahut iş ilişkisinin herhangi bir sebeple sona ermesinin ardından¹³⁷, sır sahibi konumundaki işvereni ile rekabet etmemesi temin edilmek istenmektedir. Aslında, geçerli bir rekabet etmeme anlaşmasının varlığından bahsedebilmek için, işveren konumunda bulunan kişinin ticari nitelikte bir sırra sahip olması zorunlu değildir. Zira bu anlaşmalar ile objektif olarak bir yapmama eyleminin ifası arzu edildiği için, söz konusu eylemin sonuçları, anlaşmanın yürürlüğü ve etkileri bakımından sadece dolaylı bir rol üstlenebilecektir. Bir başka deyişle, rekabet etmeme borcu altına giren kimsenin, herhangi bir ticari sırra vakıf olup olmadığı, anlaşma hükümlerinin ve özellikle cezai şartların etki doğurmaları açısından önemli değildir.

İşveren açısından arzu edilmeyecek tüm olası ihlâl hâllerinin önlenmesi için, anlaşma metninde kullanılacak ifadelerin özenle seçilmesinde büyük fayda vardır. Örneğin, anlaşma metninde yer alan ifadelere göre rekabet etmeme kaydı işçiyi

¹³⁵ Uşan'ın Türk hukuku ekseninde yaptığı değerlendirmeye göre, rekabet yapmama borcunun karşılığında bir edimin kararlaştırıldığı durumlarda, aksi açıkça belirtilmemişse, karşılığın, akdin bitiminden sonraki döneme ait olduğu kabul olunmalıdır. Bkz. ibid, s.139.

¹³⁶ D. W. Quinto, S. H. Singer, 2009, s.253; Maddi karşılık uygulamasının günümüz uygulamasında yaygın olarak kabul edildiği ifade edilmektedir. Bkz. H. Shan, 2008, s.254.

¹³⁷ Uşan'a göre, "...akdi ilişki devam ederken, işçinin rekabet oluşturan bir davranışta bulunmasını önlemeye yönelik bir rekabet yasağı sözleşmesi genellikle gerekli olmaz. Zira, hizmet sözleşmesinden kaynaklanan sadakat borcu (ve rekabet yapmama borcu), işçinin işveren ile rekabet teşkil eden bir davranışta bulunmasını yasaklamaktadır. Bununla birlikte, genel hükümler çerçevesinde tarafların sözleşme devam ederken böyle bir kararlaştırmada bulunmalarına hukuken herhangi bir sakınca yoktur." Bkz. M. F. Uşan, a.g.e, s.48.

sadece işverenin rakipleri için çalışmaktan alıkoymakta ise, işçinin her zaman için kendi işletmesini kurarak rekabete başlaması yahut işverenin rakiplerine “çalışan” olarak değil de “danışman” sıfatıyla hizmet vermesi ihtimâlleri açık bırakılmış olmaktadır.¹³⁸ Nitekim, uygulamaya bakıldığında, rekabetin genellikle üç ana gruptan birine veya birkaçına dahil olacak şekilde gerçekleştiği görülmektedir.¹³⁹

1- İşçi / eski işçinin kendi adına rekabet ettiği hâller: Bu hâllerde, işçi, işverenin rakibi konumundaki bir işletme etkisinde yahut bünyesinde çalışmamaktadır. Onun yerine, tamamen kendi adına rekabet faaliyeti gerçekleştirmektedir. Bu hâller genellikle, hizmet ilişkisi sürerken yahut ilişkinin sonlanmasının ardından işçinin kendi şirketini kurup (yahut kurulmuş bir şirkete ortak olup), işvereni / eski işvereni ile aynı konuda ticari faaliyete girdiği örnekler bakımından somutlaşmaktadır.

2- İşçi / eski işçinin rakip bir işletmede çalışmaya başladığı hâller: Bu hâllerde, işçi, iş ilişkisi sürerken yahut ilişkinin sona ermesinin ardından, işverenin/eski işverenin rakibi konumundaki bir işletme ile bağımlı çalışan ilişkisi içerisine girmektedir. Söz konusu rakip işletmenin işveren/eski işveren ile aynı yahut benzer konularda ticari faaliyet gösteriyor olması mümkündür.

3- İşçi / eski işçinin her ne sıfatla olursa olsun rakip bir işletme ile ilgisi olduğu hâller: İşçi, rakip işletmenin bağımlı çalışanı olmamakla birlikte, söz konusu işletmenin rekabet avantajını işvereni/eski işvereni aleyhine olacak şekilde yükseltecek eylemler içerisine girmektedir. Rakip şirkete veri akışı sağlanması, bilgi

¹³⁸ D. E. Bouchoux, 2013, s.477.

¹³⁹ M. F. Uşan, 2013, s.145.

sızdırılması, müşterilerin yönlendirilmesi gibi hâllerin örnek gösterilmesi mümkündür.

Rekabet etmeme anlaşmalarının sıklıkla işçi-işveren ilişkileri bünyesinde gözlemleniyor olması şaşırtıcı değildir. Hizmet ilişkisinin yapısı günümüz dünyasında bundan 50 yıl öncesine kıyasla birkaç açıdan önemli farklılıklar arz etmektedir. İşçinin, geçmişte olduğu gibi işvereni ile “ömür boyu” denebilecek çalışma ilişkilerine girdikleri hâllerin sayısı oldukça azalmıştır. Bir başka deyişle, dikkat çekilebilecek belki de en önemli farklılık, günümüzde işçinin “yatay hareketliliği” olgusunun geçmiş yıllarda görülenlere kıyasla ciddi ölçüde işlerlik kazanmış olmasıdır.¹⁴⁰ İş sırlarının, herşeyden önce işçinin çalışma hayatındaki hareketliliği nedeniyle tehdit altında olduğu ifade edilmektedir.¹⁴¹ Bu açıdan, işveren ile işçi menfaatlerinin çatışma içerisinde oldukları söylenebilir. Bir yandan, işveren, sürdürdüğü iş kapsamında özenle korumaya çalıştığı gizliliğin devam etmesini arzu ederken; diğer yandan, işçinin sahip olduğuna tereddüt bulunmayan bir iş hareketliliği ve rekabet özgürlüğünden bahsedilmektedir.¹⁴²

Söz konusu menfaat dengesindeki ağırlık noktası incelendiğinde, iş ilişkisinin sona ermesiyle birlikte, ağırlığın bir taraftan diğer tarafa kaydığı; iş ilişkisi sürerken işverenden yana olan ağırlık noktasının, iş ilişkisinin bitimini takiben işçiden yana

¹⁴⁰ T. Aplin, L. Bently, P. Johnson, S. Malynicz, 2012, s.10.06.

¹⁴¹ M. F. Uşan, 2013, s.19.

¹⁴² C. Colston, 1999, s.150. *Camcı’ya göre, “...işçinin kendi işini kurmak veya bir başkası yanında çalışmak üzere işinden ayrılması ile birlikte birbiri ile çelişen iki durum karşımıza çıkmaktadır. Bunlardan ilki, işverenin korunması gerekli olan sırlarına ilişkin durumu, diğeri de işçinin bağımlılıktan kurtularak, yeteneklerini kullanmak ve daha kazançlı bir şekilde çalışmaya yönelik haklarıdır.* Bkz. Ö. Camcı, 2002, s.108 (M. F. Uşan, a.g.e, s.219’dan atfen); J. Davis, 2003, s.339; K. Bowrey, M. Handler, D. Nicol, K. Weatherall, 2015, s.583; C. A. Nard, D. W. Barnes, M. J. Madison, 2006, s.910; P. Lavery, 1996, s.148, 149.

bir seyir izlediği sonucuna varılabilir.¹⁴³ Nitekim çoğu hukuk sistemi (mevzuat veya uygulama kaynaklı olarak), bu sonucu bir anlamda doğrular şekilde, rekabet etmeme anlaşmalarının konu yönünden, coğrafi açıdan ve zamansal olarak birtakım sınırlar¹⁴⁴ barındırmaları gerektiği hususunda benzer yaklaşımlar içerisindedir.¹⁴⁵ Pek çok sistemde, rekabet edilmeyecek azami süre olarak genellikle 2-3 yılın kabul edilmiş¹⁴⁶ ve üzerine rekabet edilmeyecek konu ile rekabet edilmeyecek coğrafi alana dair net sınırlamaların getirilmiş olması kaydıyla, anlaşmalara ancak etki tanınabildiği gözlenmektedir. Hatta kimi hukuk sistemlerinin, anlaşmalar nasıl kaleme alınmış olurlarsa olsunlar, sırf rekabet etme hakkını sınırlandırdıkları gerekçesiyle, onlara hiçbir şekilde etki tanımadıkları bilinmektedir.¹⁴⁷

Bu açıklamalardan anlaşılacağı üzere, menfaat dengesinin gözetilmiş olduğunu anlaşma metnine yansıtabilmek, söz konusu anlaşmaların geçerli kabul edilmeleri bakımından son derece önemlidir. Anlaşmaları bütünüyle geçersiz kabul eden az sayıdaki uygulama bir yana bırakılacak olursa¹⁴⁸, rekabet etmemeye ilişkin bir şartın hükümsüz kılınması ihtimâlini kuvvetli bulan bazı mahkemelerin, anılan şartı değiştirerek daha makûl sınırlara çektikleri ve o şekliyle geçerlilik tanıdıkları bildirilmekte; şartın lafzından herhangi bir tereddüt yaşanması yahut ifadelerin

¹⁴³ J. Davis, 2003, s.344; C. Colston, a.g.e, s.150; D. Heine, F. Rischka, **Intellectual Property Law in Austria**, Alphen aan den Rijn, 2014, s.239.

¹⁴⁴ *Uşan*, Türk hukuku açısından bu sınırlara ayrıca “işverenin menfaatinin devam etmesi” şartını eklemenin uygun olacağını belirtmektedir. Bkz. M. F. Uşan, 2013, s.236.

¹⁴⁵ H. Shan, 2008, s.248.

¹⁴⁶ M. E. Bilge, 2005, s.164.

¹⁴⁷ Rekabet etmeme anlaşmalarının, California ve Louisiana eyaletlerinde neredeyse her zaman geçersiz kabul edildikleri belirtilmektedir. Bkz. D. W. Quinto, S. H. Singer, 2009, s.57. California eyaletinde, rekabet etmemeye dair sözleşmeler (bir ticari işletmenin satışı ile ilgili olanlar hariç olmak üzere), iş gücünün hareketliliğine ve insanların kendi mesleklerini devam ettirebilmelerine getirilmiş birer engel olarak görüldüklerinden mahkemelerce geçersiz kabul edilmektedirler. Bkz. D. E. Bouchoux, 2013, s.476.

¹⁴⁸ Rekabete getirilen kısıtlamaların kabul edilmediği California eyaleti hukukunun bu yaklaşımı ile, ekonomik kalkınma ve teknolojik ilerlemeler arasındaki ilişki hakkındaki yorumları için bkz. M. Sunder, 2013, s 348-350.

muğlak olması hâlinde işçi lehine yorumun ¹⁴⁹ esas alınması gerektiği düşünülmektedir.¹⁵⁰ Örneğin, rekabet etmeme anlaşmasındaki hükümlerin, işverenin iş menfaatlerini korumaktan çok onun gelecekte karşılaşabileceği olası rekabetleri önlemek amacıyla düzenlenmiş oldukları anlaşılırsa, ilgili hükümlerin geçersizliği gündeme gelebilecektir.¹⁵¹

Özellikle ticari sırların korunması bakımından, iş ilişkisi sonrasına yönelik yasaklayıcı bir sözleşmenin, bir rekabet etmeme anlaşması mı, yoksa bir gizlilik anlaşması mı olduğunun tespiti de önemlidir.¹⁵² Aslında, rekabet etmeme anlaşmalarının amacı da işverene ait sırların işçi tarafından bir başka hizmet ilişkisi içerisinde kullanılmalarının engellenmesidir.¹⁵³ Bu açıdan bakıldığında, ticari sırların korunması ekseninde her iki anlaşmanın da aynı amaca hizmet ettiği varsayılabilir. Ancak, sadece gizliliğe ilişkin hükümler barındıran bir gizlilik anlaşmasının, işçiyi kural olarak rekabet etmekten alıkoymayacağı düşünüldüğünde¹⁵⁴, rekabet etmeme

¹⁴⁹ Bazı hukuk sistemleri açısından, hizmet sözleşmesinin işveren tarafından ihlâl edilmesi sebebiyle işten çıkarılan işçiler söz konusu olduğunda, rekabet etmeme kayıtlarına etki tanınmadığı görülmektedir. İşverenin yetenekli ve çalışkan kimseleri işe alıp, onlara rekabet etmeme anlaşmaları imzalatmakla birlikte, kendisine düşen yükümlülükleri (ücret ödeme vs.) yerine getirmemesi hâlinde, işten ayrılan bir işçinin hâlen anılan şart ile bağlı tutulması, hakkaniyeti zedeler nitelikte kabul edilmektedir. Bkz. D. E. Bouchoux, 2013, s.477.

¹⁵⁰ ABD hukukunda *blue-penciling* olarak bilinen bu yöntem ile, kaydı tamamen geçersiz hâle getirmek yerine, tarafların menfaatlerini dengeleyerek onu uygulamak amaçlanmaktadır. Hatta, çoğu rekabet etmeme kaydının bu yönteme açık kapı bırakan ifadeler (ör. kayıt geçersiz kabul edilecekse, mahkemenin onu uygun gördüğü şekilde uyarlayabileceği, yahut kaydın bir kısmı geçersiz görülmekeyse diğer kısmının geçerliliğinin bundan etkilenmeyeceği vb.) ile kaleme alındıkları belirtilmektedir. Bkz. ibid, s.477. Buna karşılık, İngiliz mahkemelerinin, çok geniş kaleme alınmış rekabet etmeme kayıtlarını doğrudan geçersiz görmek şeklinde bir eğilimleri bulunduğu ifade edilmektedir. Mahkemelerin, haklı görülebilir bir durum olmadığı sürece kapsam daraltma yoluna başvurmadıkları, zira aksi hâlin kabulü durumunda işverenlerin her nasılsa mahkemenin daraltma yetkisi olmasından hareketle aşırı genişlikte rekabet etmeme kayıtları getirmek isteyebilecekleri düşünülmektedir. Bkz. D. I. Bainbridge, 2012, s.374.

¹⁵¹ R. Dean, 1990, s.397; E. W. Kintner, J. L. Lahr, 1975, s.161; H. Shan, 2008, s.246; D. I. Bainbridge, 2012, s.373; H. MacQueen, C. Waeld, G. Laurie, 2008, s.776; P. A. Alces, H. F. See, 1994, s.105.

¹⁵² M. E. Bilge, 2005, s.159.

¹⁵³ M. F. Uşan, 2013, s.226.

¹⁵⁴ *Bilge*, her sır tutma sözleşmesinin bir anlamda rekabet yasağı sözleşmesi niteliği de taşıdığını; zira sır tutma yükümlüsünün, sahip olduğu bilgiyi ne kendisinin kullanabileceğini ne de bu bilgisini kullanabileceği bir işte çalışabileceğini belirtmektedir. Bkz. M. E. Bilge, 2005, s.155. Sadece eski

anlaşmalarının, salt gizlilik anlaşmalarına kıyasla işverenin menfaatlerini korumakta daha başarılı oldukları söylenebilecektir. Gerçekten de, işverenin, eski çalışanını takip edip her an neyi ifşa edip etmediğini denetleyebilmesi neredeyse imkânsızdır¹⁵⁵. hâlbuki, rekabet etmeme anlaşmalarında, belirli bir süre rakipler adına çalışılması vb. türde eylemler yasaklandığı ve söz konusu yasağa aykırı hareket edilmesi hâlinde bu durumun objektif olarak tespiti çok daha kolay olduğu için, rekabet etmeme anlaşmalarına uygun hareket edilip edilmediğinin takibi daha kolaydır.¹⁵⁶

Öte yandan, ticari sırların gizli tutulmasına dair bir anlaşmanın, çalışan özgürlüklerini sınırlandırma noktasında, rekabet etmeme anlaşmaları kadar sınırlandırıcı bir rol oynamadığı düşünülmektedir¹⁵⁷. Gizlilik anlaşmaları, ticari sırların bir sahibi olduğu gerçeğinden ve bu gerçeğe saygı gösterilmesi fikrinden dayanak aldıkları için; sınırlama gibi görünen husus, aslında kişinin kendisine ait olmayan bir bilgi üzerindeki kullanım hakkına ilişkindir. Bu sınırlamanın ise - bilginin ticari sır niteliğinden emin olunduğu sürece- ekonomik özgürlüklerle bağdaşmayan bir yönünü bulmak güçtür. Buna karşılık, rekabet etmeme anlaşmalarında somutlaşan “yapmama borcu”, işçi hareketliliğini doğrudan sınırlandıran bir görünüm arzettiği için, hukuk sistemleri tarafından yalnızca belli birtakım şartlar dahilinde geçerli görülmekte olup, bu anlaşmalar bakımından mutlak bir sözleşme serbestisinden bahsetmek mümkün değildir.

işverene ait ticari sırların kullanıldığı işler bakımından bu görüşe katılmakla birlikte, eski işverene ait pek çok ticari sır vakıf olmasına rağmen onunla aynı sektörde rekabet eden firmalara geçiş yapan ve bu firmalarca, kendisine eski işveren yanında öğrenilmiş ticari sırların kullanılmayacağına dair sözleşmeler imzalatılan işçilerin varlığı düşünüldüğünde, bu görüşün tüm iş ilişkilerini kapsayıcı bir nitelikte olmadığı kanısındayız.

¹⁵⁵ L. Bently, B. Sherman, 2009, s.1168.

¹⁵⁶ T. Aplin, L. Bently, P. Johnson, S. Malynicz, 2012, s.12.03, 12.04.

¹⁵⁷ *Bilge*'ye göre susma yükümlülüklerinin kararlaştırılması bakımından sahip olunan sözleşme özgürlüğü, bir rekabet yasağının kararlaştırılması açısından sahip olunan özgürlükten daha geniştir. Bkz. M. E. Bilge, 2005, s.155.

Yukarıdaki açıklamalar ışığında, her iki anlaşma türünün de ticari sırları korumakta tek başlarına yetersiz kalmaları ihtimâli¹⁵⁸ göze çarptığı içindir ki, günümüz uygulamasında, ticari sır sahiplerinin hem gizlilik anlaşmaları hem de rekabet etmeme anlaşmalarına aynı anda yer verecek sözleşmesel ilişkiler kurdukları görülmektedir. Bu sayede, anlaşmaların güçlü yönlerinden azami düzeyde faydalanıp, eksik yönlerini telafi etmek olanaklı hâle gelmektedir.

c) Diğer Anlaşmalar

Sır sahiplerinin, ticari sırlara sağlanacak hukuki korumayı işlevsel ve etkin kılmak amacıyla yararlandıkları sözleşmesel enstrümanlar, yalnızca gizlilik anlaşmaları ve rekabet etmeme anlaşmalarından ibaret değildir. Uygulamaya bakıldığında, farklı yönlerden koruma sağlamak gayesiyle hazırlanmış başka birtakım düzenlemelere de rastlanıldığı görülmektedir. Anılan düzenlemelerin, kapsamlı bir hizmet sözleşmesi içerisinde kendilerine sözleşme kaydı olarak yer bulabilmeleri mümkün olduğu gibi, bağımsız birer sözleşme biçiminde hazırlanabilmeleri de olanak dahilindedir.¹⁵⁹

Bu anlamda ele alınabilecek ilk örnek, “ayartmama kayıtları”dır (*non-solicitation / enticement clauses*). Çoğu hizmet sözleşmesi, işçinin, diğer çalışanlara, işten ayrılmak yönünde telkin vermeyeceğine ve işverenin müşterilerini ayartmayacağına¹⁶⁰ dair hükümler içermektedir.¹⁶¹ Zira, böylesi bir hükmün yokluğu

¹⁵⁸ T. Aplin, L. Bently, P. Johnson, S. Malynicz, 2012, s.12.02.

¹⁵⁹ D. E. Bouchoux, 2013, s.475.

¹⁶⁰ Ayartmama kayıtları, işçinin, eski işverenin müşterileri ile iş yapmamasını temin etmeyi amaçladıklarından, bu düzenlemelerin “iş yapmama kayıtları” (*non-dealing clauses*) şeklinde de adlandırılabilirler. Bkz. T. Aplin, L. Bently, P. Johnson, S. Malynicz, a.g.e, s.12.02.

hâlinde, işten ayrılmış bir işçinin, eski meslektaşlarını kendi kuracağı yahut çalışmaya başladığı yeni bir işyerine çağırması mümkün hâle gelmektedir. Benzer şekilde, henüz müzakere evresinde olan yahut hâlihazırda işleyen bir ortak girişim (*joint-venture*) ilişkisinde, sır sahibi ile ortak girişimde bulunan şirketin, sır sahibi bünyesinde çalışan kimseleri daha yüksek maddi imkânlar vb. gerekçeler ile kendisi için çalışmaya davet etmesi de ihtimâli dahilindedir.

Ayartmama kayıtlarının ticari sırların korunmasında üstendikleri fonksiyon, işçi hareketliliğini sınırlaması bakımından rekabet etmeme anlaşmalarını çağrıştırmaktadır. Bu açıdan, söz konusu sınırlayıcı hükümlerin makûl düzeyde olacak şekilde kaleme alınmış ve belirli bir süre ile sınırlandırılmış olmaları gerekeceği söylenebilir.¹⁶²

Uygulamada, işçi buluşları üzerindeki mülkiyete yahut buluş içeriğinin ifşa edilmemesine dair sözleşmesel kayıtlara¹⁶³ da rastlanmaktadır. Çoğu hizmet sözleşmesi, işçinin işi sırasında meydana getirdiği her tür bilgi, buluş ve materyalin işveren mülkiyetinde olacağını açıkça belirten kayıtlar içermektedir. Bazı sözleşmeler, işçinin, söz konusu bilginin / buluşun kullanım hakkını geri dönülemez ve iradi olarak işverenine devrettiğine dair hükümler getirmektedirler. Diğer birtakım sözleşmeler ise, daha ileri giderek, işçinin sadece işi sırasındaki buluşlarının değil, hizmet ilişkisi bittikten belirli bir süre sonrasına kadarki dönemde meydana getireceği buluşlarının da kullanım hakkını devretmiş sayılacağına dair hükümler içermektedirler. İşverenler, hizmet ilişkisi sürerken meydana getirilen buluşlar

¹⁶¹ Ayartma, yalnızca rakip bir işveren tarafından değil, sır sahibinin kendi çalışanı tarafından da yapılabilmektedir. Bkz. M. F. Uşan, 2013, s.283.

¹⁶² R. Dean, 1990, s.244; D. E. Bouchoux, 2013, s.476.

¹⁶³ Buluşa ilişkin mülkiyetin devri (*invention assignment*) sözleşmeleri, yahut buluş içeriğinin ifşasına ilişkin şartları konu edinen sözleşmelere (*invention disclosure*) uygulamada sıklıkla rastlandığı ifade edilmektedir. Bkz. D. W. Quinto, S. H. Singer, 2009, s.242.

üzerinde hak iddia edilmesini olanaklı kılacak hükümler getirmek suretiyle, işçinin özellikle ilişki sonlandıktan sonra söz konusu buluş içerisindeki ticari sırları kendi adına kullanmak istemesi yahut işverenin rakiplerine vermesi ihtimâllerine karşı önlem almış olmaktadır.¹⁶⁴

Uygulamada, ticari sır içeren ürünün satıcıya teslimi sırasında, söz konusu ürün içeriğinin satıcı tarafından analiz edilmemesi yönünde kısıtlamalar getirilebildiği de görülmektedir.¹⁶⁵ Ticari sır içeren ürünün, parçalarına ayrılmayacağı yahut tersine mühendisliğe tâbi tutulmayacağına ilişkin bu gibi sözleşme kayıtları, genellikle geçerli kabul edilmektedirler.¹⁶⁶ Böyle düzenlemeler, esasen bir hukuka uygunluk hâli teşkil eden tersine mühendisliği, sır sahibi ile sözleşme ilişkisi içerisinde bulunan taraf bakımından etkili bir şekilde yasaklayabildikleri için, ticari sırların korunmasında özellikle bilginin belirli bir süreliğine kiralandığı lisans anlaşmaları bakımından sıklıkla rastlanan bir tür olma özelliğine sahiptirler.¹⁶⁷

Uygulamada rastlanan bir diğer düzenleme örneği, herhangi bir buluş yapmış yahut bir usûle, oyuna yahut eğlence programı konseptine ilişkin fikre sahip kimselerin, bu fikirlerini bir şirkete sunarak, fikrin şirket tarafından gerçekliğe taşınması ve geliştirilmesi karşılığında maddi kazanç elde etmeyi amaçladıkları hâller bakımından gündeme gelmektedir.¹⁶⁸ Zihninde bir oyun konsepti tasarlayan kimsenin, bu fikrini bir oyun üreticisi şirkete göndermesi hâlinde muhtemel bir çıkmaz yaşayacağı öngörülebilecektir. Zira, fikir sahibi, oyunu özel ve orjinal yapan detayları açıklamaktan kaçınırsa şirket muhtemelen kendisini geri çevirecektir. Öte

¹⁶⁴ D. E. Bouchoux, 2013, s.474.

¹⁶⁵ D. I. Bainbridge, 2012, s.365.

¹⁶⁶ Ibid, s.367.

¹⁶⁷ M. E. Bilge, 2005, s.105.

¹⁶⁸ D. E. Bouchoux, a.g.e, s.477.

yandan, fikir sahibinin oyunu orjinal yapan önemli detayları açıklaması durumunda ise, şirketin bizatihi kendisi fikri geliştirerek fikrin asıl sahibini bütünüyle devre dışı bırakabilir. Söz konusu oyunun, henüz fikir düzeyinde olduğu için telif haklarına da konu olamayacağı düşünüldüğünde, durum içinden çıkılması güç sorunlar doğurmaya elverişli bir hâle gelmektedir.¹⁶⁹

Böyle hâllerde, fikrin şirket tarafından değerlendirmeye alınmasından önce fikir sahibi ile imzalanan “değerlendirme / sunum anlaşmaları” (*evaluation agreement / submission agreement*) dikkat çekmektedir. Bu anlaşmalarda genellikle; fikrin sunulduğu taraf, fikir sahibi ile ileride bir hukuki ilişkiye girip girmeyeceğini belirlemek amacıyla fikri inceleyip değerlendireceğini, bir sonuca varıncaya kadar söz konusu fikri başkaları ile paylaşmayacağını, fikrin kullanılması yönünde bir karara varması hâlinde ise, fikir sahibini sürecin dışında bırakmayarak uygun bir maddi karşılığın görüşülmesi için onunla iletişime geçeceğini garanti etmektedir.¹⁷⁰ Böylelikle, hem sır sahibinin maddi menfaatleri, hem de sırrın gizlilik niteliği güvence altına alınmış olmaktadır.

Buraya kadar değinilen sözleşmesel düzenlemelerin büyük bir kısmı, esasen sır sahibinin menfaatlerini gözetmektedir. Ancak uygulamada, sır sahibinin karşısında yer alan yahut alma ihtimâli bulunan kimselerin menfaatlerini korumak amacına yönelmiş sözleşmesel enstrümanlara da rastlanmaktadır. Bu bağlamda değinilecek iki örnekten ilki, ticari sır sahibinin yanında sırlara vakıf olarak bir müddet çalıştıktan sonra iş ilişkisi sona eren ve rakip bir şirkete iş başvurusu yapan kimselerin durumunda, söz konusu rakip şirket bakımından gündeme gelmektedir.

¹⁶⁹ D. E. Bouchoux, 2013, s.478.

¹⁷⁰ Ibid, s.478.

Rakip şirketin, kendisine başvuran işçi adayı ile yapacağı görüşme esnasında, onun eski işvereni bünyesinde üstlendiği sorumlulukları net bir biçimde anladıktan ve girmek istediği iş kapsamında üstleneceği görevleri ona iyice açıkladıktan sonra; işçiye, üstleneceği söz konusu yeni işlerin, eski işverenin ticari sırlarının ifşasını gerektirmediğinin farkında olduğuna dair bir sözleşme imzalatmasında fayda bulunduğu ifade edilmektedir.¹⁷¹ Bir başka deyişle, yeni işveren konumundakilere, istihdam edecekleri yeni işçiler ile, o kimselerin önceki işyerlerinde öğrenmiş olabilecekleri ticari sırları kullanmalarının arzu edilmediğine dair sözleşmeler imzalamaları önerilmektedir.¹⁷² Bu sözleşmeler aracılığıyla, ileride sır sahibi tarafından rakip şirkete karşı yöneltilebilecek ticari sır ihlâli iddialarının gündeme gelmesi ihtimâline karşı, ortaya daha güçlü bir savunma koyabilmek hedeflenmektedir. Böylelikle rakip şirket, hem ayartan konumunda olmadığını¹⁷³, hem sır sahibinin sırlarını haksız biçimde elde etmek ile ilgilenmediğini, hem de eğer bir ticari sır kullanımı gerçekten yaşanmış ise, bunun tamamen işçinin kendi iradesi doğrultusunda ve şirketin talimatlarına aykırı olarak gerçekleştirdiği bir eylemden ileri gelmiş olacağını gösteren bir delile kavuşmaktadır. Aslında böylesi düzenlemeler, sır sahibinin, mevcut çalışanları ile imzaladıklarına benzer şekilde, ticari sırrın, toplumun genel erişimine açık bir konuma gelmesini önlemeye de yardımcı olmaktadır. Zira, ticari sırrın asıl sahibi her ne kadar taraflar arasında yer almıyor olsa da, bu sözleşmelerde, sır sahibinin menfaatleri de dolaylı yoldan gözetilmektedir.

¹⁷¹ D. W. Quinto, S. H. Singer, 2009, s.243.

¹⁷² D. E. Bouchoux, a.g.e, s.474; D. W. Quinto, S. H. Singer, a.g.e, s.205.

¹⁷³ Bazı hâllerde, yeni işveren, işçi ile onun eski işvereni arasında imzalanmış ve işçinin oradaki çalışma ilişkisinin sonlandırılan belgenin de kendisine sunulmasını isteyebilmektedir. Bkz. D. W. Quinto, S. H. Singer, 2009, s.242.

İkinci örnekte ise, sır sahibinin karşısında yer alan kimsenin menfaatlerinin korunduğu birtakım sözleşme hükümleri söz konusudur. Böylesi düzenlemelere, daha ziyade lisans anlaşmaları bakımından rastlanmaktadır. Bilindiği üzere, sır sahibinin, ticari sırrı hukuka uygun biçimde -sır niteliğini ortadan kaldırmadan- kullanmak istemesi hâlinde lisans anlaşmalarından faydalanabilmesi mümkündür. Bu gibi hâllerde, sırrın toplumun genel bilgisine sunulmamış bir hâlde kaldığı kural olarak kabul edilmektedir. Yeter ki, lisans anlaşmasına taraf olan kimseler kendi edimlerine bütünüyle uygun hareket etmiş olsunlar ve bilgi hâlen sır konumunda bulunsun.¹⁷⁴ Öte yandan, lisans alanın kusuru olmaksızın ticari sırrın ifşa olması ve toplumun geneli tarafından bilinir hâle gelmesi durumunda, lisans alanın da menfaatlerinin etkileneceğini söylemek mümkündür. İşte bu sebeple, günümüzde kaleme alınan lisans anlaşmalarının büyük bir bölümünde yer alan sonlanma hükümleri (*termination provisions*) aracılığıyla, ticari sır konusu gizli bilginin toplumun geneli tarafından bilinir hâle gelmesi durumunda ne olacağına ilişkin hükümler getirildiği görülmektedir.¹⁷⁵ Anılan hükümler ile, sır niteliğinin, olayda lisans alanın kusuru bulunmaksızın ortadan kalkması hâlinde lisans alana sözleşmeyi feshedebilme imkânı verilmektedir. Böylelikle, herkes tarafından rahatlıkla erişilebilen bir bilgiyi kullanmak için lisans alanın sır sahibine bedel (*royalty*) ödemeye devam etmesi zorunluluğu da ortadan kaldırılmış olmaktadır. Yine böyle hâllerde, bilginin gizlilik niteliği sona ermiş olduğu için, sözleşmeyi fesheden lisans alanın, söz konusu bilgiyi herhangi bir ödeme yapmadan kullanmaya devam edebileceği de düşünülmektedir.¹⁷⁶

¹⁷⁴ P. A. Alces, H. F. See, 1994, s.105.

¹⁷⁵ A. I. Poltorak, P. J. Lerner, 2004, s.71.

¹⁷⁶ Ibid, s.71; F. Dessemontet, 2008, s.201.

III. Ticari Sırrın İhlâli

A- Genel Olarak

Ticari sır kavramının içeriği doldurulduktan ve ticari sırrın nasıl korunduğu hususu kısaca ele alındıktan sonra, “ticari sırrın ihlâli” ifadesinden ne anlaşılması gerektiği ortaya konulabilecektir. İhlâl kavramı ile karşılanacak olan, acaba hangi aşamadaki eylemdir? Ticari sırrın elde edilmesi, ifşa edilmesi veya kullanılması eylemlerinden hangisi veya hangileri, ihlâl eylemi olarak görülebilecektir? Bir ihlâlden bahsedebilmek için söz konusu eylemlerin varlığı yanında başka unsurlar da aranacak mıdır? Bu ve benzeri sorulara verilecek yanıtlar üzerinden ihlâl eyleminin sınırlarının belirlenmesi, olası bir ticari sır ihlâli davasında, davacıyı olduğu kadar davalıyı da adil bir karara muhatap kılabilme bakımından önem taşımaktadır.

B- İhlâlin Unsurları

Bir ticari sırrın ihlâl edilmesinden bahsedebilmek için, varlığı her somut olay bakımından aranmak durumunda olan birtakım unsurlar bulunduğuna şüphe yoktur. Öte yandan, söz konusu unsurların farklı hukuk sistemlerinde farklı şekillerde ve farklı ağırlık dereceleri ile ele alınabildikleri görülmektedir. Öyle ki, hem Avrupa Birliği düzeyinde, hem de küresel ölçekte özel hukukun uyumlaştırılması sürecinin dışında bırakılmış olan¹⁷⁷ "ticari sırların korunması" konusuna ilişkin olarak, aynı devlet mahkemelerinin dahi farklı kriterler benimseyebildikleri anlaşılmaktadır. Bu durumun doğal bir sonucu olarak, konuyla ilgili olarak yabancı literatürde yazılmış eserlere bakıldığında, ortak birtakım unsurlar tespit edilebilmekle birlikte, önerilen

¹⁷⁷ C. Wadlow, **Trade secrets and the Rome II Regulation on the law applicable to non-contractual obligations**, European Intellectual Law Review, vol. 30/8, 2008, s.314.

metodolojilerin farklı olması yahut zaten herhangi bir metodoloji önerilmemiş olması noktasında, ihlâl ile neyin kastedildiği ve ihlâl iddialarının nasıl ele alınmaları gerektiği hususlarına dair bir sistem noksanlığı göze çarpmaktadır.

Anılan bu durumun, mahkemelerin hukuk yaratma sürecindeki rollerinin oldukça baskın olduğu Anglo-Amerikan hukuk sistemlerinde, çoğu olay bakımından ciddi bir problem teşkil etmeyeceği, hatta bu noksanlığın söz konusu sistemlerin diğer uygulamaları ile tutarlı bir görünüm arzettiği düşünülebilir. Ancak, bir üyesi hariç bütünüyle kıta avrupası hukuku geçmişine sahip Avrupa Birliği uygulamasında da benzer bir durumun söz konusu olduğuna dikkat çekilmelidir. Üstelik, AB uygulaması açısından problem yalnızca “ihlâl iddialarının nasıl ele alınacağı” bir başka deyişle metodoloji noktasında olmayıp, çok yakın tarihlere kadar ticari sırlara ne boyutta bir hukuki koruma bahşedilmesi gerektiği fikri üzerinde dahi üye devletlerce uzlaşmaya varılamamış olmasıdır.¹⁷⁸ Oldukça yeni tarihli bir Direktif¹⁷⁹ ile bu ikinci husus üzerinde uzlaşmaya varılmış gibi görünüyorsa da, anılan direktifin iç hukuklara ve yerel mahkeme uygulamalarına yansımaları görmek zaman alacaktır.

Türk hukukuna gelindiğinde ise, ticari sırların korunmasına ilişkin olarak yazılmış doktriner incelemelerin ve Türk mahkemelerinin önüne gelen ticari sır ihlâli iddialarının sayısal açıdan oldukça az oluşu dikkat çekmektedir. Hukukumuzda, haksız rekabet teşkil edebilen eylemlerin bir türü olarak kabul edilen “ticari sırrın ihlâli” eylemi, bu kabulün doğal bir sonucu olarak, genellikle haksız rekabete ilişkin çalışmalarda ele alınan bir konu olmuştur. Türk doktrininde, iş sırlarının yahut ticari

¹⁷⁸ M. A. Lemley, 2008, s.316.

¹⁷⁹ *Directive (EU) 2016/943 of the European Parliament and of the Council of 8 June 2016 on the protection of undisclosed know-how and business information (trade secrets) against their unlawful acquisition, use and disclosure.*

sırların korunmasını özel olarak konu edinen birkaç eserin ise, ticari sır kavramı ve ticari sırrın ihlâl edilmesi hâlinde Türk hukuku açısından gündeme gelebilecek yaptırımlar yönünden detaylı bilgilere yer verdikleri, ancak ticari sırların “ne zaman ihlâl edilmiş sayılacakları” meselesi üzerinde detaylı incelemede bulunmadıkları ve metodolojik bir yaklaşım getirmedikleri göze çarpmaktadır. Konuyu Türk hukuku açısından inceleyen bu eserlerde dahi, ticari sır kavramının unsurları ve ihlâlin nasıl gerçekleşebileceği gibi hususların büyük ölçüde yabancı eserlerde yer alan açıklamalardan faydalanılarak sistematik hâle getirilmeye çalışıldığı görülmektedir. Benzer şekilde, konuya ilişkin yayınlanmış mahkeme kararları açısından da, ihlâl kavramına ilişkin olarak benimsenmiş ve istikrar kazanmış bir inceleme usûlünün varlığından bahsedilememektedir.

Özetle, Türk hukukunda “ticari sırrın ihlâli” kavramının nasıl ele alınması gerektiği hususunda istikrar kazanmış bir uygulama bulunmamaktadır. Kanımızca, “ihlâl” olgusunu üç aşamalı bir inceleme ile ele almakta fayda vardır.

İlk aşama, ticari sır ihlâline konu kılınan bilginin gerçekten de ticari sır niteliğinde olup olmadığının tespitine ilişkindir. Bilindiği üzere, sahibi tarafından gizli tutulan her bilgi, ticari sır niteliğinde değildir. Bu açıdan, sırra sahibi tarafından atfedilen subjektif önemden ziyade, o sırrın bir ticari sır olabilmek için aranan zorunlu unsurları taşıyıp taşımadığına bakılması gerekecektir. Bilginin ticari sır niteliğinden emin olunduktan sonra, “hukuka uygunluk hâllerinin yokluğu” aşamasına geçilecektir. Bu aşamada, ticari sır ihlâli gibi görünmekle birlikte, esasen hukuk düzenleri tarafından büyük oranda izin verildiği bilinen birtakım eylem ve olgulara değinilecektir. Bu hâllerin, somut olayda “mevcut olmamaları” durumunda son aşamaya geçilecektir. İncelemenin son aşamasında ise, ihlâl kavramının içeriği

doldurularak, ticari sırların ihlâlinde "eylem" unsurunun nasıl ortaya çıkabileceği meselesi üzerinde durulacaktır.

1) Ticari Sırrın Varlığı

Ticari sır ihlâli iddiasını inceleyecek mahkemenin öncelikle açıklığa kavuşturması gereken mesele, ihlâli iddia edilen gizli bilginin gerçekten de ticari sır niteliğinde olup olmadığıdır.¹⁸⁰ Böylelikle, aslında olayda bir ticari sır olmadığı hâlde ticari sırlara bahşedilen korumadan faydalanmak isteyen davacıların haksız taleplerini engellemek mümkün olabilecektir. Bir bilginin ticari sır niteliğine sahip olabilmesi için, günümüz uygulamasında genellikle üzerinde hemfikir olunan dört unsur bulunmaktadır. Bunlar;

1-Ayırt edilebilir nitelikte bir bilginin varlığı,

2-Bilginin henüz aleniyet kazanmamış olması, bir başka deyişle toplumun genel bilgisine sunulmamış yahut toplum tarafından kolaylıkla erişilebilir bir konuma getirilmemiş olması,

3-Bilginin bağımsız bir ekonomik değer taşıması, bir başka deyişle, hem sahibi, hem de sır sahibinin rakipleri açısından bilgiye sahip olmanın bir rekabet avantajı teşkil ediyor olması, ve

4-Bilginin gizli kalması yönünde bir iradenin varlığı, bir başka deyişle, sır sahibinin bilgiyi gizli tutmak yönünde objektif olarak tespit edilebilecek bir iradeye sahip olmasıdır.

¹⁸⁰ H. Shan, 2008, s.97; P. A. Alces, H. F. See, 1994, s.86; E. W. Kintner, J. L. Lahr, 1975, s.121.

Çalışmanın birinci bölümünün ilk kısmında detaylı olarak incelenen bu dört unsurun somut olayda bir arada bulunduklarının tespiti, ihlâli iddia edilen bilginin ticari sır olarak kabul edilmesi için yeterli görülmelidir. Bir başka ifadeyle, bilginin ticari sır niteliğinde olduğunun tespitini, söz konusu sırrın ihlâl edilip edilmediğine ilişkin değerlendirmelerden bütünüyle bağımsız olarak yapmakta fayda bulunmaktadır.

Bilginin ticari sır niteliğinde olup olmadığı meselesi ile, onun ihlâl edilip edilmediği meselesi, yapısal olarak birbirinden farklı iki sorun olduğu için, bunların incelendikleri aşamaların da farklılaştırılması gerekmektedir. Bu çalışmada, konuyu ele alırken gözetilen farklılaştırmanın, uygulanacak hukuk izin verdiği sürece mahkeme uygulamaları bakımından da benimsenebileceği savunulabilir. Gerçekten de, örneğin, ticari sır olduğundan henüz emin olunmamış bir bilginin ihlâli meselesini incelemeye başlamak, söz konusu bilginin aslında ticari sır olmadığı sonradan fark edilmesi riskini barındırmaktadır ki, bu durumun hem usûl ekonomisine hem de taraf menfaatlerine aykırı bir görünüm arzedeceği açıktır.¹⁸¹

Ticari sır niteliğinin tespitine ilişkin değerlendirmeyi, tüm incelemenin en başında ve diğer hususlardan ayrı olarak yapmanın beraberinde getireceği bir diğer fayda, asılsız ticari sır ihlâli iddialarının önüne geçilmesi olacaktır. Zira, hem ticari sır niteliği incelemesinin hem de ihlâle ilişkin incelemenin aynı anda ve birbiriyle etkileşim içinde yapılması hâlinde, asılsız iddiada bulunan davacılar açısından davanın kazanılması ihtimâli daha yüksektir ki bu durum, davacı tarafı, ticari sır

¹⁸¹ Bu durum usûl ekonomisine aykırı olacaktır, çünkü mahkeme birinci meseleyi açıklığa kavuşturmuş olsa idi belki de davayı reddedebilecek iken, davanın gereksiz yere uzaması ve beraberinde gereksiz masraflar yapılması gündeme gelebilecektir. Benzer şekilde, davalı konumundaki kimsenin, birinci meselenin değerlendirilmemesi sebebiyle -belki de reddedilebilecek olan bir davanın devam etmesi neticesinde- maddi ve manevi zarara uğrayacağı da öngörülebilir.

niteliğini ispat etmek için çok çaba göstermesine gerek olmayan bir konuma getirmeye elverişlidir. Somut olayda davalının gerçekten de ticari ahlâk ile bağdaşmayan yahut doğrudan doğruya haksız fiil olarak görülebilecek birtakım eylemleri gerçekleştirmiş olduğu hâllerde, mahkemelerin bu kimseyi sorumlu tutmak yönünde bir eğilim gösterebilecekleri düşünülebilir ki, böyle bir durumda davacının davayı kazanma ihtimâli görece yüksek olacaktır.¹⁸² hâlbuki, konu açısından önem arzeden husus, yalnızca olayda herhangi bir haksız rekabet eylemine rastlanıp rastlanmadığı olmayıp, mevcut bir ticari sırrın gerçekten ihlâl edilip edilmediği olmalıdır. Hiç şüphesiz, ticari sırrın ihlâli, neredeyse her zaman bir haksız rekabet teşkil edecektir. Ancak, haksız rekabetin çok sayıdaki türü içerisinde ticari sır ihlâllerinin özel olarak değerlendirilebilmeleri için, ticari sır kavramı üzerinden hareket edilmesi, eğer bir ihlâl var ise onun ne ölçüde haksız rekabet teşkil edip etmediğine daha sonra bakılmasının doğru bir yaklaşım olacağı söylenebilir. Değerlendirme aşamalarının bu şekilde net sınırlar ile ayrıldığı bir inceleme usûlünün benimsenmesi hâlinde, davacıdan, bilginin ticari sır niteliğinde olduğuna dair ikna edici deliller sunması bekleneceği için, asılsız talepler ile açılan davaların sayıca azalacakları da düşünülebilir.¹⁸³

¹⁸² M. A. Lemley, 2008, s.322.

¹⁸³ Yabancılik unsuru barındıran ticari sır ihlâli iddiaları bakımından, bu aşamadaki incelemenin farklılaşp farklılaşmayacağı merak edilebilir. Bilindiği üzere, yabancılik unsuru barındıran işlem ve ilişkiler bakımından uygulanacak hukukun, mahkeme hukukundan farklılaşması ihtimâli bulunmaktadır. Bu ihtimâl, tarafların hukuk seçimi yapmış olmaları neticesinde gerçekleşebileceği gibi, uygulanacak hukuku belirleyen yerel kanunlar ihtilâfi kuralının mahkeme hukukundan farklı bir hukuku gösteriyor olması şeklinde de ortaya çıkabilmektedir. Ortaya çıkış sebebinden bağımsız olarak, uyumsuzluğa yabancı bir hukukun uygulanması gerektiği sonucuna varan mahkeme, acaba burada belirtildiği gibi ilk aşama olarak bilginin niteliğini araştırabilecek midir?

Bu soruya olumlu yanıt verilebileceği kanısındayız. Hiç şüphesiz, ticari sırrın münferit unsurları bakımından uygulanacak hukukun içeriğinin farklı olabileceği, hatta kimi unsurların aranmayıp, kimi ek unsurların aranabileceği ihtimâline karşı dikkatli olunması gerekecektir. Bir başka deyişle, uygulanacak hukuk, ticari sır niteliğinin tespiti için yukarıda değinilen unsurların yanında ek birtakım unsurlar arıyor olabileceği gibi, mevcut unsurların içeriğinde yer alan bazı hususlara farklılaşan önem dereceleri atfediyor, hatta, birtakım unsurları hiç aramıyor dahi olabilir. Ancak tüm bu ihtimâller dahi, incelemeye ticari sır niteliğinin tespiti aşaması ile başlanması gerektiği gerçeğini

2) Objektif Hukuka Uygunluk Hâllerinin Yokluğu

Bir ticari sırrın ihlâl edildiğinden bahsedebilmek için; sırrın, haksız yollardan elde edilmiş olması, yahut hukuka uygun yollardan elde edilmiş olmakla birlikte haksız biçimde ifşa edilmiş yahut kullanılmış olması gerekmektedir.¹⁸⁴ Detayları aşağıda ihlâl kavramına ilişkin açıklamalar esnasında verilecek olan bu gereklilik, her somut olay bakımından “hukuka uygun olan birtakım yolların” da mevcut olabileceği fikrini akla getirmektedir. Uygulamaya bakıldığında ticari sırları edinen kişiyi sorumluluk altında bırakmayan, bu bağlamda hukuk düzenleri tarafından cevaz verilen tüm hâller, sır sahibinin iradesi ve sır üzerindeki kontrolü esas alınarak yapılan bir ayırım çerçevesinde, iki ana başlık altında incelenebilirler.

Bu çalışmada, ticari sırrın, sır sahibinin iradesi ve kontrolü dahilinde bir kimse tarafından edinildiği hâlleri karşılamak üzere, "subjektif hukuka uygunluk hâli" ifadesi kullanılmıştır. Zira, edinme eylemi, hukuka uygunluk özelliğini bizzat sır sahibinin bu doğrultudaki iradesinin varlığından almaktadır. Böylesi bir hukuka uygunluk hâlinin en yaygın örneğini, sır sahibinin ticari sırrını kendi çalışanlarıyla paylaşması oluşturmaktadır. Sırdan haberdar olan çalışanın eylemi, sır sahibinin o yöndeki iradesi mevcut olduğu için subjektif bir hukuka uygunluk hâline vücut vermektedir. Sır, çalışan tarafından haksız şekilde ifşa edilmediği yahut

değiştirmemektedir. Varsayımsal olarak, incelemeye bu şekilde başlanmayan bir hukukun uygulanacak hukuk olarak tespit edilmesinde hâlinde bile, muhakeme sürecinin bir yerinde ticari sır niteliğinin incelenmesi gerekeceği kuşkusuzdur. Sır niteliğinin detaylı olarak incelenmeyip esas ağırlığın yukarıda değinildiği gibi haksız rekabet teşkil eden eylemlere verildiği bir uygulamaya sahip bulunan yabancı hukukun Türk mahkemelerince uygulanması gereken hâllerin ortaya çıkması hâlinde ise; yabancı hukuktaki böylesi bir anlayışın, davalı taraf açısından adil karar verilmesinin önüne engel teşkil eden kavramsal bir uygulama hatası olarak kabul edilebileceğini ve mahkemenin söz konusu nitelik tespitini var olması gereken aşamada yani ilk sırada ele alabileceğini düşünüyoruz.

¹⁸⁴ P. A. Alces, H. F. See, 1994, s.87.

kullanılmadığı sürece, onun ticari sırrı ihlâl ettiğinden (örneğin, haksız edindiğinden) bahsetmek mümkün olamayacaktır.

Öte yandan, sır sahibinin iradesinden ve kontrolünden bağımsız olarak dış dünyada gerçekleşen birtakım eylem ve olaylar nedeniyle sırrın edinildiği hâller ise, bu çalışma açısından "objektif hukuka uygunluk hâlleri" olarak isimlendirilmişlerdir. Subjektif hukuka uygunluk hâllerinin, sır sahibinin iradesi ile olan yakın irtibatları gereği, en son aşamada incelenmelerinde ve bu doğrultuda önceliğin objektif hukuka uygunluk hâllerine dair araştırmaya verilmesinde fayda bulunmaktadır. Zira, olayda, subjektif bir hukuka uygunluk hâlinin mevcudiyetinden bağımsız olarak, objektif bir hukuka uygunluk hâline rastlanabiliyorsa, o ticari sırrın ihlâl edildiğinden bahsetmek artık mümkün olamamaktadır. Objektif hukuka uygunluk hâllerinin sorumluluğu ortadan kaldırıcı bu özellikleri, gelişmiş hukuk sistemlerinin büyük bir çoğunluğu tarafından kabul edilmektedir. Günümüzde, birtakım eylem ve olayların, sır sahibinin rızası bulunmadığı hâlde ticari sır içeriğini ortaya çıkarmakta vasıta olarak kullanılmalarına rağmen hukuki veya cezai sorumluluk konusu yapılamadıkları bilinmektedir.¹⁸⁵

Objektif hukuka uygunluk hâllerine; sırrın bağımsız olarak keşfedilmesi; tersine mühendislik aracılığı ile keşfedilmesi; toplumun erişimine açık alanlarda gözlem yolu ile keşfedilmesi hâllerinin örnek gösterilebileceği kanısındayız. Benzer şekilde, üstün nitelikte kamusal bir menfaatin sır hakkında bilgi edinilmesini zorunlu kıldığı hâllerde ve sırrın zaten aleniyet kazanmış olduğu hâllerde de, elde eden tarafa sorumluluk yüklenemeyeceği kabul edilmelidir.¹⁸⁶ Sayılan bu hâller içerisinde, aleniyet kazanma hâli ile basit gözlem aracılığıyla çıkarım hâlinin, sır sahibinin özen

¹⁸⁵ D. E. Bouchoux, 2013, s.473.

¹⁸⁶ D. E. Bouchoux, 2013, s.473.

derecesi ile ilgili bulunuyor olması mümkündür. Öte yandan, tersine mühendislik, bağımsız keşif ve üstün nitelikte kamusal menfaatin varlığı hâlleri, ticari sır sahibinin özen derecesinden büyük oranda bağımsız olup, çoğu zaman sır sahibinin subjektif iradesi dışında gelişen olgu ve vakılardan kaynaklanmaktadırlar.

Anılan hâllere aşağıda ayrı alt başlıklar hâlinde değinilecektir. Bu çalışma açısından söz konusu hâllerin tümü, eylemi bir ihlâl olmaktan çıkaran fonksiyonlarına istinaden “objektif hukuka uygunluk hâlleri” olarak nitelendirilmektedirler. Dolayısıyla, ticari sırrın ihlâl edilip edilmediğinin değerlendirilmesinde bu hâllerin birer negatif koşul olarak ele alınmaları gerekeceğini söylemek mümkündür. Ticari sır niteliğinden emin olunduktan sonra, söz konusu bu hâllerin somut olay bakımından mevcut olup olmadıklarını kontrol etmek ve ancak mevcut olmadıklarına kanaat getirilmesi hâlinde, değerlendirmenin son aşaması olan ihlâl eyleminin var olup olmadığını tespit aşamasına geçilmesini önermekteyiz.

a) Tersine Mühendislik

Ticari sır niteliğindeki bilginin içerisinde olduğu ürün piyasaya sürüldükten sonra, onu hukuka uygun şekilde edinerek "tersine mühendislik" aracılığı ile söz konusu ticari sırra ulaşılması, uygulamada sıklıkla rastlanan bir objektif hukuka uygunluk hâlini oluşturmaktadır.¹⁸⁷ Kavramsal olarak, tersine mühendislik ifadesinin, özel birtakım teknolojiler ve usûller kullanılarak ürün içerisinde varolan gizlenmiş bilgilere ulaşılması şeklinde özetlenebilmesi mümkündür.

¹⁸⁷ E. W. Kintner, J. L. Lahr, 1975, s.149; P. A. Alces, H. F. See, 1994, s.89; F. Dessemontet, 2008, s.200; C. A. Nard, D. W. Barnes, M. J. Madison, 2006, s.892; P. Machnikowski, J. Balcarczyk, A. Gornicz-Mulcahy, 2014, s.195.

Ticari sır ihlâli davalarında tersine mühendislik savunmasının, davalı tarafından iki farklı şekilde öne sürülebildiği görülmektedir. İlk ihtimâlde, davalı, ticari sırrı gerçekten tersine mühendislik ile keşfettiğini, dolayısıyla haksız elde etme şartının gerçekleşmediğini iddia etmektedir.¹⁸⁸ İkinci ihtimâlde ise, davalı ticari sırrın kolaylıkla erişilebilir konumda bulunduğunu ortaya koymak amacıyla, istense rahatlıkla tersine mühendislik yolu ile öğrenilebileceğini ileri sürmektedir.¹⁸⁹

İlk ihtimâlde, tersine mühendislik savunmasının dinlenebilmesi için, ticari sırrı içeren ürünün hukuka uygun şekilde elde edilmiş olması gerekmektedir. Dolayısıyla, tersine mühendisliğe konu kılınacak bilgiye ulaşılrken, sır sahibi ile olan bir güven /gizlilik ilişkisinden kaynaklanan yolların kullanılmamış olması aranacaktır.¹⁹⁰ Tersine mühendisliğe tâbi tutulan ürünün serbestçe erişilebilen bir platformda (pazarda) piyasaya sürülmüş hâlde bulunması ve hukuka uygun olarak elde edilmiş (ör. satın alınmış) olması durumunda, tersine mühendislikte bulunanların ihlâl kaynaklı herhangi bir sorumlulukları olmayacağı ifade edilmektedir. Öte yandan, tersine mühendisliğe konu olan ürünün yasadışı bir yoldan elde edilmiş, örneğin çalınmış olması hâlinde, söz konusu tersine mühendislik işlemi gerçekleştirecek olanların sorumluluktan kaçma imkânları bulunmamaktadır.¹⁹¹ İkinci ihtimâl bakımından ise savunmanın başarıya ulaşp ulaşmayacağı konusu daha muğlak

¹⁸⁸ D. W. Quinto, S. H. Singer, 2009, s.165.

¹⁸⁹ Ibid, s.166.

¹⁹⁰ Bu bağlamda, bir ürünün tersine mühendisliğe tâbi tutulmasına karar verildikten sonra, sır sahibinin eski çalışanlarına, söz konusu bilgiye ulaşmak için toplumun genel bilgisi içerisinde nereye bakılabileceğinin sorulmasında herhangi bir sakınca bulunmadığı düşünülmektedir. Ancak, söz konusu bilgilerin nerede bulunabileceklerine ilişkin olarak o kimseden elde edilecek cevap içeriğinin haksız şekilde elde edilmiş bilgilere dayanması durumunda, tersine mühendislik savunması dinlenmeyecektir. Dolayısıyla, örneğin, bir bilgisayar sistemine gizlice girilerek edinilen yahut lisans anlaşması esnasında gizlilik kaydıyla elde edilen bilgilerin kullanılmaları hâlinde, tersine mühendislik savunmasının kabul edilmeyeceği ifade edilmektedir. D. W. Quinto, S. H. Singer, 2009, s.167.

¹⁹¹ L. Bently, B. Sherman, 2009, s.1166. İngiliz Hukuku'nda, taşınır bir malın mülkiyetini hukuka uygun olarak edinmiş bir kimsenin, malı istediği gibi söküp parçalara ayırarak onun nasıl çalıştığını keşfetmek ve öğrendiği bilgileri dilediği kişiyle paylaşmak hakkına sahip olacağı görüşü hakimdir. Bkz. M. J. Davison, A. L. Monotti, L. Wiseman, 2008, s.349.

çizgiler üzerinden takip edilmektedir. Zira, mahkemeler böylesi hâlleri, davalıların kendi kusurlu davranışları üzerinden kendilerini haklı çıkarma girişimi olarak görebilmektedirler.¹⁹²

Tersine mühendislik uygulamalarına hukuken izin veriliyor olsa da, kişilerin sahip olduğu kanuni yahut fiili bir tersine mühendislik “hakkı”ndan bahsetmek mümkün değildir. Dolayısıyla, tersine mühendislik yapabilme imkânından sözleşme ile vazgeçilebilmesinin mümkün olduğu düşünülmektedir.¹⁹³ Nitekim, çoğu lisans anlaşmasında, lisans alanın bu imkândan mahrum bırakıldığı sözleşme hükümlerine yer verilmektedir.¹⁹⁴

Özetlenecek olursa, aksi sözleşme ile kararlaştırılmamış olmak kaydıyla, bir ürünün piyasaya sürüldükten sonra satın alınarak parçalara ayrılması veya başka yöntemler aracılığı ile içeriğinde o zamana kadar ticari sır olarak korunmuş bilgilere ulaşılmasının, hukuk sistemlerince izin verilen bir eylem olduğunu söylemek mümkündür.

b) Bağımsız Keşif

Ticari sırrın özü itibariyle bir bilgi olduğuna değinilmiş idi. Bir bilginin oluşum süreci, bağımsız olarak farklı zihinlerde, farklı zamanlarda fakat benzer şekillerde gerçekleşebildiği içindir ki, ticari sır sahibinin söz konusu bilgiyi geliştirdiği ortam

¹⁹² D. W. Quinto, S. H. Singer, a.ge, s.166.

¹⁹³ E. M. Dobrusin, R. A. Krasnow, 2008, s.230; R. W. De Very, 2006, s.195. Ürünün piyasaya sürülmesi ile birlikte, o ürünü satın alanların -aksi yönde bir sözleşme hükmü ile bağlı olmadıkları sürece- tersine mühendislik yoluna başvurabilmeleri mümkün kabul edilmektedir. Bkz. M. J. Davison, A. L. Monotti, L. Wiseman, a.g.e, s.352; M. E. Bilge, 2005, s.105; P. Machnikowski, J. Balcarczyk, A. Gornicz-Mulcahy, 2014, s.195.

¹⁹⁴ Öte yandan, bazı ticari sır lisansı sözleşmelerinde, lisans alanın, yalnızca söz konusu bilgiye tersine mühendislik yöntemi ile ulaşabileceği ana kadar olan süreyi kapsayacak şekilde bedel (*royalty*) ödemesinin kararlaştırılabildiği görülmektedir. Bkz. A. I. Poltorak, P. J. Lerner, 2004, s.75.

ve koşullardan tamamen farklı, hatta bu yerlere coğrafi açıdan uzak başka yerlerde, aynı bilginin başka kimseler tarafından tasarlanmakta olması ihtimâl dahilindedir.¹⁹⁵

İşte bu ihtimâli sır sahibi yönünden ortadan kaldıracak hukuk kurallarının henüz mevcut olmamaları dolayısıyla, “bağımsız keşif” olarak adlandırılan böylesi hâllerde, sır sahibiyle herhangi bir ilişkisi bulunmadan tamamen bağımsız olarak aynı ticari sırrı elde eden kimselere sorumluluk yüklenemeyeceğı belirtilmektedir.¹⁹⁶ Zira, bir ticari sır ihlâlinden bahsedebilmek için, ihlâlde bulunduğı öne sürülen kimsenin kullandığı bilginin, bağımsız olarak başka bir kaynaktan değil, sır sahibinin bilgisinden kopyalanmış / türetilmiş olması gerekmektedir. Bağımsız geliştirme iddiasının, sürece ilişkin taslak çizimler, notlar, yayın kopyaları vb. somut deliller ile desteklenmesi gerektiğine ise şüphe bulunmamaktadır¹⁹⁷.

c) Aleniyet Kazanma

Ticari sırrın zorunlu unsurları arasında yer verilen “henüz aleniyet kazanmamış olmak” ifadesi ile kastedilen, ticari sır olduğı öne sürülen bir bilginin henüz toplumun genel bilgisine sunulmamış, toplum tarafından rahatlıkla erişilebilir bir konuma gelmemiş olmasıdır. Kavramın bu anlamından hareketle, aleniyetin çoktan kazanılmış olduğı hâllerde, bilginin ticari sır vasfı kaybolacağından, bir ticari sır ihlâlinden bahsedilemeyeceğı de açıktır. Bu açıdan bakıldığında, “aleniyet kazanma”, bağımsız bir hukuka uygunluk nedeninden çok sır sahibinin gösterdiği özen derecesi ile daha ilgili bulunan bir konu gibi durmaktadır.

¹⁹⁵ Örnek olarak, bir kimsenin ticari sır konusu ile tamamen aynı nitelikte bir tarif veya metodu, sır sahibinden tamamen bağımsız olarak keşfetmesi hâli verilebilir.

¹⁹⁶ L. Bently, B. Sherman, 2009, s.1176; P. A. Alces, H. F. See, 1994, s.89; C. A. Nard, D. W. Barnes, M. J. Madison, 2006, s.892.

¹⁹⁷ D. W. Quinto, S. H. Singer, 2009, s.171.

Öte yandan, aleniyetin kazanılması anına bağlı olarak, bu durumun davalılarca bir hukuka uygunluk sebebi olarak gösterilebilmesi mümkündür. Sır sahibinin, gösterdiği tüm çabalara rağmen sırrın aleniyet kazanmasına engel olamadığı durumlara rastlanılabilir. Böylesi durumlarda, söz konusu bilginin -diğer unsurların varlığı hâlinde- bir müddet ticari sır vasfına sahip konumda kalacağı da varsayılabilir. Aleniyetin kazanıldığı zaman, hâl ve şartlar değişkenlik gösterebileceği için, ticari sırrın hukuki korumadan mahrum kalacağı anın tespiti de olaydan olaya farklılık gösterebilmektedir. Kimi hâllerde, gösterilen özen seviyesi bir yana, aleniyetin gerçekleşip gerçekleşmediği noktasında dahi, sır sahibi ile davalı konumunda bulunan kişi arasında yorum farklılıklarına rastlanabilir. Uygulamada, ticari sır ihlâlinde bulunduğu öne sürülen tarafın, genellikle “söz konusu bilginin aleniyet kazanmış olduğu” savunmasına dayandığı görüldüğünden, hukuka uygunluk nedenleri başlığı altında aleniyetin kazanılmasına ayrıca yer verilmiştir. Ticari sırrın unsurlarına ilişkin kısımda yer verilen açıklamaları tekrar etmemek adına, burada sadece özellik arzeden ek birtakım hususlara değinilecektir.

Bir şirketin, rakipleri tarafından meydana getirilmiş ürünleri fiyat, kalite, içerik ve üretiliş yöntemi gibi konular bakımından incelemek istemesi son derece normaldir. Önemli olan husus, söz konusu incelemenin adil ve ticari ahlâka uygun kanallardan yapılmasıdır. Dolayısıyla, rakip firmanın kendi ürünlerini tanıttığı bir fuarda o ürünler hakkında bilgi edinmek, yahut rakip firmanın üretim tesislerinin hâlka açık bölümlerini ziyaret etmek (bilinçli olarak potansiyel müşteri algısı yaratmamak kaydıyla) gibi eylemlerin, ticari sır hakkında bilgi edinmeye çalışan kimseler bakımından “uygun” kabul edilebilecekleri düşünülmektedir.¹⁹⁸ Benzer

¹⁹⁸ D. W. Quinto, S. H. Singer, 2009, s.46.

şekilde, ticari sırrın içeriğine, yapılmış bir yayının okunması suretiyle ulaşılan hâllerde de, bilgiye erişen kişi bakımından aleniyetin çoktan gerçekleşmiş olduğu sonucuna varmak mümkündür.¹⁹⁹

Sır sahibinin kendi eylemleri neticesinde ticari sırların yanlışlıkla alenileştirildikleri hâllerde, bu bilgilerden sonradan faydalanan kişilerin kural olarak sorumlu tutulamayacakları görüşü hakimdir.²⁰⁰ Örneğin, bilginin kalabalık ortamlarda bir başkasıyla paylaşılması hâlinde, başkalarının söz konusu bilgiye kulak misafiri olmaları ihtimâlinin ciddiyetine rağmen paylaşımın sürdürülmesi, gizli bilgilerin ifşa olma riskini yükseltecektir. Böyle durumlarda, bilgiye kulak misafiri olan kimsenin sorumluluğundan bahsedilememektedir. Benzer şekilde cep telefonu ile kalabalık ortamlarda konuşulan hâllerde, kendisiyle konuşulan kişi bakımından bir gizlilik ödevinin doğabilme ihtimâli mevcut olmakla birlikte, etrafta bulunan ve bu konuşmanın içeriğini duyan kimseleri sorumlu tutmak mümkün değildir.²⁰¹ Zira, bu gibi hâllerde, bilginin gizliliğinin devamı hususunda başkalarına ne ölçüde sorumluluk yükleneceği meselesinden önce, bilginin esas sahibinin o bilginin korunması için gerekli özeni gösterip göstermediğine bakılması gerektiği düşünülmektedir.²⁰²

Gizli nitelikte olduğu açıkça anlaşılabilen bir bilginin, yanlışlıkla başka kimselerin eline geçmesi çeşitli şekillerde gündeme gelebilir. Bilginin, e-posta ile, normal posta ile yahut faks ile yanlış bir alıcıya gönderilmiş olması mümkündür.

¹⁹⁹ D. E. Bouchoux, 2013, s.473.

²⁰⁰ Bilge'ye göre, "...rekabet etiği ve kuralları, rakiplerin menfaatlerine belirli bir ölçüde saygıyı gerektirir. Buna karşın, başkalarının menfaatlerini ihlâl etmeden rekabet etme de hemen hemen düşünülemez. Yanlışlıkla ifşa edilen ticari sırlarda, sırrı elde edenin ekonomik faaliyet özgürlüğü, rakibinin dikkatsizliğinin kendi aleyhine kullanılmaması gerekçesiyle engellenemez." Bkz. M. E. Bilge, 2005, s.86.

²⁰¹ M. J. Davison, A. L. Monotti, L. Wiseman, 2008, s.352.

²⁰² Ibid, s.353; D. E. Bouchoux, 2013, s.474.

Ancak, yazılı bir forma sahip ticari sırrın yanlışlıkla öğrenilmesinde, gizli bilginin sözlü olarak ifşasından farklı olarak, eline gizli nitelikte olduğu açıkça anlaşılabilen (ör. üzerinde “gizlidir” ibaresi bulunan) bir belge geçen kimsenin -belgenin kendisine gönderilmemiş olduğunu da anlaması kaydıyla- söz konusu içeriğe bakmaması gerekeceği düşünülebilir.²⁰³

Aleniyete ilişkin açıklamalar sırasında önemle belirtilmesi gereken husus, aleniyetin ticari sırlara bahşedilen hukuki korumayı ileriye dönük olarak ortadan kaldırıyor olduğudur. Bir başka deyişle, aleniyet gerçekleştikten sonra söz konusu gizli bilgiye ilişkin olarak başkaları tarafından gerçekleştirilecek kullanımların, sır sahibi açısından kural olarak²⁰⁴ hukuki korumadan yoksun kalacaklarını söylemek mümkündür. Buna karşılık, aleniyetin kazanılması, bizatihi sırrın haksız elde edilmesi, ifşa edilmesi yahut kullanılmasına dayanıyorsa, söz konusu eylemleri gerçekleştiren açısından sorumluluk doğacağı söylenebilir.²⁰⁵

d) Basit Gözlem ile Çıkarım

Bir kimsenin ticari sır içerdiği öne sürülen bir ürüne sadece dışarıdan bakarak yahut onu ele alıp inceleyerek, kendi beceri ve tecrübelerine dayanmak suretiyle

²⁰³ Sır içeren belgenin gizli olduğunu ve aslında kendisine gelmediğini anlayan, buna karşılık içeriğini öğrenen bir alıcıya sorumluluk yüklenebileceği yönünde verilmiş yabancı mahkeme kararları için bkz. M. J. Davison, A. L. Monotti, L. Wiseman, 2008, s.353.

²⁰⁴ İngiliz Hukuku'nda, aleniyet kazanmış gizli bilgilerin yine de hukuki korumaya sahip olabilecekleri özgün bir uygulama mevcuttur. Söz konusu bilgilerin, rakiplerin önüne geçmek amacıyla kullanılması hâlinde, sıçrama tahtası (*springboard*) adı verilen bir doktrinden yararlanılmaktadır. Özetle bu doktrin, ihlâli gerçekleştirmiş olan kimsenin, bu ihlâlden haksız bir menfaat elde edip, rekabet ilişkisi içinde olduğu aslı sır sahibinin önüne geçmesini önlemek amacıyla yöneliktir. Doktrin hakkında detaylı bilgi için bkz. L. Bently, B. Sherman, 2009, s.1150; J. Davis, 2003, s.325; K. Bowrey, M. Handler, D. Nicol, K. Weatherall, 2015, s.599; H. MacQueen, C. Waelde, G. Laurie, 2008, s.782.

²⁰⁵ L. Bently, B. Sherman, 2009, s.1153.

gerçekleştireceği basit bir gözlem aracılığıyla içerik bileşenlerini ortaya çıkarabildiği hâllerde, ticari sır ihlâlinden söz edilemeyeceği ifade edilmektedir.²⁰⁶

Bu gibi hâller bakımından, gözlemde bulunan kimseye sorumluluk yüklenememesinin ana gerekçesi; basit bir gözlem ile kolaylıkla ortaya çıkarılabilen bir bilginin gerçekten “sır” niteliğinde olup olmadığının, sır niteliğinde sayılsa dahi sahibi tarafından gizli kalması yönünde yeterli düzeyde çaba harcanıp harcanmadığının tayininde yaşanabilecek haklı tereddütlerdir. Basit bir gözlem ile rahatlıkla kavranabilen bir bilginin, toplumun genel bilgisinden o kadar da uzak olmadığı yorumunu yapmak mümkündür.

e) Üstün Nitelikte Kamusal Menfaat

Ticari sır olduğundan bahsedilebilecek bilgiler bakımından kural olarak bir konu sınırlaması bulunmamaktadır. Bu kapsamda teknik sırlar kadar, işletme sırlarının da ticari sır vasfı taşıyabileceklerine değinilmiştir. Kimi hâllerde, ticari sır konusu bilginin açığa çıkmasında kendini yoğun derecede hissetiren bir kamusal menfaat göze çarpmaktadır.²⁰⁷ Özellikle hukuka aykırı eylemlerin varlığına işaret eden ticari sırların ihlâli bakımından gündeme gelen böylesi hâllerde, sırrı ihlâl eden kimseye sorumluluk yüklenmemesi gerektiği ifade edilmektedir.²⁰⁸ Dolayısıyla, örneğin, çalıştığı şirketin vergi kaçırdığını farkedenden bir muhasebecinin, ticari sır niteliğindeki

²⁰⁶ E. M. Dobrusin, R. A. Krasnow, 2008, s.228; P. Lavery, 1996, s.174, 175.

²⁰⁷ Rusya uygulaması açısından kamusal menfaat, ilgili yasada hangi bilgi türlerine ticari sır koruması verilmeyeceğine dair bir listeye yer vermek şeklinde somutlaştırılmıştır. Bu kapsamda, çevre kirliliği, gıda güvenliği, salgınlar, kar amacı gütmeyen kuruluşların gelir gider tabloları vs. alanlara ilişkin bilgilerin, sahipleri tarafından ticari sır niteliğinde görülseler dahi korunmayacakları ifade edilmektedir. Bkz. A. Kashanin, 2015, s.181.

²⁰⁸ R. Dean, **The Law of Trade Secrets**, Sydney, 1990, s.274; C. Colston, 1999, s.163; D. I. Bainbridge, 2012, s.360. Bu önemli istisna, “kamu menfaati istisnası” (*public interest exception*) olarak bilinmektedir. Bkz. P. Torremans, 2008, s.501; J. Davis, 2003, s.352; K. Bowrey, M. Handler, D. Nicol, K. Weatherall, 2015, s.595; P. Lavery, 1996, s.185.

birtkım mali raporları yetkili makamlara bildirmesi hâlinde, sorumlu tutulmaması gerektiği söylenebilir.

Kanımızca, bu hukuka uygunluk nedenini diğerlerinden farklı kılan bir yön mevcuttur. Diğer hukuka uygunluk nedenlerinde, ilgili eylemin yahut olayın niteliği gereği somut olayda bir ticari sır ihlâlinden bahsedilemeyeceği noktasından hareket edilmektedir. Buna karşılık, üstün nitelikte kamusal menfaatin bulunduğu hâllerde, çoğu olay bakımından kavramsal açıdan bir ticari sır ihlâli söz konusu olmakla birlikte, hukuk düzeni söz konusu ihlâl'e yaptırım bağlamamak yolunu seçmektedir.

3) İhlâl Eyleminin Varlığı

Olayda hukuken korunabilecek bir ticari sırrın mevcut olduğu anlaşıldıktan sonra, söz konusu bu ticari sırrın ihlâl edilip edilmediğinin belirlenmesi gerekecektir. İnceleme kapsamında doğru değerlendirmeler yapılabilmesi için ise, öncelikle ihlâl kavramından ve bu kapsamda ihlâl eyleminden ne anlaşılması gerektiği hususuna açıklık getirilmelidir.

Bu başlık altında önce ihlâl kavramın içeriği belirlenecek, ardından uygulamada rastlanan ticari sır ihlâllerinin kategorize edildikleri bir şema üzerinden ihlâl eyleminin görünüm biçimlerine dair açıklamalara yer verilecektir.

a) İhlâl Kavramı

Ticari sırların korunması bağlamında ihlâl; bir kimsenin sahip olduğu ticari sırrın, bir başkası tarafından sır sahibinin açık veya zımni rızası bulunmadığı hâlde

elde edilmesi, ifşa edilmesi veya kullanılması durumunda gündeme gelmektedir.²⁰⁹

Bu üç eylem şekli²¹⁰ arasında kural olarak bir alternatiflik ilişkisi bulunduğu, bir başka deyişe bu üç eylem şeklinin mutlaka bir arada yahut herhangi ikisinin bir arada bulunması gibi bir gerekliliğin söz konusu olmadığı ifade edilmektedir.²¹¹

Sırrı, sahibinin rızası bulunmaksızın elde eden, açıklayan veya kullanan kimsenin;

1-Sırta uygun olmayan yollardan erişmiş olması ve

2-Sırrın uygun olmayan yollardan elde edildiğini biliyor veya bilmesi gerekir durumda olması yahut

3-Sırrın, bir gizlilik ödevine vücut veren koşullar altında elde edildiğini biliyor veya bilmesi gereken durumda olması da aranmaktadır.²¹²

Bu genel tanımdan hareketle uygulamaya bakıldığında, söz konusu şartların iki ana kategori altında toplanabildiği görülmektedir. İlk kategoride, sır sahibi ile sırrı ihlâl eden kişi arasında bir gizlilik ödevine vücut veren ve çoğunlukla güven ilişkisine dayalı bir hukuki ilişki bulunmaktadır. Çoğu örnekte bu durum, işçi-işveren ilişkileri bakımından veya ticari işbirliği yapan şirketlerin ilişkileri bakımından somutlaşmaktadır. Günümüz hizmet ilişkilerinde sıklıkla rastlanılan gizlilik sözleşmeleri, esasen sır sahibinin paylaştığı ticari sırların, hiçbir surette onun rızası

²⁰⁹ Nitekim, diğer fikri mülkiyet hakları yanında ticari sırların da korunmaları gerektiğine dair getirilmiş bir hüküm niteliği taşıdığı belirtilen TRIPS m.39 metninde de; elde etme, ifşa ve kullanma eylemlerinden bahsedilmektedir. Bkz. L. Bently, B. Sherman, 2009, s.1172; H. MacQueen, C. Wael, G. Laurie, 2008, s.781.

²¹⁰ Burada sadece "kullanma" olarak geçen haksız eylem türü, çalışmanın ikinci bölümünün sonunda yer verilen model önerisinde, uygulanacak hukukun daha sağlıklı tespit edilebilmesi amacıyla kendi içerisinde iki ayrı gruba ayrılarak incelenmiştir. Şu an için ticari sır ihlâli olgusu hakkında verilen genel açıklamalarda kafa karışıklığına yol açmamak adına bu başlık altında sadece "kullanma" şeklinde anılacaktır.

²¹¹ M. E. Bilge, 2005, s.80.

²¹² D. E. Bouchoux, 2013, s.473; M. Sunder, 2013, s.337.

dışında kullanılmamalarını ve ifşa edilmemelerini hüküm altına almaktadırlar. Benzer şekilde, bir ticari işbirliği ilişkisi kurmak amacıyla görüşmelerde bulunan iki şirketin, bu görüşmeler esnasında birbirleriyle paylaşabilecekleri birtakım sırların, daha sonra karşı tarafça kendileri aleyhine kullanılmalarını engellemek için akdedilen gizlilik anlaşmalarına da sıkça rastlanılmaktadır. Sayıca sınırlı olmayan bu ve benzeri hâllerde, taraflar arasında mevcut bir hukuki ilişki bulunduğu ve bunun da esasen güven ilişkisine dayandığı anlaşılmaktadır.

İkinci kategoride ise, taraflar arasında gizlilik ödevi doğuran bir ilişki bulunmadığı gibi, aslında bu kategoriye dair olayların büyük bir çoğunluğu bakımından herhangi bir hukuki ilişki de yoktur. Bir başka deyişle, ticari sır sahibi ile bu sırrı elde etmeyi hedefleyen arasında mevcut ve süregelen bir hukuki ilişki bulunmamaktadır. Bu gibi hâllerde, meydana gelebilecek ihlâller bakımından gösterilen en bilinen örnekler; hırsızlık, telefon dinlemesi vb. yollardan gerçekleşen "sanayi casusluğu" gibi zaten hukuka aykırı olan eylemlerdir.

Şu hâlde, her iki kategorinin yansıttığı görünüm ışıığında, ihlâlin; hem ticari sırrın hukuka aykırı yollardan elde edilmesi durumunda, hem de hukuka uygun yollardan elde edilmekle birlikte haksız şekilde ifşa edilmesi yahut kullanılması hâllerinde gündeme geldiği belirtilebilir.²¹³ Bir ticari sırrın elde edilmesinin hukuka aykırı olarak nitelendirilebilmesi için, sırrı elde eden kimse, söz konusu eylemin haksız olduğunu biliyor veya bilebilecek durumda olmalıdır.²¹⁴ Aynı kabul, hiç şüphesiz hukuka uygun olarak elde edilmiş ticari sırrın daha sonra ifşa edildiği veya kullanıldığı hâller bakımından da geçerlidir.

²¹³ F. Dessemontet, 2008, s.199; D. E. Bouchoux, 2013, s.473; R. W. De Very, 2006, s.143.

²¹⁴ M. E. Bilge, 2005, s.81.

Sorumluluğun doğumu bakımından ticari sırrın ne kadarının uygun olmayan yollardan elde edildiğinin yahut ifşa edildiğinin veya kullanıldığının pek önemi yoktur. Örneğin, ABD uygulamasında, haksız bir şekilde elde edildiği, ifşa edildiği, kullanıldığı ispat edilen kısım, ticari sırrın küçük bir bölümü dahi olsa, sorumluluğun gündeme gelebileceği belirtilmektedir.²¹⁵ Öyle ki, ticari sırları elde eden kimsenin, elde ettiği sırrı değiştirerek yahut geliştirerek kullanmış olduğu hâllerde dahi, sonuçta ortaya çıkan ürünün esas olarak söz konusu ticari sırdan türetilmiş olduğu ispatlanabildiği sürece, sorumluluğun devam edebildiği görülmektedir.²¹⁶

b) İhlâl Eyleminin Gerçekleştirilmesi

Uygulamada gerçekleşen tüm ticari sır ihlallerini, sır sahibi ile ihlâli gerçekleştiren kimse arasında bir hukuki ilişki bulunup bulunmadığına göre iki ayrı kategori altında incelemek mümkündür. Taraflar arasında mevcut bir hukuki ilişkinin bulunduğu hâller açısından ise, söz konusu ilişkinin bir gizlilik ödevi barındırıp barındırmadığına göre yine ikili bir ayrıma gidilmesi mümkündür. Hukuki ilişkinin mevcut olduğu hâller bakımından gündeme gelebilecek görünümleri içeren şemaya aşağıda yer verilmiştir.

²¹⁵ D. W. Quinto, S. H. Singer, 2009, s.47.

²¹⁶ D. E. Bouchoux, 2013, s.474.



Akış şemasının kaynağında ticari sır sahibi yer almaktadır. Sır sahibinin, söz konusu sırrı ihlâl eden kimse ile bir gizlilik ödevi doğuracak hukuki ilişkilere girmiş olduğu hâllere dair ihtimâl ayrı bir çizgi üzerinde oluşturulmuştur. Benzer şekilde, sır sahibi ile sırrı ihlâl eden kimse arasında herhangi bir gizlilik ödevinin bulunmadığı hâller de ayrı bir çizgi üzerinden verilmiştir. Böylelikle, ticari sırrın ihlâli eylemine dair ilk inceleme, gizlilik ödevinin varlığı - yokluğu ekseninde yapılmış olmaktadır.

İhlâl eyleminin gerçekleştirilmesi, söz konusu eylemi gerçekleştiren kişi ile davalının aynı kişi olup olmadığı meselesine göre ikili bir ayırım çerçevesinde ele alınmıştır. Burada gündeme gelebilecek üç ihtimâlin varlığından söz edilebilir: Sır sahibi tarafından muhtemel olarak dava edilecek kişi, ya ihlâli ilk gerçekleştiren kişidir; ya söz konusu ticari sırrı, ihlâli ilk gerçekleştiren kişiden edinmiş bir üçüncü

kişidir; ya da sır sahibi hem ilk ihlâlciyi hem de sırrı ondan edinen üçüncü kişiye karşı dava açmıştır. Ticari sırların ihlâli bağlamında özellikle vurgulanması gereken husus, sırrı ilk ihlâl eden kişi ile sır sahibinin dava açtığı kişinin her olayda aynı kimse olmayabileceğidir. Bir başka ifade ile, sır sahibinin ihlâl iddiasıyla kendisine karşı dava açtığı kişi, mutlaka sırrı gerçekten ihlâl eden kişi olmak zorunda olmayıp, dava başka kimselere karşı yöneltilmiş de olabilir. Dava edilecek olan kimsenin üç eylemden biri veya birkaçı nedeniyle dava edileceğinden bahsedilebilir. Söz konusu eylemler; sırrı elde etme, sırrı ifşa ve sırrı kullanma olup, akış şeması içerisinde muhtemel davalılara bağlanmışlardır.

Sırrın gerçekten ihlâl edildiği varsayımında, her somut olay bakımından en az bir adet ihlâl eyleminin varlığından söz edilecektir. Bu eylemi gerçekleştiren kişi (ilk ihlâlci), sırrı sadece kendisi için elde etmiş / kullanmış ise, ihlâl eylemini gerçekleştiren tek kişi de o olacaktır. Bir ticari sır ihlâl etmek, ilk ihlâl eden kişi bakımından değerlendirildiğinde üç ayrı eylem türünden biri veya birkaçı biçiminde ortaya çıkabilmektedir. Sır, sadece elde edilmiş olabilir²¹⁷; elde edildikten sonra bir başkasına ifşa edilmiş olabilir; yahut, elde edildikten sonra elde eden kişi tarafından kullanılmış olabilir. Bu eylem türlerinin hepsi, haksız olmaları şartıyla kendi başlarına ihlâl için gerekli eylem unsurunu sağlamaktadırlar. Eylemin haksız olması ise, temelde ticari sır sahibinin iradesine aykırı ve/veya hukukun izin vermediği yollardan gerçekleştirilmesi anlamını taşımaktadır.

Öte yandan, uygulamada sıklıkla rastlanıldığı üzere, ticari sırrı ihlâl eden kişi, söz konusu sırrı başkaları ile paylaşabilmektedir. Böyle bir paylaşma eylemi, doğası gereği ikinci bir ihlâl eylemine vücut verecektir. Dolayısıyla, paylaşma eyleminin,

²¹⁷ M. A. Lemley, 2008, s.319.

paylaşımında bulunan kişi açısından ikinci bir ihlâl eylemine; kendisiyle sır paylaşılan kişi açısından ise, yeni bir ihlâl eylemine vücut vereceği söylenebilir. Kendisiyle bilgi paylaşılan kimse de bu bilgiyi başkalarıyla paylaşmak yoluna gidebileceği için, bir olayda ortaya çıkabilecek ihlâl eylemlerinin sayıca üst sınırı hakkında genelleme yapılabilmesi zordur.

"İlk ihlâl" ifadesi ile; ihlâl eden kimsenin söz konusu eylemi sonucunda onu takip eden bir olası ihlâller zincirinin de kurulabilmesine zemin hazırlayan ilk ihlâl eylemine dikkat çekilmektedir. Öte yandan, sır meydana getirildikten sonra zamansal olarak onu ilk defa kimin ihlâl ettiği meselesinin, bu başlık açısından önemi bulunmamaktadır. Bu çalışma açısından, ihlâlin daha önceki bir ihlâl eylemine bağlı olarak meydana gelmediği tespit edilebilen her hâl, birer "ilk ihlâl" hâli olup, söz konusu bu ihlâlleri gerçekleştiren kimseler de "ilk ihlâlcî" olarak isimlendirilmişlerdir. Buradan hareketle, her ticari sır için farklı kimseler tarafından farklı zamanlarda gerçekleştirilmiş birden fazla ihlâlden bahsedilebilmesi mümkün olup²¹⁸, söz konusu ihlâllerin her birinin yukarıdaki koşulu sağlamaları hâlinde kendi olay çizgileri bakımından birer ilk ihlâl hâli olarak görülmeleri de mümkündür. İlk ihlâl gerçekleştikten sonra ihlâli gerçekleştiren kişi bu bilgiyi başkalarıyla paylaşmış ise, bir zincirin oluştuğundan bahsedilecektir. Bilgi kendisiyle paylaşılan kimseler de başkaları ile paylaşmaya devam edecek olurlarsa, ihlâl zinciri -sır toplumun genel bilgisine sunulmamış ve eylemler haksız nitelikte olduğu sürece- daha da uzayacaktır.

²¹⁸ Ticari sır, bu ihlâl eylemlerinden biri sonucunda neticede aleniyet kazanmış ise, o andan sonra kural olarak ticari sırlara sağlanan hukuki koruma sona ereceğinden, ticari sır niteliği ortadan kalktıktan sonraki eylemlerin teknik anlamda "ihlâl" olarak nitelendirilmeleri güçtür. Dolayısıyla, ticari sır niteliğinin farklı kimselerce farklı zamanlarda ihlâl edilip edilmediğinin tespitinde, ticari sırrın hâlen gizlilik niteliğini koruyup korumadığı hususuna bakılması bir zorunluluktur.

Çalışmamızda "ilk ihlâlcı-üçüncü kişi" şeklinde bir ayırımdan faydalanarak ticari sır ihlâli olgusunu açıklamakta yarar görülmüştür. Zira, yukarıda bahsedildiği, aşağıda devam eden açıklamalar esnasında da detaylı olarak ele alınacağı üzere, gerek ihlâl eylemlerini gerek bu ihlâl ilişkisindeki tarafları net biçimde ayırt edebilmek, tüm süreci anlamak bakımından son derece önemlidir. Ayrıca, sırrı ilk ihlâl eden kimseye veya üçüncü kişiye dava açılmasına bağlı olarak, maddi hukuk kuralları açısından o kimselere karşı istenebilecek yaptırımlar arasında farklılık olması son derece mümkündür. Son olarak, üçüncü kişi konumundaki kimsenin iyiniyetli olabilmesi ihtimâli de göz önünde tutulmalıdır. Bu durum, onu ilk ihlâlciden bağımsız bir konumda ele almayı gerektirmektedir.

Sır kendisiyle paylaşılan, ancak ilk ihlâlcı olarak da görülmeyen kişinin bulunduğu konum, hem sırrın asıl sahibiyle olan ilişkisi hem de sırrı kendisine ifşa eden kimseyle olan ilişkisi bakımından ticari sır davalarında oldukça önemlidir. Ticari sırrı ikincil olarak öğrenen kişi topluluğuna dahil herkes, bu çalışma açısından “üçüncü kişi” olarak ifade edilecektir. Üçüncü kişi konumunda bulunan kimse²¹⁹, söz konusu sırrı doğrudan doğruya ilk ihlâlciden elde etmiş olabileceği gibi, kendi durumuna benzer bir konumda bulunan ve eylemi ilk ihlâlciden almış bir başka üçüncü kişiden de elde etmiş olabilir.²²⁰ Dolayısıyla, söz konusu ticari sırrı, ilk ihlâlciden temin edip kullanan / ifşa eden herkesi kavramsal açıdan “üçüncü kişi” grubuna dahil etmek mümkündür. Üçüncü kişinin, yerine göre ikinci ihlâlcı, üçüncü

²¹⁹ Uşan’a göre, “...sır saklama borcunun ihlâli için bu sırların ille de rakip bir kimseye açıklanmış olması gerekmez. Sırrın bir üçüncü kişiye sızdırılmış olması, söz konusu kişinin de sızdırılan bilgiden yararlanabilecek durumda olması, sır saklama borcunun ihlâli için yeterli sayılır.” Bkz. M. F. Uşan, 2013, s.110.

²²⁰ Üçüncü kişinin, sır sahibine karşı bir gizlilik ödevine sahip olması hâlinde, adı geçen “üçüncü kişi konumunda bulunma” unsuru ortadan kalkmış olacağı için, bu ihtimâle ayrı bir başlık altında değinilmemiştir. Söz konusu ihtimâlin, ilk ihlâlcie dair değerlendirmeler kapsamına gireceği düşünülebilir.

ihlâlcı biçiminde nitelenebileceği açık olmakla birlikte, ana kategori olarak “üçüncü kişi” kavramı içerisinde ele alınmasının, soyutlaştırmaya daha elverişli bir görünüm arzedeceği düşünülmüştür.

İhlâl eyleminin gerçekleştirilmesi başlığı altında, aşağıda, öncelikle taraflar arasında bir hukuki ilişkinin mevcut olduğu hâllerde gündeme gelebilecek ticari sır ihlâllerine değinilecektir. Arkasından, taraflar arasında böyle bir hukuki ilişkinin bulunmadığı hâller ele alınacaktır. Son olarak ise, tüm bu süreçte üçüncü kişinin sahip olduğu konum incelenecektir.

aa) Taraflar Arasında Bir Hukuki İlişkinin Mevcut Olduğu Hâller

aaa) Gizlilik Ödevi Bulunan Hukuki İlişkiler Bakımından

Ticari sır sahibi ile ilk ihlâlcı arasında varlığına rastlanabilecek pek çok hukuki ilişki tipi bulunmaktadır. Örneğin, ilk ihlâlcı, sır sahibinin çalışanı (işletme organizasyonu içindeki her kademeyi içerecek şekilde) konumunda bulunuyor olabilir. Bu hizmet ilişkisi hâlen devam etmekte olabileceği gibi, sonlanmış ve kişiyi “eski çalışan” konumuna düşürmüş de olabilecektir. Benzer şekilde, ilk ihlâlcinin sır sahibi ile ticari işbirliği yapan bir kimse olması da mümkündür. Söz konusu işbirliği ilişkisi kurulmuş ve sürdürülmekte olabileceği gibi, henüz kurulmamış ve görüşülme aşamasında da olabilecektir. Yahut, kurulmuş ve bir süre sonra sonlandırılmış bir işbirliği ilişkisi şeklinde de görünebilir. Sınırlı sayıda olmayan, ancak uygulamada çok sık rastlandığı ifade edilen²²¹ bu örnek hâllerin hepsinde ortak olan nokta, ticari

²²¹ M. A. Lemley, 2008, s.318. Amerika Birleşik Devletleri federal mahkemelerinde 1950 ila 2008 yılları arasında açılmış ticari sır ihlâli davalarının yüzde doksandan fazlasında bir işçi, bir eski işçi

sır sahibi ile ilk ihlâlcı konumunda bulunan kişi arasında gizlilik ödevi doğuran bir hukuki ilişkiye rastlanmasıdır.

Anılan gizlilik ödevi, esasen ticari sırlara ilişkin bir sır saklama borcunu ifade etmekte olup günümüzde çoğunlukla sözleşmesel bir yapıda kendisini göstermektedir. Taraflar arasındaki hukuki ilişkiyi kuran asıl sözleşmede bu ödevi doğuran hükümler bulunabileceği gibi, taraflar özellik arzeden durumları daha geniş düzenlemek amacıyla bağımsız sözleşmeler akdetmek yolunu da seçmiş olabilirler. Bu doğrultuda, gizlilik anlaşmaları, rekabet etmeme anlaşmaları, buluş devir anlaşmaları vb. aracılığıyla; bazen sadece sır sahibinin karşısında bulunan tarafa, kimi hâllerde ise hem sır sahibine hem de karşı tarafa bir gizlilik ödevi getirilmektedir. Gizlilik ödevinin açıkça ifade edilmemiş olduğu hâllerin bir kısmında ise, ilişkinin doğası gereği taraflar arasında bir gizlilik ödevi bulunduğu sonucuna varılabilmesi mümkün gözükmektedir. Bu kapsamda, işçinin hizmet ilişkisi sürerken gerçekleşen ihlâller bakımından onun “sadakat yükümlülüğü”nden²²²; henüz görüşülme aşamasında olan ticari işbirliği ilişkileri bakımından ise, güven temelinden kaynaklandığı ifade edilen “*culpa in contrahendo*” sorumluluğunun doğabilme ihtimâlinen bahsedilebilir.

Aşağıda, güven ilişkisi temelinden kaynaklanan bir gizlilik ödevinin gündeme gelebileceği hâller arasından uygulamada sıklıkla rastlanan iki grup ilişki hakkında açıklamalara yer verilmiştir. Öncelikle, sır sahibinin işveren konumunda olduğu hizmet ilişkileri bünyesinde gerçekleşebilecek ticari sır ihlâllerinin nasıl bir görünüm sergileyebilecekleri hususu incelenecektir. Hemen arkasından ise, sır sahibinin taraf

yahut bir iş ortağının var olduğu belirtilmektedir. Bkz. E. R. Claeys, **Intellectual Usufructs: Trade Secrets, Hot News, and the Usufructuary Paradigm at Common Law**, Balganes, S., (ed.), s.416.

²²² J. Davis, 2003, s.340.

bulunduğu ticari işbirliği ilişkilerindeki görünümüne bakılacaktır. Anlatımda kolaylık sağlanması amacıyla, verilecek örnekler açısından ihlâl eylemini gerçekleştirenlerin “ilk ihlâlcı” konumunda bulundukları ve örneklerin herhangi bir üçüncü kişi barındırmadıkları varsayılmıştır. Aşağıda detaylı olarak sunulacak ihtimâlleri soyutlaştıran ve uygulanacak hukukun tespitinde esas alınabilecek yolların daha rahat anlaşılmasını sağlayacağına inandığımız tablolara ise, meselenin esasen uygulanacak hukuka ilişkin olmasından hareketle ikinci bölüm sonundaki "model önerisi" başlığı altında yer verilmiştir.

aaaa) Çalışma İlişkileri Bağlamında İhlâl

Ticari sır sahibinin, işletme organizasyonu içerisinde farklı kademelerde çalışan kimseler ile kurduğu sözleşmelerde, ticari sırların korunmasına ilişkin hükümlere sıklıkla yer verdiği görülmektedir.²²³ İşçi-işveren ilişkileri bakımından ticari sırların ihlâli ele alınırken, üzerinde durulması ve sonuçlarının değerlendirilmesi gereken iki önemli ayırmadan bahsedilebilir;

1-İşçi konumunda olan kimsenin, işinin ifası için ticari sırra hukuka uygun erişimi olup olmadığına göre yapılan ayırım.

2-İşçi konumunda olan kimsenin, söz konusu ihlâli hizmet ilişkisi devam ederken mi, yoksa sonlandıktan sonra mı gerçekleştirdiğine göre yapılan ayırım.

İlk ayırım, bir işçinin söz konusu ticari sır içeriğini ne ölçüde kullandığı ile ilgilidir. İşçi, işvereni için söz konusu ticari sırrı geliştiren ekipte yer alıyor olabileceği gibi, doğrudan ticari sır üzerinde çalışmamakla birlikte, kendisinden

²²³ R. Dean, 1990, s.182.

beklenen işin doğru ifası için çeşitli ticari sırlara vakıf veya onlarla temas hâlinde bulunuyor da olabilir. Böyle durumlarda, işçinin, iş ilişkisi devam ederken, sır sahibinin bilgisi dahilinde ticari sırlardan faydalandığı ve ticari sırlar üzerindeki bu sınırlı tasarrufunun “hukuka uygun olduğu” kabul edilmektedir. Sırlara erişimin hukuka uygun olduğu hâller açısından özellik arzeden husus, bu konumdaki işçinin, ticari sırrı haksız olarak elde etmeye çoğunlukla gerek duymamasıdır.²²⁴ Zira, sırrın zaten işçinin elinin altında olup, kendisi sır sahibinin rızası doğrultusunda o sırrın içeriğini yeri geldikçe kullanmaktadır. Böyle hâller bakımından, işçinin, sırrı elde etme eylemini gerçekleştiremeyeceği sonucuna ulaşılmaktadır ki, hukuka uygun olarak hâlihazırda erişilen bir sırrın haksız ediniminden bahsedilemeyecektir. Böyle hâllerde, işçinin ihlâl eylemi yalnızca ifşa yahut kullanma yahut her ikisinin birlikte bulunması şeklinde ortaya çıkabilecektir.

Buna karşılık, işçinin işini ifası esnasında sır sahibinin ticari sırlarına erişimi bulunmadığı, yahut bir kısmına erişebilmekle birlikte ihlâli iddia edilen sırlarına erişimi olmadığı hâllerde, söz konusu sırların haksız biçimde ifşa edilmeleri ve kullanılmaları yanında, haksız biçimde elde edilmelerinden de bahsedilmesi mümkündür. İşçinin hukuka uygun erişimi bulunmadığı için; dinleme aygıtları, hırsızlık, bilgisayar korsanlığı vb. yollara başvurarak bilgiyi haksız biçimde edinmesi imkân dahilindedir. Böyle hâllerde, ihlâlin görünüm biçimi olan her üç eyleme de rastlanması mümkündür. Dolayısıyla, işçi, hukuka uygun erişime sahip olduğu hâllerden farklı olarak, burada, sırrı yalnızca elde etmiş fakat kimseyle paylaşmamış yahut kullanmamış olsa dahi, uygulanacak hukuka bağlı olarak ticari sırrın ihlâl

²²⁴ İşçinin erişimine açık olmayan ticari sırların elde edilmek istenmeleri hâlinde, işçinin bu sırların içeriğine ulaşması haksız olarak nitelenecektir. Benzer şekilde, gizli bilginin sadece belirli birtakım amaçlar doğrultusunda kullanılması kaydıyla paylaşılmış olduğu hâllerde, o amaçların dışına çıkıldığı an ticari sırrın ihlâl edilmiş sayılacağı belirtilmektedir. Bkz. L. Bently, B. Sherman, 2009, s.1173.

edildiği sonucuna varılabilecektir.²²⁵ Zira, sırrın yalnızca elde edilmesi dahi, haksız olması şartıyla bir ihlâl vücut verebilmektedir.

Üzerinde durulacak ikinci ayırım, ticari sırrın ihlâl edildiği anda işçi ile işveren arasındaki hukuki ilişkinin devam edip etmediği, eğer devam ediyorsa nasıl bir çerçevede devam ettiğinin belirlenmesine yöneliktir. İşçinin, sırrı ihlâl ettiği esnada, hâlen işvereni yanında çalışmakta olduğu örneklere rastlanabileceği gibi, hizmet sözleşmesinin sona ermiş ve işçinin işveren ile olan tüm bağlarının sonlanmış olması da mümkündür. Yine, ihlâl eylemlerinden biri veya bir kaç hizmet ilişkisi devam ederken gerçekleştirilmiş olmakla birlikte, diğer eylemler ve ihlâlin birtakım sonuçları, o ilişkinin sonlanmasının ardından gerçeklik kazanmış da olabilir.

İşçinin hizmet ilişkisi devam ederken bir ticari sırrı ihlâl etmesi, sır sahibi ile arasında akdedilmiş olabilecek tüm koruyucu düzenlemelerden bağımsız olarak, her şeyden önce onun sadakat borcuna bir aykırılık niteliği taşıyacaktır.²²⁶ Hizmet ilişkisinde sadakat borcunun varlığı hususu, gelişmiş hukuk sistemlerinde genellikle üzerine hemfikir olunan ve işveren ile rekabet etmemeyi de içeren bir anlam taşımaktadır. Ticari sırların haksız elde edilmesi eylemi, iş ilişkisi devam ederken gerçekleştiğinde, bu durum iş sözleşmesinin de ihlâl edilmesi anlamına geleceğinden, ihlâl eylemini gerçekleştirdiği sabit olan işçi açısından sorumluluğun doğacağını söylemek mümkündür.

Öte yandan, ihlâlin hizmet ilişkisi sonlandıktan sonra gerçekleştirilmesi ihtimâli, birkaç faktörün bir arada değerlendirilmesini gerektirmektedir. İlişkinin sonlanması, kural olarak işçinin sadakat borcunu ve bu kapsamda –ticari sırlar hariç

²²⁵ Ibid, s.1172.

²²⁶ H. MacQueen, C. Waelde, G. Laurie, 2008, s.775.

olmak üzere- sır saklama borcunu sona erdirmektedir. Dolayısıyla, sonlanma anından itibaren eski işveren ile rekabet edilmesi mümkün ve hukuka uygun bir eylem niteliğinde olacaktır. Ancak, bu durumun önemli ve sık rastlanan bir istisnası olarak, işverenin işçi ile akdettiği ve ilişkinin sonlanmasından sonraki dönemi kapsayan yasaklayıcı düzenlemelerin mevcudiyeti hâlinde, aynı yorum yapılamayacaktır. İşçi, gizlilik sözleşmesi, rekabet etmeme sözleşmesi vb. sözleşmesel enstrümanlar aracılığıyla, işveren tarafından hangi bilgileri kullanıp hangilerini kullanamayacağı yönünde getirilmiş bir sınırlamayı kabul etmişse, bu durum iş ilişkisi sona ermiş olmasına rağmen sır sahibi ile eski işçi arasında hâlen devam etmekte olan bir hukuki ilişkinin var olduğu sonucuna varılmasını gerektirmektedir. Bir başka deyişle, hizmet ilişkisi bitmiş ancak taraflar arasındaki sözleşmesel ilişkilerin bir kısmı hâla yürürlükte kalmıştır. Böyle hâllerde, işçinin ticari sırlara ilişkin hâlen geçerli bir sır saklama ödevi olacağından, gerçekleştireceği olası bir elde etme / ifşa etme / kullanma eyleminin, söz konusu ödevi doğuran düzenlemeye aykırılık niteliği taşıyacağı söylenebilir.

İhlâl eylemlerinin bazılarının hizmet ilişkisi devam ederken, bir kısmının ise sonlandıktan sonra meydana gelmesi mümkündür. Böyle hâllerde, bir kısım eylemler bakımından hem iş sözleşmesine aykırılık (sadakat borcu), hem de eğer olayda varsa gizlilik ödevi doğuran özel sözleşme hükümlerine aykırılık gündeme gelebilecektir. İlişkinin sonlanmasından sonra gerçekleşen ihlâller bakımından ise, eğer olayda mevcut işler yalnızca gizlilik ödevi doğuran ilgili sözleşmelere aykırılık bulunduğundan bahsedilecektir.

Yukarıda açıklanan iki ayrımın olası sonuçları birlikte değerlendirildiğinde, hizmet ilişkisi devam eden bir işçinin, yahut gizlilik ödevi doğuran bir sözleşme ile

hâlen bağılı olan eski bir işçinin, hangi ihtimâller dahilinde ticari sır ihlâlinde bulunabileceği merak edilebilir. Aşağıda, bu ihtimâlleri içeren bir listeye yer verilmiştir. Böyle bir listenin sunulmasındaki amaç, her ihtimâli ayrı ayrı incelemeye çalışan kazuistik bir yaklaşım içerisine girmek değildir. Esas gaye, ticari sır ihlâli davalarının ulaşabilecekleri karmaşık ihtimâller ve bu ihtimâllerin sözleşmeler hukuku açısından farklı yansımaları olabileceğinin daha net gösterilmesidir.

İşçi çalışıyor; hukuka uygun erişim var; gizlilik ödevi var, iş ilişkisi devam ederken ihlâl

İşçi çalışıyor; hukuka uygun erişim var; gizlilik ödevi yok, iş ilişkisi devam ederken ihlâl

İşçi çalışıyor; hukuka uygun erişim var; gizlilik ödevi var, iş ilişkisi bittikten sonra ihlâl

İşçi çalışıyor; hukuka uygun erişim var; gizlilik ödevi yok, iş ilişkisi bittikten sonra ihlâl

İşçi çalışıyor; hukuka uygun erişim yok; gizlilik ödevi var, iş ilişkisi devam ederken ihlâl

İşçi çalışıyor; hukuka uygun erişim yok; gizlilik ödevi yok, iş ilişkisi devam ederken ihlâl

İşçi çalışıyor; hukuka uygun erişim yok; gizlilik ödevi var, iş ilişkisi bittikten sonra ihlâl

İşçi çalışıyor; hukuka uygun erişim yok; gizlilik ödevi yok, iş ilişkisi bittikten sonra ihlâl

Eski işçi; gizlilik ödevi var; iş ilişkisi devam ederken ihlâl, sonra öğreniliyor

Eski işçi; gizlilik ödevi yok; iş ilişkisi devam ederken ihlâl, sonra öğreniliyor

Eski işçi; gizlilik ödevi var; iş ilişkisi bittikten sonra ihlâl

Eski işçi; gizlilik ödevi yok; iş ilişkisi bittikten sonra ihlâl

Eski işçi; gizlilik ödevi var; hem iş ilişkisi devam ederken-hem bittikten sonra ihlâl, sonra öğreniliyor

Eski işçi; gizlilik ödevi yok; hem iş ilişkisi devam ederken-hem bittikten sonra ihlâl, sonra öğreniliyor

Bu ihtimâllere ek olarak; ticari sırrın, işçi dışında bir başka kimsenin (ticari rakip vb.) yardımı ve desteği ile ihlâl edildiği hâllerde, bir başka deyişle, işçinin ihlâl eylemini bir başkası menfaatine yapıyor olduğunun belirlenebildiği hâller açısından, yukarıdaki 14 ihtimâlin yanına, başkasının yardımını da içeren bir 14 ihtimâl daha eklemek mümkündür. Eğer dış desteğin iş ilişkisi devam ederken mi yoksa bittikten sonra mı başladığı da hesaba katılacak olursa bir 14 ihtimâl daha eklenmesi gerekecektir. Şu hâlde, işçi-işveren ilişkileri çerçevesinde özellik arzeden tüm durumlar açısından 42 ihtimâl dahilinde ihlâlin gerçekleşebileceğini öngörmek mümkündür. Üstelik, bu sonuca yalnızca işçi-işveren ilişkilerinde rastlanabilecek ticari sır ihlâlleri bakımından ulaşılmış olup, ihlâlin elde etme, ifşa, kullanma şeklindeki eylemsel dağılımı hesaba katılmamıştır. Görüldüğü üzere, her ihtimâl, sözleşmeler hukuku bakımından özellik arzeden ve uygulayıcıyı birbirinden farklı sonuçlara götürebilecek birtakım kombinasyonlardan oluşmaktadır.²²⁷

²²⁷ Bu durumun özellikle yabancılık unsuru taşıyan ticari sır ihlâllerinde, uygulanacak hukukun tespiti bakımından önem arz edeceği düşünülebilir. Konuya ilişkin açıklamalara ikinci bölümde yer verilecektir.

bbbb) Ticari İşbirliği İlişkileri Bağlamında İhlâl

Ticari sır sahibinin, ticari işbirliği içerisinde olduğu yahut olmayı planladığı kimselerle bir kısım sırlarını paylaşmış olması mümkündür. Bu paylaşım, kurulmuş bir ticari işbirliği ilişkisinin devamı süresince gerçekleşebileceği gibi, henüz kurulmamış bir ilişkinin görüşülme aşamasında da yapılmış olabilir. Paylaşımın yapıldığı esnada, karşı tarafa açık bir gizlilik ödevi yüklenmiş olabileceği gibi, böylesi bir sözleşmesel düzenlemeye yer verilmeden de sır paylaşılmış olabilir.

Bu başlık altında yapılacak açıklamalar, sırrın bir güven ilişkisinin varlığı çerçevesinde paylaşıldığı hâlleri kapsamaktadır. Dolayısıyla, sırrın, sır sahibinin rızasına uygun olarak karşı tarafla paylaşıldığı hâller ekseninde değerlendirmeler yapılacaktır. Hiç şüphesiz, karşı tarafın ticari sırları haksız biçimde elde etmesi de ihtimâl dahilindedir. Ancak bu gibi hâller, esasen güven ilişkisinin varlığından bağımsız olarak değerlendirilebilecekleri için, aşağıda ilgili başlık altında ele alınmışlardır.

Sır sahibi ile ticari işbirliği ilişkisine girecek olan kimselerin, ticari sır ihlâlinde bulunmaları konusunda iki ayırmadan faydalanılması mümkündür.

1-Sırrın karşı tarafla ne zaman paylaşıldığına göre yapılan ayırım.

2-İhlâlin ne zaman gerçekleştirildiğine göre yapılan ayırım.

İlk ayırım bakımından sırrın paylaşımı, ilişkinin kurulmasına yönelik görüşmeler esnasında yapılmış olabileceği gibi, ilişki kurulduktan sonra bu ilişkinin devamı esnasında da yapılmış olabilir. Eğer sır görüşmeler esnasında paylaşılmış ise, sırrın içerisinde paylaşıldığı şartlara ve özellikle paylaşma anında, paylaşma anının

öncesinde yahut -henüz bir ihlâl gerçekleşmemiş olmak kaydıyla- bu anın sonrasında yapılmış ve gizlilik ödevi doğuran bir sözleşmenin bulunup bulunmadığına bakılmasında fayda vardır. Böyle bir düzenlemenin somut olay bakımından mevcut olması hâlinde, ticari sır ihlâli, muhtemel bir haksız rekabet eylemi teşkil etmesinin yanında, aynı zamanda sözleşmeye aykırılık niteliği de taşıyacaktır. Bu açıdan, sözleşmede öngörülmüş cezai şartlar var ise, bunların uygulamaya geçirilmeleri gündeme gelebilecektir. Öte yandan, ticari sırların gizliliğini koruyucu böylesi bir sözleşmesel düzenlemenin olayda mevcut olmaması hâlinde, ihlâl eyleminin haksız rekabet boyutundan yine bahsedilebilecek olmakla birlikte, sözleşmesel boyutunun, daha ziyade *culpa in contrahendo* doktrini çerçevesinde doldurulabileceği düşünülebilir.

Ticari sırrın karşı tarafla ne zaman paylaşıldığı hususu netlik kazandıktan sonra, ikinci ayırım kapsamında, paylaşım sonucu hukuka uygun olarak elde edilmiş sırların ne zaman ihlâl edildikleri meselesi ele alınacaktır. Aslında, sırrın karşı tarafla paylaşılması, sır kendisiyle paylaşılan kimse açısından “ticari sırrın elde edilmesi” eylemi niteliğindedir. Ancak burada, sır sahibinin bilgisi dahilinde gerçekleşen bir bilgi aktarımı söz konusu olduğu için, elde etme eyleminin haksız nitelik taşıdığından bahsedilmesi mümkün değildir. Dolayısıyla, güven ilişkisi çerçevesinde paylaşılmış ticari sırların, ya haksız biçimde ifşa edilmelerinden ya da kullanımlarından bahsedilebilecektir.²²⁸ Bir başka deyişle, ihlâl kavramı bu ihtimâl çerçevesinde haksız ifşa / kullanım ile sınırlı bir anlam taşıyacaktır.

²²⁸ Ticari işbirliği içerisinde bulunulan kimseyle müşterek sahip olunan bir ticari sırrın, müşterek kullanımı düzenleyen sözleşme kapsamı dışında kullanılmaya başlanması hâlinde de haksız bir kullanımdan bahsedilebileceği ifade edilmektedir. Bkz. D. W. Quinto, S. H. Singer, 2009, s.47.

İkinci ayırım altında değerlendirmeler yapılabilmesi için, söz konusu ticari işbirliği ilişkisinin kurulup kurulmamış olduğunun da bilinmesi gerekmektedir. Birtakım görüşmeler yapılmış ancak ilişki kurulmadan görüşmeler sonlandırılmış ise, ihlâlin ya görüşmeler esnasında ya da görüşmeler sonlandıktan sonra gerçekleştirilmiş olacağından bahsedilebilir.²²⁹ Öte yandan, bir ilişki kurulmuş ise, bu ilişkinin ne kadar süre devam ettiğine bakılmalıdır. İlişki, ihlâlden haberdar olunan ana kadar devam ettirilmiş olabileceği gibi, bir süre devam ettirilmiş ve sonlanmasının ardından ihlâlden haberdar olunmuş da olabilir. İhlâlin görüşmeler esnasında gerçekleştiği, fakat sonra öğrenildiği ihtimâl dışarıda bırakılacak olursa, böyle hâller açısından esasen ilişki devam ederken gerçekleşen bir ihlâlden bahsedilecektir. Son olarak, eğer ilişki bir süre devam ettirilmiş ve ardından sonlanmış ise, ihlâlin ilişki devam ederken gerçekleştirilmiş olması ihtimâli yanında, ilişki sonlandıktan sonra da gerçekleştirilmesi mümkün olacaktır.

Yukarıda yapılan açıklamaların, sır sahibinden lisans / franchise alan kimselerin ticari sır ihlâlinde bulunmaları hâli bakımından da geçerlilik taşıyacakları söylenebilir. Nitekim, böyle hâllerde de, taraflar arasında özü itibariyle bir ticari işbirliği ilişkisinin mevcut olduğu görülmektedir. Bu gibi hâllerde de, söz konusu ticari sırların lisans / franchise gibi bir hukuki ilişki içerisinde hukuka uygun olarak elde edilmeleri ancak sonradan bu ilişkinin kapsamı dışına çıkılması ve elde edenin kimsenin söz konusu sırları kendi menfaatleri için kullanması gündeme gelebilir. Öte yandan, böyle ilişkileri kuran ana sözleşmelerde gizlilik hükümlerine yer verilmesi mutad bir uygulama hâline gelmiş olduğundan, neredeyse her somut olay

²²⁹ Satışa sunulan bir işletme ile ilgilenen potansiyel bir alıcının, şirketin gerçek değerini öğrenebilmek amacıyla ticari sırlar hakkında bilgi edinmesi, fakat sonra şirketi almaktan vazgeçmesi hâlinde de benzer bir durumdan bahsedilebileceği düşünülmektedir. Bkz. D. W. Quinto, S. H. Singer, 2009, s.88.

bakımından güven ilişkisi çerçevesinde açık bir gizlilik ödevinin varlığının saptanabileceği yorumu da yapılabilir.

bbb) Gizlilik Ödevi Bulunmayan Hukuki İlişkiler Bakımından

Bazı hâllerde, sırrı ihlâl eden kimsenin ticari sır sahibi ile mevcut ve süregelen bir hukuki ilişkisi bulunmakla birlikte, söz konusu ilişki bir üst başlıkta değinilen tarzda bir gizlilik ödevinin doğumuna sebebiyet veren türde olmamaktadır. Bu tarz hukuki ilişkilere; ticari sır sahibinin müşterilerini, bu bağlamda esasen tüketici konumunda bulunan kişileri örnek vermek mümkündür. Böyle hâllerde, iki taraf arasında açıkça mevcut bir hukuki ilişki bulunmakla birlikte, aksi sözleşmesel olarak açıkça kararlaştırılmadığı sürece tüketici konumunda bulunan tarafın sır sahibine karşı bir gizlilik ödevi bulunmamaktadır.

Aşağıda, öncelikle taraflar arasında hâlihazırda süren yahut vaktiyle mevcut olduğu bilinen hukuki ilişkiler bakımından gizlilik ödevinin mevcut olmaması hâlinin nasıl ortaya çıkabileceği meselesi üzerinde durulmuş, bu kapsamda işçi-işveren ilişkileri ve ticari işbirliği ilişkileri hakkında değerlendirmeler yapılmıştır. İncelemeler esnasında gizlilik ödevinin mevcut olduğundan emin olunan görünüm biçimleri üzerinden konu ele alınmış, bu görünümler dışarıda bırakıldığında geriye kalan az sayıda ihtimâl açısından gizlilik ödevinden bahsedilemeyeceği sonucuna ulaşılmıştır. Dolayısıyla, burada yer verilen açıklamaların bir üst başlık altında yapılan değerlendirmeleri tamamlayıcı bir nitelik taşıdıkları söylenebilir.

aaaa) Çalışma İlişkileri Bağlamında İhlâl

Ticari sır sahibi ile ilk ihlâlcı arasında bir gizlilik ödevinin doğumuna sebebiyet veren herhangi bir hukuki ilişkinin bulunmadığı hâllerde, bu durumun, devam etmekte olan çalışma ilişkileri bağlamında gerçekleşebilecek ticari sır ihlâlleri bakımından nasıl bir görünüme yol açacağı merak edilebilir. İhlâlin, sır sahibinin çalışanı tarafından gerçekleştirilmesi ihtimâli, çalışma ilişkisinin doğası gereği bir gizlilik ödevinin varlığını zorunlu kılmaktadır. Bu durumun, sırrın hem hukuka uygun elde edildiği fakat haksız ifşa edildiği / kullanıldığı hâlleri; hem de haksız olarak elde edildiği / ifşa edildiği / kullanıldığı hâlleri kapsayacağı düşünülebilir. İşçinin, sır sahibinin sırrını hukuka uygun olarak elde edebilmesi dahi, yalnızca böylesi bir gizlilik ödevinin varlığı çerçevesinde mümkün olabilmektedir. Benzer şekilde, haksız elde etme hâlinde, kişi hâlen devam etmekte olan bir hizmet ilişkisi kapsamında çalışıyor olacağından, sadakat borcunun varlığından hareketle, böyle bir ödevin yazılı olarak kararlaştırılmamış olsa dahi varolacağı savunulabilir. Buradan hareketle, işçinin söz konusu çalışma ilişkisinin devamı esnasında gerçekleştireceği ve işverenin ticari sırlarını ilgilendiren ihlâlleri, gizlilik ödevinin bulunmadığı hâller arasına dahil etmenin mümkün olmadığı sonucuna ulaşılmaktadır.

Acaba, sona ermiş hizmet ilişkileri bakımından durum nasıl bir görünüm arz etmektedir? Böyle hâller bakımından, ticari sırların iş ilişkisi devam ederken öğrenilmiş olması yahut iş ilişkisi sonlandıktan sonra öğrenilmiş olması ihtimâllerinden bahsedilecektir. İlk ihtimâlde, eski çalışan, henüz sır sahibi yanında çalıştığı esnada elde ettiği bilgileri, hizmet ilişkisi sonlandıktan sonra ihlâl etmektedir. Bu durumun, üst paragrafta yer verilen açıklamalar kapsamında görülebileceği düşünülmektedir. Zira, her ne kadar olayda açık bir gizlilik ödevinin

getirilmiş olup olmadığına bakılması gerekecek ise de, bu değerlendirme, yalnızca söz konusu bir sözleşmesel düzenlemeye aykırılığın sonuçlarının tespit edilebilmesi amacıyla yönelik olacaktır. Gizlilik ödevinin açıkça kararlaştırmamış olduğu hâllerde dahi, ticari sır niteliğine sahip olduğu tespit edilen bilgiler bakımından, eski işçinin bir sır tutma yükümlülüğüne sahip olduğu genellikle kabul edilmektedir.²³⁰ Nitekim, ticari sırları, diğer bilgilerden, bu doğrultuda mesleki tecrübe ve deneyim niteliğindeki bilgilerden ayıran ve hukuken korunmalarına imkân veren en önemli farklılık, bu bilgileri hizmet ilişkisi sırasında öğrenmiş kimselerin, daha sonra ilişki sona ermiş olsa bile, söz konusu bilgiler aleniyet kazanıncaya bunları sır olarak saklamaları gerekeceği yönündeki anlayıştır.

İkinci ihtimâlde ise, eski çalışan söz konusu bilgileri iş ilişkisi sona erdikten sonra elde etmektedir. Bir başka deyişle, henüz sır sahibinin yanında çalıştığı esnada, ticari sırları hukuka uygun veya haksız olarak elde edemediği hizmet ilişkisi sonlandırılmıştır. Böyle bir ihtimâlde, eski işçinin vaktiyle erişemediği ticari sırlar bakımından bir sır saklama yükümlülüğüne sahip olduğu düşünülemeyecektir. Zira, bu gibi hâllerde, eski işçinin ticari sırları ihlâli, eskiden sahip olduğu işçi sıfatına bağlı özelliklere dayanmamaktadır. Bu gibi hâllerde, hizmet ilişkisi sonlanmış olmasına rağmen, eğer kişi eski işvereni ile başka bir hukuki ilişki (ticari sırları ilgilendirmeyen) içerisine girmiş ise, yalnızca bu ihtimâlin, gizlilik ödevinin mevcut olmadığı hâller kapsamına dahil görülebileceği düşünülmektedir. Öte yandan, hizmet ilişkisi yukarıda belirtilen şartlar ile sonlandıktan sonra eski işveren ile yeni bir

²³⁰ Yükümlülüğün süresi bakımından, farklı hukuk sistemlerinde farklı uygulamaların bulunduğu söylenebilir. Kimi ülkeler, söz konusu bilgi ticari sır düzeyinde bir gizlilik içeriyorsa, sır aleni hâle gelinceye kadar yükümlülüğün devam edeceği şeklinde bir uygulamaya sahip iken; diğer bazı ülkelerin sır tutma yükümüne ilişkin kesin zamansal sınırlar getirdikleri görülmektedir. Örneğin, Polonya uygulaması açısından iş ilişkisinin sona ermesinin ardından, aksi sözleşme ile kararlaştırılmadığı sürece işçinin 3 yıllık bir sır tutma yükümlülüğü ile bağlı kalmaya devam edeceği ifade edilmektedir. Bkz. P. Machnikowski, J. Balcarczyk, A. Gornicz-Mulcahy, 2014, s.193.

hukuki ilişki kurulmamış ise, bu durum zaten taraflar arasında herhangi bir hukuki ilişki bulunmayan hâller kapsamına dahil olacaktır.

bbbb) Ticari İşbirliği İlişkileri Bağlamında İhlâl

Daha önce değinildiği üzere, sır sahibi ile ticari işbirliği ilişkisi içerisinde bulunan, bu amaçla görüşmeler gerçekleştiren veya vaktiyle böyle bir ilişki içinde bulunmuş kimseler bakımından ticari sırların ihlâli, üç ayrı aşamada gündeme gelebilmektedir. Bu aşamalar, sırasıyla; ilişkinin kurulmasına yönelik görüşmelerin yapıldığı aşama; ilişkinin kurulmuş ve sürdürülmekte olduğu aşama; ilişkilerin sonlandırılmasıyla başlayan aşamadır. Ticari sırrın, bu aşamalarda bir veya birden fazla defa ihlâl edilmesi mümkündür. Ayrıca, görüşmeler esnasında veya ilişkinin kurulmuş ve sürdürülmekte olduğu dönemde hukuka uygun olarak öğrenilmiş ticari sırların, ilişki sonlandıktan sonra ihlâl edilmeleri de gündeme gelebilir.

Ticari sırrın, görüşmeler esnasında hukuka uygun olarak öğrenildiği hâllerde, sır sahibinin gerçekleştirdiği böylesi bir paylaşımın güven ilişkisine dayalı olacağı açık olduğundan, özel olarak düzenlenmemiş olsa dahi, bir gizlilik ödevinin doğumuna sebebiyet verme ihtimâli bulunmaktadır. Uygulanacak hukuktaki kurallara bağlı olarak, bu durumda bir gizlilik ödevinin doğduğundan bahsedilmesi mümkündür. Öte yandan, sırrın bu aşamada haksız elde edildiği örneklerde ise, açık bir gizlilik ödevinin düzenlenmiş olduğu hâller bakımından sözleşmeye aykırılıktan bahsedilmesi mümkün ise de, böyle bir düzenlemenin bulunmadığı hâller bakımından nasıl bir değerlendirme yapılacağı hususu net değildir. Olayın şartlarına

bağlı olarak, eylemin genel haksız fiil niteliği, haksız rekabet olarak nitelendirilmeye elverişli özel bir görünüm de alabilecektir.

Her hâlde, ticari işbirliğine dair görüşmelerin geleceğinde iki olası sonuç gözlemlenebilir: Bir işbirliği ilişkisinin kurulması yahut kurulmaması. Hukuki ilişkinin kurulduğu an itibariyle, büyük olasılıkla açıkça düzenlenmiş ve tarafların her ikisi bakımından da kapsayıcı bir sır tutma yükümünün (gizlilik ödevinin) varlığından bahsedilecektir. Dolayısıyla bu gibi hâller açısından, görüşmelerde öğrenilen sırların ilişki devam ederken ihlâl edilmeleri durumunda, söz konusu gizlilik ödevine de aykırı hareket edilmiş olunacaktır. Görüşmeler devam ederken öğrenilmiş sırların, hukuki ilişki sonlandıktan sonra ihlâl edilmeleri bakımından da, rastlanması muhtemel aynı açık düzenlemeler nedeniyle, benzer bir sonuca varılacağı öngörülebilir. Dolayısıyla, görüşme aşamasında elde edilen ticari sırların, ilişki devam ederken veya sonlandıktan sonra ihlâl edilmeleri hâllerinin, gizlilik ödevinin mevcut olmadığı hâller arasında sayılamayacağı düşünülebilir.

Görüşmeler esnasında öğrenilen sırların, ilişki devam ederken veya sonlandıktan sonra ihlâl edilmelerine ilişkin olarak yukarıda yer verilen açıklamaların, söz konusu sırların ilişkinin devamı esnasında öğrenilmiş oldukları hâller bakımından da geçerli olacakları ifade edilebilir. Zira, ilişkinin kurulması ile birlikte tarafların içerisine girecekleri güven ilişkisinin daha da derinleşeceği, bu doğrultuda ticari sırlarını birbirleriyle paylaşma olasılıklarının da görece yükseleceği yorumunu yapmak mümkündür. Paylaşım olasılığın yükselmesi, tarafların, aralarındaki ilişkinin çerçevesini daha açık ve detaylı hükümler ile belirlemek isteyecekleri sonucunu da beraberinde getirmektedir. Bu doğrultuda, yalnızca görüşme aşaması esnasında paylaşılan bilgilerin gizli tutulması yükümlülüğü ile, belki yıllar sürebilecek bir

işbirliği esnasında paylaşılacakların gizli tutulmaları yükümlülüğü arasında ciddi kapsam farkı olması beklenebileceğinden, anılan yükümlülükleri getiren düzenlemelerin de barındırdıkları hükümlerin detay seviyeleri bakımından farklılıklar içerecekleri rahatlıkla öngörülebilir. Dolayısıyla, -ticari işbirliği ilişkisini, karşılıklı olarak sırların korunmasına dair herhangi bir düzenleme yapmaksızın yürüten kimselerin oldukça ender rastlanabilecek örneği dışında- hukuki ilişki kurulmuş ve devam etmekte iken bir şekilde elde edilen sırların, ilişkinin sonlanmasını takiben ihlâl edilmeleri hâlinin de gizlilik ödevinin mevcut olmadığı hâller kapsamında görülemeyeceğini söylemek mümkündür.

bb) Taraflar Arasında Bir Hukuki İlişkinin Mevcut Olmadığı Hâller

Ticari sır ihlâlinde bulunan kimse ile, sır sahibi arasında herhangi bir hukuki ilişkinin bulunmadığı hâllere uygulamada sıklıkla rastlanılmaktadır. Böyle hâllerde, sözleşmesel nitelikte olması kuvvetle muhtemel bir gizlilik ödevinden bahsedilemiyor oluşunun, olası bir sır ihlâli iddiasında sözleşmeye aykırılık biçiminde bir vasıflandırma yapılmasına da imkân vermeyeceği düşünülebilir. Uygulamaya bakıldığında, böylesi hâllerin genellikle bağımsız birer haksız fiil niteliği taşıyan ve çoğunlukla cezai birtakım yaptırımlara da bağlanmış eylemler bakımından somutlaştıkları görülmektedir. Bu kapsamda olmak üzere; sır sahibinin yanında söz konusu sırra erişim hâlinde çalışan kimselerin tehdit edilmelerini, yasadışı telefon dinlemelerini, bilgisayar hesaplarına izinsiz girilmesini ve özü itibarıyla bilgi hırsızlığı niteliğinde olan diğer sanayi casusluğu eylemlerini örnek

vermek mümkündür.²³¹ Bu gibi eylemlerin hepsi bakımından göze çarpan ortak özellik, muhtemel bir rekabetin haksız nitelikte olmasına yol açan unsurlar barındırmalarıdır.

Gerçekten de, bu başlık altında değinilebilecek en temel örnek, uygulamada “sanayi casusluğu” (*industrial espionage*) şeklinde isimlendirilen eylemlerdir. Aslında, sanayi casusluğu eyleminin, sır sahibi ile hukuki ilişki içerisinde bulunan bir kimse tarafından da gerçekleştirilebilmesi mümkündür. Zira bu kavram, doğacak hukuki sonuçlar bakımından değil, haksız olmaları şartıyla bilginin elde edilme vasıtaları üzerinden tanımlanmaktadır. Özellikle, hukuki ilişkinin, ticari sırra hukuka uygun erişim imkânı vermediği hâller (gizlilik ödevinin bulunmadığı) bakımından gündeme gelmesi muhtemel bir sanayi casusluğu eylemi sonucunda, sır haksız biçimde elde edilmiş olacaktır. Bu doğrultuda, yukarıda ayrı başlıklar hâlinde yer verilen açıklamalar esnasında, sırrın haksız elde edilmesi ihtimâline olanak veren tüm hâller bakımından, ihlâli gerçekleştirenin, bir sanayi casusluğu eylemine başvurabilme ihtimâli bulunduğu bilinmelidir.

Genellikle sır sahibinin ticari rakibi konumundaki kimseler tarafından gerçekleştirilen, haksız nitelikte ve çoğu zaman suç da teşkil eden eylemler aracılığıyla ticari sırların elde edilmek istenmesi, günümüzde yaygın olarak rastlanan bir olgudur. Sanayi casusluğu eylemini gerçekleştirenler, söz konusu ticari sırrın haksız elde edilmek suretiyle ihlâlini doğrudan doğruya kendileri gerçekleştirebilecekleri gibi, elde etme eyleminin gerçekleştirilmesi için birtakım araçlar da kullanabilirler.

²³¹ M. J. Davison, A. L. Monotti, L. Wiseman, 2008, s.351; E. W. Kintner, J. L. Lahr, 1975, s.168.

Ticari sırrın, sır sahibi ile hukuki ilişkisi bulunmayan bir kimse tarafından ihlâl edilmesi de; elde etme, ifşa etme, kullanma şekillerinde olabilir. Özellikle ticari rakipler bakımından gözetilen amacın, sır içeriğine ulaşmak ve bu içerikten bir şekilde faydalanmak olduğu düşünüldüğünde, ihlâl eylemlerinin genellikle elde etme ile sınırlı kalmayacağı, sır içeriğini kullanmayı da kapsayacağı öngörülebilir. Kullanmadan bahsedilebilmesi için ise öncelikle sırrın elde edilmiş olması gerekeceğinden, bu başlık altına giren çoğu hâl bakımından genellikle iki ayrı ihlâl eyleminin gözlemlenebileceği düşünülmektedir. Her iki eylemi gerçekleştiren de aynı kişiye, onun ilk ihlâlcisi olduğu kabul edilecektir. İlk ihlâlcisi konumunda olup sır sahibiyle herhangi bir hukuki ilişkisi bulunmayan kimse, sırrı elde etmenin yanında onu kullanmış da olabilir. Öte yandan, sır, kullanandan farklı bir kimse tarafından haksız elde edilmiş ise, bu durum, kullanan kişiyi üçüncü kişi konumuna getirecektir ki, bu konuma aşağıda ayrı bir başlık altında değinilmiştir.

Sır sahibiyle herhangi bir hukuki ilişki içerisinde bulunmayan kimsenin ilk ihlâlcisi olduğu varsayımından hareketle birtakım değerlendirmeler yapılacak olursa; öncelikle belirtilmesi gereken husus, böyle bir ihlâl eyleminin doğrudan doğruya ilk ihlâlcisi tarafından gerçekleştirilebileceği gibi, bir aracı vasıtasıyla da gerçekleştirilebilir nitelikte olduğudur. Aracı kullanılan durumlarda, genellikle ticari sırda “hukuka uygun erişime sahip” kimselerden faydalandığı görülmektedir. Bu kimseler, sır sahibinin çeşitli kademelerdeki çalışanları / eski çalışanları yahut onunla ticari işbirliği yapan kimseler gibi onunla değişik seviyelerde hukuki ilişkiler içerisinde bulunmuş veya hâlihazırda bulunan kişiler arasından seçilebilir. Anılan kişiler topluluğunun sırda hukuka uygun erişim imkânına sahip olması, sır sahibiyle aralarındaki ilişkide sıklıkla bir gizlilik ödevinin varlığına rastlanacağı şeklinde

yorumlanabilir. Aracının bir çalışan olduğu hâllerde, bu kimsenin, iş ilişkisi sürerken haksız bir ifşa gerçekleştirmesi mümkün olduğu gibi, iş ilişkisinin sonlanması ardından kendisini aracı olarak kullanan kimsenin şirketinde çalışmaya başlayıp ticari sırları orada ifşa etmesi de mümkündür.²³²

Aracı kullanılan hâllerde, öncelikle ilk ihlâlcı olan aracının gerçekleştirdiği bir ihlâlden, sonrasında ise aracıyı kullanan kimsenin gerçekleştirdiği ihlâlden bahsedilecektir. İlk ihlâlcinin eylemi, yerine göre elde etme, ifşa etme yahut hem elde etme hem de ifşa etme olabilir. Aracı kullanan kimse ise, sırrı her ne kadar sır sahibinden kendisi elde etmemiş olsa da, bilginin haksız elde edildiğini bilerek bir başkasından temin ettiği için haksız elde etme eylemini gerçekleştirmiş sayılacaktır. Sırrı elde ettikten sonra o sırdan faydalanmaya da başlamış ise, kişinin ayrıca kullanma eylemini de gerçekleştirdiği böylelikle iki ayrı ihlâlde bulunduğu söylenebilecektir.

Aracı konumunda olan kimsenin ihlâli, sır sahibi ile arasında bir hukuki ilişkinin var olup olmadığına göre, ve eğer var ise ilişkinin kapsamına bağlı olarak sözleşmeye aykırılık niteliği taşıyabilir. Aracı kullanan kimsenin ihlâlleri ise, sır sahibiyle herhangi bir hukuki ilişki içerisinde bulunulmadığından, esas olarak haksız fiil ekseninde -büyük olasılıkla haksız rekabet biçiminde- değerlendirilecektir. İhlâlin hukuki vasıflandırmasında görülebilecek bu gibi farklılıkların, sır sahibi tarafından hem aracıya hem de aracı kullanan kimseye karşı aynı anda dava açılan hâllerde farklı talepler istenebilmesini olanaklı hâle getireceği düşünülebilir.

²³² Kimi hâllerde, iş görüşmesine gelen bir işçi adayının, gerçekten işe girmekle ilgilenmeyip aslında rakip şirket tarafından gönderilen bir “köstebek” olma ihtimâli göz önünde bulundurulduğunda, işverenlerin, işçi adaylarına iş görüşmesi esnasında açıklanacak bilgilerin sır olduğuna dair bir gizlilik anlaşması imzalatmalarında da fayda bulunmaktadır. Bkz. D. W. Quinto, S. H. Singer, 2009, s.246.

Sır sahibi ile herhangi bir hukuki ilişkisi olmayan kimsenin aracı kullanmaksızın sırrı ihlâl etmesi ise, iki şekilde gerçekleşebilir. İlk olarak, sır, bu kimse tarafından haksız elde edilmiş olabilir ki bu eylem aynı zamanda kişiyi ilk ihlâlcı konumuna getirecektir. İkinci durumda ise, arada herhangi bir aracılık ilişkisi bulunmayan bir başkası tarafından zaten elde edilmiş olan sırrın, o kimseden temin edilmesi söz konusudur. Böyle bir hâlde, sırrı en son elde eden kimse üçüncü kişi konumunda görülecektir. Sırrı bir kere elde ettikten sonra bu kimsenin gerçekleştireceği ifşa yahut kullanma eylemlerinin mevcudiyeti hâlinde ise, bu eylemlerin yeni ihlâller olarak görülecekleri belirtilebilir.

Şu hâlde, sır sahibi ile herhangi bir hukuki ilişkisi bulunmayan kimselerin gerçekleştirecekleri ticari sır ihlâlleri bakımından, özellikle elde etme anının kritik bir önem taşıdığı sonucuna varmak mümkündür. Zira diğer eylemler arasında özellikle bu an bakımından bir aracının faaliyetlerinden yararlanma imkânı ve bu kapsamda ihlâlin hukuki vasıflandırmasının çeşitlenebilmesi ihtimâli gündeme gelmektedir.

cc) Üçüncü Kişi Bakımından Görünüm

Ticari sır ihlâli iddiasıyla açılmış davaların bazılarında, birden fazla sayıda davalı söz konusu olmaktadır. Bu davaların bir kısmında ortaklaşa gerçekleştirilmiş ihlâl eylemlerine rastlanmakta; bazı davalarda ise, ilk ihlâlciden söz konusu ticari sır öğrenen ve aslında üçüncü kişi konumunda bulunan kimseler dava edilmektedir. Bu açıdan, “üçüncü kişi” ifadesi ile kastedilemek istenen kişi topluluğu²³³, ticari sırrın

²³³ Sır kendisine ifşa edilmiş olan üçüncü kişinin de bu sırrı bir başkasına ifşa etmesi mümkündür. Bu şekilde devam etmesi muhtemel bir ifşalar zinciri bakımından, dürüst ticaret uygulamalarına aykırı

ilk ihlâli eyleminde herhangi bir fonksiyon üstlenmemiş ya da pasif bir fonksiyon üstlenmiş kimselerdir. Kavramı, birkaç örnek ile açıklamakta fayda vardır;

Örnek 1: Sır sahibinin şirketinde işçi olarak çalışan ilk ihlâlcı, ticari sırrı hukuka uygun olarak elde etmiş, ancak daha sonra kendi menfaati için bu sırrı rakip bir şirkete (üçüncü kişi) ifşa etmiştir.

Örnek 2: Sır sahibinin şirketinde işçi olarak çalışan ilk ihlâlcı, ticari sırrı hukuka uygun olarak elde etmiş ancak iş sözleşmesi sonlandıktan sonra çalışmaya başladığı rakip şirket (üçüncü kişi) bünyesinde bu ticari sırrı ifşa etmiştir.

Örnek 3: Ticari işbirliği kurulmasına dair görüşmeler esnasında sır sahibinin ticari sırlarını öğrenen bir şirket, görüşmeleri olumsuz şekilde sonlandırmasının ardından bir başka şirket ile işbirliği kurmuş ve öğrendiği sırları bu şirket (üçüncü kişi) ile paylaşmıştır.

Yukarıda verilen ve sayıları artırılabilir tüm diğer örneklerde, üçüncü kişi konumunda bulunan kimselerin, söz konusu ticari sırrın ilk ihlâlinde herhangi bir rol üstlenmedikleri varsayılmıştır. Zira, anılan kimselerin ticari sırrın ihlâli hususunda ilk ihlâlciyi azmettiren bir konumda bulundukları tespit edilecek olursa, bu durumda zaten ilk ihlâl eyleminde bulunan kişi topluluğunun bir parçasını teşkil edecekleri açık olduğundan, üçüncü kişi olarak kabul edilmeleri mümkün olmayacaktır.

Üçüncü kişi konumu, ticari sırrın ihlâli eyleminde üstlenilen fonksiyondan hareketle tanımlandığı için, üçüncü kişi konumunda olamayacağı öne sürülebilecek hiç kimsenin de bulunmadığı düşünülmektedir. Bir başka deyişle, sır sahibi ile -ticari sırrın paylaşılmasını zorunlu kılanlar haricinde- bir hukuki ilişki içinde olan veya

nitelikte (haksız) görülebilecek her ifşa eyleminin TRIPS m.39/2 kapsamındaki “ifşa” eylemi kapsamında görülebileceği ifade edilmektedir. Bkz. M. Peter, M. Michaelis, 2009, s.646.

olmayan herkesin, (bu bağlamda onun çalışanlarından ve eski çalışanlarından ticari rakiplerine kadar herkesin) yerine göre üçüncü kişi konumunu alabileceği kabul edilmelidir. Yeter ki, bu kimseler ilk ihlâl eylemine karışmamış olsunlar. Öte yandan, ilk ihlâl eylemine karışmamış olmak, ticari sırrı hiç ihlâl etmemiş olmak şeklinde anlaşılmamalıdır. Zira, üçüncü kişinin, haksız elde edilmiş olduğunu bildiği bir ticari sırrı öğrenmeye çalışması ve kullanması hiç şüphesiz başlı başına bir ihlâl eylemidir. Dikkat edilmesi gereken husus, bu ihlâl eyleminin “ilk ihlâl” niteliğinde olmamasıdır.

Bu noktada, üçüncü kişinin iyiniyetli olup olmadığının tespiti meselesi gündeme gelmektedir. Uygulamaya bakıldığında, üçüncü kişi konumunda bulunan kimselere karşı yöneltilen iddiaların genellikle iyiniyetin varlığı-yokluğu tartışması etrafında ele alındıkları görülmektedir.²³⁴ Üçüncü kişinin, ilk ihlâlciden temin ettiği bilginin haksız bir şekilde elde edilmiş olduğunu bildiği -yahut hâlin şartları ışığında bilmesinin beklenebileceği²³⁵ - hâllerde iyiniyetin yokluğundan; bilginin hukuka uygun bir şekilde elde edildiği inancıyla bilgiyi ilk ihlâlciden temin ettiği hâllerde ise iyiniyetin varlığından söz edilmektedir.²³⁶ Bir başka deyişle, üçüncü kişi konumunda olan kimsenin, sorumluluğunu kaldıracak düzeyde bir iyiniyete sahip olduğundan bahsedebilmek için²³⁷, bilgiyi temin ettiği esnada, o bilginin aslında bir başkasına ait ticari sır olduğunu bilmiyor veya olayın şartları ışığında bunu bilebilmesinin kendisinden beklenemiyor olması gerekmektedir.

²³⁴ R. Dean, 1990, s.262.

²³⁵ Ticari sır niteliğindeki bilgiyi iyi niyetle edinen üçüncü kişinin söz konusu iyi niyeti, yalnızca bilginin sır niteliğinden haberdar olmamayı değil, aynı zamanda bu niteliği hâlin şartları içerisinde çıkaramamış olmayı da kapsamaktadır. Bkz. D. I. Bainbridge, 2012, s385; P. A. Alces, H. F. See, 1994, s.94.

²³⁶ Uygun olmayan şekilde elde edilen ticari sırrın kendisinin de vaktiyle uygun olmayan yollar ile bir başka kimseden elde edilmiş olduğu hâllerde, sonraki elde eden kimse bu durumdan haberdar olduğu sürece, dava edilebilir bir talebin var olacağı düşünülmektedir. Bkz. D. W. Quinto, S. H. Singer, 2009, s.47; P. Torremans, 2008, s.516.

²³⁷ C. Colston, 1999, s.156; A. Kashanin, 2015, s.182.

Bununla birlikte, bilginin temini esnasında var olan iyiniyetin, tüm olaylar bakımından üçüncü kişinin sorumluluğunu kaldırmakta tek başına yeterli olmadığı belirtilmelidir. Zira, bazı hâllerde, sır niteliğindeki bilgiyi edinirken iyiniyetli konumda olan üçüncü kişinin, sırrın aslında haksız elde edilmiş ve kendisiyle paylaşılmış olduğunu sonradan öğrenmesi gündeme gelebilmektedir.²³⁸ Böyle durumlar açısından, iyiniyetin hâla devam etmekte olduğundan bahsedebilmek için, bilginin sır niteliği öğrenildiği andan itibaren bilgiden yararlanma faaliyetinin durdurulmasını aramak mantıklıdır.²³⁹ Nitekim, bazı hukuk sistemlerinde, başkasının ticari sırrına sahip olduğunu sonradan fark eden üçüncü kişinin -bilgi henüz aleniyet kazanmamış olduğu sürece-, fark etme anından itibaren söz konusu bilgiyi ifşa edemeyeceği²⁴⁰ ve kullanamayacağı kabul olunmaktadır.²⁴¹

Öte yandan, iyiniyetli üçüncü kişinin, bilgiyi temin ettiği andan onun aslında sır olduğunu öğrendiği ana kadar çeşitli harcamalar yapmış ve bu kapsamda korunması gerekli birtakım yatırımlar gerçekleştirmiş olması da mümkündür. Böyle hâller açısından, sonraki tüm kullanımların yasaklanması durumunda, sırrı iyiniyetle edinen üçüncü kişi yönünden birtakım haksızlıkların ortaya çıkacağı öngörülebilir. Yabancı doktrinde, iyiniyetin varolduğu esnadaki kullanımlar ile, iyiniyetin ortadan kalktığı

²³⁸ M. J. Davison, A. L. Monotti, L. Wiseman, 2008, s.350.

²³⁹ Acaba sırrı haksız edinmiş olduğunu sonradan öğrenen bir üçüncü kişi, sırrın ifşasından yahut kullanımından kaçınmak yönünde zorlanabilir mi? Bazı yazarlar, önceki iyi niyetin, kişiyi sırrı edinim anından sonra açıklamama yükümlülüğünden kurtaracağını belirtmektedirler. Bkz. G. Reger, **Der internationale Schutz gegen unlauteren Wettbewerb und das TRIPS- Übereinkommen**, 1999, s.275 ve G. Krasser, **The Protection of Trade Secrets in the TRIPS Agreement**, in: F.-K. Beier & G. Schricker, (eds) *From GATT to TRIPs - The Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*, 1996, s.239, 240 (M. Peter, M. Michaelis, 2009, s.645'den atfen); Ancak bu görüş, iyiniyetli edinim anından sonraki kötü niyetli kullanımın, en az kötü niyetli edinim anından sonraki kötü niyetli kullanım kadar dürüstlüğe aykırı bir davranış olacağını görmezden gelmesi yönünden eleştirilmektedir. Bkz. M. Peter, M. Michaelis, 2009, s.645; D. I. Bainbridge, 2012, s.376.

²⁴⁰ P. A. Alces, H. F. See, 1994, s.94; J. Davis, 2003, s.335; H. MacQueen, C. Waeld, G. Laurie, 2008, s.778; M. J. Davison, A. L. Monotti, L. Wiseman, 2008, s.351.

²⁴¹ *Bilge*'ye göre, burada, iyiniyetli kazanımın sürekli bir hukuki durum yarattığı eşya hukukundan farklılaşma söz konusudur. Bkz. M. E. Bilge, 2005, s.84. Benzer yönde bkz. K. Bowrey, M. Handler, D. Nicol, K. Weatherall, 2015, s.589.

andan sonraki kullanımlar arasında bir ayırım yapılabileceği görüşü ifade edilmiştir.²⁴² Bilgi aleniyet kazanmamış olduğu sürece, sır sahibinin iyiniyetli üçüncü kişiyi yeni ifşalarda bulunmaktan alıkoyma imkânına sahip olması gerektiğine şüphe yoktur. Buna karşılık, iyiniyetli edinimde bulunan üçüncü kişinin, bilgi aleniyet kazanmamış durumda kaldığı sürece, sır niteliğini öğrendikten sonra bilgiyi kendisi için kullanmaya devam etmesine izin verilebilmesi mümkün görülmektedir. Böyle hâllerde, sır sahibine makûl bir maddi karşılık (çoğu durumda lisans bedeli miktarına denk düşmektedir) ödenmesi suretiyle, ileriki kullanımların belirli sınırlar altında sürdürülebileceği, bu sayede taraflar arasındaki menfaat dengesinin de sağlanmış olacağı düşünülmektedir.²⁴³

Üçüncü kişinin ticari sırrı edindiği kimsenin, ilk ihlâlcı yerine bir başka üçüncü kişi konumunda bulunuyor olması da mümkündür. Bu tarz bir durum, ticari sırrın en az iki kere el değiştirdiğinin bir göstergesi olmasının dışında, iyiniyet tartışmasının varlığı bakımından herhangi bir yenilik arz etmemektedir. Böylesi hâller bakımından da, üçüncü kişiye yüklenecek sorumluluk iyiniyet tartışması üzerinden belirlenecektir. Ancak bu hâller açısından, özellikle de sırrı en son elde eden üçüncü kişi haricindeki diğer üçüncü kişiler bakımından, hem edinim anında hem de ifşa anında iyiniyetin varlığının aranması gerekeceğinden bahsedilebilir. Zira, zincirleme özellikteki sır ihlâllerinin doğası gereği, sırrı ilk ihlâlciden temin eden ilk üçüncü kişiden itibaren hem elde etme hem de ifşa eylemleri gerçekleştirilmektedir. Dolayısıyla, sadece temin etme ve kullanma anındaki iyiniyetin aranması, bu gibi hâller bakımından yeterli olmayıp, sır üzerinde fiili hakimiyet sahibi olunan zaman

²⁴² *Maier*, sırrı iyiniyetle ele geçiren kişiler arasında, sır konusuna ilişkin olarak yaptıkları giderleri göz önünde tutan bir ayırım önermektedir. Bkz. A. Maier, 1998, s.353 (M. E. Bilge, 2005'den atfen).

²⁴³ M. Peter, M. Michaelis, 2009, s.646.

dilimi boyunca ve o sırrın başkasına ifşa edildiği esnada iyiniyetli olunması, sorumluluğun doğmaması için önem arz eder kanısındayız. Böyle bir hâle verilebilecek basit bir örnek; başkasına ait ticari sır niteliğindeki bilgiyi, zincirleme gerçekleşen bir ifşanın herhangi bir aşamasında iyiniyetli olarak öğrenen ve bu bilgiyi iyiniyetli olarak kendi ticari sırrıymış gibi kabul edip bir başkasına lisanslayan üçüncü kişinin durumudur. Bu örnekte, üçüncü kişinin, hem öğrenme hem de lisanslama anı bakımından iyiniyetli olduğunu gösterebilmesi, onun sorumluluğunun doğmaması bakımından önem taşıyacaktır.

Gizlilik ödevi barındıran bir ilişki bünyesinde edinilmiş ticari sırların üçüncü kişiler tarafından elde edilmesi sık rastlanan bir örnek olmakla birlikte, sırrın üçüncü kişi tarafından ihlâl edildiğinden bahsedebilmek için ilk ihlâlcinin mutlaka bir gizlilik ödevine sahip olması gerekmemektedir. Bu kapsamda, sırrı, herhangi bir gizlilik ödevi olmaksızın haksız elde etmiş bir ilk ihlâlcisi ile ticari işbirliği içerisine giren üçüncü kişi, -ticari sırrın ihlâl edilmiş olduğunu bilmesi kaydıyla- söz konusu sırrı kendisi de ihlâl etmiş sayılacaktır.

Bilginin, bilgidan yararlandığı süre boyunca iyiniyetli olan üçüncü kişiye atfedilemeyecek sebeplerden ötürü ileride aleniyet kazanması durumunda, -söz konusu bilginin ticari sır niteliği de ortadan kalkmış olacağından- bilgi üzerindeki kullanımdan artık sorumlu olunmayacağı düşünülebilir. Üçüncü kişinin bilgiyi temini anında çoktan aleniyet kazanmış olan bilgiler bakımından da, temin anında ticari sır niteliklerinin zaten sona ermiş olacağı gerçeğinden hareketle benzer bir yorum yapılabilir.

İKİNCİ BÖLÜM

UYGULANACAK HUKUKUN BELİRLENMESİ

I. Genel Olarak

Çalışmanın birinci bölümünde ticari sır kavramının zorunlu unsurları ve ihlâl eylemi hakkında bilgi verilmiş idi. İkinci bölüm ise, yabancılık unsuru taşıyan ticari sır ihlâli iddiası kaynaklı uyuşmazlıklar hakkında uygulanacak hukukun tespiti meselesini ele almaktadır. Konu hakkında öncelikle karşılaştırmalı hukuk verileri sunularak kuramsal bir çerçeve oluşturulduktan sonra, meselenin Türk kanunlar ihtilâfı hukuku açısından nasıl değerlendirilmesi gerektiği hususuna dair önerilere yer verilecektir.

Aşağıda, ilk olarak vasıflandırma problemi hakkında değerlendirmelere yer verilmiştir. Yabancılık unsuru taşıyan bir işlem veya ilişkiden kaynaklanan uyuşmazlığın dava konusu yapılması hâlinde, mahkemenin herşeyden önce söz konusu işlem veya ilişkiyi vasıflandırarak (bağlama konusunun vasıflandırılması) kendi kanunlar ihtilâfı hukukunda benimsenmiş olan hukuki ilişki kategorilerinden birisi içerisine yerleştirmesi gerekmektedir. Bağlama konusunu vasıflandıran bir mahkeme, somut uyuşmazlık hakkında işletilecek olan bağlama kuralına ulaştıktan sonra, o kural içerisinde yer alan bağlama noktası hakkında vasıflandırma benzeri bir değerlendirme daha yapacaktır (bağlama noktasının yorumu). Vasıflandırma problemi olarak isimlendirilen bu ikili değerlendirme ihtiyacı sonrasında, bağlama konusunun ve bağlama noktasının hangi hukuka göre nasıl anlaşılacağı ortaya

konmuş olacak ve ulaşılan bağlama kuralının somut uyumsuzlığa tatbiki aşamasına geçilecektir.

Vasıflandırmaya ilişkin tartışmalar esnasında²⁴⁴ bağlama konusunun (ticari sır ihlâli) sıklıkla haksız rekabet olarak vasıflandırılacağı sonucuna ulaşılmıştır. Bu sebeple, çalışmanın devamında, "haksız rekabetten doğan uyumsuzluklar"a uygulanacak hukukun tespiti meselesi üzerinde durulacaktır. Burada, sırasıyla İsviçre, Avrupa Birliği, Japon ve Türk hukuk sistemleri açısından meselenin ele alınışı hakkında bilgiler verilecektir. Çalışmanın ana konusunun ticari sırlar olmasından hareketle, genel sayılabilecek açıklamalar arasında dahi, haksız rekabetin diğer türleri hakkında detaylı bir içerik sunumundan özellikle kaçınılmıştır. Ayrıca, bu kısımda yer verilen bilgilerin, teori ve uygulamadaki "mevcut durum"u yansıtması hedeflendiğinden, kendi görüşlerimiz asgari düzeyde tutulmuştur.

Haksız rekabetten doğan uyumsuzluklara uygulanacak hukuk meselesi hakkında kuramsal çerçeve sunulduktan sonra ise, "ticari sır ihlâli" özeline inilerek, yukarıda anılan hukuk sistemleri içerisinde bu konu özelinde ifade edilmiş doktrin görüşleri sunulacaktır. Bu şekilde genelden özele doğru giden bir yaklaşım benimsemekte ana amaç, ticari sırların ihlâli bakımından özellik arz eden kimi durumlara dikkat çekebilmektir. Çalışmanın birinci bölümünde verilen bilgiler ile bu kısımda sunulan görüşlerin bir arada ele alınmaları hâlinde, ticari sırların ihlâli açısından diğer haksız rekabet türlerine kıyasla özellik arz eden bir değerlendirme usûlünün benimsenmesindeki gerekliliğin daha net bir şekilde ortaya çıkacağını düşünüyoruz.

İkinci bölümün sonunda, çalışma boyunca yer verilen tüm açıklamalar neticesinde, Türk mahkemesi önüne gelen yabancılık unsurlu bir ticari sır ihlâli

²⁴⁴ Bkz. aşağıda s.98-114.

iddiası hakkında uygulanacak hukukun nasıl tespit edilmesi gerektiğine dair önerilerimiz yer almaktadır. Burada, ticari sır ihlâlinin özellik arz eden durumları üzerinde durulmuş ve uygulanacak hukukun tespiti usûlüne dair kapsamlı bir model önerisi sunulmuştur.

II. Vasıflandırma

A- "Ticari Sır" Kavramının Vasıflandırılması

1) Kavramın Kurucu Unsurlarının Vasıflandırılması

Ticari sırrın ihlâli kaynaklı olup yabancılık unsuruna da sahip bir uyuşmazlık mahkeme önüne geldiğinde, öncelikle çözülmesi gereken sorun ticari sır kavramının nasıl vasıflandırılması gerektiği olacaktır. Acaba bu kavramın tanımı ve zorunlu unsurlarının tespitinde hangi yaklaşım uyarınca hangi hukuk esas alınmalıdır?

İhlâl edildiği öne sürülen bir ticari sırrın gerçekten de ticari sır niteliğinde olup olmadığı, bir başka deyişle, kavramın kurucu unsurlarının neler olduğu meselesi, aslında vasıflandırma aşamasında ele alınacak bir konu olmaktan çok, uygulanacak hukukun kapsamına ilişkin bir husustur. Türk mahkemesi, ticari sır ihlâlini vasıflandırıp ilgili bağlama kuralına ulaştıktan sonra, o kural aracılığıyla gideceği hukuk sistemi içerisinde, söz konusu kurucu unsurlara bakacak ve dolayısıyla somut olay açısından ticari sırrın mevcudiyeti meselesini ele alacaktır. Bu başlık altında kurucu unsurların vasıflandırılmasından bahsedilmesinin ana sebebi, "ticari sırrın ihlâlini" bir bağlama konusu olarak vasıflandırabilmek için, öncelikle ticari sırdan ne anlaşıldığının mahkeme tarafından ortaya konması gerekliliğidir.

İzlenebilecek alternatif yollardan ilki, mahkemenin kendi hukukunu (*lex fori*) esas alarak kavramı tanımlaması olacaktır. Bu yaklaşıma göre, bir Türk mahkemesi önüne gelen ticari sır ihlâli iddiasında, mahkeme Türk hukukunu esas alarak bir ticari sırdan bahsedilebilmesi için mutlak surette varlığı aranacak unsurları tespit edecek ve olaydaki mevcudiyetlerini araştıracaktır. Doktrinde "*lex fori* vasıflandırması" olarak bilinen ve konudan bağımsız olarak Türk doktrininde genellikle tercih edildiği anlaşılan²⁴⁵ bu yaklaşım, mahkemeyi, onun en iyi bildiği hukuk sistemi içerisinde bir çözüm bulmaya sevk etmektedir.

Buna karşılık, ticari sır kavramının vasıflandırılmasında izlenebilecek ikinci bir yol, mahkemenin kanunlar ihtilâfi kuralları uyarınca -varsayımsal olarak- tespit edilen uygulanacak hukukta (*lex causae*) yer alan tanım ve kurucu unsurların esas alınmasıdır. "*Lex causae* vasıflandırması" olarak da bilinen bu yaklaşım esas alındığında, mahkemenin öncelikle somut uyuşmazlık açısından varsayımsal açıdan uygulanacak olan hukuku belirleyip, ticari sır kavramını bu hukukta anlaşıldığı şekliyle ele alması gerekecektir.²⁴⁶

Türk hukukunda, "ticari sırların korunması" olgusu, ayrı bir özel hukuk dalı olarak ele alınacak ölçüde gelişmiş değildir. Bunun yanı sıra, haksız rekabet hukukunun bir parçası olarak görülmesine rağmen, bu dal içerisinde dahi Türk Ticaret Kanunu ve Türk Ceza Kanunu'nda yer alan az sayıda hüküm, ticari sır kavramının kurucu unsurlarını tayin etmek yönünden yetersizdirler. Kimi devlet

²⁴⁵ A. Çelikel, B. Erdem, 2016, s.79; G. Tekinalp, A. Uyanık, 2016, s.35; C. Şanlı, E. Esen, İ. Ataman-Fıganmeşe, 2014, s.51; V. Doğan, 2016, s.183; R. Aybay, E. Dardağan, 2008, s.153; E. Nomer, 2013, s.103. Karş. H. Can, A. G. Toker, 2015, s.78

²⁴⁶ *Lex fori* ve *lex causae* vasıflandırma yöntemleri dışında, vasıflandırma sürecinde izlenebilecek yöntemler hakkında genel olarak Türk kanunlar ihtilâfi doktrininde ifade olunan diğer seçenekler hakkında bkz. E. Nomer, 2013, s.101, 102; R. Aybay, E. Dardağan, 2008, s.152, 153; H. Can, A. G. Toker, 2015, s.77, 78; V. Doğan, 2016, s.181, 182; G. Tekinalp, A. Uyanık, 2016, s.36; A. Çelikel, B. Erdem, 2016, s.82-84.

hukukları açısından rastlandığı gibi, ticari sırların korunmasını kendine özgü ve bu konuya hasren çıkartılmış özel kanunlar ile düzenlemek bir yana; hukukumuzda, ticari sırrın ihlâl edilmesini haksız bir rekabet eylemi olarak görmenin dışında, varlığı sabit gelişmiş bir teorik altyapıdan ve içtihadi birikimden bahsetmek dahi oldukça güçtür. Ne yasakoyucu, ne de mahkemeler kurucu unsurlara dair bir tanımlama içerisine girmektedirler. Bu durum ise, özellikle kavramın kurucu unsurları bakımından *lex fori*'nin esas alınmasının ne derece yerinde olacağı sorusunu akla getirmeye elverişlidir. Zira, eğer kavram Türk hukukunda anlaşıldığı şekliyle tanımlanacak ise, Türk hukukunda nasıl anlaşıldığının bile tam olarak anlaşılamaması riskinden bahsedilmesi mümkündür.

Kanımızca, ticari sır kavramının Türk mahkemesinde tanımlanması esnasında, kurucu unsurlar açısından küresel standartlara uygun bir anlayış ve tanıma ulaşmak amacının güdülmesinde fayda vardır. Bu noktada ise, küresel standartların neler oldukları ve ne ölçüde objektif şekilde saptanabildikleri merak edilecektir ki, bu hususta Türk mahkemesinin dikkate alabileceği, hatta usûlüne göre onaylanmış ve yürürlüğe girmiş milletlerarası sözleşmelerin iç hukukun bir parçası hâline geldikleri düşünüldüğünde, dikkate almak zorunda olduğu bir düzenlemenin varlığından bahsedilmelidir. Anılan düzenleme, 26 Mart 1995 tarihinden bu yana Türk hukuku açısından yürürlükte olan, "Ticaretile Bağlantılı Fikri Mülkiyet Anlaşması (*Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights / TRIPS*)" dır.²⁴⁷

TRIPS m.39'da, "açıklanmamış bilgi" (*undisclosed information*) başlığı altında, ticari sır kavramından bahsedilebilmesi için gereken asgari unsurlar sıralanmıştır.

²⁴⁷ Yayın tarihi için bkz. 29.10.1995 tarih ve 22186 sayılı Resmi Gazete

Bkz. www.wipo.int/wipolex/en/other_treaties/parties.jsp?treaty_id=231&group_id=22 (erişim tarihi: 23.07.17)

Birinci bölümde, bu çalışma açısından kavramın içeriği doldurulurken de esas alınmış olan söz konusu unsurların, yukarıda izah edilen belirsizlik durumunun çözümünde rahatlıkla dikkate alınabilecekleri, hatta bunun bir zorunluluk olduğu söylenebilir. Türk mahkemesi, anılan unsurların somut olayda varlık-yokluk durumuna göre ticari sır kavramının içeriğini oluşturduğunda, kendi hukukuna göre (*lex fori*) bir vasıflandırma yapmış olacaktır.

Özetlenecek olursa, ticari sır kavramının tanımlanmasında *lex fori* vasıflandırması yapılması, ancak bu esnada TRIPS m.39'da yer alan kurucu unsurların mutlaka esas alınmaları gerektiği, böyle bir yaklaşımın hukuki istikrar kadar öngörülebilirlik ve taraf menfaatlerinin korunması açısından da yarar sağlayacağı görüşündeyiz.

2) Kavramın Hukuki Niteliğinin Vasıflandırılması

Ticari sır kavramının kurucu unsurları bir kere tespit edildiğinde, somut uyuşmazlıkta varlığı ortaya çıkan bu yapının hukuki niteliğinin ne olduğu merak edilecektir. Bu sebeple, içeriği artık doldurulmuş olan kavramın dış dünyada nasıl bir hukuki niteliğe sahip kabul edileceğine dair bir ek vasıflandırma daha yapılmasında fayda olacağı kanısındayız. Bu vasıflandırma ile, Türk mahkemesi bir anlamda ticari sır kavramının hukuk düzenindeki etki alanını belirlemiş olacaktır.

Buradaki vasıflandırma sürecinin, çoğu olay bakımından iki adet soru üzerinden ilerleyeceği ve aşağıda ayrı bir başlıkta verilen "ihlâl ilişkili vasıflandırma" sürecinin de şekillenmesinde rol üstleneceği söylenebilir. Bu sorulardan ilki, ticari sırrın herkese karşı ileri sürülebilen "mutlak ve münhasır bir hak" barındırıp barındırmadığıdır. Eğer yapılacak vasıflandırma sonucunda bu soruya olumlu yanıt

verilebiliyor ise, olayda münhasır bir fikri mülkiyet hakkının varlığını ve dolayısıyla fikri haklara ilişkin bağlama kurallarının (MÖHUK m.23 ve m.28) işlerliğini tartışmak olanaklı hâle gelecektir. Buna karşılık, soruya olumsuz yanıt verilmekte ise, söz konusu bağlama kuralları işlerlik kazanamayacaktır.

İkinci soru, ticari sırrın, sahibi açısından bir kişilik hakkına konu olup olmadığıdır. Bu soruya olumlu yanıt veriliyorsa, kişilik hakkı ihlâline dair bağlama kuralının (MÖHUK m.35) tatbiki gündeme gelecek, yerine göre uygulanacak hukukta yer alan ve kişilik haklarının korunmasında rol oynayan düzenlemelerin somut uyuşmazlık bakımından da uygulanırlıkları tartışılacaktır. Soruya olumsuz yanıt verilmesi hâlinde ise, anılan bağlama kurallarının ve dolayısıyla kişiliği koruyucu düzenlemelerin ticari sır ihlâli bakımından dikkate alınmaları mümkün olmayacaktır.

Acaba bu sorulara, nasıl bir vasıflandırma usûlü ile yanıt aranmalıdır? Bir üst başlıkta yer verilen yöntemlerden hangisi tercih edilmelidir? Bu hususta, iki gerekçeye dayanarak *lex fori* vasıflandırmasının tercih edilebileceğini düşünmekteyiz. İlk gerekçe, ticari sır kavramının kurucu unsurlarının belirlenmesinde esas alınan vasıflandırma usûlünün, o kavramın hukuki niteliği bakımından da esas alınmasında bir tutarlılık bulunmasıdır. Kavramın içeriği ile hukuki niteliği farklı vasıflandırma usûllerine tâbi tutulduğunda, öngörülebilirlik yönünden bir risk doğacağı; bunun yanı sıra, aynı kavramdan bahsediliyor olması hasebiyle uygulanacak hukuklar arasında böyle bir farklılaşmaya gidilmesinin kendisiyle çelişik bir yapı arz edeceği düşünülebilir.

İkinci ve daha önemli gördüğümüz gerekçe ise, yukarıda değinilen her iki sorunun da, mahkeme devletinin hukuk sisteminde yer alan temel tasnifler ile

oldukça yakın derecede ilgili bulunmasıdır. Türk hukuku açısından ele alındığında, özellikle ilk soruya verilebilecek olumlu bir cevabın, hukukumuzda fikri mülkiyet haklarının sahip oldukları sınırlı sayıdalık ilkesine açık bir aykırılık teşkil edeceği ortadadır. Kaldı ki, bu hususta, hâlihazırda parçası olduğumuz TRIPS sistemi dahi, ticari sırların haksız rekabet ekseninde korunması fikrini benimsemiş görünmektedir.²⁴⁸ Türk mahkemesinin, *lex fori* vasıflandırma esasını benimsemesi, ve bu sorulara kendi hukuku içerisinden yanıt arayarak bir sonraki aşama olan ihlâlin vasıflandırılmasına geçmesi daha yerinde olacaktır.

Ticari sırrın münhasır nitelikte bir mülkiyet hakkının yahut bir kişilik hakkının doğumuna yol açıp açmadığı meselesine bir sonraki başlık altında yer verilmiştir.

B- "Ticari Sır İhlâli"ni Oluşturan Fiilin Vasıflandırılması

Ticari sır kavramının kurucu unsurları ve hukuki niteliği hakkında bir vasıflandırma faaliyeti yapılması, söz konusu sırrın ihlâl edilmesinin nasıl bir hukuki ilişki tipi vücuda getirdiğini anlamak için zorunludur. Bununla birlikte, "ihlâlin niteliği" meselesinin, sadece kavramın kurucu unsurları ve hukuki niteliği üzerinden anlaşılmasının güçtür. Hatta, Türk mahkemesinin bağlama konusunu vasıflandırması dendiğinde esas anlaşılacak olan vasıflandırmanın ihlâle ilişkin olduğu dahi söylenebilir. Bu sebeple, "ticari sır ihlâli"nin vasıflandırılmasına ayrı ve detaylı bir başlık açılması gereği duyulmuştur.

²⁴⁸ M. Peter, M. Michaelis, 2009, s.636.

Bu başlık altında, "ticari sır" kavramının değil, "ticari sırrın ihlâl edilmesi"nin hukuki niteliği üzerinden yapılacak bir vasıflandırma söz konusudur. Olası hukuki ilişki kategorileri; haksız fiil, haksız rekabet, sözleşmeye aykırılık, mülkiyet hakkı ihlâli, sözleşme öncesi sorumluluk, sebepsiz zenginleşme ve kişilik haklarına aykırılık şeklinde belirlenmiştir. Bu kategorilerin, somut olayda gündeme gelme ihtimâlleri arttıkça, ilgili bağlama kurallarının işletilmesi ihtimâli de artacaktır. Buna karşılık, mahkemenin yapacağı değerlendirme sonucunda bir bağlantı kurulamayan kategoriler bakımından ilgili bağlama kuralları herhangi bir rol üstlenemeyeceklerdir.

1) Haksız Fiil

Ticari sırrın ihlâl edilmesi, özü itibariyle bir haksız fiil niteliğindedir. Kıta avrupalı hukuk çevresine dahil sistemler açısından konuya haksız rekabet ekseninde yaklaşıyor olması, esasen ihlâlin özel bir haksız fiil türünde somutlaştırılması anlamındadır. Haksız rekabetin özel bir haksız fiil türü olması, 5718 sayılı Kanun sistematigi açısından da açıkça benimsenmiş, genel olarak haksız fiillere ilişkin bağlama kuralının ardından, özel haksız fiil türlerine ilişkin bağlama kuralları sevk edilmiş, haksız rekabete ilişkin kurala da bu kısımda yer verilmiştir. Üstelik, kanunlar ihtilâfi kurallarında haksız rekabetten doğan uyuşmazlıklara uygulanacak hukuk konusunda özel bağlama kuralları getirmemiş bulunan diğer birtakım devlet hukukları açısından dahi, ticari sır ihlâlinin haksız fiil ekseninde ele alındığı bilinmektedir.²⁴⁹

²⁴⁹ Böyle bir tercih benimsemiş devletler için bkz. aşağıda Roma II Tüzüğü'ne ilişkin "Tarihçe" alt başlığı.

Kanımızca, burada esas önem arz eden mesele, haksız fiillere ilişkin genel bağlama kuralı (MÖHUK m.34) yanında haksız rekabete ilişkin özel bir bağlama kuralı (MÖHUK m.37) da getirmiş olan Türk hukuk sistemi açısından, genel bağlama kuralı lehine özel bağlama kuralından vazgeçilebilmesinin, yahut aynı olayın çeşitli yönlerine ilişkin olarak iki kuralın birlikte uygulanabilmesinin mümkün olup olmadığıdır.

Özel kuralın genel kurala kıyasla öncelikli olarak uygulanırlığı bulunması ilkesinden hareketle, genel kural lehine özel kuraldan vazgeçilemeyeceğini düşünmekteyiz. Buna karşılık, 5718 sayılı MÖHUK sistematığı açısından, özellikle karşılaştırmalı hukukta haksız rekabetten doğan uyuşmazlıklara uygulanacak hukuk konusunda gözlemlenen ve aşağıda ayrıntılarıyla değinilecek olan uygulamalar ele alındığında, her iki kuralın da birlikte uygulanırlığa sahip olabilecekleri bazı hâllerin bulunabileceği kanısındayız. Hangi hâller açısından genel bağlama kuralı ile özel bağlama kuralının birlikte uygulanabilecekleri hususuna dair görüşlerimize bu bölümün son kısmında yer verilen model önerisi kapsamında yer verilmiştir.

2) Haksız Rekabet

Türkiye'nin de aralarında bulunduğu kıta avrupası hukuk çevresine dahil ülkeler bakımından, ticari sır ihlâlinin kapsamına girdiği düşünülen ana hukuk dalı, haksız rekabet hukukudur. Bu dalın özel bir kanun ile düzenlenmiş yahut hukukumuzda olduğu gibi başka bir genel kanun (örn. Türk Ticaret Kanunu) içerisinde ele alınmış olmasından bağımsız olarak, ticari sırrı ihlâl edilen bir kimsenin, haksız rekabet hükümleri uyarınca dava açabileceği kabul edilmektedir.

Hukukumuzda 5718 sayılı MÖHUK ile getirilen sistemde, haksız rekabetten kaynaklanan uyuşmazlıklar hakkında tatbik edilmek üzere sevk edilmiş bulunan özel bir bağlama kuralı mevcuttur. MÖHUK m.37'de iki fıkra hâlinde kaleme alınan özel bağlama kuralının konumuz açısından önemi; Türk doktrinde, ticari sırların ihlâli örneğinin sıklıkla bu maddenin ikinci fıkrası kapsamında görülüyor olmasından²⁵⁰ ileri gelmektedir. Aşağıda detaylı olarak yer verilecek Türk doktrin görüşlerinden açıkça anlaşılan husus, ticari sırların ihlâli olarak özetlenebilecek haksız rekabet eylemlerinin bu madde kapsamına girecekleri yönünde bir anlayışın egemen olmasıdır. Bu durum ise, ihlâl eyleminin, Türk mahkemesi önüne geldiğinde bir haksız rekabet eylemi olarak vasıflandırılacağı yönünde oldukça güçlü bir dayanak teşkil etmektedir.

3) Sözleşmeye Aykırılık

Ticari sırrın ihlâli eyleminin haksız fiil veya daha özelde haksız rekabet niteliği taşımasından bağımsız olarak, aynı eylem nedeniyle somut uyuşmazlığın tarafları arasında hâlihazırda mevcut bir sözleşme ilişkisi de ihlâl edilmiş olabilir. Bir başka deyişle, ticari sırrın ihlâli aynı zamanda sözleşmeye aykırılığa da yol açmış olabilir. Böyle bir durum, daha ziyade, ticari sırrın gizli tutulmasına ilişkin bir yükümlülük doğuran sözleşmesel ilişkiler bakımından gündeme gelecektir. Bu hususta verilebilecek en temel iki örnek, sırrı korumakla yükümlü tutulan işçi ile sır sahibi işveren arasında aktedilmiş bulunan hizmet sözleşmeleri / gizlilik anlaşmaları, ve ticari işbirliği ilişkisi kapsamında akdedilmiş olan benzeri sözleşmelerdir. Gizlilik

²⁵⁰ G. Tekinalp, A. Uyanık, 2016, s.368; C. Şanlı, E. Esen, İ. Ataman-Figanmeşe, 2016, s.303; G. Tekinalp, E. Nomer, A. Odman Boztosun, 2012, s.116; H. Can, A. G. Toker, 2015, s.309. Karş. A. İ. Sariöz, 2012, s.156; Z. D. Tarman, 2011, s.119.

yükümüne aykırı olarak ticari sırrın ifşa edilmesi yahut kullanılması, aynı zamanda söz konusu sözleşmelere de aykırılık niteliği taşıyacaktır.

Ticari sır ihlâlinin sözleşmeye aykırılık olarak vasıflandırılmasının doğal sonucu, uygulanacak hukukun tespitinin, MÖHUK m.24 vd.'da yer alan bağlama kuralları uyarınca gerçekleştirilmesi ihtimâlini doğurmasıdır. Çalışma ilişkileri bağlamında gerçekleşen ihlâller açısından ise, genel bağlama kuralı olan m.24 ile iş sözleşmeleri hakkındaki m.27 arasında hangi bağlama kuralının esas alınması gerektiği sorusu gündeme gelebilir. Kanımızca, sır tutma yükümlülüğüne ana hizmet sözleşmesi içerisinde bir kayıt şeklinde yer verilen hâller açısından, o sözleşmenin tâbi olacağı bağlama kuralına yani iş sözleşmeleri hakkında m.27'ye gidilmesi düşünülebilir. Zira, esasen iş sözleşmesinin bir unsuru olan sır tutma yükümlülüğüne aykırı bir hareketin, iş sözleşmesine de aykırı hareket edilmesi sonucunu doğuracağı açıktır.

Öte yandan, gizlilik yükümünün ana sözleşmeden bağımsız ve ayrı bir sözleşme şeklinde kaleme alındığı hâllerde, konu daha tartışmaya açık bir hâl almaktadır. Eğer gizlilik yükümünü doğuran o ayrı düzenlemenin, ana sözleşmeden bağımsız var olamayacağı gerçeğinden hareket edilirse, söz konusu düzenleme hizmet sözleşmesinin bir eki olarak anlaşılabilecek ve yine iş sözleşmeleri hakkındaki MÖHUK m.27 hükmü işlerlik kazanacaktır. Bununla birlikte, tarafların, özellikle de sır sahibinin, rahatlıkla ana sözleşme içerisinde bir kayıt olarak yer verebilecek iken, gizlilik yükümünü bağımsız bir sözleşme şeklinde hazırlaması ve işçiye imzalatmış olması noktasından hareket edilirse, o sözleşmeye iş sözleşmesinden bağımsız bir nitelik vermek istemiş olabileceği hususu akla gelecek, bu durumda ise MÖHUK m.24'de yer alan genel bağlama kuralı işlerlik kazanabilecektir.

Kanımızca, iş sözleşmesi içerisinde bir kayıt şeklinde yahut iş sözleşmesinin eki niteliğinde olduğu açıkça belirtilmek kaydıyla ayrı bir sözleşme formunda hazırlanmış olan ve işçi açısından gizlilik yükünün doğumuna vücut veren düzenlemeler bakımından, iş sözleşmelerine dair MÖHUK m.27 hükmü aracılığıyla uygulanacak hukukun tespit edilmesi; buna karşılık, iş sözleşmesinin eki niteliğinde olduğu açıkça anlaşılmayan bağımsız nitelikte düzenlemelerin m.24'de yer alan genel bağlama kuralına tâbi tutulması yerinde olacaktır. Sır sahibi, söz konusu sırrı korumak amacıyla oldukça detaylı hükümlere yer vermek istemiş olabilir. Bu hükümleri esas sözleşme içerisinde bir kayıt şeklinde yazmak yerine, onlara verdiği öneme binaen ayrı bir sözleşme ile kaleme almak istemiş olabilir. Böyle bir durumda, yapılan o ayrı düzenlemenin tâbi olacağı hukuk belirlenirken varsayımsal olarak sır sahibinin iş statüsünden ayrı bir statüye tâbi olunmasını istemiş olabileceği ihtimâli unutulmamalıdır. Sır sahibinin bu yönde bir iradeye gerçekten de sahip olup olmadığı hususu, aksi düzenlemeden açıkça anlaşılmadığı sürece (hukuk seçimi vb. yollardan) tam olarak bilinemeyecektir. Ancak bu ihtimâlin tamamen devre dışı bırakılması da aynı gerekçeden ötürü mümkün olamayacaktır. Kanımızca, ticari sırrın korunmasında etkili bir yol olan gizlilik anlaşmasını ayrı bir sözleşme formunda hazırlayan sır sahibinin, o sözleşmeye vermek istemiş olabileceği bağımsızlık özelliğine saygı duyulmalıdır. Rekabet etmeme anlaşmaları gibi işçinin zayıf konumunun suistimale uğratılması muhtemel sözleşmeler haricinde, özellikle salt gizlilik anlaşması niteliğindeki sözleşmeler bakımından, iş sözleşmesine ilişkin bağlama kuralından genel bağlama kuralı lehine uzaklaşılmasında doğrudan işçi aleyhine bir etki bulmak güçtür. Zira, söz konusu ticari sır, esasen işçiye değil, sır

sahibine ait olup, kural olarak sır sahibinin söz konusu sır üzerinde dilediği gibi tasarruf edebilme imkânı bulunmaktadır.

Özetle, ticari sır ihlâlinin aynı zamanda bir sözleşme ihlâli olarak vasıflandırılabilceği durumlardan bahsetmek mümkündür. Bu ihtimâl, taraflar arasında sözleşmesel bir sır tutma yükümü bulunan hukuki ilişkiler (işçi-işveren ilişkisi) bakımından son derece güçlü iken, böyle bir ilişkiden bahsedilemeyen ihlâller (rakip tarafından gerçekleştirilen sanayi casusluğu) açısından daha zayıf hatta bütünüyle imkân dışı olacaktır. Öte yandan, Türk mahkemesinde böyle bir vasıflandırma yapılabilmesi ihtimâlinin, ilgili düzenlemedeki bir cezai şartın ifası yahut tazminat talebi ile sınırlı bir amaca yönelik olarak açılmış davalar bakımından daha yüksek olacağını düşünmekteyiz. Aksi takdirde, örneğin ticari sırrın ihlâlinin durdurulması (men'i veya ref'i) talebiyle açılmış davalar bakımından sözleşmesel vasıflandırma ihtimâlinin pek de güçlü olmayacağı düşünülebilir, zira böyle hâllerde talep yönünden ihlâlin haksız rekabet boyutu sözleşmeye aykırılık boyutuna kıyasla daha ön planda olacaktır.

Son olarak, sözleşmeye aykırılık şeklinde bir vasıflandırma yapılmadığı gibi, tam tersine, haksız rekabet vasıflandırması yapılmış olmasına rağmen, ticari sır ihlâli hakkında sözleşme statüsünün uygulanabileceği bir hâlden bahsedilmelidir. Burada, bir sözleşmesel vasıflandırma yoktur, ancak sözleşme statüsü uygulanırılık kazanmaktadır. Doktrinde "fer'i bağlanma" olarak isimlendirilen bu uygulama hakkında genel bilgiler ve ticari sır ihlâllerindeki uygulanabilirliğine dair görüşlere çalışmanın devamında ve özellikle model önerisi esnasında yer verilmiştir.

4) Mülkiyet Hakkı İhlâli

Ticari sırrın bir mülkiyet hakkı konusu olup olmadığı, bu açıdan eşya hukukunun konusu olarak görülüp görülemeyeceği meselesi üzerine pek çok görüş ifade edilmiştir. Konu üzerinde yapılan tartışmaların kapsamlı oluşunun ana sebebi, ticari sır kavramının özgün yapısıdır. Mülkiyet hakkının konusunun “belirlenebilir, üçüncü kişiler tarafından tespit edilebilir, üçüncü kişiler tarafından devralınmaya müsait ve belli bir ölçüde sabit ve kalıcılığa sahip olması” gerekmektedir. Ticari sırlar ise, bu özelliklere ancak gizli kaldıkları süre boyunca sahip olup, sırrın ifşasından sonra anılan niteliklerini kaybetmektedirler.²⁵¹ Maddi bir varlık, sahibi tarafından hakimiyet altına alınabilir ve diğer kimselerin kullanımından uzak tutulabilir iken, maddi olmayan varlıklar sadece sahibi onu gizli tuttuğu sürece fiili olarak hakimiyet altında kalabilmektedirler.²⁵² Bu açıklamalardan hareketle, ticari sırlar mülkiyet hakkının konusu olamazlar dendiğinde ise, onların devrinin de teorik olarak mümkün olamaması gerekirken; günümüz uygulamasında ticari işletmelerin diğer malvarlığı değerleri arasında²⁵³, onlarla birlikte sıklıkla alınıp satıldıkları göze çarpmaktadır.²⁵⁴

²⁵¹ R. W., De Very, 2006, s.302.

²⁵² M. E., Bilge, 2005, s.1.

²⁵³ İngiliz Hukuku'nda, *The Law Commission*, ticari sırların hukuka aykırı kullanımlarına ilişkin olarak hazırlamış olduğu danışma raporunda, ticari sırların teknik anlamda malvarlığı olarak görülemeyeceklerini belirtmiştir. Komisyona göre, gizli bilgi ile eşya arasındaki benzerlik kavramın doğasına ilişkin olmayıp *equity*'nin aynı hakları korurken kullandığı yaptırımları burada da kullanması noktasındadır. İngiliz Hukuku'nda ticari sırlar *breach of confidence* doktrini ile korunmaktadır ve bu hukuk dalı, bilgiyi aynı hakların sujesi yapmaktan ziyade taraflar arasındaki ilişkiye ve bilginin hangi şartlar altında aktarıldığına odaklanmaktadır. Somut olayda bir gizlilik ilişkisinin varlığı tespit edildiği zaman, söz konusu gizli bilginin korunmaya hak kazanacağı düşünülmektedir. Bkz. R. W., De Very, 2006, s.273. Buna karşılık, ABD Hukuku'nda ticari sırların finansal açıdan malvarlığı değeri olarak kabul edilmelerinden ötürü, *Sarbanes - Oxley Act*, şirketlerin, sahibi oldukları ticari sırlar üzerinde şirket içi kontrol mekanizmalarını işletmelerini ve düzenli aralıklarla gerçekleştirilecek değerlendirme denetimleri sonucunda ortaya çıkacak tutarı kamuoyu ile paylaşmalarını zorunlu tutmaktadır. Bkz. D. W., Quinto, S. H., Singer, 2009, s.197.

²⁵⁴ M. J. Davison, A. L. Monotti, L. Wiseman, 2008, s.362. Ticari sırların devredilebilir nitelikte oluşları, aynı zamanda bir AB Komisyon Tüzüğü'nde de açıkça kabul edilmiştir. Bkz. *EC Commission*

Genel olarak, ticari sır üzerindeki hakkın mülkiyet hakkı olup olmadığı veya aynı bir hak teşkil edip etmediği üzerine yapılmış tartışmalar, bu çalışmanın hem konusu dışında kalmaktadır, hem de kapsamını oldukça aşacak denli geniştir. Bununla birlikte, günümüzde, ticari sırlar üzerinde bir mülkiyet hakkının mevcut olmadığı yönündeki görüşün baskın olduğu söylenebilir.²⁵⁵ Bu çalışmada detaylı olarak değinilmeyecek olan söz konusu tartışmaların fikri mülkiyet hukuku açısından yansımaları ise, ticari sırrın bir fikri mülkiyet hakkı olarak vasıflandırılabilme ihtimâlini gündeme getirmesi bakımından önemlidir.

TRIPS m.1/2 'de yer alan hüküm, açıklanmamış bilgiyi her ne kadar fikri mülkiyet olarak tanımlamış olsa da, Paris Sözleşmesi'ne yapılan atıf ve TRIPS m.39'un lafzı dikkate alındığında, üye devletlerin fikri mülkiyet haklarında bulunan sınırlı sayıdalık kapsamını genişletmek yahut mülkiyet temelli bir koruma anlayışı benimsemek istemedikleri sonucuna varmak mümkündür. Bir yandan haksız rekabete karşı korunmadan bahsedilmesi, öte yandan marka-patent terminolojisinde sıklıkla kullanılan malik vb. ifadelerin kullanımından kaçınılması, üye devletlere,

Regulation No. 772/2004 of 27 April 2004 on the application of Article 81(3) of the Treaty to categories of technology transfer agreements (OJ L 123/11)). Bkz. R. W., De Very, 2006, s.302.

²⁵⁵ Avustralya Yüksek Mahkemesi, kural olarak bilgi üzerinde mülkiyet yoktur (there is no property in information per se) görüşündedir. Bu açıdan gizli bilgi, birer malvarlığı değeri olarak kabul edilen diğer fikri mülkiyet sujelerinden farklı bir kategoride ele alınmaktadır. Dolayısıyla, bu konuya ilişkin olarak, bilgiye kimin "malik" olduğu tartışmasından ziyade, söz konusu bilginin izinsiz kullanımını yahut ifşasını durdurabilme hakkına kimin sahip olduğu tartışmasının yapılmasının daha faydalı olacağı ifade edilmektedir. Bkz. M. J. Davison, A. L. Monotti, L. Wiseman, 2008, s.361. Sır sahibinin, maddi bir değeri bulunan ve devredilebilir nitelikteki ticari sır üzerindeki hakkını "mülkiyet benzeri bir hak" (*quasi-property right*) şeklinde tanımlamanın daha doğru olacağı ifade edilmiştir. Bkz. R. W., De Very, 2006, s.302. Konu açısından teknik anlamda bir bilgiye malik olma durumundan, "mülkiyetten" bahsedilemez. Bkz. C. Colston, 1999, s.147. "Sırta malik olan kişilerin sayısı arttıkça, sırrın sızma ve dolayısıyla yok olma riski de artar. Bu nedenlerle bu hak, taşınır ya da taşınmaz bir mal veya fikri mülkiyet konusu haklardan oldukça farklı görünmektedir". Bkz. M. E., Bilge, 2005, s.44. "Ticari sır üzerindeki menfaat mülkiyet hakkıdır denirse bir sıkıntı daha çıkar. Eşya hukuku kuralları ne ölçüde bilgi kavramın uygulanabilirler? Gizli bilgiyi ileten kişi, ilettiği bilgiyi bir anlamda elinde tutmaya devam etmektedir. Bu bilginin insan hafızasından silinmesi söz konusu değildir. Bu durum ise, mülkiyetin inhisari (tekeli) niteliğine tümüyle aykırıdır. Bir yüzük aynı anda birden fazla kişinin parmağında olamaz. Ancak gizli bir bilgi, aynı anda birden fazla kişinin hafızasında yer alabilir". Bkz. A. E. Gürbüz Usluel, 2009, s.63. Mülkiyet hakkından bahsedebilmek için, mülkiyetin konusunun sahibinden ayrılabilir olması gereklidir. Bkz. Ibid. s.63.

açıklanmamış bilginin korunması bakımından mülkiyet benzeri bir mutlak hak bahsetme zorunluluğunun getirilmemiş olduğu şeklinde yorumlanmakta, bu açıdan haksız rekabet hukuku eksenli bir anlayışın egemen bulunduğu ifade edilmektedir.²⁵⁶ Nitekim, AT Adalet Divanı, *Nungesser* davasında, gizli teknik bilgilere bakış açısını fikri mülkiyet haklarının varlığına dayandırmamış, tam tersine, "yeni teknolojinin yayılımını korumak" olarak belirlemiştir.²⁵⁷

Bir ticari sır, sahibinin rakibi tarafından örneğin bağımsız bir araştırma sonucu keşfedildiğinde, sahibine bu rakiplere karşı ileri sürebileceği münhasır bir tekel hakkı bahsetmemektedir. Doktrinde ticari sırların aynı hak verdiklerini öne süren yazarların bulunduğu, ancak çoğunluk görüşünün bu yönde olmadığı belirtilmektedir.²⁵⁸

Türk hukukunda, *Tekinalp*'e göre, mülkiyetin konusunu oluşturan eşya kavramının içine sadece maddi şeyler girmektedir. Gayri maddi mal olarak değerlendirilen fikri ürünler, mülkiyetin ve zilyetliğin konusu değildir. Fikri mülkiyette, mülkiyet sözcüğünün kullanılmasının nedeni, fikri ürün üzerindeki mutlak hakkın inhisari niteliğini belirtmektir.²⁵⁹ Bu değerlendirmeden hareket eden bir görüş, Türk Hukuku'nda gayri maddi mal kabul edilen ve bazı hukuk sistemlerinde fikri mülkiyet hakkı olarak kabul edilen gizli bilginin, Türk hukukunda mülkiyet hakkının konusu olamayacağı sonucuna varmaktadır.²⁶⁰ Yazara göre, gayri maddi malların korunması sınırlı sayı ilkesine tâbidir. Ancak ticari sır, özel himaye normu ile korunan gayri maddi mallar arasında yer almamakta; dolayısıyla, *fikri bir*

²⁵⁶ M. Peter, M. Michaelis, Art 39.1-2, WTO-Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights, P. Stoll, J. Busche, K. Arend (Ed.) içinde, s.636

²⁵⁷ Bkz. *Case 258/78, 1982, ECR 2015* (M. Baş, 2000, s.47'den atfen).

²⁵⁸ E. R. Claeys, 2013, s.406. Karşı görüşteki yazarlar için bkz. Ibid, s.406, dipnot 12. Günümüz İngiliz Hukuku'ndaki çoğunluk görüşünün de, eşya hukuku yaklaşımının benimsenmemesi gerektiği yönünde olduğu belirtilmektedir. Bkz. H. E. Norman, 2014, s.68.

²⁵⁹ Ü. Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012, s.1.

²⁶⁰ A. E. Gürbüz Usluel, 2009, s.64.

ürün olmakla birlikte, sahibine fikri bir hak kazandırmamaktadır.²⁶¹ Sahiplerine gayri maddi mallar üzerinde özel kanun hükümleriyle tam bir koruma sağlayan haklar, “tam münhasır haklar” olarak adlandırılır. İkinci grup haklar ise, genel himaye normları çerçevesinde korundukları ve bu nedenle ihlâl edilme riskleri daha fazla ve ispat koşulları daha ağır olduğu için “eksik münhasır haklar” (*Unvollkommene Ausschliesslichkeitsrechte*) olarak isimlendirilmişlerdir. Bu tasnifi benimseyen yazara göre, ticari sır üzerindeki menfaat, eksik münhasır haktır.²⁶²

Yukarıda değinilen açıklamalar ışığında, Türk mahkemesi önüne gelen bir ticari sır ihlâli uyuşmazlığında, ihlâl eyleminin bir fikri mülkiyet hakkı ihlâli olarak vasıflandırılması pek mümkün görünmemekte, dolayısıyla, fikri mülkiyete uygulanacak hukuka ilişkin m.23 ve fikri hak sözleşmelerine ilişkin m.28'de yer alan bağlama kurallarının uygulanma imkânları bulunmamaktadır. Bununla birlikte, başka bir fikri mülkiyet hakkının ihlâli sonucunu doğuran ticari sır ihlâlleri açısından nasıl hareket edileceği meselesi üzerinde durmakta fayda vardır.

Bu ihtimâl, iki örnek üzerinden somutlaştırılabilir. İlk örnek, henüz ilan edilmemiş bir patent başvurusuna konu edilmiş ve bu sebeple henüz ticari sır niteliğini koruyan bir bilginin ilan öncesinde bir başkası tarafından haksız şekilde ifşa edilmesi veya kullanılması durumudur. Sır sahibi, o ana kadar ticari sır olarak koruduğu buluşunu, patentlemek istemiş, fakat henüz ilan gerçekleşmeden söz konusu sır ihlâl edilmiştir. İkinci örnek ise, bilgisayar yazılımları açısından verilebilir. Sahibi tarafından ticari sır olarak korunmakta olan bir yazılım, aynı

²⁶¹ Ibid, s.67.

²⁶² Ibid, s.72. Bilge'ye göre, "...Türk hukukunda, ticari sırlar üzerinde kural olarak herkese karşı ileri sürülebilecek nitelikte bir mutlak hak yoktur. Hem buna izin veren somut hukuki düzenleme yoktur, hem de fikri hukukta, hak konularının sınırlı sayıda olması ilkesi geçerlidir. Dolayısıyla sır niteliğindeki bilgiler üzerinde sadece fiili bir durum söz konusu olmaktadır". Bkz. M. E. Bilge, 2005, s.47.

zamanda telif hukukumuz uyarınca meydana getirildiği an itibariyle "fikri eser" olarak da kabul edilecek ve telif korumasından yararlanmaya hak kazanacaktır.

İlk örneğin durumunda, henüz hukuken geçerli bir patent hakkı söz konusu olmadığı için, fikri mülkiyet haklarına ilişkin bağlama kuralının uygulanmaması daha doğru olacaktır. Her ne kadar patent başvurusunun yapılmış olması, uzun vadede o bilgi açısından fikri mülkiyet korumasının amaçlandığı yönünde bir gösterge ise de, hukuk düzeni tarafından geçerli bir patent meydana getirilmeden önce gerçekleşen bir ticari sır ihlâlinin fikri mülkiyet hakkına ilişkin bağlama kuralı aracılığıyla ele alınması yerinde olmayacaktır. Kaldı ki, birinci bölümde ele alındığı üzere ilan ile birlikte aleniyet gerçekleşmiş olduğundan, bilginin ticari sır niteliği sona erecektir.

İkinci örnek açısından mesele daha karmaşık bir görünüm arz etmektedir. Zira, burada hem ticari sır niteliği devam etmektedir hem de eş zamanlı olarak kazanılmış bir "eser olma" niteliği mevcuttur. Anılan eser olma durumu, söz konusu yazılımı telif hukukunca korunmaya da elverişli kılmaktadır. Burada, ticari sırların patent ve tasarımlar ile sahip olduğu karşılıklı ilişkisinin tersine, fikri hakkın ve ticari sırrın eşzamanlı olarak ve aynı ürün bakımından varolma durumu söz konusudur.

Kanımızca, burada davacının bir seçimlik hakka sahip olduğu düşünülebilir. Davacı açmış bulunduğu davayı örneğin haksız rekabet temeline dayandırmış ise, mahkemenin meseleyi fikri mülkiyet hakkı ihlâli olarak vasıflandırmaktan kaçınması yerinde olacaktır. Öte yandan, davacı telif hakkının ihlâline dayanmakta ise, bu sefer de mahkemenin meseleyi haksız rekabet olarak vasıflandırmak yerine, fikri mülkiyet hakkına ilişkin bir mesele olarak görüp bu doğrultuda ilgili bağlama kuralını uygulaması yerinde olacaktır.

5) Sözleşme Öncesi Sorumluluk (*Culpa in Contrahendo*)

Ticari bir işbirliği kurmak amacıyla bir başka kimse ile görüşmelerde bulunan sır sahibinin, bu görüşmeler esnasında sırrını karşı taraf ile paylaşmış olması mümkündür. Böyle hâller açısından, sır kendisi ile paylaşılan kimsenin söz konusu sırrı haksız şekilde başkalarına ifşa etmesi veya kullanması gündeme gelebilir. Taraflar arasında asıl ilişkinin kurulmasından önceki bir aşamada, henüz görüşmeler sırasında veya görüşmelerin olumsuz şekilde sonlanmasının ardından gerçekleşebilecek bu gibi ihlaller açısından, "sözleşme öncesi sorumluluk" esasına göre sorumluluğun belirlenmesi ihtimâli mevcuttur.

Buna karşılık, önemle belirtmekte fayda vardır ki, söz konusu sırrın paylaşımı esnasında veya görüşmeleri düzenlemek üzere özel olarak bir sözleşme aktedilmiş ve burada paylaşılan sırların gizli tutulacağına dair hükümlere yer verilmiş ise, artık olayda bir sözleşme ilişkisinin varlığından bahsedileceğinden, *culpa in contrahendo* doktrinine dayanılması artık mümkün olmasa gerekir. Eğer sır sahibi, sırrını güvenceye almak için böyle bir hukuki koruma önleminden faydalanmamış ise, ancak bu hâl ile sınırlı olarak, olayda sözleşme öncesi kusur esasına dayanılması düşünülebilir. Sözleşme öncesi görüşmelerden doğan sorumluluğun nasıl vasıflandırılacağı noktasında iki ana görüş bulunduğunu; bunlardan ilkinin meseleyi bir haksız fiil olarak, ikincisinin ise sözleşmesel şeklinde vasıflandırmakta olduğunu belirten *Sirmen*, sözleşmesel vasıflandırmadan lehe görüş bildirmekte, bu görüşün Roma II m.12/1 hükmü ile de desteklenmekte olduğunu ifade etmektedir.²⁶³

²⁶³ K. S. Sirmen, Milletlerarası Özel Hukukta Culpa in Contrahendo Sorumluluğuna Uygulanacak Hukukun Tayini, Ankara, 2016, s.92.

6) Sebepsiz Zenginleşme

Ticari sır ihlâl edildiğinde, sır sahibi açısından ortaya çıkan temel tehlike, sırrı haksız şekilde ifşa eden yahut kullanan kimsenin sır sahibi aleyhine olacak şekilde haksız yere zenginleşmesidir. Bu durumun en temel örneği, ticari sırrın haksız şekilde kullanılmasıyla meydana getirilmiş bir ürünün sır sahibinin rekabetçi gücünü kırmak ve kazancını azaltmak amacıyla piyasaya sürülmesi hâlidir. Aslında, ticari sır ihlâlleri genel olarak incelendiklerinde, çoğunluğu açısından bir sebepsiz zenginleşme durumunun varlığı göze çarpacaktır. Acaba bu noktadan hareketle, ihlâlin kanunlar ihtilâfı sürecinde bir sebepsiz zenginleşme olarak vasıflandırılması düşünülebilir mi?

Doktrinde, sebepsiz zenginleşme vasıflandırmasının özellikle davada ticari sır niteliğinin sabit bulunmaması ihtimâline karşı davacının zarar görmesi riskine karşı bir koruma sağlayabilmek amacıyla başvurulabilecek alternatif bir yol olabileceğine dikkat çekilmiştir.²⁶⁴ ABD uygulamasından verilmiş bir örnekte²⁶⁵, zararın mevcut olduğu bir olay bulunmakta olup, mahkeme, varlığı iddia edilen sırrın ticari sır niteliğinde olmadığına anlaşılmaması ihtimâline binaen davanın erken aşamalarında sebepsiz zenginleşme iddiasını reddetmeyi uygun görmemiştir.²⁶⁶

Kanımızca, ticari sır ihlâlinin, ihlâl eden açısından bir sebepsiz zenginleşmeye vücut verdiği hâllere rastlanması son derece mümkün olmakla birlikte, uyuşmazlığın vasıflandırılması bakımından "sebepsiz zenginleşme" kategorisini tercih etmek

²⁶⁴ D. W. Quinto, S. H. Singer, 2009, s.69.

²⁶⁵ Bkz. *Clear One Commc'ns, Inc. v. Chiang*, No.2:07-CV-37TC,2007U.S.Dist.LEXIS91693, at *12–13 (D. Utah Dec. 13, 2007).

²⁶⁶ D. W. Quinto, S. H. Singer, 2009, s.69.

yerinde olmayacaktır. Zira, ihlâl eyleminin haksız fiil niteliği ve yine çoğu olay bakımından neticede gündeme gelebilecek sözleşmeye aykırılık durumu, kanundan doğan borç ilişkileri arasında dahi sebepsiz zenginleşme kategorisinin geri plana atılmasını haklı kılmaktadır. Daha da önemlisi, ihlâlin sebepsiz zenginleşme olarak vasıflandırılması hâlinde, olayda ihlâli gerçekleştiren bakımından neredeyse her zaman mevcut bulunacak olan "kusur" ve yine çoğu hâlde varlığı saptanabilecek "sözleşmesel koruyucu düzenlemeler"in etkileri gözardı edilmiş olacaktır. Buradan hareketle, Türk mahkemesinin önüne gelen bir ticari sır ihlâli iddiasından kaynaklanan uyuşmazlık hakkında uygulanacak hukuku, MÖHUK m.39'da yer alan sebepsiz zenginleşmeye dair kural çerçevesinde tespit etmesinin yerinde olmayacağı düşüncesindeyiz.

7) Kişilik Haklarına Aykırılık

İhlâlin vasıflandırılması meselesinde üzerinde durulması gereken bir başka hukuki ilişki kategorisi, kişilik haklarının ihlâlidir. Zira, ticari sırda sahip olunması bir kişilik hakkı olarak yorumlanacak olduğunda, sırrın ihlâli de o hakka aykırılık niteliği taşıyacaktır.²⁶⁷

Türk doktrininde bu konu, kanunlar ihtilâfi vasıflandırması boyutuyla ele alınmamış olsa dahi, maddi hukuk yönünden incelenmiştir. Ticari sır üzerindeki menfaati "kişilik hakkı" olarak kabul etme fikrine getirilmiş olan önemli bir eleştiri;

²⁶⁷ Burada, İngiliz hukukunda benimsenen uygulamanın özellik taşıdığı belirtilebilir. İngiliz hukukunda, ticari sırların ihlâli, *equity* kaynaklı bir kurum olan *breach of confidence* doktrini altında ele alınmaktadır. Öte yandan, bir paparazzi tarafından çekilmiş özel hayatın gizliliğini ihlâl eden bir fotoğrafın haksız şekilde yayımlanması gibi kişilik haklarını ihlâl eden bir eyleme bağlanacak sorumluluk da yine aynı doktrin kapsamında belirlenmektedir. Bkz. *Douglas v Hello! (No.3)* sub. nom. *OBG Ltd v Allen* [2007] UKHL 21, [2007] E.M.L.R. 12.

gayri maddi bir mal olan gizli bilgilerin, sahibinden bağımsız oldukları, kişinin devredilemeyen vazgeçilemeyen kişilik değeri niteliğinde olmadıkları, bu nedenle kişiliğin korunmasına ilişkin hükümlerin uygulanamayacağı şeklindedir.²⁶⁸ Uşan'a göre ise, *"...bir kimsenin ticari ve ekonomik alandaki durumu, faaliyeti, başarı ya da başarısızlığı hakkında gerçeği yansıtan bilgiler verilmesi genel anlamda kişilik haklarına saldırı niteliği taşımaz. Ancak kişinin ekonomik faaliyetlerine bağlı sırları, örneğin kredi kaynakları, müşteri ilişkileri, örgütsel yapısı, teknik sırları, üretilen bir malın teknik formülü veya lisans sözleşmesi koşulları, ticari sırlar arasında değerlendirilir ve bunlara yapılan saldırılar kişilik haklarının ihlâli niteliği taşır. Dolayısıyla bu durumlarda, şahsiyet haklarının ihlâlinde söz konusu olan müeyyideler de geçerlilik kazanabilir"*.²⁶⁹

Sır sahibinin kredi kaynakları ve müşteri ilişkilerine dair gizli bilgilerin ifşa edilmesi hâlinde gerçekten de olaya göre kişilik hakkı ihlâlinden bahsedilmesi mümkün olabilir. Ancak yazarın örnek olarak verdiği, *"üretilen bir malın teknik formülü"*, *"teknik sırlar"* ve *"lisans sözleşmesi koşulları"* açısından gerçekleştirilen ihlâllerin aynı zamanda kişilik hakkı ihlâli niteliğinde olup olmayacakları hususunun tartışmaya açık olduğunu düşünüyoruz. Bunların kural olarak kişilik hakkı ihlâli niteliğinde olmadıklarını kabul etmek gerekir düşüncesindeyiz.

Doktrinde Baş, bir bilim adamının, bir ticarethanenin gizli bilgilerini bilimsel amaçla değerlendirmek için ele geçirmesini, haksız rekabet amacı ile yapılmamış olduğundan kişiliğe bağlı hakkın ihlâli saymaktadır. Ancak yazar, kişiliğin

²⁶⁸ A. E. Gürbüz Usluel, 2009, s.70.

²⁶⁹ M. F. Uşan, 2003, s.179 (M. E. Bilge, 2005, s.42'den atfen)

korunmasına ilişkin hükümleri işletebilmek için, bu davranışların aynı zamanda haksız rekabet teşkil etmemeleri gerektiğinin de altını çizmektedir.²⁷⁰

Türk maddi hukuku açısından getirilen bu açıklamalar haricinde, meselenin kanunlar ihtilâfı anlamıyla vasıflandırılması açısından, oldukça önemli olduğunu düşündüğümüz bir husus vardır. Türk hukuku açısından 5718 sayılı MÖHUK'ta yer alan ve "kişilik haklarının ihlâlinden sorumluluk" başlıklı 35. madde açısından mehzaz hüküm olma özelliği taşıyan İsviçre IPRG m.135'in uygulama alanına ilişkin olarak, İsviçre doktrininde, "genel olarak kişilik hakları"ndan doğmayıp, "işletmesel kişilik hakları"ndan (*wirtschaftliches Persönlichkeitsrecht*) kaynaklanan uyuşmazlıklar bakımından bu maddeye başvurulmaması, onun yerine haksız rekabete ilişkin bağlama kuralına (IPRG m.137) gidilmesi gerektiği görüşü, birden fazla yazar tarafından dile getirilmiştir.²⁷¹

Kanımızca, ticari sır ihlâlinin aynı zamanda bir kişilik hakkı ihlâli niteliği taşıyabileceği örneklerin kurgulanması oldukça güçtür. Alman hukukunda yer alan ve "bağımsız ekonomik değer" başlığı altında da yer verilebilecek olan "sırrın işletme ile ilgili bulunması" unsuru (*Betriebsbezog*)²⁷², çoğu hâl bakımından söz konusu bilgiyi, sır sahibinin kişilik dairesinin dışına çıkaracak, bu açıdan onun kişi varlığı ile olan doğrudan ilgisini azaltan bir yapıya vücut verecektir. Dolayısıyla, ticari sır ihlâlinin kural olarak kişilik hakkı ihlâli niteliğinde olmadığını kabul etmek gerektiğini, vasıflandırma yapılırken MÖHUK m.35'de yer alan kişilik haklarına ilişkin bağlama kuralının işletilmemesinin daha yerinde olacağını düşünüyoruz.

²⁷⁰ M. Baş, 2000, s.52, dipnot 92.

²⁷¹ Konuya ilişkin bu yönde görüş bildiren yazarlar için bkz. T. Shima, 2012, s.299, dipnot 121.

²⁷² A. Maier, 1998, s.277; H. Sieben, 2012, s.71; P. Schmid, 1907, s.13; F. H. Şehirali, 2004, s.43.

8) Değerlendirme

Ticari sır ihlâlinin vasıflandırılması başlığı altında farklı hukuki ilişki kategorilerine ilişkin açıklamalar değerlendirildiğinde, en uygun iki seçeneğin "haksız rekabet" ve "sözleşmeye aykırılık" şeklinde ortaya çıktığı görülmektedir. Bir üçüncü ihtimâl, sadece bilgisayar yazılımları ile sınırlı biçimde, "fikri mülkiyet hakkı ihlâli"dir.

Bu seçenekler arasında haksız rekabete ilişkin bağlama kuralının neredeyse her ticari sır ihlâli açısından uygulama alanı bulabileceği öngörülebilir. Buna karşılık, sözleşmeden doğan borçlara ilişkin bağlama kurallarının esas alınmaları, yalnızca somut uyuşmazlıkta sözleşmesel bir ilişkiden doğan sır tutma yükümünün varlığı hâlinde gündeme gelebileceğinden, her olay açısından genel geçer şekilde kabul edilebilecek bir "sözleşmeye aykırılık vasıflandırması"ndan bahsedilemeyeceği kanısındayız.

Türk mahkemesi önüne gelebilecek yabancı unsurlu ticari sır ihlâli iddialarının tamamına yakını bakımından daha kapsayıcı olduğunu düşündüğümüz haksız rekabet vasıflandırması, bu çalışmanın devamında yer verilecek açıklamaları da şekillendirmiştir. Bir başka deyişle, aşağıda uygulanacak hukukun tespitine ilişkin olarak yapılan açıklamalar bakımından, ticari sır ihlâlinin bir "haksız rekabet eylemi" olarak vasıflandırılacağı varsayılmıştır. Buna karşılık, hem haksız rekabete ilişkin bağlama kuralından faydalanmak, hem de somut olayda söz konusu olabilecek sözleşmesel bir ilişkiyi tamamen göz ardı etmemek amacıyla, çalışmanın son kısmında model önerisi başlığı altında, fer'i bağlanma kurumundan faydalanılması önerilmek suretiyle haksız rekabet vasıflandırması ile sözleşmesel vasıflandırmayı bir anlamda denkleştirilmek amacı gözetilmiştir.

C- Bağlama Noktasının Yorumu

Bağlama konusunu vasıflandıran mahkemenin izlemesi gereken bir sonraki adım, ilgili bağlama kuralında yer alan bağlama noktasını yorumlamak olacaktır. Bu hususta da *lex fori* ve *lex causae* 'ye göre yorum yapılabilmesi ihtimâllerinden bahsedilmekte, Türk hukukundaki ana eğilimin *lex fori* 'ye göre bağlama noktasının yorumlanması olduğu ifade edilmektedir.²⁷³

Yukarıda yer verildiği üzere, ticari sır ihlâli, özellikle bağlama konusunun vasıflandırılması açısından farklı ihtimâlleri gündeme getirmeye elverişli bir yapıdadır. Buna karşılık, bağlama noktasının yorumu açısından salt ticari sır ihlâlinden kaynaklanan ayırksı ve özellik arz eden bir durum bulunmadığı kanısındayız. Dolayısıyla, bağlama noktasının yorumu hususunda Türk mahkemesinin izleyeceği yolun, doktrinde belirtilen genel eğilime uygun şekilde *lex fori* esaslı olabileceğini düşünüyoruz.

III. Çeşitli Hukuk Düzenlerinde Genel Olarak Haksız Rekabetten Doğan

Uyuşmazlıklara Uygulanacak Hukuk

A- Genel Olarak

Ticari sırların ihlâlinden doğan uyuşmazlıklara uygulanacak hukukun tespitinde nasıl bir yol izleneceğini anlayabilmek için, meseleyi çeşitli milli hukuk düzenlerinin verilerinden faydalanarak incelemek gerekmektedir. İhlâl, kıta avrupası hukuk

²⁷³ A. Çelikel, B. Erdem, 2016, s.88; E. Nomer, 2013, s.106; G. Tekinalp, E. Nomer, A. Odman Boztosun, 2012, s.56 ; H. Can, A. G. Toker, 2015, s.78.

çevresine dâhil ülkeler bakımından bir haksız rekabet eylemi niteliğinde görüldüğünden, söz konusu verilerin öncelikle haksız rekabetten doğan kanunlar ihtilâfı ekseninde sunulması mantıklıdır. Bu başlık altında İsviçre, Avrupa Birliği, Japonya ve Türk hukuk düzenlerinde benimsenen uygulamalar hakkında öne sürülmüş doktrin görüşleri ve açıklamalara yer verilmiştir.

İsviçre hukukunda benimsenen uygulama, Türk hukuku açısından özellikle önem taşır. Hukukumuzda 5718 sayılı Kanun'un haksız rekabete ilişkin hükmü olan m.37, aynı konuyu düzenleyen İsviçre kanunu (IPRG) m.136'dan alınmıştır. Avrupa Birliği uygulamasında esas alınan ve aşağıda detaylı şekilde incelenecek olan düzenleme ise, aslında hukukumuzdaki düzenlemeden farklı şekilde kaleme alınmış olmasına rağmen, haksız rekabet alanında gündeme gelebilecek kanunlar ihtilâfına ilişkin detaylı doktriner incelemelere konu olması bakımından önem taşımaktadır. Öyle ki, AB uygulamasına ilişkin doktrin görüşleri -ve özellikle ticari sırların ihlâli özelinde ileri sürülen düşünceler-, İsviçre uygulamasına ilişkin olarak dile getirilenlerden çok daha fazla sayıda ve çeşitliliktedir. İsviçre ve AB hukukundaki uygulamalara yer vermek suretiyle, hukukumuzda 2007 tarihli MÖHUK ile ilk defa özel bir bağlama kuralı ile düzenlenen haksız rekabetten doğan kanunlar ihtilâfı meselesinin Avrupa merkezli teorik temellerine erişilmesi ve böylelikle hukukumuzda konunun nasıl ele alınması gerektiğine ilişkin kavramsal bir çerçeveye ulaşılması hedeflenmektedir.

Buna karşılık, konunun Japon hukukundaki görünümüne değinilmesi, Japon sistemi ile hukukumuz arasında herhangi bir esinlenme ilişkisi nedeniyle değildir. Japon hukuku örneğine yer verilmiştir, çünkü her ikisi de kıta avrupalı hukuk çevresinde bulunan Japon ve Türk hukuk sistemleri arasında, kanunlar ihtilâfına ilişkin en güncel kanunlaştırma girişiminin yapılma zamanı bakımından özdeşlik

(sırasıyla 2006 ve 2007 yılları), fakat bu girişim sonucu ortaya çıkan neticeler bakımından ciddi farklılıklar bulunmaktadır. Aynen 5718 sayılı Kanun'un hazırlanması sırasında olduğu gibi, ilgili Japon kanunu hazırlanırken de yoğun şekilde Avrupa hukuk sistemlerindeki güncel yaklaşımlardan esinlenilmiş, fakat haksız rekabetten doğan kanunlar ihtilâfına ilişkin olarak benimsenen yaklaşımlar farklı olmuştur. Bu sebeple, çalışma içerisinde, hukukumuza esin kaynağı olan devlet uygulamalarını incelemenin yanında, bizimle aynı kaynaklardan esinlenen ancak bizden farklı sonuçlara ulaşan bir sistemi de incelemekte karşılaştırmanın bütünlüğü açısından fayda görülmüştür.

Amerika Birleşik Devletleri'ni oluşturan münferit eyalet uygulamalarında, her ne kadar ticari sırların korunması ve bu sırların ihlaâi olgusu gelişmiş seviyede ele alınmakta ise de, bu çalışma hazırlanırken meselenin kanunlar ihtilâfı boyutuna ilişkin bir "sistem"den bahsedilmesini mümkün kılacak yasal düzenlemelere ve özellikle konuya ilişkin olarak kaleme alınmış doktriner eserlere rastlanmadığı belirtilmelidir. Dolayısıyla, konuyu salt ticari sırları koruyan maddi hukuk kuralları hakkında bilgi vermek düzeyine indirgememek adına, karşılaştırmalı hukuka ilişkin incelemeler arasında ABD uygulamasına bilinçli olarak yer verilmemiştir.

B- İlgili Kanunlar İhtilâfı Hukuku Kurallarının Genel Yapısı ve Bağlama

Noktalarına İlişkin Tartışmalar

1) İsviçre Hukuku'nda

a) 1987 Tarihli IPRG Tarafından Benimsenmiş Sistem

1987 tarihli İsviçre Federal Milletlerarası Özel Hukuk Hakkında Kanun (IPRG)²⁷⁴ m.136'da, İsviçre Hukuku bakımından yabancılık unsuru taşıyan haksız rekabet eylemlerinden doğan uyuşmazlıklara uygulanacak hukukun belirlenmesine ilişkin özel bir kanunlar ihtilâfı kuralına yer verilmiştir. Üç fıkradan oluşan madde içerisinde, bir ana kural ve ona ilişkin iki ayrı hüküm bulunduğu görülmektedir.²⁷⁵ Hükümün, olası bir haksız rekabet eylemi açısından, "rakiplerin birbirlerine karşı korunmaları (yatay koruma)" ile, "müşterilerin bu eylemin sonucundan korunmaları (dikey koruma)" biçiminde iki amaca ulaşılması fonksiyonunu üstlenmeye elverişli olduğu düşünülmektedir.²⁷⁶

Madde 136 - Haksız Rekabet

1) Haksız rekabetten doğan talepler, haksız fiilin üzerinde etkisini gösterdiği piyasanın bulunduğu ülke hukukuna tâbidir.

²⁷⁴ Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) vom 18. Dezember 1987. Bkz. <https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19870312/index.html>

²⁷⁵ A. Imhoff-Scheier, P. M. Patocchi, **Torts and Unjust Enrichment in the New Swiss Conflict of Laws**, Zürich, 1990, s.157; K. Siehr, **Das Internationale Privatrecht der Schweiz**, Zürich, 2002, s.373.

²⁷⁶ J. K. Kostkiewicz, **Grundriss des schweizerischen Internationales Privatrechts**, Bern, 2012, s.610; I. Schwander, **Einführung in das internationale Privatrecht Zweiter Band: Besonderer Teil**, St.Gallen/Lachen SZ, 1997, s.79.

2) *İhlâl, münhasıran zarar görenin işletmesel menfaatlerine yönelmiş ise, ilgili işyerinin bulunduğu ülke hukuku uygulanır.*

3) *Madde 133 fıkra 3 saklıdır.*

Maddenin birinci fıkrasında yer alan ana kural, haksız rekabet kaynaklı uyuşmazlıkların, piyasası bu eylemlerden etkilenen ülkenin hukukuna tâbi tutulacaklarını düzenlemektedir. Bu yerin, arz ve talebin buluştuğu yer olmasının önemine dikkat çekilmekte, genellikle tüketicinin oturduğu yer şeklinde tezahür edeceği, fakat tüketicinin eyleme (ör. reklam) maruz kaldığı başka bir yer de olabileceği düşünülmektedir.²⁷⁷ Dolayısıyla, örneğin, İspanya’da İspanyol turistlere yönelik reklam yapan bir İsviçre şirketinin durumunda, İspanyol hukukunun bu fıkra uyarınca uygulama alanı bulacağı belirtilmektedir.²⁷⁸ Bu kuralın, İsviçre mahkemelerinin de birçok kararlarında benimsemiş oldukları²⁷⁹ “piyasa etkisi prensibi”ni (*Marktauswirkungsprinzip*) hükme bağladığı²⁸⁰ ve karşılaştırmalı hukukta kanunun çıkarıldığı dönemde görülen ana eğilim ile paralellik arzettiği ifade olunmaktadır.²⁸¹

²⁷⁷ Doktrinde, IPRG m.136/1 hükmündeki piyasa yeri hukukunun tespitinde şüphe hâlinde, ilgili müşterinin idare merkezi yahut yerleşim yerinin esas alınabileceği veya doğrudan etkilenen yer hukukuna bağlanılabileceği görüşlerinin ifade edildiği belirtilmektedir. Bkz. P. Jung, P. Spitz, **Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)**, Bern, 2016, s.77.

²⁷⁸ P. Grolimund, A. K. Schnyder, N. Mosimann, **Private International Law in Switzerland**, Zürich, 2013, s.40.

²⁷⁹ Kararlar için bkz. F. Dasser, **Basler Kommentar Internationales Privatrecht (BSK IPRG)**, H. Honsell, N. P. Vogt, A. K. Schnyder, S. V. Berti (Ed.) içinde, **Art.136**, s.1197

²⁸⁰ IPRG m.136/1 hükmünde benimsenen bağlama noktası, “etkinin görüldüğü piyasa” (*Einwirkungsmarkt*) olarak tanımlanmaktadır ve bu hükmün doktrin ve yargı kararlarında “etki prensibi” (*Auswirkungsprinzip*) yahut “piyasa etkisi prensibi” (*Marktauswirkungsprinzip*) olarak bilinen prensipi içeren bir anlama sahip olduğu belirtilmektedir. Bkz. J. K. Kostkiewicz, 2012, s.609.

²⁸¹ Öte yandan, anılan bu benzerliğin kesintisiz bir bütünlük arz etmediği de anlaşılmaktadır. Zira, maddenin birinci fıkrasında yer alan hükmün kabul edilmesine giden süreçte, İsviçre Federal Mahkemesi’nin vermiş olduğu bazı kararlarda, etkilenen piyasanın bulunduğu ülke hukuku kriterini benimsemek yerine, doğrudan “zararın meydana geldiği yer” hukukunu uygulamak yolunu

IPRG m.136/1 hükmü, haksız rekabet teşkil eden eylemlerden kaynaklanan sorumluluğu, rekabetin gerçekleştirildiği -ve dolayısıyla etkinin gösterileceği- piyasanın bulunduğu ülke hukukuna bağlamıştır.²⁸² Her ne kadar fıkra metninde söz konusu etkinin “doğrudan” olmasından bahsedilmemişse de, doktrinde bu etkinin doğrudan olacak biçimde anlaşılması gerektiği, zira sadece dolaylı etkilerin madde uygulaması için yeterli görülmeleri hâlinde rekabete ilişkin kuralların oldukça geniş bir uygulama alanı bulacaklarından bahisle, bu durumun davalılar açısından öngörülmezliğe yol açacağı ifade edilmektedir.²⁸³

Piyasanın coğrafi açıdan tek ülkede yoğunlaştığı anlaşılan hâllerde, IPRG m.136/1 hükmünün uygulanması nispeten kolaydır. Ancak, uygulamada çoğunlukla haksız rekabetin etkilerinin birden fazla piyasayı ilgilendirdiği görülmektedir.²⁸⁴ Doktrinde, etkilerin ağırlıklı olarak belirli bir ülkede toplandıkları, fakat diğer etkilerin geriye kalan ülke piyasalarında ve dağınık bir görünüm sergiledikleri tespit edilebilebilen hâller açısından IPRG m.15'de yer alan “çok daha yakın irtibatlı hukuk” kuralı işletilerek söz konusu ağırlıklı etkilere maruz kalan ülke hukukunun uygulanabileceği görüşü ifade edilmiştir.²⁸⁵

IPRG m.136/1 hükmündeki ana kuralın ilk istisnasına, aynı maddenin ikinci fıkrasında yer verilmiştir. Buna göre, eğer haksız rekabet yalnızca belirli bir rakibin

seçtiğinden bahsedilmektedir. Bkz. A. Imhoff-Scheier, P. M. Patocchi, 1990, s.157. Benzer yönde bkz. B. Dutoit, **Droit international prive suisse Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987**, Bale, 2016, s.616.

²⁸² K. Siehr, 2002, s.372.

²⁸³ A. Imhoff-Scheier, P. M. Patocchi, 1990, s.158; F. Dasser, 2013, s.1201. Etkilerin doğrudan değil ikincil düzeyde olması durumunda, IPRG m.136/1 hükmü uyarınca piyasa yeri hukukunun uygulanmasının mümkün olamayacağı ifade edilmektedir. Bkz. B. Dutoit, 2016, s.618.

²⁸⁴ Örnek birtakım hâller için bkz. M. M. Pedrazzini, F. A. Pedrazzini, **Unlauterer Wettbewerb UWG**, Bern, 2002, s.304.

²⁸⁵ Ibid, s.304, 305. Anılan kuralın uygulanma şartları hakkında detaylı açıklamalar için bkz. Güngör, G., **Temel Milletlerarası Özel Hukuk Metinlerinin Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Konusunda Yakınlık Yaklaşımı**, Ankara, 2007, s.151-155.

işletmesel menfaatlerini ihlâl etmekte ise, ilgili işyerinin bulunduğu ülke hukuku uygulanacaktır.²⁸⁶ Böyle hâller, “işletme ile ilgili” (*betriebsbezogene*) yahut “piyasa ile ilgili olmayan” (*nicht marktbezogene*) haksız rekabet hâlleri olarak nitelendirilmektedirler.²⁸⁷ IPRG m.136/2 hükmü, toplumun geneli üzerinde etkili olmayan (*ohne publikumwirksam*) ve doğrudan belirli bir piyasayı ilgilendirmeyen eylemler bakımından uygulama alanı bulmaktadır.²⁸⁸ Hüküm kapsamına girdiği düşünülen hâllere örnek olarak; rakibe yahut rakibin çalışanlarına rüşvet verilmesi (*Bestechung*), onun çalışanlarının ayartılması (*Abwerbung*), sanayi casusluğu (*Werkspionage*), sözleşmeyi ihlâl teşvik (*Verleitung zum Vertragsbruch*)²⁸⁹ ile ticari sırların ifşası yahut kullanılmaları hâlleri verilmektedir.²⁹⁰ Üretim ve iş sırlarının ihlâli (*Verletzung von Fabrikations- und Geschäftsgeheimnissen*) kadar, başkasının randımanından faydalanma (*Verwertung fremder Leistung*) eyleminin de fıkra kapsamında görülebileceği belirtilmektedir.²⁹¹

Yukarıda örnek niteliğinde sayılan eylemlerin varlığına karşılık, *Jung / Spitzer*, İsviçre doktrinde IPRG m.136/2 hükmü kapsamına girdiği hususunda üzerinde oybirliği olan eylemleri; bir rakibin bilinçli olarak engellenmesi; çalışanların ayartılması; iş sırlarının haksız elde edilmesi; müşteri ayartma; boykot çağrısı ve sözleşmeyi ihlâl teşvik olarak sıralamaktadır.²⁹² Yazara göre, bunların dışındaki hâller bakımından fıkra hükmünün erişim alanı hususunda oybirliği yoktur.

²⁸⁶ A. Imhoff-Scheier, P. M. Patocchi, 1990, s.158.

²⁸⁷ R. Hausmann, E. I. Obergfell, **Internationales Wettbewerbsprivatrecht**, Lauterkeitsrecht Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Fezer, Karl-Heinz (Ed.) içinde, s.301.

²⁸⁸ D. Schramm, A. Buhr, **Art.1-32, 129-142**, A. Furrer, D. Girsberger, M. Müller-Chen (Ed.) içinde, s.541; I. Schwander, 1997, s.280.

²⁸⁹ F. Vischer, **Zürcher Kommentar zum IPRG**, Zürich, **Art.136**, D. Girsberger, A. Heini, M. Keller, J. K. Kostkiewicz, K. Siehr, F. Vischer, P. Volken (Ed.) içinde, 2004, s.1543.

²⁹⁰ A. Imhoff-Scheier, P. M. Patocchi, 1990, s.158.

²⁹¹ J. K. Kostkiewicz, 2012, s.612.

²⁹² P. Jung, P. Spitz, 2016, s.81.

Gerçekten de, bazı yazarlar,²⁹³ doğrudan ve özel olarak belirli bir rakip üzerinde etki doğuran, ancak toplumun geneli üzerinde hiç etkisi bulunmayan eylem türlerinin, piyasa üzerindeki muhtemel dolaylı etkilerinden bağımsız olarak IPRG m.136/2 hükmü kapsamında ele alınabileceği görüşündedirler. Buna karşılık, diğer bazı yazarlar ise,²⁹⁴ o anki eylemin etkileri üzerinde durulması gerektiğini, somut bir rakibe yönelmiş olanların dışında da birtakım etkilerin ortaya çıkıyor olduğu hâllerde, ikinci fıkradaki istisna hükmü yerine, birinci fıkrada yer alan ana kurala gidilmesi gerektiğini düşünmektedirler.

Maddenin birinci ve ikinci fıkraları incelendiğinde, düzenlemenin ikili bir ayrım gözetecek şekilde kaleme alındığından bahsedilmesi mümkündür.²⁹⁵ Birden fazla rakibe, yahut toplumun geneline yöneltilmiş haksız eylemlerin varlığı hâlinde piyasası doğrudan etkilenen ülke hukuku uygulanacak iken; yalnızca belirli bir rakibe yöneltilmiş eylemlerin varlığı hâlinde, o rakibin ilgili işyerinin bulunduğu ülke hukuku uygulanacaktır. Dolayısıyla, burada ayırıcı kriter olması bakımından önem taşıyan soru, somut olaydaki haksız rekabet eyleminin diğer rakipleri de zarara uğratacak ve toplumun geneline yönelik bir etkiye sahip olup olmadığıdır.²⁹⁶ Bunun dışında, madde uygulaması açısından, davalının eylemi gerçekleştirdiği yahut yerleşim yerinin bulunduğu ülkenin herhangi bir önem arz etmediği anlaşılmaktadır.²⁹⁷

Maddenin birinci ve ikinci fıkraları arasındaki ayrımın her zaman kolaylıkla yapılamayacağı birtakım hâllerin gündeme gelmesi mümkündür. Haksız rekabet

²⁹³ Yazarlar için bkz. ibid, dipnot 308.

²⁹⁴ Yazarlar için bkz. ibid, dipnot 309.

²⁹⁵ A. Imhoff-Scheier, P. M. Patocchi, 1990, s.158.

²⁹⁶ F. Vischer, 2004, s.1543.

²⁹⁷ A. Imhoff-Scheier, P. M. Patocchi, 1990, s.157.

eyleminin birden fazla kimsenin menfaatini ihlâl ettiği ve söz konusu bu menfaatlerden en az birinin münhasıran davacıya ait olmadığı hâller bakımından böyle bir zorluk gündeme gelecektir. Bu gibi hâllerde, ikinci fıkradaki istisna yerine birinci fıkradaki ana kuralın uygulanması gerektiği düşünülmektedir.²⁹⁸ IPRG m.136/2 hükmünün uygulanabilmesi için, hüküm kapsamına girdiği düşünülen eylemlerin belirli bir rakip dışındaki hiçbir rakibi doğrudan ilgilendirmiyor olması aranmaktadır.²⁹⁹ Nitekim, ikinci fıkra hükmünün, taşıdığı istisnai niteliğe binaen dar yorumlanması gerektiği de ifade olunmaktadır.³⁰⁰

Maddenin üçüncü ve son fıkrasında, ana kurala getirilmiş bulunan ikinci istisna hükmü yer almaktadır. Burada, IPRG m.133/3 hükmünün saklı olduğunun ifade edilmesi suretiyle³⁰¹, haksız rekabetin taraflarının önceden beri süregelen bir başka hukuki ilişki ile bağlı oldukları hâller açısından, o ilişkiye uygulanan hukukun, haksız rekabet kaynaklı talep hakkında da idare gücü kazanmasına (fer'i bağlanma) olanak verilmiştir. İsviçre kanun koyucusunun da altını çizdiği üzere, önceden beri süregelen hukuki ilişki ile haksız eylem arasında “daha sıkı objektif bir irtibat” (*enger sachlicher Zusammenhang*), bir “iç bağlantı” (*innerer Konnex*) bulunması gerekmektedir.³⁰² Önceden beri süregelen hukuki ilişkinin farklı biçimlerde ortaya

²⁹⁸ A. Imhoff-Scheier, P. M. Patocchi, 1990, s.159.

²⁹⁹ R. Hausmann, E. I. Obergfell, 2010, s.186.

³⁰⁰ M. M. Pedrazzini, F. A. Pedrazzini, 2002, s.308.

³⁰¹ Gönderme yapılan IPRG m.133 hükmü, esasen, tarafların bir hukuk seçiminde bulunmamış oldukları hâllerde haksız fiil kaynaklı uyuşmazlıklara uygulanacak hukukun belirlenmesine yöneliktir. Maddenin birinci fıkrasında, böyle bir seçimin yapılmamış olduğu hâllerde tarafların aynı ülkede mutaden meskün oldukları devletin hukukunun uygulanacağı hükme bağlanmıştır. İkinci fıkrada ise, tarafların aynı ülkede mutad meskene sahip olmamaları hâlinde haksız fiil yeri hukukunun uygulanacağı; buna karşılık eylemin gerçekleştirildiği yer ile zararın meydana geldiği yerin farklı ülkelerde bulunması hâlinde davalının zararın o ülkede meydana geleceğini öngörebildiği yahut öngörmesi gereken durumlar açısından zararın meydana geldiği yer hukukunun uygulanacağı hükme bağlanmıştır. Bkz. A. Imhoff-Scheier, P. M. Patocchi, 1990, s.138. Buna karşılık, IPRG m.136 hükmünün uygulanabilmesi için, haksız rekabeti gerçekleştirenin, zararın nerede doğabileceğini öngörüp öngörememesi herhangi bir önem taşımamaktadır. Bkz. B. Dutoit, 2016, s.616.

³⁰² I. Schwander, 1997, s.287.

çıkabileceği düşünülmekte, bu kapsamda, borçlandırııcı sözleşmesel ilişkilerin, ortaklık ilişkilerinin, aile, miras, eşya hukuku kaynaklı ilişkilerin akla gelebileceği ifade edilmektedir.³⁰³ Sözleşmesel ilişki örnekleri arasında, iş sözleşmesi, temsile ilişkin sözleşmeler ve lisans anlaşmalarının verildiği görülmektedir.³⁰⁴

Madde uygulanırken kanunda yer alan genel hükümlerin de dikkate alınacakları, bu kapsamda, m.15’de yer alan "çok daha yakın irtibatlı hukuk" istisna hükmünün; m.18 ve 19’da yer alan "doğrudan uygulanan kurallar"ın (*Eingriffsnormen*) ve m.17’de yer alan “kamu düzeni” hükmünün de uygulanma imkânı bulabileceği ifade edilmektedir.³⁰⁵

b) Haksız Rekabet Kavramının Yorumlanması

İsviçre doktrinindeki baskın görüşün, “haksız rekabet” kavramının içeriği doldurulurken *lex fori*’ye göre değil, IPRG m.136 hükmünün varsayımsal tatbiki sonucu gidilecek olan *lex causae*’ye göre hareket etmek gerektiği yönünde olduğu belirtilmektedir.³⁰⁶ Doktrinde *Kostkiewicz*, madde başlığında yer aldığı şekliyle “haksız rekabetten doğan talepler” ifadesi içerisine özel hukuka dair taleplerin³⁰⁷ girdiğini düşünmekle birlikte, yabancı hukukta söz konusu bu taleplerin kamu hukuku mu yahut özel hukuk karakterli mi görüldüklerinin, yahut böyle bir ayrımın

³⁰³ Ibid, s.287.

³⁰⁴ A. Imhoff-Scheier, P. M. Patocchi, 1990, s.159.

³⁰⁵ P.Jung, P. Spitz, 2016, s.82.

³⁰⁶ P.Jung, P. Spitz, 2016, s.76.

³⁰⁷ IPRG m.136’nın başlığı, “Haksız Rekabetten Doğan Talepler” (*Ansprüche aus unlauterem Wettbewerb*) şeklindedir. Haksız rekabetten doğan talepler ifadesinin kapsamına hangi taleplerin dahil olduğu hususunda İsviçre maddi hukuku açısından haksız rekabete ilişkin düzenleme getiren esas kanun olan UWG m.2’ye bakılmasının faydalı olacağı belirtilmektedir. Bkz. M. M. Pedrazzini, F. A. Pedrazzini, 2002, s.303.

yapılıp yapılmadığının değerlendirme açısından önem taşımadığı görüşündedir.³⁰⁸ Hükmün, İsviçre hukukunda tanımlandığı şekliyle “haksız rekabet” kavramından daha geniş kapsamda olacak eylem ve davranış kategorileri hakkında da uygulanabileceği ifade edilmiştir.³⁰⁹ Bu açıdan, farklı hukuk sistemlerinde yer alan haksız rekabet tanımları arasındaki farklılaşma dikkate alındığında, İsviçre hukukuna göre hukuka uygun sayılan fakat yabancı hukuka göre hukuka aykırı kabul edilen birtakım eylemlerin dahi madde kapsamı altında haksız rekabet olarak görülebilecekleri belirtilmekte; dolayısıyla, maddenin uygulanmasında fonksiyonel bir kriterden hareket edilmesi savunulmaktadır.³¹⁰

c) İlgili İşyeri Kavramı

IPRG m.136/2 hükmünde benimsenen bağlama noktası, “zarar görenin ilgili işyerinin bulunduğu yer” şeklinde ortaya konmuştur. Bu başlık altında, “ilgili işyeri” kavramından ne anlaşılması gerektiği hususu üzerinde durulacaktır. Öncelikle, “işyeri” kavramı ile İsviçre kanun koyucusunun ne anlatmak istediği meselesi incelenmelidir. İsviçre doktrininde, madde hükmünde geçtiği şekliyle “işyeri” (*Niederlassung*) kavramının içeriği hakkında bilgi edinilmesi için, aynı kanunun m.20/1-c ve m.21/3 hükümlerine başvurulması önerilmektedir.³¹¹ Zira, anılan hükümler kanunda kullanılan bağlama noktalarına ilişkin tanımlar getirmişlerdir.

IPRG m.20, gerçek kişilere ait yerleşim yeri (*Wohnsitz*), mutad mesken (*gewöhnlichen Aufenthalt*) ve işyeri (*Niederlassung*) kavramlarından ne anlaşılması

³⁰⁸ J. K. Kostkiewicz, 2012, s.611.

³⁰⁹ R. Bär, **Internationales Kartellrecht und unlauterer Wettbewerb**, Fs R. Moser, Zürich, 1987, s.144.

³¹⁰ A. Imhoff-Scheier, P. M. Patocchi, 1990, s.155.

³¹¹ F. Dasser, 2013, s.1201; D. Schramm, A. Buhr, 2012, s.541.

gerektiğine dair hükümler içermektedir. Göze çarpan ilk husus bu kavramların hiçbir surette birbirleri yerine kullanılmamış olduğudur, çünkü başlıkta ayrı ayrı sayılmışlardır. Bu maddede, *Niederlassung* kavramının, “içinde kişinin ticari faaliyetlerinin merkezinin bulunduğu ülkede yer alır” şekilde anlaşılabileceği belirtilmektedir.

Kavramın tüzel kişiler açısından nasıl anlaşılabileceği meselesi ise, IPRG m.21’de ele alınmıştır. Madde başlığında gerçek kişilerin yerleşim yeri için kullanılan “*Wohnsitz*” kavramından farklı olarak, ortaklıkların yerleşim yerini ifade etmek üzere “idare merkezi” (*Sitz*) kavramına yer verildiği görülmektedir. Madde devamında, daha birinci fıkra “ortaklıklar ve *trust*lar bakımından idare merkezi (*Sitz*), yerleşim yeri (*Wohnsitz*) olarak anlaşılır” denilmek suretiyle, kavramlar bir anlamda denkleştirilmektedir. Önemli olan nokta, başlıkta bu kavramın yanında ayrıca “ve” bağlacı kullanılarak “ve işyeri” (*und Niederlassung*) denilerek ortaklık yerleşim yeri olarak kabul edilen idare merkezi (*Sitz*) ile işyeri (*Niederlassung*) arasında bir ayrım yaratılmış olmasıdır.

İkinci fıkra, “ortaklığın idare merkezi (*Sitz*), statüsünde veya ortaklık sözleşmesinde belirtilen yerdir” hükmü bulunmaktadır. Böyle bir belirlemenin mevcut olmadığı hâllerde ise, “ortaklığın faaliyetlerinin idare edildiği yer”in idare merkezi olarak kabul edileceği düzenlenmiştir.³¹²

Takip eden üçüncü fıkra, *trust* ilişkilerine yönelik olup İsviçre’nin 1984 tarihli “Lahey *Trust* Konvansiyonu”na taraf olması nedeniyle iç hukukunda yaptığı değişiklikler neticesinde eklenmiş bir hüküm bulunmaktadır. Konumuzla pek ilgisi

³¹² Fiili idare merkezinin dikkate alınmasının, ancak ticaret siciline tescil olma zorunluluğu bulunmayan yani maddenin birinci fıkra hükmüne tâbi olmayan şirketler bakımından söz konusu olacağı düşünülmektedir. Bkz. P. Grolimund, A. K. Schnyder, N. Mosimann, 2013, s.16.

bulunmayan bu hükmün ardından ise, maddenin dördüncü ve son fıkrasında incelememiz açısından kilit öneme sahip olduğunu düşündüğümüz bir hükme yer verilmektedir. Bu son fıkrada, bir ortaklığın işyerinin (*Niederlassung*), “onun idare merkezinin (*Sitz*) bulunduğu ülkede veya içerisinde bir şubesinin (*Zweigniederlassung*) bulunduğu ülkelerden birinde yer alacağı”nın kabul edildiği görülmektedir.³¹³ “Şube”nin, *Zweigniederlassung* şeklinde ayrı bir kavram ile ifade edilmiş olması, “işyeri” (*Niederlassung*) teriminin tek başına şubeyi karşılamadığı biçiminde yorumlanmaya müsaittir.

Aslında, Kanun *Zweigniederlassung* kavramını tanımlamamıştır. Doktrinde, bu yapının, tüm işletmenin hukuki bir parçasını teşkil eden ve merkez işletmeden ayrı bir faaliyet yürütebilir konumda bulunduğu, kendisine ait bir organizasyona - özellikle kendisine ait bir yönetime (*Leistung*) ve belli bir oranda ekonomik ve ticari bağımsızlığa (*gewisse wirtschaftliche und geschäftliche Unabhängigkeit*) sahip olması gerekeceği ifade edilmektedir.³¹⁴ Ticari işletme (*kaufmännischer Betrieb*) niteliğinde olması fakat kendine ait bir tüzel kişiliğe (*Rechtspersönlichkeit*) sahip olmayıp merkez işletmenin (*Hauptunternehmung*) iktisadi amacına hizmet ederek onunla aynı tür faaliyetleri icra etmesi gerektiğine de dikkat çekilmektedir.³¹⁵ Bu açıdan ayrı bir tüzel kişiliğe sahip olan yavru / bağlı ortaklıkların (*Tochtergesellschaft*) da *Zweigniederlassung* kavramı içerisine dahil olmadıkları belirtilmektedir.³¹⁶

³¹³ Kaynak metin, “*Die Niederlassung einer Gesellschaft oder eines Trusts befindet sich in dem Staat, in dem der Sitz liegt, oder in einem der Staaten, in dem sich eine Zweigniederlassung befindet*” şeklindedir.

³¹⁴ S. Eberhart, A. von Planta, **Basler Kommentar Internationales Privatrecht (BSK IPRG)**, H. Honsell, N. P. Vogt, A. K. Schnyder, S. V. Berti (Ed.) içinde **Art.21**, s.241.

³¹⁵ D. Schramm, A. Buhr, 2012, s.108.

³¹⁶ S. Eberhart, A. von Planta, 2013, s.241.

Bağımsız faaliyetler aracılığıyla merkez işletmenin iktisadi amacına hizmet ediliyor olması önemlidir. Salt yardımcı faaliyetler yahut hazırlık faaliyetleri yönünden bir etkinlik değil, kendi kendine iş yapabilen bir görünüme sahip olunması aranmaktadır. Bu bağlamda, örneğin, merkez işyerinin teslimat işlerini yürüten oluşumların (*Aushändigungs-lager*) *Zweigniederlassung* kavramı içerisinde görülmeyecekleri ifade edilmektedir.³¹⁷

Bir *Zweigniederlassung*'un varlığı, olayda mutlaka bir merkez işyerinin (*Hauptniederlassung*) da mevcut olduğu varsayımını beraberinde getirmektedir. Bununla birlikte, ortaklığın başlıca faaliyetinin ve o faaliyetin idaresinin söz konusu merkez işyerinin bulunduğu yerde lokalize olması bir zorunluluk değildir. Bu faaliyetlerin, *Zweigniederlassung*'un bulunduğu yerde icra ediliyor olmaları da mümkündür.³¹⁸ Bu kavramın -dışarıdan bakan birine göre- geçici olmayan bir işletme görünümünde (ofisler, çalışanlar, bağımsız muhasebe vb. açılardan) işlerin yürütüldüğü yer olarak kurgulandığı görülmektedir. En temel örnekler, bağlı işyerleri (*premise*) ve şubeler (*branch*) şeklinde verilmektedir. Geçici nitelikte bir tezgahın (*market stall*) yahut basit bir antrepo yahut araç filosunun bu kapsamda değerlendirilmeyeceği ifade edilmektedir.³¹⁹

Yukarıdaki açıklamalardan hareketle, bu çalışma açısından *Niederlassung* ve *Zweigniederlassung* kavramlarının dar anlamları esas alınarak ilk bakışta ve çoğu hâl açısından “işyeri” ve “şube” şeklinde Türkçe'ye çevrilmelerinin mümkün olduğu düşünülmektedir. Yine de, *Zweigniederlassung* kavramının şube niteliğinde olmamakla birlikte yukarıda bahsedilen unsurlara sahip birimleri de kapsayıcı

³¹⁷ Ibid, s.241.

³¹⁸ Ibid, s.241.

³¹⁹ P. Grolimund, A. K. Schnyder, N. Mosimann, 2013, s.17.

nitelikte olduğu ve dolayısıyla somut olay bazında işyerini sadece merkez veya şube ile sınırlandırmanın doğru olmayacağı sonucuna ulaşılmıştır. Bu yaklaşım ışığında, her şeyden önce, IPRG m.136/2 hükmünde geçen “ilgili işyeri” kavramı, somut olayın şartlarına göre “merkez işyeri” yahut “şube” şeklinde ortaya çıkabileceği gibi, yukarıda verilen kriterleri sağlamak kaydıyla ne merkez ne de şube niteliğinde olan başka bir işyeri şeklinde de tezahür edebilecektir. Hiç şüphesiz, zarar gören işletmenin kendi organizasyonu bünyesinde “idare merkezi” ya da “şube” konumunda olmak, bağlama noktasının tespiti açısından farklı ülke hukukları ile sonuçlanabilmek bakımından son derece önemlidir.

Haksız eylemin, bir başka deyişle ihlâlin yöneltilmiş olduğu işyerinin merkez veya şube niteliğinde olması, bunların aynı ülkede bulunmaları hâlinde uygulanacak hukuk açısından bir farklılık yaratmayacaktır. Buna karşılık, zarar gören şubenin, merkezden farklı bir ülkede bulunması durumunda hangi ülke hukukunun esas alınacağı meselesinin tartışmaya açık olduğu kanısındayız. Hükmün lafzı esas alınacak olursa, çözüm nispeten kolay gibi durmaktadır: Haksız eylem hangisine yöneltilmiş ise onun bulunduğu ülke hukukunun uygulanmasından bahsedilecektir.³²⁰ Ancak, böyle bir yaklaşımın, ticari sırların ihlâli hususunda merkez ile şube arasındaki organik bağın, söz konusu sırrın oluşumundaki rolünü dikkate almadığını söylemek de mümkündür. Kanımızca, tartışılması gereken esas mesele, söz konusu bu organik bağın sırrın oluşum sürecinde üstlendiği rol ve ihlâl neticesinde meydana gelecek zararın doğacağı ülkenin belirlenmesinde ne ölçüde dikkate alınacağı olmalıdır. Bu hususa, bölüm sonunda yer verilen model önerisi içerisinde tekrar değinilecektir.

³²⁰ P. Grolimund, E. Bachofner, **Internationales Wettbewerbsrecht (Lauterkeitsrecht)**, Handbuch Internationales Wirtschaftsrecht, H. Kronke, W. Melis, H. Kuhn (Ed.) içinde, s.1860.

d) Daha Sıkı İrtibatlı Hukukun Uygulanması

IPRG m.136/3 hükmünde, aynı kanun m.133/3 hükmünün saklı tutulduğu belirtilmiştir. Saklı tutulan hüküm, haksız fiil ilişkisinin tarafları arasında haksız fiilin gerçekleşmesinden önce kurulmuş ve haksız fiilin gerçekleşmesi anında da devam etmekte olan bir başka hukuki ilişkinin bulunuyor olması hâline ilişkin özel bir düzenleme getirmektedir. Buna göre, eğer haksız fiil söz konusu bu diğer hukuki ilişkiyi ihlâl eden bir nitelik taşımakta ise, haksız fiil kaynaklı uyuşmazlık, söz konusu diğer ilişkinin tâbi olduğu hukuka bağlanmaktadır. Dolayısıyla örneğin önceden beri süregelen diğer ilişki bir sözleşme ilişkisi ise, haksız fiil kaynaklı uyuşmazlık da böylelikle sözleşme statüsüne tâbi tutulmaktadır.³²¹ Bir hukuki ilişkinin, önceden başa bir hukuki ilişki için uygulamaya esas alınmakta olan bir hukuk düzenine bağlanması olgusu, İsviçre milletlerarası özel hukuku doktrini tarafından “fer’i bağlanma” (*akzessorische Anknüpfung*), bu olgunun dayanağı olan prensip ise “fer’ilik prensibi” (*Akzessorietätsprinzip*) olarak isimlendirilmektedir.³²² Hukuki olmaktan ziyade sadece vakıasal nitelikte olan ilişkilerin (*faktische Beziehungen*), bu hüküm kapsamında değerlendirilemeyecekleri ifade edilmektedir.³²³

IPRG m.133/3 hükmüne ilişkin olarak; haksız fiilin, taraflar arasında zaten hâlihazırda bağlayıcı olan bir hukuki ilişki bünyesinde meydana gelmiş bir hadise olarak görüldüğü; söz konusu hukuki ilişkinin ışığında, haksız fiilin, uygun hukuku

³²¹ IPRG m.133/3 hükmünün, esas olarak tarafların bir trafik kazasına karışmalarından önce aralarında sözleşmesel bir ilişki ile bağlı bulundukları *Vögtli v. Müller* kararından dayanak aldığı ifade edilmektedir. Karar hakkında özet bilgiler için bkz. A. Imhoff-Scheier, P. M. Patocchi, 1990, s.140.

³²² J. K. Kostkiewicz, 2012, s.140.

³²³ Ibid, s.599.

tespit edebilmek amacıyla normalde bağımsız nitelikte olan yapısından arındırıldığı ifade edilmektedir.³²⁴ Gerçekten de, tarafların hâlihazırda bir sözleşmesel ilişki içerisinde birbirleriyle temas hâlinde bulundukları gerçeği, sonradan ortaya çıkan ve bu teması ihlâl eden bir haksız fiil kaynaklı uyuşmazlıkta en uygun bağlama noktasının, aslında haksız fiilin ika yeri olmayabileceği ihtimâlini akla getirmektedir.³²⁵

IPRG m.136/3 hükmünün uygulanmasında “daha sıkı objektif bir irtibatın” (*ein enger sachlicher Zusammenhang*) arandığı ifade edilmektedir.³²⁶ Dolayısıyla, fıkra getirilen imkânın, aslında daha sıkı irtibatlı hukukun uygulanmasına izin verilmesi anlamını taşıdığını söylemek mümkündür. Fakat önemle belirtmekte fayda vardır ki, aynı kanun, çok daha sıkı irtibatlı bir hukukun uygulanma imkânı bakımından genel niteliğe sahip ve esas norm olarak görülebilecek başka bir kuralı zaten ihtiva etmektedir. IPRG m.15/1 hükmünde yer verilmiş olan bu kural, hukuki işlem/ilişkinin bu kanun uyarınca uygulanacak hukuk ile az buna karşılık bir başka hukuk ile çok daha sıkı irtibatlı bulunduğunun tüm şartlardan açıkça anlaşıldığı hâllerde, çok daha sıkı irtibatlı o hukukun uygulanacağını düzenlemektedir.³²⁷

³²⁴ A. Imhoff-Scheier, P. M. Patocchi, 1990, s.140.

³²⁵ Ibid, s.141.

³²⁶ D. Schramm, A. Buhr, 2012, s.541. İsviçre Federal Mahkemesi'nin vermiş olduğu en az iki kararda (*BGE 92 II 257, 264; BGE 91 II 117,123*), “haksız rekabet iddiasıyla açılmış bir davanın, taraflar arasında hâlihazırda bir sözleşmesel ilişki bulunan hâllerde dahi haksız fiil karakterli bir yapıya sahip olduğu” kabul edilmiştir. Bkz. P. P. M. Patocchi, E. Geisinger, S. Lücke, **Internationales Privatrecht**, Zürich, 2000, s.439. Buna karşılık, yine İsviçre Federal Mahkemesi tarafından IPRG m.133/3 hükmünün tatbik edildiği bir başka olay için bkz. P. M. Patocchi, E. Geisinger, S. Lücke, 2000, s.435.

³²⁷ Hemen arkasından getirilen ikinci fıkra hükmü aracılığıyla ise, “bir hukuk seçiminin yapılmış olduğu hâller açısından” daha sıkı irtibatlı hukuka ilişkin bu hükmün uygulama alanı bulmayacağı belirtilmektedir. Çok daha sıkı irtibatlı hukukun uygulanmasına izin veren IPRG m.15'in uygulanma şartları hakkında detaylı açıklamalar için bkz. G. Güngör, 2007, s.151-155. Öte yandan, IPRG m.15'de yer alan düzenleme ile m.133/3 hükmünde yer alan ve benzer şekilde daha sıkı irtibatlı bir hukukun uygulanması amacına yönelmiş düzenleme arasındaki ilişki hakkında açıklamalar için bkz. I. Schwander, 1997, s.288. IPRG m.15 hükmünün Almanca aslı şu şekildedir; *(1)Das Recht, auf das dieses Gesetz verweist, ist ausnahmsweise nicht anwendbar, wenn nach den gesamten Umständen offensichtlich ist, dass der Sachverhalt mit diesem Recht in nur geringem, mit einem anderen Recht*

IPRG m.136/3 hükmünün yaptığı gönderme aracılığı ile IPRG m.133/3 hükmünün uygulanabilmesi için, somut olay bakımından üçüncü kişilerin menfaatlerinin bundan etkilenmiyor olmasını aramak lazım geldiği doktrinde ifade edilmiştir.³²⁸ Nitekim bu sebeple, taraflar arasında önceden beri süregelen hukuki ilişkiye uygulanan hukuka tâbi olunmasının, daha ziyade IPRG m.136/2 kapsamına giren işletme ile ilgili haksız rekabet hâlleri bakımından gündeme geleceği ve bu kapsamda örneğin lisans, tek satıcılık yahut iş sözleşmeleri bakımından ortaya çıkacağı belirtilmektedir.³²⁹ Doktrindeki baskın görüş olarak, tüzel kişilerin organları, yardımcı kişileri veya çalışanları tarafından gerçekleştirilen haksız rekabet hâlleri açısından da, IPRG m.133/3 hükmünün işletilmesinin kural olarak mümkün görüldüğü eklenmelidir.³³⁰

Önceden beri süregelen hukuki ilişkiye uygulanan hukukun, haksız rekabet kaynaklı uyuşmazlık hakkında da uygulanmasının önemli bir faydası; uyuşmazlığın bir haksız fiil mi yoksa sözleşmeye aykırılık olarak mı vasıflandırılması gerektiği konusunda netlik olmayan bazı hâllerde (ör. *culpa in contrahendo*), vasıflandırma problemini bir sorun olmaktan çıkarmasıdır. Benzer şekilde, özellikle tarafların, aralarındaki söz konusu ilişkiye uygulanmak üzere bir hukuk seçiminde bulunmuş oldukları, yahut örneğin kurulacak bir ortaklığın idare merkezinin neresi olacağının belirlenmesi suretiyle belirli bir hukuk sisteminden yana bilinçli olarak eğilim

jedoch in viel engerem Zusammenhang steht. (2) Diese Bestimmung ist nicht anwendbar, wenn eine Rechtswahl vorliegt.

³²⁸ F. Vischer, 2004, s.1543; D. Schramm, A. Buhr, 2012, s.541; B. Dutoit, 2016, s.619.

³²⁹ F. Vischer, a.g.e., s.1544; J. K. Kostkiewicz, 2012, s.613; D. Schramm, A. Buhr, a.g.e., s.541; B. Dutoit, a.g.e., s.620.

³³⁰ J. K. Kostkiewicz, a.g.e., s.599.

gösterdikleri hâller bakımından da, taraf beklentilerini tatmin hususunda belirgin bir avantaja dikkat çekilmektedir.³³¹

İsviçre doktrininde, taraflar arasında önceden beri var olan hukuki ilişkinin aslında geçersiz olması ihtimâlinde nasıl hareket edileceği meselesi üzerinde de durulmuştur. Ağırlıklı olarak taraftar bulan görüşe göre, haksız eylem anında önceden beri süregelen hukuki ilişkinin geçersizliği henüz bilinmiyorsa, IPRG m.133/3 hükmü yine de uygulanabilmelidir.³³² Bir başka deyişle, önceden beri süregelen ilişkinin geçersizliğinin, haksız eylemin gerçekleştirildiği an bakımından taraflarca henüz bilinmiyor olması hâli, kuralın uygulanabilmesi için yeterli görülmelidir.³³³

e) Hukuk Seçimi İmkânı

IPRG m.136 metni içerisinde, haksız rekabet eyleminin gerçekleştirilmesinden önce veya sonra taraflarca yapılmış bir hukuk seçiminin geçerliliğine dair herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Kanun, genel haksız fiil bağlamasına ilişkin maddesinde (IPRG m.132), taraflarca haksız fiilin gerçekleştirilmesinden sonra³³⁴ yapılan ve yalnızca mahkemenin ülkesi hukukunun (İsviçre Hukuku) gösterildiği hukuk seçimlerinin geçerli kabul edileceklerini hükme bağlamıştır.³³⁵ Bir başka deyişle, maddede, haksız fiiller bakımından hukuk seçimi olgusu, yalnızca İsviçre

³³¹ I. Schwander, 1997, s.287.

³³² J. K. Kostkiewicz, 2012, s.599.

³³³ I. Schwander, 1997, s.287.

³³⁴ Hükümde geçen “zarar verici hadisenin gerçekleşmesinden sonra” (*nach Eintritt des schädigenden Ereignisses*) ifadesi, esas alınacak olan anın “zararın meydana geldiği” an olmayıp, “haksız fiilin gerçekleşme” anı olduğuna işaret etmektedir.

³³⁵ Doktrinde, bu seçimin dava devam ederken dahi yapılabileceği görüşü ifade edilmiştir. Bkz. A. Imhoff-Scheier, P. M. Patocchi, 1990, s.137.

Hukuku ile sınırlandırılmış ve haksız fiilin gerçekleşmesinden önce taraflarca hukuk seçimi yapılmasına izin verilmemiştir.

IPRG m.136 hükmünün uygulama alanı bulacağı haksız rekabet kaynaklı uyuşmazlıklar bakımından ise, İsviçre doktrinde baskın olan görüş, IPRG m.132 hükmü çerçevesinde hukuk seçimine geçerlilik tanınabileceği yönündedir.³³⁶ Bu bağlamda IPRG m.136 hükmünün, IPRG m.132 hükmü ile birlikte uygulanırılığı söz konusu olmaktadır.³³⁷ Bir seçimin yapılıp yapılmadığı veya yapılan seçimin geçerli olup olmadığı gibi meselelerinin de tarafların seçtikleri iddia edilen hukukun uygulanması suretiyle açıklığa kavuşturulacağı belirtilmektedir.³³⁸

Haksız rekabet kaynaklı uyuşmazlıklar bakımından sınırlı da olsa hukuk seçiminin kabul ediliyor olması, doktrinde *Dasser* tarafından bir eleştiri getirilmesine neden olmuştur. Yazara göre, tarafların önceden beri süregelen hukuki ilişkileri için bir hukuk seçimi yapmış oldukları, fakat seçilen hukukun piyasanın bulunduğu yer yahut kendileri ile ilgisi bulunmadığı hâllerde, haksız rekabet kaynaklı uyuşmazlığa seçilen bu hukukun uygulanması çok da doğru olmayacaktır.³³⁹ Bu eleştiriden anlaşıldığı üzere, hukuk seçiminin taraflar arasında önceden beri süregelen bir sözleşme bakımından yapılmış olduğu ve söz konusu sözleşmenin haksız rekabet kaynaklı uyuşmazlık ile daha sıkı bir irtibatı haiz olduğu hâllerde, haksız rekabet

³³⁶ J. K. Kostkiewicz, 2012, s.613; K. Siehr, 2002, s.373; P. Jung, P. Spitz, 2016, s.76; M. M. Pedrazzini, F. A. Pedrazzini, 2002, s.308; B. Dutoit, 2016, s.620. Buna karşılık, piyasayı ilgilendiren haksız rekabet hâlleri (IPRG m.136/1) bakımından hukuk seçiminin kısmen sınırlanabileceği, bu kapsamda rekabet eyleminin hukuka aykırı olup olmadığı sorusunun, -yapılmış bir hukuk seçimine rağmen- piyasanın bulunduğu ülke hukukuna göre çözüme kavuşturulabileceği görüşü de ifade edilmiştir. Bkz. D. Schramm, A. Buhr, 2012, s.541.

³³⁷ P. Grolimund, **Internationales Lauterkeitsrecht**, Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), 2016 içinde, s.41. Öte yandan, IPRG m.133/2’de düzenlenen “haksız fiilin ika yeri” kuralının m.134-m.139 arasında düzenlenen özel haksız fiil türleri bakımından dikkate alınmadığı ifade edilmektedir. Bkz. R. Hausmann, E. I. Obergfell, 2010, s.186.

³³⁸ A. Imhoff-Scheier, P. M. Patocchi, 1990, s.136.

³³⁹ F. Dasser, 2013, s.1202.

statüsü yerine taraflarca seçilmiş olan hukukun "uygulanacak hukuk" olarak kabul edilmesi kural olarak mümkündür.

f) Kamu Düzeni Müdahalesi

Haksız rekabet kaynaklı talepler açısından, IPRG m.136 uygulaması bağlamında IPRG m.17 hükmünde benimsendiği şekliyle kamu düzeni müdahalesinin, genellikle uygulanacak hukukta benimsenen “aşırı yüksek nitelikteki cezai tazminatlar” (*übermäßiger Strafschadenersatz*) bakımından gündeme gelebileceği ifade edilmektedir.³⁴⁰ Bu yaklaşım, istenmeyen davranışın cezalandırılması ve ileriye yönelik gözdağı vermek amaçlı olarak kullanılan cezalandırıcı tazminatların kural olarak İsviçre kamu düzenine aykırılık taşıdıkları varsayımından dayanak almaktadır.

Öte yandan, somut olay bakımından yabancı bir mahkemece verilmiş bu türde bir tazminatın tenfizi istemi söz konusu edilmiş ise, İsviçre mahkeme uygulamasında, tenfiz edilecek tutarın aşırılığı bakımından İsviçre hukukuna gerçekte ne ölçüde bir aykırılık bulunduğu hususuna bakıldığı belirtilmekte; fonksiyonel nitelikteki bu analiz sonucunda açık bir şekilde aşırı tutarda olduğu anlaşılan cezai tazminatların tenfiz edilmeyecekleri ifade olunmaktadır.³⁴¹ Cezai tazminatlar haricinde, yabancı hukukun İsviçre hukukuna göre örf-adetlere / ahlaka aykırı (*Sittenwidrigen*) eylemlere izin verdiğinin açıkça anlaşıldığı hâller bakımından da kamu düzeni müdahalesinden faydalanılabileceği belirtilmektedir.³⁴²

³⁴⁰ D. Schramm, A. Buhr, 2012, s.542; M. M. Pedrazzini, F. A. Pedrazzini, 2002, s.304.

³⁴¹ F. Dasser, 2013, s.1202,1203. IPRG m.136’nın, IPRG m.135 ve m.137’den farklı olarak bir “tazminat üst sınırı” içermediği hatırlatılmaktadır. Bkz. B. Dutoit, 2016, s.620.

³⁴² F. Dasser, a.g.e., s.1203.

Kamu düzeni müdahalesi aracılığıyla uygulanması engellenecek yabancı normun ilişkin olduğu konudan bütünüyle bağımsız olarak, sırf IPRG m.17 hükmü kapsamında söz konusu müdahaleye başvurulabilmesi için dahi, somut olay bakımından İsviçre ile “yeterli derecede bir iç bağlantının” (*ausreichende Binnenbeziehung*) varlığının aranması gerektiğine de doktrinde dikkat çekilmektedir.³⁴³ Ülke ile yeterli düzeyde bir bağlantı yok ise, kamu düzeni müdahalesine başvurulması ihtimâli azalacaktır.

g) Doğrudan Uygulanan Kurallar

IPRG m.136’ya göre uygulanacak hukukun belirlendiği yabancı unsurlu bir haksız rekabet uyuşmazlığı açısından, İsviçre maddi hukukundaki birtakım hükümlerin doğrudan uygulanan kural olarak tatbik edilme ihtimâli üzerinde duran *Dasser*, İsviçre haksız rekabet hukukunda yer alan somut kanun³⁴⁴ hükümlerinin doğrudan uygulanan kural olarak uygulanmaları gerekliliğinin kural olarak bulunmadığını, zira piyasa etkisi prensibinin benimsenmiş olması sayesinde mahkemenin böyle bir yol izlemeye kural olarak ihtiyacı olmayacağı görüşündedir. Yazar, bu görüşüne istisna teşkil edebileceğini düşündüğü en temel konu olarak, devletin dava hakkını göstermektedir.³⁴⁵ Bu durumun aynı zamanda üçüncü devletin doğrudan uygulanan kuralları bakımından da dikkate alınabileceğini ifade

³⁴³ D. Schramm, A. Buhr, 2012, s.542; F. Dasser, 2013, s.1203.

³⁴⁴ Yazarın atıf yaptığı kanun "*Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) (vom 19. Dezember 1986 (Stand am 1. Juli 2016))*" olup Türkçe karşılığı "Haksız Rekabete Karşı Federal Kanun" şeklindedir.

³⁴⁵ "Devletin dava hakkı" ifadesi ile neyin kastedildiğine ilişkin açıklamalar için bkz. aynı zamanda bu konuda *Dasser* ile aynı yönde görüş bildiren; B. Dutoit, 2016, s.617, 618; D. Schramm, A. Buhr, 2012, s.542.

etmektedir.³⁴⁶ Üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarının dikkate alınmasının (IPRG m.18) ise, daha ziyade IPRG m.136/1 hükmü kapsamına giren hâllerde korunacak menfaatlerin birbirleriyle çatışmalarını önlemek amacıyla söz konusu olabileceği belirtilmektedir.³⁴⁷

2) Avrupa Birliği Hukuku'nda

a) 864/2007 sayılı AB Tüzüğü (Roma II) Madde 6'nın Genel Yapısı

aa) Tarihçe

Haksız rekabete ilişkin çağdaş düzenlemelerin iki ana amaç gözetilerek hazırlandıkları düşünülmektedir. Bu düzenlemeler ile ulaşılmak istenen makro-ekonomik amaç, tüketicilerin ve devletin "etkili ve rekabetçi bir piyasanın devamındaki" menfaatlerini korumaktır. Mikro-ekonomik / bireysel amaç ise, rekabet faaliyetinde bulunan kimsenin bireysel olarak haksız rekabetten korunmasıdır.³⁴⁸ Haksız rekabeti önlemeyi amaçlayan bir kuralının uygulanmasını gündeme getiren bazı ilişkilerin, esasen iki rakibi ilgilendiren bir görünüme sahip olması mümkün ve rastlanan bir olgudur. Böyle hâller açısından haksız rekabet kurallarının ana amacının, piyasa korunmasından ziyade rakiplerin birbirleri arasındaki davranışlarının düzenlenmesi olduğu ifade edilmektedir.³⁴⁹ Piyasanın sadece dolaylı olarak etkileniyor olması ve aslında esas vurgunun taraflar arasındaki ilişkide olması, ilişkiye uygulanacak en uygun hukukun belirlenmesi bakımından çok

³⁴⁶ F. Dasser, 2013, s.120.

³⁴⁷ D. Schramm, A. Buhr, a.g.e, s.542.

³⁴⁸ C. Honorati, **The Unification of Choice of Law Rules on Torts and Other Non-Contractual Obligations in Europe The "Rome II" Proposal**, Malatesta, A. (Ed.), Padova, 2006, s.145.

³⁴⁹ Ibid, s.146.

önemli iki husustur. Zira bu iki menfaatin, yani rakibin özel menfaati ile devletin genel menfaatinin, farklı ülkelerde bulunmaları ihtimâl dahilindedir.³⁵⁰ Dolayısıyla, haksız rekabet kaynaklı uyuşmazlıklara uygulanacak hukuka ilişkin bir kodifikasyon çalışmasının, söz konusu bu ihtimâl göz önünde bulundurularak hazırlanması bir zorunluluktur.

Sınıraşıcı nitelikte haksız rekabet eylemlerinden kaynaklanan uyuşmazlıklar bakımından uygulanacak hukukun tespiti meselesi, Roma II Tüzüğü'nün hazırlık çalışmalarına başlanılmasından çok önceleri çeşitli Avrupa devletlerinin hukuk yazınlarında tartışılmakta idi. Bu dönemde, Alman Hukuku'nda yapılan tartışmalar incelendiğinde³⁵¹, haksız rekabet kaynaklı uyuşmazlıklar bakımından ana kural olarak ilgili piyasanın bulunduğu yer hukukunun uygulanmakta olduğu ifade edilmektedir.³⁵² Bunun yanı sıra, Tüzük'te benimsenen yaklaşıma oldukça benzer şekilde, haksız rekabetin türüne göre “piyasa ile ilgili haksız rekabet” hâlleri ve “işletme ile ilgili haksız rekabet hâlleri” şeklinde bir ayrım yapılmakta olduğu da bildirilmektedir.³⁵³ İşletme ile ilgili haksız rekabet hâlleri aynı zamanda “iki taraflı rekabet bozulması hâlleri” şeklinde de adlandırılmaktadır. O dönem açısından, piyasaya yönelik bir etkinin bulunmadığı hâller açısından piyasa yeri hukukuna

³⁵⁰ Ibid, s.148.

³⁵¹ Haksız rekabet statüsünün belirlenmesine ilişkin doktrinde önerilmiş görüşler ve bunlara yönelik getirilmiş eleştiriler hakkında detaylı açıklamalar için bkz. R. Hausmann, E. I. Obergfell, 2010, s.238-267.

³⁵² K. Thorn, **Bürgerliches Gesetzbuch**, O. Palandt (Ed.) içinde, s.2797; S. Fischer, **Der Schutz von Know-how im deutschen materiellen und Internationalen Privatrecht**, Baden-Baden, 2012, s.255.

³⁵³ D. Yokomizo, **Teishokuhou ni okeru Fuseikyouyou Kouji no Toriatsukai-Sango Suna Jiken Hanketsu wo keiki to shite**, Chitekizaisanhou Seisakugaku Kenkyuu, Vol.12, 2006, s.188; G. Hochloch, **Art.6 Rom II-VO**, Erman Bürgerliches Gesetzbuch, H. P. Westermann, B. Grunewald, G. Maier-Reimer (Ed.) içinde, s.6851.

yapılan bağlamadan farklılaştığı ve genel haksız fiil bağlama kuralının uygulanmasının tasvip edildiği de görülmektedir.³⁵⁴

Haksız rekabet eyleminin münhasıran bir rakibin menfaatlerini etkilediği hâller bakımından piyasası etkilenen yer bağlama noktasından vazgeçiliyor olmasının, Alman mahkemeleri tarafından uzun zaman önce kabul edilen ve o zamandan bu yana İsviçre ve Avusturya mahkemeleri tarafından da benimsenen bir prensip üzerinden geliştirildiği ifade edilmektedir. 1963 tarihli *Stahlexport* davasında³⁵⁵, Alman Yüksek Mahkemesi; Almanya dışında bir başka ülke piyasasında birbirleriyle rekabet eden iki Alman şirketin durumunda bu şirketlerden birinin doğrudan doğruya ve açık bir şekilde yalnızca diğerine zarar vermek amacıyla haksız rekabet eylemlerine girişmesi hâlinde, ortak milli hukukları olan Alman Hukuku'nun uygulanması gerektiğine karar vermiştir.³⁵⁶ Bu kararın, Alman hukuk uygulamasında "iki taraflı rekabet bozulmaları" açısından bir farklılaşmanın kabul edildiği ilk karar³⁵⁷ olmasının dışında, Roma II m.4/2 hükmünde yer alan “müşterek mutad mesken yeri hukukunun uygulanması” kuralına teorik bir altyapı da sağlamış olduğu anlaşılmaktadır. Nitekim, *Drexl*'e göre, Tüzük bakımından iki taraflı haksız rekabet

³⁵⁴ P. Fabig, **Internationales Wettbewerbsprivatrecht nach Art. 6 Rom II-VO**, Berlin, 2016, s.64; A. Beater, **Unlauterer Wettbewerb**, Tübingen, 2011, s.286. İki taraflı haksız rekabet bozulmaları açısından genel haksız rekabet bağlamasından farklılaşılmasının Alman hukuk uygulamasındaki tarihi seyri üzerine açıklamalar için bkz. J. Drexl, **IntLautR**, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band11 Internationales Privatrecht II Internationales Wirtschaftsrecht Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (Art. 25-248), F. J. Säcker, R. Rixecker, H. Oetker (Ed.) içinde, s.1195, 1196, 1197. Yine, haksız rekabet kaynaklı uyuşmazlıklara uygulanacak hukukun tespitine ilişkin Alman Hukuku'nda yıllar içerisinde izlenen seyir hakkında aydınlatıcı açıklamalar için bkz. T. Shima, **Kokusaitekina fusei kyousou kouei wo meguru hou no tekiyou kankei ni tsuite - teishokuhoujou no tsuujourenraku to tokubetsurenraku wo megutte-**, Chitekizaيسان houseigaku kenkyuu, Vol.37, 2012, s.284, 285, 286.

³⁵⁵ BGH, 20.12.1963, *Stahlexport*, 40 BGHZ, 1963, 399.

³⁵⁶ C. Honorati, 2006, s.154. Doktrinde *Honorati*, “Nußbaum Kuralı” olarak da bilinen, haksız rekabet hâllerinde müşterek mutad mesken yerine bağlanılması uygulamasının esasen Alman haksız rekabet hukuku kurallarının uygulama kapsamını genişletmek için getirildiğini düşünmekte, Tüzüğün hazırlık aşamalarında bu uygulamanın kimi Alman yazarları tarafından da eleştiri konusu yapılmış olduğunu belirtmektedir. Söz konusu yazarlar için bkz. C. Honorati, a.g.e., s.156.

³⁵⁷ T. Bauermann, **Der Anknüpfungsgegenstand in europäischen Internationalen Lauterkeitsrecht**, Tübingen, 2015, s.68.

ilişkilerinde piyasa yerinden farklılaşan bir bağlama usûlünün izlenmesinin arkasında yatan asıl gerekçe, tarafların ortak mutad meskene sahip oldukları hâllerde bu yer hukukun uygulanması isteğidir.³⁵⁸

Sözleşme dışı borç ilişkilerinden doğan uyuşmazlıklara dair kanunlar ihtilâfi hükümleri barındıran bir Avrupa Birliği Tüzüğü'nün hazırlanması fikrinin ciddiyet kazandığı ve bu yönde çeşitli çalışmalara başlandığı dönem açısından, haksız rekabet özelinde karşılaştırmalı hukuka bakıldığında, konuyu özel bağlama kurallarıyla düzenleyen hukuk sistemleri kadar böyle bir yol izlememiş sistemlerin de bulunduğu görülmektedir: İngiliz (1995 tarihli Private International Law (Miscellaneous Provisions) Act (c.42); İtalyan (1995 tarihli İtalyan Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu) ve Alman Hukukuna (Alman Milletlerarası Özel Hukuk kanununda sözleşme dışı borçlara dair 2002 tarihli kurallara) bakıldığında, haksız rekabetten doğan taleplere uygulanacak hukuka ilişkin özel bağlama kuralları getirilmemiş olduğu görülmektedir. Buna karşılık, 1978 tarihli Avusturya Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'nun 48.maddesi; 1996 tarihli Liechtenstein Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'nun 52.maddesi, 1992 tarihli Romanya Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'nun 117.maddesi, Haksız fiillere uygulanacak hukuka dair 2001 tarihli Hollanda Kanunu'nun 4.maddesi, Rus Medeni Kanunu'nun 1222.maddesi, 1987 tarihli İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'nun 136.maddesi ve 2005 tarihli Bulgar Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'nun 107.maddesinde haksız rekabete ilişkin özel bağlama kuralları getirildiği görülmektedir. Özel düzenleme getiren bu maddelerde, ifade ediliş tarzları farklılaşmakla birlikte hepsi açısından ortak bir

³⁵⁸ J. Drexler, 2015, s.1198.

nokta ve ana kural olarak “piyasası etkilenen yerin bulunduğu ülke hukuku”na bağlanılmış olduğu belirtilmektedir.³⁵⁹

Tüzüğün hazırlık çalışmalarından önce, İsviçre IPRG m.136/2’de kendisine yer bulan, "işletme ile ilgili haksız rekabet hâllerinin ilgili işletmenin bulunduğu yer hukukuna bağlanması” örneğini inceleyen Hollanda kanunkoyucusu, söz konusu hâllerin genel haksız fiil statüsüne bağlanmaları durumunda da aynı sonuca ulaşılacağı kanısına varmış,³⁶⁰ ve konu ile ilgili kendi ulusal düzenlemesinde bu düşüncesini uygulamaya koymuş idi.³⁶¹ Nitekim, Roma II m.6 hükmünde yer verilen “işletme ile ilgili haksız rekabet eylemleri” (iki taraflı rekabet eylemleri) açısından benimsenen bağlama kuralının oluşumunda da, İsviçre ve Hollanda yasal düzenlemeleri³⁶² ile Alman mahkeme içtihatlarından yoğun şekilde etkilenilmiş olduğu ifade edilmektedir.³⁶³

AB üyesi devletlerin “piyasanın bulunduğu yer” bağlama noktasını bildikleri ve onu aslında *lex loci delicti commissi* prensibinin somutlaştırılmış bir hâli olarak

³⁵⁹ M. Hellner, **Unfair Competition and Acts Restricting Free Competition A Commentary on Article 6 of The Rome II Regulation**, Yearbook of Private International Law, Vol.9, 2007, s.52; P. Mankowski, **Internationales Wettbewerbs- und Wettbewerbsverfahrensrecht**, Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht Band 1, Hermann, P. W., Schlingloff, J. (Ed.) içinde, s.187; C. Honorati, 2006, s.148.

³⁶⁰ Bkz. *Bericht der Staatscommissie voor Internationaal Privaatrecht vom 23.12.1996*, NILR 2003, 224, 230 no.17. Doktrinde Honorati, günümüzde haksız rekabette korunmaya öncelik verilen değerlerin rekabet ilişkileri ve tüketiciler olması gerektiğini düşünmekte, bu kapsamda bireysel rekabetçi menfaatlerinin (ve bireysel rekabetçinin uğradığı zararların) uluslararası özel hukuk düzeyinde dikkate alınmaması gerektiğini belirtmektedir. Yazar, bu değerlerin bireysel menfaatten ayrı olarak daha doğru korunabilmeleri için, genel haksız fiil kuralı olan zararın meydana geldiği yeri bağlama noktası olarak kabul etmenin her zaman istenen sonucu vermeyebileceğini, bu yüzden özel olarak etkilenen piyasa bağlama noktasına ihtiyaç bulunduğunu ifade etmektedir. Bkz. C. Honorati, a.g.e., s.151.

³⁶¹ P. Mankowski, a.g.e., s.225.

³⁶² J. Drexler, 2015, s.1198. Roma II Tüzüğü'nün, m.4/2 ve m.4/3 hükümleri nedeniyle özellik arzettiği ve İsviçre IPRG'den farklılaştığı belirtilmektedir. Bkz. T. Shima, 2012, s.281.

³⁶³ A. Dickinson, **The Rome II Regulation The Law Applicable to Non-Contractual Obligations**, New York, 2008, s.405.

anladıkları görülse dahi,³⁶⁴ “zararın meydana geldiği yer” prensibinin (*Erfolgsortprinzip*) sahip olduğu geniş uygulama alanı düşünüldüğünde, rekabet hukukuna (haksız rekabete dair kuralları da barındıracak şekilde) ilişkin özel bir kanunlar ihtilâfı kuralı sevk edilmesinin gerekliliği meselesi, Tüzüğün hazırlık sürecinde ciddi ölçüde tartışılmıştır.³⁶⁵ Komisyon'un böyle bir özel düzenleme yapılması yönündeki önerilerine, özellikle Avrupa Parlamentosu'nun karşı çıktığı görülmüştür. Avrupa Komisyonu'nun 2002 ve 2003 tarihli taslaklarında özel bir hüküm olarak bulunan haksız rekabet bağlama kuralı, 2005 yılında Avrupa Parlamentosunun yaptığı değişiklikle metinden çıkarılmıştır.³⁶⁶ Madde, uzun ve kapsamlı sayılabilecek bir değişiklik sürecinin³⁶⁷ ardından en sonunda kabul edilmiş ve Tüzüğün geneli ile birlikte 11.01.2009 tarihinden itibaren yürürlüğe girmiştir.

Yukarıdaki yer verilen açıklamalar ışığında, Roma II m.6'da ifadesini bulan hükmün amacının, rakipler, tüketiciler ve toplumun genelinin korunması³⁶⁸ suretiyle pazar ekonomisinin işlerliğini sürdürmek şeklinde özetlenebileceğini, maddenin genel mantığının ise büyük ölçüde İsviçre, Almanya ve Avusturya'nın uzun yıllardan beri sınıraşıcı haksız rekabet uyuşmazlıkları alanında sahip oldukları gelenekten

³⁶⁴ H. Unberath, J. Cziupka, **Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht EuZPR / EuIPR Kommentar**, T. Rauscher (Ed.) içinde, s.787.

³⁶⁵ M. Weller, 2014, s.360.

³⁶⁶ C. Honorati, 2006, s.128.

³⁶⁷ Roma II m.6 metninin 2003 yılındaki ilk Komisyon önerisinden, AB Parlamentosu tarafından kabul edildiği tarihe kadar geçirdiği kapsamlı değişiklik süreci hakkında açıklamalar için bkz. M. Hellner, 2007, s.49, 50; J. Glöckner, **Einleitung B.-E.**, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) Kommentar, H. Harte-Bavendamm, F. Henning-Bodewig (Ed.) içinde, s.222-225; P. Mankowski, 2014, s.143-148.

³⁶⁸ R. Hausmann, E. I. Obergfell, 2010, s.237; P. Hay, H. Rösler, **Internationales Privat- und Zivilverfahrensrecht**, München, 2016, s.217; P. Mankowski, a.g.e., s.137; K. Thorn, 2017, s.2797; H. Unberath, J. Cziupka, 2011, s.789; B. Lurger, M. Melcher, **Handbuch Internationales Privatrecht mit Hinweisen auf das Internationale Zivilverfahrensrecht**, Wien, 2017, s.5/61. Alman doktrininde, üç ayağı bulunan bu amaç *Schutzzwecktrias* olarak isimlendirilmektedir. Bkz. H. Götting, **Einleitung, SS 1,2, S4**, UWG Handkommentar, H. Götting, A. Nordemann (Ed.) içinde, s.23.

temel almış bulunduğunu söylemek mümkündür.³⁶⁹ Tüzüğün sahip olduğu *loi uniforme* karakter sebebiyle, teorik olarak dünya üzerindeki tüm devlet hukuklarının Tüzük kapsamında uygulanabilir olduklarından bahsedilmektedir.³⁷⁰ Tüzük hükümlerinin uygulanmasında "atıf" reddedilmiş (Roma II m.24), aynı zamanda Tüzük kapsamına girmeyen hususlar Roma II m.1'de açıkça sayılmıştır. Haksız rekabet eylemleri açısından bakıldığında, özel hayatın gizliliğini ve kişilik haklarını ihlâl kaynaklı sözleşme dışı borçlar yanında, itibara saldırı/hakaret (*defamation*) kaynaklı olanların da kapsam dışında tutuldukları;³⁷¹ yine haksız rekabete ilişkin idari ve cezai yönler bakımından da Tüzük hükümlerinin uygulanmayacakları anlaşılmaktadır.³⁷² Bu kapsamda, örneğin, devlet kurumlarının idari işleyişleri sırasında kendileriyle paylaşılmış ticari sır niteliğindeki bilgileri haksız şekilde ifşa etmeleri yahut kullanmaları durumunda da Tüzük hükümlerinin uygulanmayacakları ifade edilmektedir.³⁷³

bb) Genel Yapı

Sözleşme-Dışı Borçlara Uygulanacak Hukuka Dair Avrupa Birliği Tüzüğü'nün 6.maddesi, haksız rekabet ve rekabetin sınırlanması eylemlerinden kaynaklanan uyuşmazlıklara uygulanacak hukukun belirlenmesine yönelik düzenlemeler barındırmaktadır. Bu iki alanın birbiriyle yakın bağlantılı fakat her zaman kesişmiyor

³⁶⁹ G. Calliess, **Rome Regulations Commentary**, Alphen aan den Rijn, 2015, s.571.

³⁷⁰ P. Mankowski, a.g.e., s.150.

³⁷¹ Öte yandan özellikle rakibin işlerini sekteye uğratmak amacıyla yapılan itibara saldırı/hakaret eylemlerinin (*defamation*) haksız rekabet sayılabileceği ve Roma II m.6 kapsamında görülebileceği ifade edilmektedir. Bkz. G. Calliess, a.g.e., s.576.

³⁷² H. Götting, 2013, s.127.

³⁷³ C. Wadlow, 2008, s.309.

olmaları³⁷⁴ ve özellikle de rekabetin sınırlanması bakımından getirilmiş hükümlerin konumuz dışında kalmaları sebebiyle, burada yalnızca madde içerisinde yer alan ve haksız rekabet eylemleri bakımından uygulama alanı bulacak fıkralar³⁷⁵ yönünden bir inceleme gerçekleştirilecektir.³⁷⁶

Maddenin haksız rekabet kaynaklı uyuşmazlıklar bakımından önem taşıyan hükümleri birinci, ikinci ve dördüncü fıkralar olup, söz konusu hükümler aşağıdaki şekildedir;

Madde 6 - Haksız Rekabet ve Serbest Rekabeti Sınırlayan Eylemler

1 Bir haksız rekabet eyleminden kaynaklanan sözleşme-dışı borca uygulanacak hukuk, rekabetçi ilişkilerin veya tüketicilerin kolektif menfaatlerinin etkilendikleri yahut etkilenme ihtimâli bulunan ülke hukukudur.

2 Bir haksız rekabet eyleminin münhasıran belirli bir rakibin menfaatlerini etkilediği hâllerde Madde 4 uygulanır.

3 (...)

³⁷⁴ M. Illmer, 2011, s.144.

³⁷⁵ Madde içeriğinde yer alan haksız rekabete ilişkin fıkraların bağımsız birer madde şeklinde kurgulanmamış olmalarından ötürü, m.6'nın "tematik" açısından özellik arz ettiği düşünülmektedir. Bkz. P. Hay, H. Rösler, 2016, s.217. Çalışmada incelenmeyecek olan üçüncü fıkra hükmü esasen rekabetin sınırlanması kaynaklı uyuşmazlıklara ilişkin bağlama kuralı sevketmektedir. Doktrinde, *Mankowski*, haksız rekabet hukukunun piyasa içerisinde gerçekleştirilen eylemlere, rekabet hukukunun ise o eylemlerin sonuçlarına baktığını düşünmekte, dolayısıyla haksız rekabet açısından benimsenen piyasa yeri prensibi (*Marktortprinzip*) ile rekabet hukukunca benimsenen etki prensibinin (*Auswirkungsprinzip*) bir örnek olmadıklarını ifade etmektedir. Bkz. P. Mankowski, 2014, s.191.

³⁷⁶ Roma Tüzüğü sistemine göre, haksız rekabet hâllerinde rekabet faaliyetinin korunan menfaatler ile çatışma içerisinde olduğu yerin hukuku uygulanacak iken; rekabetin sınırlandırılması hâllerinde, anti-rekabetçi davranışların somutlaştığı piyasanın bulunduğu yer hukukunun uygulanacağı düşünülmektedir. Dolayısıyla, haksız rekabet kaynaklı uyuşmazlıklar açısından bağlama noktasının "etki gösterme" (*Auswirkung*) esasından ziyade "etki görülme" (*Einwirkung*) esasına göre formüle edildiği söylenmektedir. Doktrinde, *Augenhöfer* de benzer şekilde, özellikle m.6/1 metninde, m.6/3'deki gibi "piyasa" sözcüğüne yer verilmemiş olmasından hareketle, bağlama noktalarının farklı olduğu sonucuna varılabileceğini ifade etmektedir. Bkz. G. Calliess, 2015, s.585, 586.

4 Bu maddeye göre uygulanacak olan hukuktan, Madde 14 uyarınca yapılacak bir anlaşma ile vazgeçilemez.

Açıkça görüldüğü üzere, Roma II m.6 hükmünde “piyasa ile ilgili” (*marktbezogenen*) ve “rakipler ile ilgili” (*konkurrentenbezogenen*) haksız rekabet hâlleri ayrımı benimsenmiştir.³⁷⁷ Yalnızca piyasa ile ilgili hâllerin m.6/1 hükmü kapsamında ele alınarak rekabetçi ilişkilerin veya tüketicilerin kollektif menfaatlerinin zarar göreceği³⁷⁸ ülke hukukuna, bir başka deyişle piyasanın bulunduğu ülke hukukuna bağlandığı görülmektedir. Roma II m.6/1 hükmünün, “piyasa yeri prensibi”ni (*Marktortprinzip*) benimsediği, ancak bu prensibi madde metninde açıkça ifade etmemiş olduğu düşünülmektedir.³⁷⁹ Bu görüş açısından “piyasa yeri” ifadesi, “zararın meydana geldiği yer” (*Erfolgsort*) kavramının özel bir söyleniş biçimi olarak görülmektedir.³⁸⁰ Bir başka deyişle, piyasa yerine yapılan bağlamanın (*Marktortanknüpfung*) aslında özel bir “zararın meydana geldiği yer” bağlaması (*besondere Erfolgsortanknüpfung*) olarak düzenlendiği kabul edilmektedir.³⁸¹ Roma II m.6/1 hükmünün, m.4 hükmünde genel prensip olarak

³⁷⁷ Roma II m.6/1 ve m.6/2 hükümlerinin, rakiplerin ve tüketicilerin korunup, bütünlüğünün garanti edilmesi suretiyle piyasa ekonomisinin sıkıntısız işlemesine yönelik olarak sevk edildikleri belirtilmektedir. Bkz. M. Neumayr, **Art 1-32 ROM II-VO**, Kurzkommentar zum ABGB, H. Koziol, P. Bydlinski, R. Bollenberger (Ed.) içinde, s.2206; H. Unberath, J. Cziupka, 2011, s.789.

³⁷⁸ Roma II m.6 kapsamında dolaylı sonuçlar (*indirekte Folgen*) dikkate alınmamaktadır. Bkz. J. Glöckner, 2016, s.197.

³⁷⁹ J. Drexler, 2015, s.1192; G. Hochloch, 2014, s.6851; H. Unberath, J. Cziupka, a.g.e., s.786; P. Hay, H. Rösler, 2016, s.218.

³⁸⁰ W. Wurmnest, **Art.1 bis 7, 14 Rom II-VO**, JurisPraxis Kommentar BGB Band 6 Internationales Privatrecht und UN-Kaufrecht, M. Würdinger, M. Herberger, M. Martinek, H. Rüßmann, S. Weth (Ed.) içinde, s.1014. Tüzük içerisinde bulunan 21 numaralı açıklamada, zararın meydana geldiği yerin ilgili piyasanın bulunduğu yerde somutlaşacağı anlaşılmakta, bu açıklamayla hukuki güvenlik güçlendirilmek istenmektedir. Bkz. P. Mankowski, 2014, s.188.

³⁸¹ P. Mankowski, a.g.e., s.187. Tarafsız ve objektif bir bağlama kriteri olarak piyasa yeri bağlamasının seçilmesinin, milletlerarası karar ahengine ulaşılmasına katkı sağlayacağı yorumu yapılmaktadır. Bkz. P. Mankowski, a.g.e., s.190.

benimsenen “zararın meydana geldiği yer”i somutlaştırır ve belirginleştirir şekilde anlaşılabilceği düşünölmektedir.³⁸²

Buna karşılık, münhasıran belirli bir rakibi etkileyen eylemler³⁸³ açısından, haksız rekabet eylemlerinin rekabetçi ilişkileri ve tüketicilerin kollektif menfaatlerini etkilediği genel varsayımından vazgeçilmiş³⁸⁴ ve böyle eylemler bakımından Roma II m.6/1 hükmünün işletilmesi yerine doğrudan Roma II m.4 hükmüne bir gönderme yapılması yolu tercih edilmiştir.³⁸⁵ Buradan hareketle, Roma II m.6/2 hükmünün, m.6/1 hükmü açısından alternatif bağlama niteliğinde olmadığı ifade edilmekte³⁸⁶, çoğu haksız rekabet hâlinin piyasayı da etkileyeceği düşünöldüğünde Roma II m.6/1 ile m.6/2 hükümleri arasındaki ilişkinin kural-istisna ilişkisi olduğu sonucuna varılmaktadır.³⁸⁷ Haksız rekabet teşkil ettiği düşünölen ve Roma II m.6 hükmü kapsamında görölen bir eylem hakkında birinci yahut ikinci fıkralardan hangisinin işlerlik kazanacağı yönünden bir vasıflandırma yapılması gerektiği, ancak bu soruya

³⁸² Hem Alman mahkeme uygulaması (BGH) hem de Alman doktrindeki baskın görüşün, piyasa yerine yapılan bağlamayı “zararın meydana geldiği yer” kavramının haksız rekabet hukuku açısından somutlaşmış bir hâli olarak benimsediği bildirilmektedir. Bkz. J. Von Staudinger, K. H. Fezer, S. Koos, **J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen / Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche-IPR Internationales Wirtschaftsrecht (IPR des KartellR, Lauterkeit, MarkenR, PatentR und UrheberR)**, Berlin, 2015, s.324.

³⁸³ Roma II m.6/2 hükmünün kapsayıcı olduğu hâller, doktrinde “iki taraflı (haksız) rekabet eylemleri” şeklinde de isimlendirilmektedirler. Bkz. M. Weller, **Art. 6 Rom II-VO**, BGB Rom-Verordnungen zum Internationalen Privatrecht, R. Hüstege, H. P. Mandel (Ed.) içinde, s.366.

³⁸⁴ G. Calliess, 2015, s.590. Doktrinde *Drexl*, haksız rekabete ilişkin kanunlar ihtiafi kuralları ile genel haksız fiillere ilişkin kuralların çatışma ihtimâlinde bahsetmekte, ancak ticari sınırların korunması yahut işçi ayarılması hâlleri dışında birtakım örnekler vermektedir. Yazarın açıklamaları için bkz. J. Drexl, 2015, s.1187.

³⁸⁵ Roma II m.6/2 hükmünün, İsviçre’de uzun yıllardan beri benimsenen modele karşılık geldiği, fakat IPRG m.136/2’nin “ilgili işyeri” (*betroffene Niederlassung*) olarak benimsediği bağlama noktasından farklı olarak, bu maddede doğrudan genel bağlama kuralı olan Roma II m.4’e bir gönderme yapıldığı görölmektedir. Bkz. P. Fabig, 2016, s.63.

³⁸⁶ P. Mankowski, 2014, s.225.

³⁸⁷ G. Calliess, 2015, s.579. Doktrinde *Wadlow*, Roma II m.6/2 hükmü ile getirilen istisnanın daha adil karar verilmesinde faydalı olacağını düşünmektedir. Zira, bu fıkra hükmü sayesinde daha esnek bir yaklaşım mümkün kılındığı gibi, birden fazla devlet hukuku yerine tek bir devlet hukukunun uygulanma ihtimâli gündeme gelmiş olmaktadır. Ancak yazar, hükmün öngörülebilirliği azaltan bir niteliğe sahip olduğunu da belirtmektedir. Bkz. C. Wadlow, **The New Private International Law of Unfair Competition and the Rome II Regulation**, Journal of Intellectual Property Law&Practice, Vol.4, No:11, 2009, s.792.

verilecek cevabın sınırı net olmayan gri alanlar sebebiyle her zaman kolaylıkla ortaya konamayacağı ifade edilmektedir.³⁸⁸

Roma II m.4, aşağıdaki şekilde kaleme alınmıştır;

Madde 4 - Genel Kural

1 Bir haksız fiilden kaynaklanan sözleşme dışı bir borca uygulanacak olan hukuk, aksi bu Tüzük'te belirtilmediği sürece, zarara sebep olan hadisenin meydana geldiği ve o hadisenin dolaylı sonuçlarının ortaya çıktıkları ülke veya ülkeler dikkate alınmaksızın, zararın meydana geldiği ülke hukukudur.

2 Bununla birlikte, sorumlu olduğu iddia edilen kimse ile zarar gören kimsenin zararın meydana geldiği anda aynı ülkede mutad mesken sahibi bulunuyor olmaları hâlinde, o ülke hukuku uygulanır.

3 Haksız fiilin, 1 inci ve 2 nci fıkralarda gösterilenden başka bir ülke ile açıkça daha sıkı irtibatlı olduğunun olayın bütün şartlarına göre açık olduğu hâllerde, o diğer ülke hukuku uygulanır. Bir başka ülkeyle daha sıkı bir irtibat, özellikle, taraflar arasında önceden beri süregelen ve söz konusu haksız fiil ile sıkı irtibatlı - sözleşme gibi- bir ilişkiye dayanmış olabilir

³⁸⁸ Komisyon'un raporundaki şekliyle, “piyasa üzerinde etki göstermeyen” (*nicht auf die Marktgegenseite einwirken*) ifadesinde yer alan “piyasa” ile kastedilmek istenenin, haksız rekabet eylemine maruz kalan tarafın tüketicileri (*Abnehmer*) ve tedarikçileri (*Lieferanten*) biçiminde anlaşılması hâlinde, ikinci fıkra hükmünün birinci fıkra ile uyumlu ve eksiksiz bir şekilde onu tamamlayacağını düşünen Sack, böyle bir yorumun kabul edilmesi hâlinde, raporda örnek olarak sıralanan eylemlerin de ikinci fıkra kapsamında daha rahat görülebileceklerini belirtmektedir. Fakat yazar, bu örnekler içerisinde sözleşmeyi ihlâl teşvik hâlinin, piyasaya olan etkisinin böyle bir yorumlama hâlinde “iki taraflı” olarak nitelenemeyeceğini de eklemektedir. Bkz. R. Sack, **Artikel 6 Absatz 2 Rom II-VO und „bilaterales” unlauteres Wettbewerbsverhalten**, GRUR Int. Internationaler Teil, Heft 7, 2012, s.604.

Madde, uyuşmazlık ile daha yakın irtibatlı bir hukukun (m.4/3) bulunmaması ihtimâlinde uygulanacak iki temel bağlama kuralı (m.4/1 ve m.4/2) barındırmaktadır.³⁸⁹ Roma II m.6/2 hükmü aracılığı ile Roma II m.4'e yapılan gönderme, bir bütün hâlinde maddenin kendisine yapıldığı için, yalnızca birinci fıkrada yer verilen zararın meydana geldiği yer prensibinin değil, ikinci fıkrada yer alan müşterek mutad mesken prensibinin ve hatta son fıkrada düzenlenen kaçış hükmünün de uygulama alanı bulması mümkündür.³⁹⁰

Doktrinde, *Verschraegen*, Tüzük sistemine göre sözleşme dışı borçlara uygulanacak hukukun tespiti için esas alınacak hükmün tayininde şu şekilde bir sıralama önermektedir:³⁹¹

"Hukuk seçimi"³⁹² > eğer yoksa > özel bağlama kuralı > eğer yoksa > müşterek mutad mesken > eğer yoksa > zararın meydana geldiği yer hukuku VEYA başka bir devletin hukuku ile açıkça daha sıkı irtibatlı hukuk varsa bu hukuk".

Roma II m.6/2 hükmünün göndermesiyle Roma II m.4'e gidilen hâller bakımından da benzer bir uygulama sırasının doktrinde genel olarak kabul edildiği anlaşılmaktadır.³⁹³ Buna göre, öncelikle m.4/2 hükmünün koşulları olayda var mı yok mu bakılacak, bulunmaması hâlinde m.4/1 hükmü işletilecektir. Bununla birlikte, haksız rekabet eylemi ile açıkça daha sıkı irtibatlı bir başka hukukun bulunduğu hâllerde, m.4/3 hükmünde yer alan kaçış hükmünün (*Ausweichklausel*)

³⁸⁹ M. Neumayr, 2010, s.2198. Tüzük metnindeki 18 numaralı açıklamaya göre, Roma II m.4/2 hükmünde yer alan kural, m.4/1 hükmünün istisnasını teşkil etmekte; m.4/3'de yer alan düzenleme ise, ilk iki fıkradan kaçılabilmesine imkân veren bir kaçış hükmü niteliğindedir. Bkz. C. Wadlow, 2008, s.313.

³⁹⁰ M. Illmer, 2011, s.173; H. Nettleau, 2013, s.255.

³⁹¹ B. Verschraegen, 2012, s.134.

³⁹² Haksız rekabet kaynaklı uyuşmazlıklar bakımından hukuk seçimi olgusu doktrinde tartışmalı olup, konu hakkındaki detaylı görüşlere aşağıda "Hukuk Seçimi İmkânı" başlığı altında değinilmiştir.

³⁹³ H. Unberath, J. Cziupka, 2011, s.786; H. Götting, 2013, s.125; W. Wurmnest, 2015, s.1018; S. Fischer, 2012, s.260; H. Nettleau, 2013, s.255; G. Hochloch, 2014, s.6853.

diğer iki fıkranın yerine uygulanabilmesi ve söz konusu o daha sıkı irtibatlı hukuka tâbi olunması da mümkündür.

Maddede yalnızca zararın meydana geldiği yer prensibinin uygulanması imkânı getirilmemiş, aynı zamanda ikinci fıkra uyarınca eğer var ise "müşterek mutad mesken yeri hukuku" öncelikli olarak uygulanabilir kılınmıştır. Bu ikinci imkânın, haklı bir gerekçesi bulunduğu, her şeyden önce ortak mutad meskene sahip taraflara, en yakın oldukları hukuk sisteminin kurallarının tatbik edilmesine imkân tanıdığı belirtilmektedir.³⁹⁴ İlk iki fıkradan birine göre belirlenen hukukun yine de söz konusu işlem veya ilişkiyle en sıkı irtibata sahip olmaması durumunda ise Roma II m.4/3 hükmü aracılığı ile bu bağlanmayı düzeltmek imkânı oluşturulmuştur.³⁹⁵

Doktrinde *Beumont / McEleavy*, Tüzük metnindeki 21 numaralı açıklamada belirtilen, “Madde 6, Madde 4’ün istisnası değil netleştirilmesidir” ifadesinden hareketle, haksız rekabet incelemesinde öncelikli dikkatin “zararın meydana geldiği” yer hukukuna verilmesi gerektiği düşüncesini ifade etmiştir. Bir başka deyişle, eğer zarara ilişkin olarak sunulan deliller aynı zamanda davacı konumunda da olan “tek” rakibin etkilendiğine ilişkin ise, Roma II m.6/1 hükmünü uygulamakta aceleci olunmamalıdır. Yazara göre, böyle hâllerde öncelikle Roma II m.6/2 hükmü uygulanmalı ve hem hukuk seçimine imkân tanıyan hem de mutad mesken kuralı ve kaçış hükmü alternatifleri sunan Roma II m.4 hükmüne gidilmelidir.³⁹⁶ Bu görüşün, özgün olmakla beraber, yukarıda detayları verilen doktrindeki genel eğilim ile örtüşmediğini düşünmekteyiz. Roma II m.6/2 hükmünün Roma II m.6/1 hükmü karşısında istisnai bir niteliğe sahip olduğu kabul edilecek olursa, yapılacak yorum

³⁹⁴ J. Drexler, 2015, s.1198.

³⁹⁵ R. Schaub, **Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar**, H. Prütting, G. Wegen, G. Weinreich (Ed.) içinde, s.3366.

³⁹⁶ P. R. Beumont, P. E. McEleavy, 2011, s.663.

faaliyetinin de dar olması gerekecektir.³⁹⁷ Nitekim, Alman Federal Yüksek Mahkemesi (BGH) de, yakın tarihli bir kararında³⁹⁸, o ana kadarki Almanya uygulamasına ilişkin olarak piyasa yeri hukukunu gösteren bağlama kuralından (m.6/1) ayrılıp genel haksız fiil kuralına (m.4) gidilmesinin dar yorumu gerektirdiği düşüncesini ortaya koymuştur.³⁹⁹

Roma II m.6/1 hükmünün lafzına bakıldığında, kuralın hem geçmişte gerçekleşmiş hem de gelecekte gerçekleşmesi muhtemel haksız rekabet eylemleri açısından kapsayıcı olduğu göze çarpmaktadır. Öte yandan, Roma II m.6/2 hükmünde, gelecekte gerçekleşmesi muhtemel eylemler bakımından aynı açıklığa rastlanmadığı, söz konusu fıkra metninin daha ziyade şimdiki zamana vurgu yapan bir dille kaleme alındığı görülmektedir. Ancak bu durumun yanıltıcı olmaması gerektiği, zira bu hükmün de hem geçmişte gerçekleşen, hem de gelecekte gerçekleşme ihtimâli bulunan haksız rekabet eylemleri bakımından uygulanma imkânı bulunduğu kabul edilebileceği düşünülmektedir.⁴⁰⁰

Rakipler ile ilgili haksız rekabet eylemleri açısından izlenecek yaklaşımın, Tüzük'teki genel haksız fiil bağlama kuralı olan m.4'e doğrudan bir gönderme yapılarak düzenlenmiş olması, bu tür eylemlerin aslında basit birer haksız fiil olarak görüldükleri izlenimini doğurmaktadır.⁴⁰¹ Nitekim, Komisyon Raporu'nda, m.6/2 hükmüne gireceği belirtilen örnek hâller sayıldıktan sonra, mağdur olan kişinin bu hâller bakımından Roma II m.4'de yer alan "müşterek mutad mesken" yahut "kaçış

³⁹⁷ P. Fabig, 2016, s.68.

³⁹⁸ Bkz. BGH, Urt. V. 11.2.2010, NJW 2010, 3780, 3782 Rn20- "Ausschreibung in Bulgarien".

³⁹⁹ P. Fabig, 2016, s.68; A. Dickinson, 2008, s.405.

⁴⁰⁰ Dolayısıyla, salt fikranın lafzından hareketle, bu hüküm bakımından haksız rekabetin engellenmesi yönündeki talep hakkının (*Unterlassungsanspruch*) istenemeyeceğini düşünmenin yanlış olacağı belirtilmektedir. Bkz. S. Fischer, 2012, s.259. Hem IPRG m.136 hem de Roma II m.6 uygulanmasının, sadece gerçekleşmiş eylemler açısından değil, gerçekleşmesi muhtemel eylemler bakımından da mümkün olduğu belirtilmektedir. Bkz. P. Grolmund, E. Bachofner, 2017, s.1861.

⁴⁰¹ M. Illmer, 2011, s.173; G. Hochloch, 2014, s.6851.

hükmü” olanaklarından faydalanmaması için herhangi bir sebep bulunmadığı ifade edilmiştir.⁴⁰² Yalnızca Roma II m.6/2 hükmü kapsamına giren hâller bakımından bir göndermeden bahsedilmiş olduğu için, Roma II m.6/1 hükmü kapsamına girdiği düşünülen hâller bakımından zaten Roma II m.4 hükmünün uygulanması mümkün değildir.⁴⁰³

Haksız rekabet kaynaklı uyuşmazlıklar bakımından, Roma II m.6 hükmü uyarınca belirlenecek hukukun hangi konular yönünden idare gücüne sahip olacağı meselesi de önem arz etmektedir. İsviçre doktrininde, uygulanacak hukukun, herşeyden önce hangi rekabet eylemlerinin haksız oldukları ile haksız rekabet kaynaklı taleplerin içerik ve kapsamı hususunda dikkate alınacağı ifade edilmektedir.⁴⁰⁴ Bu görüşün Roma II Tüzüğü açısından da kabul edilmemesi için herhangi bir sebep yoktur. Uygulanacak hukuk, yalnızca varlığı iddia edilen haksız fiilin gerçekleştirilip gerçekleştirilmediği meselesini değil, aynı zamanda; sorumluluğun temeli ve kapsamı, farklı davalıların farklı sorumlulukları, zararın varlığı, doğası ve zarara ilişkin diğer değerlendirmeler⁴⁰⁵, yaptırımlar vb. hususları da idare edecektir.

⁴⁰² C. Wadlow, 2009, s.792; J. J. Fawcett, J. M. Carruthers, **Cheshire, North & Fawcett Private International Law**, New York, 2008, s.811.

⁴⁰³ L. Collins, A. Briggs, A. Dickinson, J. Harris, J. D. McClean, P. McEleavy, C. McLachlan, C. G. J. Morse (Ed.), **Dicey, Morris and Collins on The Conflict of Laws**, London, 2012, s.2232.

⁴⁰⁴ I. Schwander, 1997, s.280; B. Dutoit, 2016, s.617.

⁴⁰⁵ Neyin “zarar” olarak nitelenebileceği hususu ile zararın nerede ve ne zaman gerçekleşmiş sayılacağı hususlarının uygulanacak hukuka göre mi, yoksa Roma II’de yer alan yahut ondan yorum yoluyla ulaşılacak ortak ve otonom bir temele göre mi cevaplanacağı meselesi hakkında Wadlow’un AB milletlerarası usûl hukukundan verdiği açıklamalar için bkz. C. Wadlow, 2008, s.315. Avrupa Birliği Adalet Divanı’nın verdiği *Fiona Shevill* kararında (CJEU Case C-68/93 *Fiona Shevill*) benimsendiğine göre, davacı davasını ister davalının işletmesinin kurulu bulunduğu yerde, isterse kendi menfaatlerinin ihlâl edildiği yerde açabilecektir. Eğer dava işyerinin bulunduğu ülkede açılırsa, mahkemenin söz konusu haksız rekabet nedeniyle uğranılan tüm zararlar karşılığında tazminata hükmedebileceği; öte yandan dava menfaatlerinin ihlâl edildiği ülkede açılırsa, mahkemenin sadece o ülkede meydana gelen zararlar bakımından tazminata hükmedebileceği ifade edilmektedir. Bkz. G. Calliess, 2015, s.590.

Konumuz açısından, hangi somut eylemlerin, ticari sırların ihlâli sürecinde hangi hak ihlâllerine vücut verecekleri meselesinin de -maddi hukuka ilişkin bir mesele olarak kabul ediliyor⁴⁰⁶ olmasından ötürü- uygulanacak hukuka göre ele alınacağı düşünülebilir. Delillere ilişkin hususlar ve usûlün genel olarak *lex fori*'ye tâbi olacağı kesin olmakla birlikte, uygulanacak hukukta birtakım karinelere yer verilmiş yahut ispat yüküne ilişkin belirlemeler yapılmış olması hâlinde, bunların da uygulanacak hukuk kapsamında söz konusu uyuşmazlığa tatbik edilebilmelerine mümkün gözüyle bakılmaktadır.⁴⁰⁷ Önemle vurgulanan nokta, uygulanacak hukukun haksız filin bir kısmı bakımından değil bütünü bakımından idare gücünü haiz olacaktır.⁴⁰⁸

b) Haksız Rekabet Kavramının Yorumlanması

Roma II Tüzüğü metni içerisinde, haksız rekabet kavramına ilişkin bir tanım veya hangi eylemlerin haksız rekabet teşkil edeceklerine dair bir liste verilmemiş olduğu görülmektedir. Bir haksız rekabet eyleminin varlığından bahsedebilmek için, davalının eyleminin belirli bir piyasada faaliyet gösteren katılımcılar arasındaki ilişkiler üzerinde bir etki doğurması gerektiği düşünülmektedir. Böyle bir yaklaşım kabul edildiğinde, eylemin, davalının belirli bir piyasadaki bir veya birden fazla rakibine yöneltilmiş olmasına göre birinci veya ikinci fıkranın uygulanması gündeme gelecektir.⁴⁰⁹

⁴⁰⁶ S. Fischer, 2012, s.278.

⁴⁰⁷ C. Wadlow, a.g.e., s.310. Roma II m.6/1 ve m.6/2 açısından genellikle en önemli iki talebin tazminat ve haksız rekabetin engellenmesini istemek olduğu belirtilmektedir. Dolayısıyla, tazminat talebi kadar engellenme kararı verilip verilemeyeceği de somut uyuşmazlığa uygulanacak hukuka göre belirlenecektir. Bkz. R. Schaub, 2016, s.3371.

⁴⁰⁸ P. Rogerson, **Collier's Conflict of Laws**, Cambridge, 2013, s.355.

⁴⁰⁹ A. Dickinson, 2008, s.403.

Dickinson'a göre, Tüzük anlamında bir haksız rekabet eyleminden bahsedebilmek için, davalının eylemi; ya belirli bir rakibi veya bir grup rakibi hedef alıyor, ya da -tüketiciler gibi- piyasa katılımcıları hedef alınmış ise, eylemin bir rakip veya bir piyasa katılımcısı sınıfı üzerinde bariz bir etki doğuruyor olması aranmalıdır.⁴¹⁰ *Plender / Wilderspin* ise, *Dickinson*'un yaklaşımına büyük oranda katılmakla birlikte, eylemin gerçekten bariz bir etkiye sahip olup olmadığı hususunun, uygulanacak hukuka henüz karar verilen aşamada ele alınmasının doğru olmayacağını, bu aşamada mahkemenin dikkat etmesi gerekenin, eylemin dikkate alınmaya değmeyecek (*de minimis*) düzeyden daha yukarıda bir etki doğurma potansiyeline sahip olup olmadığını incelemek olduğunu belirtmektedir. Böyle bir yaklaşımın, Roma II m.6/1 hükmünün lafzı ile de uyum içinde olacağının altını çizmektedir.⁴¹¹ *Drexl*'e göre, Roma II m.6 hükmü açısından, “haksız rekabet” (*unlauterer Wettbewerb*) veya madde metninde geçtiği şekilde “haksız rekabet eylemleri” (*unlautere Wettbewerbsverhalten*) kavramlarından ne anlaşılması gerektiği hususu, *lex fori* esaslı bir değerlendirme ışığında çözüme kavuşturulacaktır. Ancak burada yazar, *lex fori* kavramını, davanın açıldığı mahkemenin devleti hukuku anlamında değil, davanın AB üyesi bir devlet mahkemesinde açılmasından bahisle AB Hukuku'nun bütünü anlamında kullanmaktadır.⁴¹²

Böylesi bir otonom yorum aracılığıyla haksız rekabet kavramının içeriğinin AB haksız rekabet hukukunda anlaşıldığı şekliyle doldurulması fikri, doktrinde çoğunluk görüşü olarak kabul edilmektedir.⁴¹³ Bu süreçte, Avrupa Topluluğu Adalet Divanı

⁴¹⁰ Ibid, s.403-404; R. Plender, M. Wilderspin, **The European Private International Law of Obligations**, London, 2015, s.626.

⁴¹¹ R. Plender, M. Wilderspin, a.g.e., s.627.

⁴¹² J. Drexl, 2015, s.1183.

⁴¹³ B. Verschraegen, 2012, s.204; B. Lurger, M. Melcher, s. 5/62; G. Calliess, 2015, s.571; M. Weller, 2014, s.361; P. Mankowski, 2014, s.137; R. Schaub, 2016, s.3371; S. Fischer, 2012, s.254; L. Collins,

(ATAD) görüşlerinin de dikkate alınacağı düşünülmektedir.⁴¹⁴ *Mankowski*, otonom bir yorumdan bahsedilebilmesi için, en ideal vasıflandırmanın fonksiyonel, amaca yönelik, ve karşılaştırmalı hukuktan faydalanır şekilde yapılması gerektiğini belirtmektedir.⁴¹⁵ Ticari sırlara verilecek korumanın da bu kapsam altında değerlendirilmesi gerektiği düşünülmektedir. Bir başka deyişle, ticari sır ihlallerinin Roma II Tüzüğü'nde yer alan haksız rekabet maddesi (m.6) kapsamında görülmelerinin, söz konusu hâllerin ulusal hukuklarda haksız rekabet teşkil edip etmediklerine ilişkin tartışmalardan bağımsız olduğu ifade edilmektedir.⁴¹⁶

Otonom bir yorumun benimsenmesinin önemli bir faydası, farklı hukuk çevrelerinde farklı yorumlar getirilmesi ihtimâlinin önüne geçilmesidir. Böylesi bir farklılığa verilebilecek en temel örnek, İngiliz hukuk sisteminde göze çarpmaktadır. Bir özel hukuk kavramı olarak “haksız rekabet”, kıta avrupası hukukunu benimseyen sistemlerde bağımsız ve gelişmiş bir yapıda iken; İngiliz hukukunda böyle bir bağımsızlıktan söz edilemediği belirtilmektedir.⁴¹⁷ İngiliz hukukçularının, haksız rekabet konusunu bağımsız bir dal olarak kabul etmeyip çoğunlukla fikri mülkiyet hukukunun bir parçası olarak gördükleri ifade edilmektedir.⁴¹⁸ Bu durumun doğal bir sonucu olarak ise, haksız rekabet eylemlerine karşı sunulan korumanın münferit olarak haksız fiillere karşı gösterilen koruma başta olmak üzere hukuk sistemindeki

A. Briggs, A. Dickinson, J. Harris, J. D. McClean, P. McEleavy, C. McLachlan, C. G. J. Morse (Ed.), 2012, s.2229. Haksız rekabet eylemlerine uygulanacak hukukun belirlenmesi, yalnızca haksız fiilin ağırlık merkezinin esas alınmasını değil, aynı zamanda maddi bir politika izlenmesini de gerektirmektedir. AB açısından bu politikanın sadece üye devletler bazında mı yoksa AB bazında mı görülmesi gerektiği meselesinin tartışılmış olduğu belirtilmektedir. Bkz. C. Honorati, 2006, s.132.

⁴¹⁴ H. Unberath, J. Cziupka, 2011, s.791.

⁴¹⁵ P. Mankowski, a.g.e., s.137.

⁴¹⁶ C. Wadlow, 2008, s.310; P. Stone, **EU Private International Law**, Cheltenham, 2014, s.400. İngiliz Hukuku'nda ticari sırların ifşasının *breach of confidence* doktrini altında ele alındığı, ancak bu durumun Roma II maddeleri bağlamında m.6 kapsamında bir haksız rekabet hâli olarak görülmesi gerektiği ifade edilmektedir. Bkz. J. J. Fawcett, J. M. Carruthers, 2008, s.809.

⁴¹⁷ A. Dickinson, 2008, s.399.

⁴¹⁸ C. Wadlow, 2009, s.789.

diğer kategorik tasniflerden faydalanarak sağlanmakta olduğu bildirilmektedir.⁴¹⁹ Özetlenecek olursa, Birleşik Krallık ve İrlanda gibi bağımsız bir haksız rekabet hukukunun bulunmadığı ve ticari sırların korunmasında *equity* kaynaklı bir uygulamaya da sahip bulunan ülkeler açısından bakıldığında, AB üyesi diğer devletlerin hukuklarında yer alan haksız rekabet hukuku düzenlemelerinin *common law*'da bilinenlere kıyasla çok daha geniş kapsamlı oldukları anlaşılmaktadır.⁴²⁰ Dolayısıyla, İngiliz mahkemeleri önüne gelen sınıraşıcı bir haksız rekabet eylemine uygulanacak hukukun tespiti, AB hukukunda benimsendiği şekliyle bir haksız rekabet kavramının temel alınmasının, zarar gören açısından daha adil bir yaklaşım olacağı düşünülebilir.

c) Rekabetçi İlişkilerin veya Tüketicilerin Kollektif Menfaatlerinin Etkilenmesi

aa) Kavram

Roma II m.6/1 hükmünde yer alan “rekabetçi ilişkilerin veya tüketicilerin kollektif menfaatlerinin etkilenmesi” ifadesinden ne anlaşılması gerektiği meselesi üzerinde durmakta fayda vardır. Öncelikle, maddenin haksız rekabete özgü hükümlerinin, oldukça basit bir dil ile yazılmış kısa ifadeler içeriyor olmalarından ötürü, madde metninde herhangi bir tanıma rastlanmadığı belirtilmelidir. Benzer şekilde, Tüzüğün genel hükümlerinde de yol gösterici bir tanım bulunmamaktadır.

⁴¹⁹ L. Collins, A. Briggs, A. Dickinson, J. Harris, J. D. McClean, P. McEleavy, C. McLachlan, C. G. J. Morse (Ed.), 2012, s.2229.

⁴²⁰ Lordlar Kamarası, biraz da bu farklılığa dikkat çekecek şekilde, Tüzüğe ilişkin yasama çalışmaları hakkında uzun ve detaylı sayılabilecek bir eleştirisi kaleme almış olsa da, bu eleştirilerin sonuçta ortaya çıkan metne çok da etkisi olmadığı yorumu yapılmaktadır. Eleştiri için bkz. House of Lords, European Union Committee. 8th Report of Session 2003-4, The Rome II Regulation. The Stationary Office, 2004, HC Paper No.66. Bkz. C. Wadlow, 2008, s.311

Doktrinde, söz konusu haksız rekabet eyleminin, rakibin piyasa fırsatlarına (*Marktchancen*) zarar vermesi veya zarar verme ihtimâli taşıması hâlinde “rakibin menfaatlerinin zarara uğraması”ndan; eyleminin birden fazla tüketiciye zarar vermiş veya verebilecek nitelikte olması yahut devam etmeye / tekrara yönelmiş olması hâllerinde ise “tüketicilerin kollektif menfaatlerinin etkilenmesi”nden bahsedilebileceği ifade edilmiştir.⁴²¹ Hükümün uygulanmasında adil rekabetin veya tüketici menfaatlerinin korunmasındaki kamusal menfaat o kadar güçlü olmalıdır ki, söz konusu bu kamusal menfaatin korunmasında salt davacının bireysel menfaatine güvenilemiyor olmalıdır.⁴²² Haksız rekabet eyleminin hangi menfaatleri etkilediği hususunda, her eylemin aynı menfaati aynı ölçüde etkilemiyor olması mümkündür. Aldatıcı reklamların genel olarak tüketicilerin kollektif menfaatlerini etkiledikleri; buna karşılık, iş hukuku kurallarının, özel satışlara ilişkin düzenlemelerin, indirim veya dükkan kapatmaya ilişkin düzenlemelerin ihlâlinde ise genel olarak piyasa menfaatlerini etkiledikleri görüşü ifade edilmiştir.⁴²³

Önemle vurgulanması gereken bir başka husus, hükümde geçen “tüketici” kavramının Avrupa tüketici hukuku direktiflerinde yer verilen tüketici kavramından farklılaştığına dikkat çekiliyor olmasıdır. Bu direktiflerde tüketici ile kastedilen, kendi işletmesel menfaati dışında hareket eden ve üreticiden tüketiciye kadar uzanan zincirin en sonunda bulunan kimsedir.⁴²⁴ hâlbuki, Tüzük'te geçen tüketici ifadesinin,

⁴²¹ W. Wurmnest, 2015, s.1014; P. Mankowski, P., 2014, s.197.

⁴²² P. R. Beumont, P. E. McEleavy, 2011, s.664. Çoğunlukla piyasa ile doğrudan ilgileri bulunması dolayısıyla iki taraflı olarak nitelendirilmeyen haksız rekabet hâllerine örnekler için bkz. M. Weller, 2014, s.367; J. K. Kostkiewicz, 2012, s.612.

⁴²³ C. Honorati, 2006, s.157.

⁴²⁴ Bkz. DIRECTIVE 2011/83/EU OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 25 October 2011 on consumer rights, amending Council Directive 93/13/EEC and Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 85/577/EEC and Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council, m.2.

tacirler ve dağıtım zincirindeki tüm dağıtımcıları (distribütörleri) da içerecek şekilde “müşteri” anlamını haiz olarak kullanıldığı belirtilmektedir.⁴²⁵

Roma II m.6/1 hükmünün, Roma II m.4/1 hükmünde benimsenen “doğrudan zarar” kriterini, “doğrudan etki” kriteri ile değiştirdiği, bu çerçevede bağlama noktasının somutlaşacağı yerin “doğrudan etkilenen piyasanın bulunduğu yer” olarak ortaya çıkacağı düşünülmekte; söz konusu haksız fiile bağlı olarak başka ülkelerde ortaya çıkabilecek ve doğrudan nitelikte olmayan (dolaylı) zararlar hakkında dahi aynı yer hukukunun uygulanacağı belirtilmektedir.⁴²⁶ Alman Yüksek Mahkemesi'nin (BGH) geliştirmiş olduğu “etkinin görülmesi teorisi” (*Einwirkungstheorie*) çerçevesinde bir değerlendirme yapıldığında ise, mesele, bir menfaat çatışması çözümü (*Interessenkollisionslösung*) odağında ele alınmaktadır. Bu kabule göre, piyasa ile ilgili haksız rekabet eylemleri açısından zararın görüldüğü yer, kural olarak etkinin görüldüğü yer (*Einwirkungsort*) olarak kabul edilmektedir.⁴²⁷ Piyasada sahip olunacak pay üzerine bir mücadelenin yaşandığı ve ürünleri temin etmelerine yönelik olarak tüketiciler üzerinde çaba gösterilen yerin hukuku, piyasa yeri hukuku olarak uygulanırlığa sahip olmaktadır.⁴²⁸ Roma m.6/1 hükmünde, “rekabetçi ilişkilerin yahut tüketicilerin kollektif menfaatlerinin etkilendiği yahut etkilenme ihtimâli bulunduğu yer hukuku”ndan bahsedildiği için, böyle bir sonucu doğurma ihtimâli

⁴²⁵ Tüzük taslağında “önemli derecede etkilenmek” şeklinde bir ifade mevcut iken, bu ifadenin nihai madde metnine dahil edilmemesi neticesinde, tüketicilerin korunan menfaatlerinin maruz kalacakları gerçek yahut olası etkinin derecesi, maddenin uygulanması bakımından önem arzetmez hâle gelmiştir. Bkz. G. Calliess, 2015, s.588. Benzer şekilde, etkilenen tüketicilerin yerleşim yerlerinin, etkilendikleri ülkeden başka bir yerde bulunması da önemli değildir. Bkz. Ibid, s.586.

⁴²⁶ Buna karşılık, birden fazla ülke piyasası açısından birden fazla doğrudan etki gözlemlenebiliyor ise, bu yerlerin hukukları ayrı ayrı uygulanırlığa sahip olacaklardır. Bkz. P. Stone, 2014, s.400. Böyle hâller açısından bkz. hemen aşağıda “Mozaik Yaklaşımı” başlığı.

⁴²⁷ W. Wurmnest, 2015, s.1014. Bu çalışma açısından Alman doktrin ve mahkeme içtihatlarında tartışılan *Auswirkungstheorie* ve *Einwirkungstheorie* hakkında detaylı açıklamalar verilmesine gerek görülmemiştir. *Auswirkungsort*’a “etkinin gösterildiği yer”; *Einwirkungsort*’a ise “etkinin görüldüğü yer” şeklinde bir Türkçeleştirme yapılması yolu izlenmiştir. Bu hususta detaylı tartışmalar için bkz. J. Von Staudinger, K. H. Fezer, S. Koos, 2015, s.325-326.

⁴²⁸ J. Von Staudinger, K. H. Fezer, S. Koos, a.g.e., s.327.

bulunan eylemlerin henüz hazırlık aşamasında bulundukları yer, uygulanacak hukukun tespiti değerlendirmesinde dikkate alınmayacaktır.⁴²⁹

bb) Mozaik Yaklaşımı

Rekabetçi ilişkilerin veya tüketicilerin kollektif menfaatlerinin etkilendiği yahut etkilenme ihtimâli bulunan yerin tespitinin kimi hâllerde güçlük arz edeceği düşünülebilir. Zira burada, ilgili piyasanın tek bir üye devlet ülkesinin sınırları içerisinde bulunacağı varsayımından hareket edildiği, hâlbuki çeşitli ürünler bakımından piyasanın coğrafi sınırının kolaylıkla çizilemeyeceği, söz konusu ürünlerin pek çok ülkede hatta dünya çapında satışa sunulmuş olabileceği ifade edilmektedir.⁴³⁰ Bu durumu bir örnek üzerinde somutlaştırmak faydalıdır.

İdare merkezi Çin hâlk Cumhuriyeti'nde bulunan davalının, taklit olarak ürettiği pantolonları Almanya'ya ihraç etmesi hâlinde, Roma II m.6/1 hükmüne göre Alman hukukunun uyuşmazlığa uygulanacağı öngörülebilir. Zira burası hem "rekabetçi ilişkiler", hem de "tüketicilerin kollektif menfaatleri" kriterlerini sağlıyor görünmektedir. Buna karşılık, aynı davalı, söz konusu ürünü yalnızca Almanya'ya değil, tüm Avrupa Birliği'ne ihraç edecek olursa, değil iki kriter, bir tanesinin dahi esas alınacağı tek bir devletten bahsedilmesi zor olacağından, uygulanacak hukukun talepten talebe, ülkeden ülkeye farklılaşması da kaçınılmaz hâle gelecektir. Zira, burada, haksız rekabet eylemi kaynaklı bozulma hâli, birden fazla ülke piyasası bakımından ortaya çıkmaktadır (*Multistate-Verstöße*). İşte böyle hâllerde mahkemenin takip edeceği yöntem, uygulamada “mozaik yaklaşımı”

⁴²⁹ G. Calliess, a.g.e., s.586.

⁴³⁰ C. W. Fröhlich, 2008, s.78.

(*Mosaikbetrachtung*) olarak bilinmektedir.⁴³¹ Mozaik yaklaşımında, her ülke hukuku, kendi ülkelerindeki piyasada gündeme gelen zarar bakımından ve onunla sınırlı olarak uyumsuzluğa uygulanmaktadır.⁴³²

Mozaik yaklaşımından faydalanılmasının, haksız rekabet eyleminin bir üye ülkede hukuka uygun, diğer ülkede hukuka aykırı olarak nitelenmesi sonucunu doğurabileceğine dikkat çekilmiştir.⁴³³ Burada, haksız rekabet hukukunca korunan hakların, orantısız genişlikte bir dağılım gösterebilmeleri tehlikesi söz konusu olmaktadır. Meselenin ele alınmasında, Alman mahkeme uygulaması içerisinde kanunlar ihtilâfına ilişkin bir “sezilebilirlik kuralı” (*Spürbarkeitsregel*) geliştirildiğinden bahsedilmektedir. Bu kural bağlamında piyasa yerinin, yalnızca sınıraşıcı rekabet eylemi nedeniyle o piyasa üzerinde etki doğacağı önceden sezilebilen ülkelerde bulunacağı şeklinde bir ön kabul yapılmaktadır. Bu kabul uyarınca belirlenen ülkeler dışında kalanların ise, kendi hukuklarını olaya uygulamak bakımından yeterli düzeyde bir menfaate sahip olmadıkları sonucuna varılmaktadır.⁴³⁴

Mozaik yaklaşımı, sadece AB Hukuku ve Roma II m.6/1 hükmü kapsamında rastlanan bir metod olmayıp, İsviçre IPRG m.136/1 hükmü bağlamında da gündeme gelebilmektedir. Bu açıdan, aynı sıkıntıların İsviçre hukuku bakımından da ortaya

⁴³¹ C. Wadlow, 2009, s.791; M. Neumayr, 2010, s.2206; P. Mankowski, 2014, s.220.

⁴³² S. Fischer, 2012, s.256, 257. Mozaik yaklaşımının uygulamaya geçirilmesi hususunda *Shima*, somut olayda birden fazla sayıda devletin ülkesinde bulunan piyasalar bakımından gündeme gelen zararlara rastlanılması hâlinde, her piyasanın bağımsız olarak değerlendirilmesi yerine, tüm zararların birlikte ele alınarak bir değerlendirme yapılmasını önermekte, bunun kanunlar ihtilâfı sistemi bakımından daha doğru bir yaklaşım olacağını düşünmektedir. Bkz. T. Shima, 2012, s.289.

⁴³³ G. Calliess, 2015, s.589. Roma II m.6/1 uygulamasında mozaik yaklaşımının benimsenmesinin, haksız rekabet eylemi sonucu doğan zararın birden fazla ülke piyasasını etkiliyor olduğu hâllerde kanunlar ihtilâfı bakımından gündeme getirebileceği sorunlar hakkında detaylı değerlendirmeler için bkz. R. Hausmann, E. I. Obergfell, 2010, s.286-296.

⁴³⁴ Öte yandan, Roma II m.6'nın lafzına bakıldığında böyle bir sezilebilirlik kuralının varlığının açık olarak çıkarılamadığı da belirtilmektedir. Bkz. S. Fischer, 2012, s.256.

çıkma riski bulunmaktadır. İsviçre uygulamasına ilişkin olarak *Bär*, “piyasa yeri” kavramının er ya da geç müşterilerin idare merkezleri veya şubelerinin bulunduğu yerde lokalize hâle geleceğini ifade etmekte, ve madde uygulamasında rekabetin sınırlanmasına ilişkin m.137/1’den kıyas yaparak, “doğrudan ilgili piyasa” şeklinde bir sınırlama yapılması gerektiğini savunmuştur.⁴³⁵ Buna göre, hem niceliksel hem de niteliksel bir “ağırlık noktası değerlendirmesi” (*Schwerpunktbewertung*) yapılması gerekecektir. Böylesi bir değerlendirme sonucunda dahi haksız eylemin gayet yoğun biçimde birden fazla devlet sınırları içerisinde etki doğurduğu hâllere rastlandığında ise, ilgili ülke hukuklarının uygulanacakları fakat yalnızca kendi sınırları içerisindeki piyasaya dair etkiler ile sınırlı olarak uygulama alanı bulacakları ifade edilmektedir.⁴³⁶

d) “Münhasıran” Belirli Bir Rakibin Menfaatlerinin Etkilenmesi (Roma II m.6/2)

aa) Kavram

Roma II m.6/2 hükmünün uyuşmazlığa doğru tatbikinde, metin içerisinde kullanılmış bulunan “münhasıran” sözcüğünün özel bir önem arz etmekte olduğu açıktır. Bir haksız rekabet eyleminin belirli bir rakip üzerinde “münhasır” nitelikte bir “etki” doğurması ile kastedilmek istenenin ne olduğu meselesi üzerinde durmak gerekmektedir.

Hükmün lafzı ve birinci fıkra ile arasındaki ifade farklılaşması dikkate alındığında, daha önce değinildiği gibi, ikili bir ayırım çerçevesinde haksız rekabet

⁴³⁵ R. Bär, 1987, s.143-152.

⁴³⁶ I. Schwander, 1997, s.280.

eylemlerinin gruplandırıldığı, bazı eylemlerin piyasa ile doğrudan ilgisi bulunurken, diğer birtakım eylemlerin ise piyasayı doğrudan ilgilendirmeyip “sadece” belirli bir rakip açısından etki doğuracak nitelikte görüldükleri anlaşılmaktadır. Dolayısıyla, hükmün lafzı esas alınarak gerçekleştirilecek bir değerlendirmenin, eylemin objektif olarak yalnızca belirli bir rakip dışındaki diğer rakipler açısından doğrudan bir zarara yol açmadığı, yahut tüketicilere bir etkisi olmadığı hâller ile sınırlı olarak hükmün dar yorumlanarak uygulanması anlamını taşıyacağı düşünülebilir.⁴³⁷ Bu yaklaşıma göre, piyasa üzerinde ufak da olsa doğrudan bir etkinin saptanabildiği hâllerde Roma II m.6/2 hükmünün uygulanması mümkün olamamalıdır.⁴³⁸

Münferit bir rakibin bireysel menfaatlerinin hangi hâllerde münhasıran ihlâl edilmiş sayılacağıın tespiti zordur.⁴³⁹ Bu sebeple, Roma II Tüzüğü'ne ilişkin Komisyon önerisinde, maddenin birinci fıkrası bakımından herhangi bir sıralama yapılmamış olduğu hâlde, ikinci fıkra hükmünün hangi haksız rekabet eylemleri düşünülerek kurgulandığı açıkça yazılmıştır.⁴⁴⁰ Bir başka deyişle, Komisyon, sıralamış bulunduğu eylemlerin kural olarak “münhasıran belirli bir rakibi ilgilendiren eylemler” oldukları düşüncesini ortaya koymak istemiştir. Buna karşılık, örnekleme şeklinde verilen bu sıralamanın, söz konusu eylemlerin somut olayda nerede veya kimin üzerinde etki doğuracakları hususunda aksi kabul edilemez bir varsayım niteliğinde olmadıkları da kabul edilmelidir. Zira, herşeyden önce değinilen eylem türleri, sınırlı sayıda olmayıp örnek mukabilinden sayılmışlardır. Dolayısıyla,

⁴³⁷ M. Illmer, 2011, s.145.

⁴³⁸ Ibid, s.146.

⁴³⁹ Bu tür hâllerin uygulamada çok zor belirlenebildiği ifade edilmektedir. Bkz. C. W. Fröhlich, 2008, s.83.

⁴⁴⁰ Tüzük taslağına ilişkin Komisyon Önerisi'nde, 30 numaralı açıklamada yer aldığı şekilde, maddenin ikinci fıkrasının kapsamında; rakibin çalışanlarını ayartma, rüşvet, sanayi casusluğu, ticari sırların ifşası veya sözleşmeyi ihlâl teşvik eylemleri sayılmıştır. Bkz. Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on the law applicable to non-contractual obligations ("ROME II") / COM/2003/0427 final - COD 2003/0168.

bir an için verilen örneklerin tümü açısından böyle bir varsayımın varlığı kabul edilse dahi, bu listede yer verilmemiş ama nitelik itibariyle ikinci fıkra hükmü kapsamına girmesi gereken diğer haksız rekabet hâlleri bakımından bağımsız bir değerlendirme yapılması zorunluluğu zaten mecburi olarak doğmaktadır. Kaldı ki, bağımsız değerlendirmenin yapılacağı bir kez kabul edildiğinde, öneride yer verilmiş ve somut olaya göre oldukça farklı kombinasyonlarda ortaya çıkabileceği açık olan örnek hâller bakımından herhangi bir değerlendirme yapılmamasının, milletlerarası özel hukuk adaletine ulaşılması fikrine açık aykırılık teşkil edeceği pekâla düşünülebilir.

Doktrin görüşleri incelendiğinde, Roma II m.6/2 hükmünü uygulayacak bir mahkemenin, “münhasıran” sözcüğünün yorumu esnasında iki yoldan birini izleyebileceği anlaşılmaktadır. İlk yolu benimseyen bir mahkemenin, yukarıda değinilen “lafzi yorum” çerçevesinde piyasa üzerinde az da olsa etki doğuran eylemler bakımından ikinci fıkra hükmünü uygulamaktan vazgeçerek birinci fıkra hükmünü uygulayacağı öngörülebilir. Burada, ifadenin dar yorumlanması suretiyle ikinci fıkra hükmünün uygulama alanı oldukça sınırlandırılmış olmaktadır.⁴⁴¹ Öyle ki, doktrinde, Komisyon önerisinde verilen örnek eylemler haricinde fıkranın uygulama alanı bulmasının neredeyse imkânsız hâle geleceği⁴⁴², zira neredeyse tüm haksız rekabet eylemlerinin ufak düzeyde de olsa tüketiciler yahut piyasa bütünlüğünü etkileyen sonuçlar doğurmakta oldukları fikri ileri sürülmektedir.⁴⁴³

⁴⁴¹ C. Honorati, 2006, s.157.

⁴⁴² G. Calliess, 2015, s.579; R. Sack, 2012, s.604.

⁴⁴³ W. Wurmnest, 2015, s.1017; J. Von Staudinger, K. H. Fezer, S. Koos, 2015, s.330; P. Grolimund, E. Bachofner, 2017, s.1860.

İkinci yol olarak ise, münhasıran kavramının “daha ziyade” biçiminde esnek şekilde yorumlanmasından söz edilecektir⁴⁴⁴ ki, bu yorumun doktrinde ağırlıklı olarak benimsenmekte olduğu göze çarpmaktadır.⁴⁴⁵ Doktrinde, *Lindacher*’in de haklı olarak belirttiği gibi, Roma II m.6/2 hükmünde geçen “münhasıran... etkilenme” ifadesi, kendisi ile çelişik bir yapı arz etmektedir. Zira, bu ifade, haksız rekabet eylemlerinin kısmen de olsa daima piyasa üzerinde dolaylı bir etki doğurdukları gerçeğinin karşısında yer almaktadır.⁴⁴⁶ Nitekim, Komisyon dahi örnek eylemleri sıraladıktan sonra, “söz konusu eylemlerin piyasa üzerinde hiç olumsuz etkisi olmayacağını söylemek mümkün olmasa da anılan bu hâllerin esasen iki tarafı etkilediklerinin kabul edilmesi gerektiğini” belirtilmiştir.⁴⁴⁷ *Plender / Wilderspin*’e göre, Komisyonun bu ifadesi yorumlanacak olursa; madde hükmünün uygulanması için, -muhtemel- bir etkinin genel olarak piyasa üzerindeki ağırlığı, belirli bir rakip açısından doğan / doğacak etkiye kıyasla oldukça sönük kalmalı ve böylelikle genel haksız fiil bağlama kuralına gidilmesi haklı çıkarılıyor olmalıdır.⁴⁴⁸

Dickinson, Roma II m.6/2 kapsamında “münhasıran” nitelemesiyle anılabilecek etkilerin tespitinde şu sorunun sorulmasının faydalı olacağını düşünmektedir:⁴⁴⁹

“Acaba söz konusu haksız rekabet eylemi, aynı zamanda bir bütün olarak piyasadaki

⁴⁴⁴ Doktrinde *Honorati*’ye göre, böyle bir yol benimsenirse, mahkemenin iki farklı uygulanacak hukuka ulaşmasıyla sonuçlanabilecek geniş bir takdir yetkisine kavuşması söz konusu olacaktır. Bkz. C. Honorati, 2006, s.157.

⁴⁴⁵ P. Fabig, 2016, s.64; H. Götting, 2013, s.125; R. Schaub, 2016, s.3373; K. Thorn, 2017, s.2799; J. Von Staudinger, K. H. Fezer, S. Koos, 2015, s.336, 337; J. Drexler, 2015, s.1198; R. Hausmann, E. I. Obergfell, 2010, s.237.

⁴⁴⁶ H. Unberath, J. Cziupka, 2011, s.799. Genel olarak rekabetçi ilişkileri yahut tüketicilerin kolektif menfaatlerini hiç ilgilendirmeyip yalnızca belirli bir rakibin menfaatlerini ilgilendiren eylemleri bulmanın güç olacağı belirtilmektedir. Bkz. G. Calliess, 2015, s.578.

⁴⁴⁷ A. Dickinson, 2008, s.400.

⁴⁴⁸ R. Plender, M. Wilderspin, 2015, s.627.

⁴⁴⁹ A. Dickinson, 2008, s.406. Yazara göre, Komisyon Tasarısı’nda “doğrudan hedef alınma” anlaşılabilecek şekilde belirtilen ve böylelikle davalının eylemine yapılmış olduğu anlaşılan vurgunun, Tüzük maddesinin lafzına bakıldığında davalının iradesinden çok eylemin sonuçlarına vurgu yapacak şekilde kaleme alındığı, bu kapsamda öneride yer alan ifade ile tüzük metnindeki ifadeyi bağdaştırmanın güç olacağı söylenebilir. Bkz. Ibid, s.405.

rekabet koşullarını ciddi ölçüde (*materially*) değiştirmeksizin yalnızca belirli bir rakibin zararına olacak şekilde davalıya bir rekabet avantajı sağlamakta mıdır?” Yazara göre, eylemin ilgili piyasada meydana getireceği etkilerin, doğrudan hedef alınan⁴⁵⁰ rakip üzerinde meydana gelecek etkilere kıyasla ikincil nitelikte görülüp görülemeyeceklerine bakılmalıdır.⁴⁵¹ Bu görüş ışığında, bir haksız rekabet eyleminin Roma II m.6/2 hükmü anlamında “iki taraflı” olarak kabul edilip edilemeyeceği meselesinin, somut olayın koşullarının dikkate alınmasını gerektireceği açıktır.⁴⁵²

Gerçekten de, haksız rekabet eyleminin münhasıran belirli bir rakibin işletmesel menfaatlerine zarar verici nitelikte olması, söz konusu eylemin, piyasa üzerinde hiç bir dolaylı etkisinin olmaması gerektiği şeklinde yorumlanmamalıdır. Bir başka deyişle, sırf piyasa üzerinde de dolaylı birtakım etkilerin görülebiliyor olması, somut eylem bakımından Roma II m.6/2 hükmünün uygulanmaması için bir gerekçe teşkil etmemelidir. Bu açıdan, haksız rekabet eyleminin “öncelikle” belirli bir rakibe yöneltilmiş bir ilişki bünyesinde gündeme gelmesi, piyasa üzerindeki dolaylı etkilerini ise ancak sonradan göstermesi olgusunun varlığının aranması daha yerinde gözükmektedir.⁴⁵³ Zira, işletme ile ilgili haksız rekabet hâlleri, rakibin işletme organizasyonuna (*Betriebsorganisation*) doğrudan bir müdahale anlamı taşımaktadır. Bu hâllerin piyasa ile olan ilgileri ise, rakibin sahip olduğu tüm kaynakları

⁴⁵⁰ Doktrinde *Illmer*’e göre, ayırt edici kriter, subjektif olarak kimin hedeflendiği olmayıp, objektif olarak kimin üzerinde etki doğduğu şeklinde benimsenmelidir. Bkz. M. Illmer, 2011, s.146. Nitekim Doktrinde, Komisyon’un Roma II m.6/2 hükmüne ilişkin ifadesinden eylemde bulunanın iradesinin önem taşıdığı gibi bir sonuca ulaşıldığı, ancak hüküm metnine bakıldığında esas önemin söz konusu eylemin sonuçlarına verilmiş olduğunu gözlenilebileceği düşünülmektedir. Bkz. R. Plender, M. Wilderspin, 2015, s.627, 628.

⁴⁵¹ A. Dickinson, 2008, s.405; R. Plender, M. Wilderspin, a.g.e., s.628. Bu bakış açısından ele alındığında, iltibas ve aldatıcı reklam hâllerinin, çoğunlukla piyasayı da etkilemeleri bakımından Roma II m.6/1 kapsamına düşecekleri belirtilmektedir. Bkz. L. Collins, A. Briggs, A. Dickinson, J. Harris, J. D. McClean, P. McEleavy, C. McLachlan, C. G. J. Morse (Ed.), 2012, s.2232.

⁴⁵² R. Sack, 2012, s.605.

⁴⁵³ M. Weller, 2014, s.367; H. Götting, 2013, s.125. Roma II m.6/2 hükmünün uygulaması için yalnızca doğrudan ihlaller esas alınmalıdır. Bkz. A. Beater, 2011, s.292.

kullanamamasını sağlamak suretiyle onun piyasada sahip olduğu konumu zayıflatmak yönünden sadece dolaylı bir nitelik taşımaktadır.⁴⁵⁴ İşletme ile ilgili haksız rekabet hâllerinin, piyasa üzerinde doğurdıkları bu dolaylı etkiye kullandıkları vasıtalar, kendi başlarına piyasaya yönelik eylemler olmayıp, genel anlamda haksız fiile daha yakın bir görünüm arz etmektedirler.⁴⁵⁵

Doktrinde, piyasa ilgisinin varlığı veya yokluğunun kesin olarak belirlenemediğı hâllerin, olayda kâfi derecede bir "bireysel ilgi" bulunduğı yönünde birer ip ucu olarak görülebilecekleri ve bu sayede piyasa yeri hukukunu uygulamaktan vazgeçilmesini haklı çıkarabilecekleri görüşü ileri sürülmüştür.⁴⁵⁶ Haksız rekabet eylemi ile ilgisi bulunan somut bir piyasanın bulunmayışı, çoğı hâl bakımından rakibin doğrudan, piyasanın ise yalnızca dolaylı olarak -kimi hâllerde tespit edilmeye dahi elverişli olmayacak şekilde- etkilendiğı biçiminde yorumlanmaya müsaittir.⁴⁵⁷

Wadlow, “menfaatleri... etkilenen” ifadesinden ne anlaşılması gerektiğı hususunda bir belirsizlik olduğunu düşünmektedir. Acaba bu ifade otonom bir anlama mı sahiptir yoksa olası uygulanacak hukuka yahut belki de *lex fori*’ye göre mi ifadenin içeriğı doldurulacaktır? İçeriğın hangi hukuka göre doldurulacağı meselesinden bağımsız olarak, acaba bu ifade “zarar”dan daha aşağı seviyede bir eşik belirleyebilmek amacıyla mı kabul edilmiştir? Öyle olduğu varsayımında,

⁴⁵⁴ P. Mankowski, 2014, s.224. *Mankowski*’ye göre; işletme ilgisi, elde bulundurulacak kaynaklara (*Ressourcen*), o kaynaklardan mahrum bırakacak “doğrudan bir saldırı” (*direkter Angriff*) niteliğinde olmalıdır. Mahrum kalınan konu, salt piyasaya ilişkin fırsatlar (*Chancen*) olmayıp, elde bulundurulmakta olan değerler (*bereits vorhandene Güter*) olmalıdır. Müdahale mevcut değerlerin tahsisine (*Allokation*) karşı gerçekleştirilmelidir. Bkz. Ibid, s.226.

⁴⁵⁵ Ibid, s.224.

⁴⁵⁶ P. Fabig, 2016, s.65.

⁴⁵⁷ Ibid, s.65.

tarafklar arasında var olduğu iddia edilen rekabet ilişkisinin son derece uzak olduğu, yahut böyle bir rekabet ilişkisinin hiç bulunmadığı durumlarda ne olacaktır?⁴⁵⁸

Kanımızca, “menfaatleri... etkilenen” ifadesinin, “zarar”dan daha aşağı seviyede bir eşik belirlediğini kabul etmek gerekmektedir. Zira, özellikle fıkra hükmüne girdiği düşünülen ticari sırların ihlli türlerinin hepsi açısından varlığı saptanabilen bir zarardan bahsedilmesi mümkün değildir. Benzer şekilde, ifadenin içeriğini *lex causae* eksenli bir değerlendirme çerçevesinde doldurmak, söz konusu etkinin derecesinin, talepler bakımından işlerlik kazanan hukuk ile aynı hukuka göre belirlenmesi sonucunu doğuracaktır ki, bu tercih taraf menfaatlerinin daha adil gözetilmesini sağlamaya elverişlidir.

bb) rnek hller

Roma II m.6/2 hükmünde yer bulan “münhasıran belirli bir rakibin menfaatlerinin etkilenmesi” olgusuna 2003 tarihli Komisyon nerisi’nde verilen ve sınırlı sayıda olmadığı anlaşılan örnekler; işçi ayartma, rüşvet, sanayi casusluđu⁴⁵⁹, ticari sırların işşası ve sözleşmeyi ihlle teşvik şeklindedir.⁴⁶⁰ Bunların yanısıra, “retim ve satış faaliyetlerini baltalama” (*Sabotageakte an Produktions- und*

⁴⁵⁸ C. Wadlow, 2009, s.793

⁴⁵⁹ Doktrinde, "ticari sırların sanayi casusluğu aracılığıyla elde edilmesi" ifadesi de kullanılmaktadır. Bkz. B. Lurger, M. Melcher, s.5/68.

⁴⁶⁰ *Dickinson*’a göre, Komisyon’un önerisinde yer alan bu örnek hller, faydalı olmakla birlikte maddenin birinci fıkrasında yer alan hükmün dış sınırlarının belirlenmesine yarayacak bir genel tanım vermemektedir. Ona göre, Paris Konvansiyonu’nun 10.maddesinde yer alan “haksız rekabet” maddesinden ve yine WIPO Model Provisions on Protection Against Unfair Competition düzenlemesinin birinci maddesinde yer alan ifadelerden faydalanılabilir. Bkz. A. Dickinson, 2008, s.400.

Vertriebseinrichtungen), “işletme itibarını zedeleme” (*Verletzung der Geschäftslehre*) eylemleri⁴⁶¹ de doktrinde verilen örnekler arasındadır.

Ticari sırların ihlâli, "ihlâl" niteliğinde görülebilecek eylemlerin büyük bir çoğunluğu bakımından, sır sahibi dışında hiç kimsenin olumsuz şekilde etkilenmediği varsayılan haksız rekabet hâllerine verilen en temel örnek olarak gözükmektedir.⁴⁶² Bu çalışma açısından ayrıca önem taşıyan diğer haksız rekabet hâlleri ise; işçi ayartma ile sözleşmeyi ihlâl teşviktir. Bu iki örnek hâlin taşıdıkları öneme, uygulanacak hukukun tespitine ilişkin değerlendirmeler esnasında aşağıda tekrar değinilecektir.

cc) Zararın Meydana Geldiği Yer Hukukunun Uygulanması

Daha önce değinildiği gibi, Roma II m.6/2 hükmünde yer alan gönderme, Roma II m.4’ün bütününe yapılmıştır. Bu sebeple, Roma II m.4’de yer alan tüm fıkraların somut olayın koşullarına ve taraflar arasındaki ilişkilerin niteliğine göre uygulanma imkânına sahip oldukları bilinmektedir. Bununla birlikte, yine daha önce belirtildiği gibi fıkralar arasında bir uygulama sırasının varlığı kabul edildiğinden, anılan fıkraların birbirlerine alternatif nitelikte olmadıkları önemle vurgulanmalıdır. Dolayısıyla, öncelikli uygulanırlığa sahip olduğu düşünülen Roma II m.4/2 hükmünde yer alan "müşterek mutad mesken" kuralının olaya tatbiki için gerekli şartların bulunmadığı anlaşıldığında, Roma II m.4/1 hükmünde yer alan “zararın meydana geldiği yer” hukukunun olaya uygulanması gündeme gelecektir.⁴⁶³

⁴⁶¹ H. Unberath, J. Cziupka, 2011, s.799.

⁴⁶² C. Wadlow, 2008, s.310.

⁴⁶³ Doktrinde, öncelikle Roma II m.4/2 hükmüne gidilecek olması ve şartları sağlanıyorsa, zararın meydana geldiği yer hukuku yerine ortak mutad mesken hukukunun uygulanacak olması nedeniyle,

Roma II m.4, zararın haksız fiilin gerçekleştirildiği yerde meydana geldiği hâller (*Platzdelikten*) ile buradan başka bir yerde meydana geldiği hâller (*Distanzdelikten*) arasında ayırım yapmamıştır.⁴⁶⁴ Böylelikle, haksız fiilin nerede gerçekleştirildiği yahut haksız fiilin gerçekleştirildiği yer ile zararın meydana geldiği yerin farklı olup olmadıkları soruları pratik önemlerini yitirmişlerdir.⁴⁶⁵ Maddenin birinci fıkrasında, haksız fiilin gerçekleştirildiği yer (*Handlungsort*) kuralından vazgeçildiği ve zararın meydana geldiği yer (*Erfolgort*) kuralının benimsendiği görülmektedir.⁴⁶⁶ Hükümde benimsenen bağlama noktası, “doğrudan nitelikteki zararın meydana geldiği yer”dir (*Ort des unmittelbaren Schadenseintritts / Erfolgort*).⁴⁶⁷ Hükümün uygulanması açısından, söz konusu zarara bağlı dolaylı sonuçların (*indirekte Schadensfolgen / folgeschäden*) hangi ülke veya ülkelerde meydana geldikleri önem taşımamaktadır.⁴⁶⁸ Bir başka deyişle, Roma II m.4/1 hükmü, zarar doğurucu hadisenin gerçekleştiği yahut o hadisenin dolaylı etkilerinin (*pecuniary loss / economic loss*) ortaya çıktığı yerlerden bağımsız olarak zararın meydana geldiği ülke

iki taraflı haksız rekabet eylemleri açısından genel haksız fiil bağlaması ile “zararın meydana geldiği yer”e bağlanılmasının pratik bir önem arz etmeyeceği düşüncesi ileri sürülmüştür. Bkz. J. Drexl, 2015, s.1206.

⁴⁶⁴ B. Verschraegen, 2012, s.133.

⁴⁶⁵ G. Hochloch, 2014, s.6852.

⁴⁶⁶ W. Posch, **Bürgerlicher Recht Band VII Internationales Privatrecht**, Mörlenbach, 2010, s.155. Ticari sırlar, genel olarak fikri mülkiyet haklarından daha soyut ve dağınık bir yapıda olup, ticari sırların haksız ifşasından yahut kullanımından doğacak zararlar da belirli bir ülke ile sınırlı yahut orada lokalize olamamaktadırlar. O kadar ki, *Wadlow*, ticari sır davalarında Roma II m.4/1 hükmü bakımından “zararın belirli bir yerde meydana çıktığından” bahsedilebilmesinin, gözlemlenebilir herhangi bir fiziki yahut ekonomik olguya dayanarak yapılmayacağı, esasen bu gibi davaları çözebilmek için icat edilmiş takdiri yahut hukuki kavramları kullanabilmek amacıyla söz konusu olacağını düşünmektedir. Ona göre, ilgili haksız fiilin veya fiillerin nerede gerçekleştirildiklerini söylemek, zararın meydana geldiği yeri ortaya çıkarmaktan daha kolay ve daha az yapaydır. Ancak, Roma II m.4 uygulamasında önemli olan haksız fiil yeri değil, zararın ortaya çıktığı yerdir. Bkz. C. Wadlow, 2008, s.313.

⁴⁶⁷ J. Drexl, 2015, s.1204.

⁴⁶⁸ W. Posch, 2010, s.156; P. Mankowski, 2014, s.188. Roma II m.4/1 hükmünde zararın meydana geldiği yerin, haksız fiil yeri ve ikincil zararların meydana geldikleri yer kesinlikle dikkate alınmadan yalnız başına esas alındığı açıkça belirtildiği için; doktrindeki baskın görüş tarafından, anlayış olarak, zararın meydana geldiği yer kadar haksız fiilin gerçekleştirildiği yeri de kapsadığı düşünülen Brüksel Tüzüğü m.5/3 (EuGVVO) hükmünden bir farklılaşma bulunduğunu kabul etmek gerekeceği belirtilmektedir. Bkz. R. Sack, 2012, s.602.

hukukuna yapılan bir bağlama içermektedir.⁴⁶⁹ Fıkra hükmü, haksız fiil kaynaklı uyuşmazlıkların tüm unsurları içerisinde; 1-Sorumluluğa vücut veren eylem veya hadise, 2-Mağdur tarafından katlanılan zararın meydana gelmesi, 3- Söz konusu zarar neticesinde ona bağlı olarak ortaya çıkan diğer kayıpların (zararın dolaylı sonuçları) meydana gelmeleri şeklinde olmak üzere “üçlü” bir farklılaşmaya gitmiş, fakat yalnızca ikinci sıradaki unsuru bağlama noktasının tayininde esas almıştır.⁴⁷⁰

Acaba Roma II m.6/2 hükmü aracılığıyla gidilen m.4/1 hükmünde yer alan “zararın meydana geldiği yer” ifadesi neresi şeklinde anlaşılacaktır? Alman hukukunda bir grup yazar, bu bağlama noktasının esasen Roma II m.6/1 hükmündeki bağlama noktası ile aynı yapıya sahip olduğunu, dolayısıyla piyasanın bulunduğu yer şeklinde anlaşılabilirliğini savunmaktadırlar⁴⁷¹ Diğer bir grup yazara göre ise, burada kastedilen, zarar görenin işletmesinin idare merkezidir.⁴⁷² Üçüncü bir görüşe göre ise, zararın meydana geldiği yerin belirlenmesinde genel somutlaştırmalar yapmak

⁴⁶⁹ G. Calliess, 2015, s.591. Bu durumun, Avrupa Birliği Adalet Divanı’nın uygulamaları ile uyum içerisinde olduğu belirtilmektedir. Bkz. C. Wadlow, 2008, s.313.

⁴⁷⁰ Doktrinde *Hellner*, haksız rekabet hâllerinde zararın meydana geldiği yerin daha muğlak bir nitelik taşıdığını ve fiilin gerçekleştirildiği yere göre tespit edilmesinin görece daha zor olduğunu düşünmektedir. Bkz. M. Hellner, 2007, s.53. Hükmün saydığı üç unsur içerisinde özellikle en son unsurun, yani zararın dolaylı sonuçlarının meydana geldikleri yerin, ikinci unsurdan yani zararın meydana geldiği yerden ayrılmasının zorluk arzedebileceği belirtilmektedir. Komisyon’un raporu, üçüncü unsur ile ilgili olarak *Marinari* kararına atıfta bulunmaktadır. ATAD’ın 1995 yılında verdiği bu kararda, Brüksel Konvansiyonu m.5/3 hükmünde bahsedildiği şekliyle “zararın meydana geldiği yer” ifadesinin, davalının bir başka üye ülkede maruz kaldığı ve ilk zarara bağlı olarak ortaya çıkan finansal zararları kapsamayacağı kabul edilmiştir. Zarar görenin, eylem neticesinde yalnızca finansal zarara uğradığı hâllerin bu karar ışığında nasıl yorumlanacağı meselesinin daha az netlik taşıdığı belirtilmektedir. Bkz. M. Hellner, 2007, s.53. Zarara uğranılan yerin tespitinin, eylemin gerçekleştirildiği yerin tespitine göre daha zor olduğu, hükmün bu hâliyle aynı anda birden fazla devlet hukukunun uygulanmasını gündeme getirebileceği belirtilmektedir Bkz. C. W. Fröhlich, 2008, s.84. Zararın meydana geldiği yerlerin, haksız fiilin işlendiği yerlerden neredeyse her zaman sayıca üstün olacakları düşünülmektedir. Bkz. C. Wadlow, 2008, s.313. Tüzüğün genel olarak, haksız fiillerde zarar gören ekseninden konuyu ele almayı tercih ettiği belirtilmektedir. Bununla birlikte, haksız fiilin gerçekleştirildiği yer hukukunun, zararın meydana geldiği yer hukukuna göre daha yüksek davranış standartları getirmiş olması ihtimâli her zaman için söz konusudur ve böyle bir durumda zararın meydana geldiği yer prensibinin benimsenmesinin pratikte zarar göreni en iyi şekilde koruduğundan bahsedilemeyeceği ifade olunmaktadır. Bkz. G. Van Calster, **European Private International Law**, Portland, 2016, s.252.

⁴⁷¹ Yazarlar için bkz. T. Bauermann, 2015, s.72, dipnot 387.

⁴⁷² Yazarlar için bkz. ibid, s.72, dipnot 388.

yerine ilgili rakibin hukuken korunan değerleri (*Rechtsgüter*) veya menfaatlerinin olumsuz yönde etkilendiği (*Beeinträchtigung*) yerin nerede bulunduğu bakılması daha doğrudur.⁴⁷³

Roma II m.4/1 hükmünde benimsenen bağlama noktasının, m.6/1 hükmünde benimsenen ile aynı olduğu düşüncesi de tartışılmıştır. Bir örnek üzerinden bu kabul somutlaştırılabilir. A ülkesinde kurulu bulunan X ve Y şirketlerinin, B ülkesi piyasasında rekabet ettikleri bir varsayımda, X şirketinin hukuka aykırı olarak hâlihazırda Y şirketi bünyesinde A devletinde çalışan bazı işçilere rüşvet vermesi örneği açısından, her ne kadar haksız rekabet eyleminin doğrudan etkileri A devletinde lokalize olmuş hâlde görünseler de, her iki şirketin de B ülkesinde birbirlerine rakip olmaları nedeniyle haksız rekabetin zararlı etkilerinin B ülkesinde ortaya çıkacaklarından bahsedilmekte; dolayısıyla m.6/2 aracılığıyla gidilen m.4/1 hükmüne göre tespit edilecek yerin “rakibin bireysel menfaatlerinde zarar görülecek yer” olmasından ötürü B ülkesi, uygulanacak hukukun da B ülkesi hukuku olacağı düşünülmektedir.⁴⁷⁴ Doktrinde, *Wadlow*’a göre, Roma m.6/2 hükmünün göndermesi sonucu gidilen m.4/1 hükmünün uygulanması hâlinde, aslında m.6/1 hükmü ile ulaşılmak istenen hukuka ulaşılmaktadır. Ancak yazar, m.4’ün birinci fıkrası değil de ikinci veya üçüncü fıkrasının uygulanması hâlinde m.6/1 hükmünün düzenlemesinden ciddi farklılık ortaya çıkabileceğini de kabul etmektedir.⁴⁷⁵ Öte yandan, *Bauermann* ise, Roma II Tüzüğü ve m.6’nın sistematiklerine bakıldığında, m.4/1 hükmünde geçen bağlama noktasının, piyasa yeri hukuku olarak anlaşılmasının doğru olmayacağını savunmaktadır. Yazara göre, m.6/2 hükmü

⁴⁷³ Ibid, s.72. Doktrinde “işletme faaliyetinin engellenme yeri”nin (*Ort der Behinderung der Betriebstätigkeit*) de önerildiği görülmüştür. Bkz. J. Von Staudinger, K. H. Fezer, S. Koos, 2015, s.333.

⁴⁷⁴ H. Unberath, J. Cziupka, 2011, s.800.

⁴⁷⁵ C. Wadlow, 2009, s.795.

aracılığı ile başka bir maddeye gönderme yapılıyor olması, m.4/1 hükmü ile m.6/1 hükmünde benimsenen bağlama noktalarının farklı olduğu yorumunu haklı çıkarmaktadır.⁴⁷⁶

Biz de *Bauermann*'ın eleştirilerine katılmaktayız. Kanımızca, her iki bağlama noktası ile aynı yer hukukuna ulaşılmasının teorik olarak mümkün olduğu kabul edilmeli, ancak Roma II m.6/2 hükmünün bilinçli olarak m.4'e bir göndermede bulunmuş olduğu göz ardı edilmemelidir. Aslında Komisyon önerisinde, m.6'nın m.4 hükmü açısından bir netleştirme niteliği taşıdığı ifade edilmektedir. Ancak ileride hukuk seçimi başlığı altında da görüleceği gibi, iki madde arasındaki ilişkinin daha farklı bir nitelik taşıdığı görüşü doktrinde haklı olarak ileri sürülmüştür. Tüzüğün hazırlanması esnasında, işletme ile ilgili haksız rekabet eylemine maruz kalan kimselerin Roma II m.4'ün birinci fıkrası dışındaki diğer fıkralarına da başvurabilmeleri yönünde bilinçli bir tercih sergilenmiştir. Bu sebeple, söz konusu maddelerdeki bağlama noktalarının neticede aynı sonuca götürücü bir fonksiyon üstlendikleri fikrinin savunulmasında, kanımızca yeterli dayanak oluşmamaktadır.

Fıkra da geçen “zararın meydana geldiği yer” ifadesinin çoğu olay bakımından zarar gören rakibin idare merkezinin (*Sitz*) bulunduğu yer yahut somut ilgisi bulunan işyerinin (*Niederlassung*) bulunduğu yer şeklinde tezahür edeceği görüşü de belirtilmektedir.⁴⁷⁷ Bu görüşün, fıkra hükmü bağlamında doğrudan doğruya idare merkezinin bulunduğu yere bağlanması sonucunu doğurma ihtimâli de vardır ki, böylesi bir yolun uygulanacak hukukun tespitinde kolaylık sağlayacağı açıktır.

⁴⁷⁶ T. Bauermann, 2015, s.73.

⁴⁷⁷ R. Hausmann, E. I. Obergfell, 2010, s.303; G. Hochloch, 2014, s.6853. Roma II m.6/2 hükmünün göndermesiyle m.4/1 hükmü kapsamında zararın gerçekleştiği yer; davacının rekabetçi pozisyonunun zarara uğrama ihtimâli bulunan yer, yahut davacının ilgili işyerinin bulunduğu yer, yahut onun gerçek idare merkezi bir başka deyişle ticari faaliyetlerini gerçekleştirdiği yer olarak ortaya çıkabilecektir. Bkz. R. Sack, 2012, s.602.

Doktrinde, *Augenhofer*'e göre,⁴⁷⁸ şirketin idare merkezinin bulunduğu ülke, zararın başka bir ülkede yer alan şube açısından gündeme gelmesi durumunda değerlendirme bakımından dikkate alınmamalıdır. Yazara göre, bir şirketin farklı ülkelerde birden fazla şubesi bulunuyorsa, haksız rekabet eyleminden ilk olarak etkilenen şubenin bulunduğu ülke hukuku esas alınmalıdır.⁴⁷⁹

Zararın meydana geldiği yerin kural olarak idare merkezinin bulunduğu yerde sabitlenmesi fikri, *Nettlau*'ya göre, bahsedilen yerlerde yalnızca dolaylı zararların meydana gelmiş olmaları ihtimâlinde bağlamanın ilgisiz kalacağı sebebiyle eleştiriye açık durmaktadır.⁴⁸⁰ Benzer şekilde, doktrinde, Roma II m.6/2 hükmünün göndermesiyle uygulanacak m.4/1 hükmünde yer alan bağlama noktasının, zarar görenin idare merkezi şeklinde anlaşılmaması gerektiği, sistematik açıdan bunun doğru olmayacağı, zira böyle bir kabul hâlinde, zarar görenin idare merkezi bağlama noktasına m.4/1 hükmünde yer verilmişken, zarar görenin mutad meskeni (idare merkezi) bağlama noktasına aynı anda m.4/2 hükmünde yer verilmiş olunacağı, dolayısıyla her iki fıkra da aynı hukuka tâbi olunacağından iki fıkra arasındaki ayrımın suni bir şekilde ortadan kaldırılmış olacağı düşüncesi de, haklı olarak ifade edilmiştir.⁴⁸¹

Son olarak, günümüz Alman / İsviçre doktrin ve uygulamasında, "sorumluluğa vücut veren kural tarafından korunan obje veya menfaatin" (*geschütztes Rechtsgut*) zarar esnasında bulunduğu yerin, zararın meydana geldiği yer olarak kabul edilmesi yönünde yerleşik bir anlayış bulunduğundan bahsedilebilir.⁴⁸²

⁴⁷⁸ G. Calliess, 2015, s.591.

⁴⁷⁹ Ibid, s.591.

⁴⁸⁰ H. Nettlau, 2013, s.256.

⁴⁸¹ T. Bauermann, 2015, s.74.

⁴⁸² A. Beater, 2011, s.293; M. Hellner, 2007, s.54.

dd) Müşterek Mutad Mesken Yeri Hukukunun Uygulanması

Roma II m.6/2 hükmünün göndermesi ile gidilen Roma II m.4 içerisinde öncelikli olarak dikkate alınacak hükmün ikinci fıkrada yer aldığına daha önce değinilmişti.⁴⁸³ Bu başlık altında ise, müşterek mutad mesken yeri hukukunun uygulanması (*lex domicilii communis* ; *Käseglockentheorie*) hususuna dair ek birtakım açıklamalara yer verilecektir.⁴⁸⁴

Haksız rekabet eyleminin mağduru konumundaki taraf ile, söz konusu eylemi gerçekleştiren tarafın, eylemin gerçekleştiği an bakımından aynı ülkede mutad mesken sahibi olmaları hâli, yalnızca “işletme ile ilgili haksız rekabet eylemleri” açısından dikkate alınmaktadır. Bir başka deyişle, eğer somut uyuşmazlık açısından Roma II m.6/1 hükmünün uygulanacağı sonucuna varılmakta ise, Roma II m.4’e zaten en baştan gidilmeyeceği için tarafların aynı ülkede mutaden meskûn olmalarının değerlendirme açısından herhangi bir önemi bulunmayacaktır.⁴⁸⁵

Roma II m.4/2 hükmünde kullanılan “mutad mesken” kavramının kural olarak gerçek kişiler düşünülerek formüle edilmiş olması, uygulamada daha sık karşılaşılmaması muhtemel tüzel kişi taraflar bakımından hükmün nasıl yorumlanacağı sorusunu da beraberinde getirmektedir. Bu sorunun cevabı, Roma II m.23/1 hükmünde yanıtlanmış gözükmektedir. İlgili hükümde belirtildiği üzere, tüzel kişiler açısından “mutad mesken” kavramı, ilgili işletmenin “merkez işyeri / idare merkezi”

⁴⁸³ M. Neumayr, 2010, s.2199.

⁴⁸⁴ Doktrinde *Drexl*, müşterek mutad mesken hukukuna yapılan özel bağlamanın ne derece yerinde bir yaklaşım olduğunun tartışmaya açık olduğunu düşünmektedir. Detaylı olarak yer verdiği görüşleri için bkz. J. Drexl, 2015, s.1198 - 1200.

⁴⁸⁵ G. Calliess, 2015, s.591. *Wadlow*, aslında Roma II m.4/2 hükmünün uygulanması gündeme gelebilecek hâllerin birçoğu açısından kanunlar ihtilâfı hukukuna başvurulmasının bile gerekemeyeceği düşüncesindedir. Bkz. C. Wadlow, 2008, s.314.

(*Hauptniederlassung*) şeklinde anlaşılabacaktır. Tüzel kişilerin de tıpkı gerçek kişiler gibi bir mutad meskene sahip olabilecekleri, bu kavramın tüzel kişiler açısından görünümünün onların idare merkezlerinin bulunduğu yer biçiminde ortaya çıkacağı kabul edilmiştir.⁴⁸⁶ Ancak aynı hükmün devamında, "*haksız fiilin gerçekleşmesi yahut zararın meydana gelmesinin, bir şube, temsilcilik yahut başka bir işyerinin işleyişi esnasında gerçekleştiği hâller açısından, bunların bulundukları yerin mutad mesken yeri olarak kabul edileceği*" biçiminde ek bir ifadeye de yer verilmiştir.⁴⁸⁷ Bir başka deyişle, böyle bir ilginin bulunduğu hâllerde merkez işyerinin bulunduğu yerin değil, o diğer işyerinin bulunduğu yerin mutad mesken yeri olarak dikkate alınması gerektiği hususu ortaya konmuş olmaktadır.⁴⁸⁸

Bu düzenleme ışığında, idare merkezi Almanya'da olan bir şirketin, yine Almanya'da bulunan bir rakibinin sırları üzerinde sanayi casusluğunda bulunması ve bu eyleminin sonuçlarından bir şekilde ABD piyasasında faydalanması durumunda, ilgili piyasanın orası olduğu gerekçesiyle ABD hukukunun değil, her iki rakibin de Almanya'da mutad mesken sahibi olmaları sebebiyle Alman hukukunun uygulanacağı öngörülebilir.⁴⁸⁹ Bu örnek açısından, müşterek bir mutad mesken (tüzel kişiler açısından idare merkezi) tespit edilebildiği için, varlığı iddia edilen haksız rekabet eyleminin neden olduğu zararlı sonuçların nerede ortaya çıktıkları (Roma II m.4/1) hususu herhangi bir önem taşımayacak ve değerlendirmede dikkate alınmayacaktır.⁴⁹⁰

⁴⁸⁶ C. Wadlow, a.g.e., s.312.

⁴⁸⁷ P. Mankowski, 2014, s.226.

⁴⁸⁸ H. Nettlau, 2013, s.256.

⁴⁸⁹ H. Unberath, J. Cziupka, 2011, s.798.

⁴⁹⁰ Buna karşılık, doktrinde Roma II m.17 hükmünün de değerlendirme sırasında göz önünde bulundurulacağı ifade edilmektedir. Söz konusu hükümde, sorumlu olduğu iddia edilen kişinin davranışının değerlendirilmesinde sorumluluğa yol açan hadisenin gerçekleştiği anda ve yerde bulunan "güvenlik ve davranış kuralları"nın (*rules of safety and conduct; die Sicherheits- und*

ee) Daha Sıkı İrtibatlı Hukukun Uygulanması

Roma II m.4/3 hükmü, haksız fiilin, birinci veya ikinci fıkralar uyarınca uygulanması gerekenden başka bir ülke ile açıkça daha sıkı irtibatlı olduğunun olayın bütün şartlarına göre açık olduğu hâllerde, söz konusu o diğer ülke hukukunun uygulanacağını belirtmektedir. Metin içerisinde “uygulanır” şeklinde emredici bir ifade tarzının benimsenmiş olması, böyle bir ülke tespit edildiğinde, o ülke hukukunun uygulanması açısından hakime herhangi bir takdir yetkisi verilmemiş olduğunu göstermektedir. Aslında, Roma II m.15 hükmünde tüm Tüzük bakımından bağlayıcı olan bir “daha sıkı irtibat” maddesi yer almasına karşın, haksız fiillere ilişkin genel bağlama kuralı içerisinde daha sıkı irtibatlı hukuk istisnasına yeniden vurgu yapılması ihtiyacı hissedilmiştir. Bu tercihin ana gerekçesi, son fıkra hükmünün devamı incelendiğinde ortaya çıkmaktadır.

Son fıkra hükmünün devamında, *“bir başka ülkeyle daha sıkı bir irtibat, özellikle, taraflar arasında önceden beri süregelen ve söz konusu haksız fiil ile sıkı irtibatlı -sözleşme gibi- bir ilişkiye dayanmış olabilir”* denilmek suretiyle, Roma II m.15 hükmünde dahi yer almayan ve özellik arzeden bir duruma açıkça işaret edilmiştir. Böylelikle, Roma II m.4/3 hükmünün Roma II m.6/2 göndermesiyle uygulandığı hâller açısından,⁴⁹¹ haksız rekabet kaynaklı uyuşmazlığı, sözleşmeye

Verhaltensvorschriften) uygun olduğu ölçüde dikkate alınacaklarını belirten ve Tüzük geneli bakımından uygulama imkânı bulan bir düzenlemeye yer verilmiştir. Bkz. M. Neumayr, 2010, s.2199.

⁴⁹¹ Roma II m.6/2 hükmünün m.4’e yaptığı gönderme neticesinde, yalnızca iki taraflı rekabet bozulmaları bakımından m.4/3 hükmünde yer alan “daha sıkı irtibatlı hukuk” istisnasının uygulanabilmesi mümkündür. Bir başka deyişle, etkilenen menfaatlerin bulunduğu yer (piyasa yeri) hukukunun uygulanmasını öngören m.6/1 hükmüne tâbi olunan hâller bakımından, daha sıkı irtibatlı hukuku uygulama imkânı bulunmamaktadır. Zira bu yerin zaten haksız rekabet ilişkisi ile en sıkı irtibatlı yer hukuku olduğu varsayılmaktadır. Bkz. J. Von Staudinger, K. H. Fezer, S. Koos, 2015, s.337.

aykırılık kaynaklı bir uyuşmazlık ile aynı hukuka tâbi kılabilme imkânı sağlanmış olmaktadır.⁴⁹² "Fer'i bağlanma"yı kabul eden bu hüküm ile, taraf menfaatlerine özel bir vurgu yapılmış olduğu düşünülmektedir.⁴⁹³ Maddenin birinci ve ikinci fıkralarında getirilen kurallardan "kaçılması" amacına hizmet etmesi bakımından, istisna özelliği⁴⁹⁴ taşıyan bu hükme dayanmak isteyen tarafın, söz konusu istisnai nitelik sebebiyle daha sıkı irtibatın varlığını ispat etmek zorunda olduğu belirtilmektedir.⁴⁹⁵

Daha sıkı irtibatın var olup olmadığının belirlenmesinde olaydaki tüm şartların dikkate alınacağı hususu fıkra metninde yazmaktadır. Bu açıdan, özellikle, " taraflar ve ülkeler" arasındaki irtibatlar (oturdukları yer gibi) ile "hadiseler ve ülkeler" arasındaki irtibatların (haksız fiilin unsurları nerede gerçekleşti, doğrudan ve dolaylı zarara nerede yol açıldı ve bu zarara nerede uğranıldı gibi) mutlaka dikkate alınması gerektiği belirtilmektedir.⁴⁹⁶ Buradan hareketle, önceden beri süregelen hukuki ilişki

⁴⁹² Wadlow'a göre, bu durum bir avantaj niteliğindedir. Bkz. C. Wadlow, 2008, s.316. Fıkra hükmünün olası vasıflandırma sorunlarını azaltmaya yardımcı olacağı görüşü de ifade edilmiştir. Bkz. J. J. Fawcett, J. M. Carruthers, 2008, s.803. Benzer yönde bkz. M. Hellner, 2007, s.58. Hükmün, çok da alışılmadık olmayan sözleşmesel ve sözleşme dışı sorumluluk hâllerinin kesişmesi bakımından bir ölçüde çözüm sağlayabileceği düşünülmektedir. Bkz. G. Van Calster, 2016, s.255.

⁴⁹³ K. Thorn, 2017, s.2793. *Mankowski*, tarafların, kendilerine karşı yapılacak hak ihlallerine ilişkin olarak önceden sözleşmesel birtakım tedbirler aldıkları ve yine sözleşmesel birtakım yaptırımlar öngörmüş bulundukları hâllerde, sözleşmeden ve hukuktan doğan talep haklarının paralel bir seyir izlemeleri ve bu doğrultuda aynı hukuka tâbi olmaları gerektiğini düşünmektedir. Bkz. P. Mankowski, 2014, s.227.

⁴⁹⁴ Mahkemelerin, kendi bildikleri hukuka bir dönüş aracı fonksiyonuyla Roma II m.4/3 hükmünü kötüye kullanmaları riski bulunduğu düşünüldüğünde, hükmün bir istisna hükmü olarak görülmesi daha da mantıklı hâle gelmektedir. Bkz. M. Neumayr, 2010, s.2200.

⁴⁹⁵ L. Collins, A. Briggs, A. Dickinson, J. Harris, J. D. McClean, P. McEleavy, C. McLachlan, C. G. J. Morse (Ed.), 2012, s.2214.

⁴⁹⁶ P. Rogerson, 2013, s.353. Roma II m.4 uygulamasında, sahip olunan vatandaşlığın değerlendirmeye katılmadığını söylemek mümkündür. Ancak vatandaşlığın özellikle m.4/3 hükmünde yer alan kaçış hükmünün uygulanması bakımından gündeme gelmesinin mümkün olduğu düşünülmekte; her ikisi de Avusturya'da mutad mesken sahibi olan iki Alman vatandaşından birinin diğerinden her ikisi de henüz Almanya'da iken haksız fiile maruz kalması durumu örnek verilmektedir. Bkz. M. Neumayr, 2010, s.2200. Doktrinde, *Spickhoff*, Roma II m.4/3 hükmünde geçen "açıkça daha sıkı irtibat" ifadesinin uygulaması bakımından, örneğin sözleşmeyi ihlâl eden bir işçi ile işverenin bir rakibi arasındaki sözleşme varlığının tek başına yeterli olmayacağını görüşündedir. Bkz. A. Spickhoff, **Rom II-VO**, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band3, H. G. Bamberger, H. Roth (Ed.) içinde, s.2613.

ile haksız fiil arasındaki irtibatın yeterince sıkı olmadığı hâllerde, söz konusu haksız fiil ile o ülke arasındaki diğer irtibatlardan faydalanılması suretiyle bu irtibatın güçlenmesi, yahut daha da zayıflamasının imkân dahilinde olduğu sonucuna varılabilir.⁴⁹⁷ Açıkça daha sıkı olan irtibatın, bir ülkenin hukukundan ziyade o ülkenin kendisi ile aranması gerektiği düşünülmektedir.⁴⁹⁸ Roma II m.4/3 hükmünde yer verilen kaçış hükmünden, birinci veya ikinci fıkralara göre uygulanacak hukukun bir kısmını bertaraf etmek amacıyla faydalanılamayacağı, söz konusu daha sıkı irtibatlı hukukun "bir bütün olarak" somut uyuşmazlığa tatbik edilmesi gerektiği de vurgulanmaktadır.⁴⁹⁹

Roma II m.4/3 hükmünün, hem birinci hem de ikinci fıkranın uygulanmasını engelleyici bir fonksiyon üstlenebileceği açıktır.⁵⁰⁰ Birinci ve ikinci fıkra hükümleri uyarınca uygulanacak hukuktan başka bir hukuka tâbi olunabileceği konusunda da tereddüt bulunmamaktadır. Bu açıdan, örneğin, zararın meydana geldiği yerin tespitinin yapay durduğu yahut oldukça zor olduğu hâllerde, haksız fiilin bir başka ülke ile açıkça daha sıkı irtibatlı olduğunu göstermenin daha kolay olacağı da ifade

⁴⁹⁷ C. Wadlow, 2008, s.316. Haksız fiil kaynaklı bir uyuşmazlıkta rastlanabilecek irtibat faktörlerinin sayıca çok fazla olmadıkları, tam tersine bu faktörlerin esasen dört adet oldukları belirtilmektedir: 1- Davacının ve 2-davalının coğrafi irtibatları; 3-davacının zarara uğradığı yer; 4-davalının haksız fiili gerçekleştirdiği yer. Çoğu örnek olayda, bu faktörlerden bazılarının aynı yerde örtüşükleri, örneğin çoğu olay bakımından davacının mutad mesken sahibi bulunduğu ülkede zarara uğradığı; veya davalının, mutad mesken sahibi bulunduğu ülkede haksız fiili gerçekleştirdiği; yahut davacının, davalının haksız fiili gerçekleştirdiği ülkede zarara uğradığı görülmektedir. Bkz. C. M. V. Clarkson, J. Hill, 2011, s.269.

⁴⁹⁸ J. J. Fawcett, J. M. Carruthers, 2008, s.800; C. Wadlow, 2008, s.316. Öte yandan *Briggs* ise, bunların birbirine alternatif olabileceklerini düşünmektedir. Yazar, önceden beri süregelen sözleşme ilişkisinin, taraflarca seçilen hukuka tâbi tutulduğu hâllerde, o sözleşmesel ilişkiyle irtibatı bulunan söz konusu haksız fiil ilişkisinin de aynı hukuk tarafından idare edilmesi fikrini mantıklı bulmakta, ancak böyle bir kabulün, "haksız fiil ile belli bir hukuk" düzeni yerine, "haksız fiil ile belli bir ülke" arasında sıkı irtibat bulunduğu şeklinde gerekçelendirilmeye ne kadar müsait olduğu hususunun net olmadığını da eklemektedir. Yazar, yine de böyle bir kabulün, Roma II m.14'de yer alan hukuk seçimi maddesine aykırılık taşımayacağını; m.4/3 hükmü için yapılacak değerlendirmenin haksız fiil ile önceden beri süregelen hukuki ilişki arasındaki açıkça daha sıkı irtibatın araştırılmasına dayanacağını ve bu kapsamda m.14 değerlendirmesinden ayrı ve farklı bir süreç olduğunu savunmaktadır. Bkz. A. Briggs, 2013, s.283.

⁴⁹⁹ M. Neumayr, 2010, s.2200.

⁵⁰⁰ C. Wadlow, 2009, s.795; M. Neumayr, a.g.e., s.2206.

edilmektedir.⁵⁰¹ Doktrinde *Sack*, piyasa ile ilgili olmayan rekabet ihlallerine bağlı olarak Roma II m.6/2 hükmünün göndermesiyle m.4/1 hükmünün uygulanacağı hâller açısından, başka ülkelerde bulunan piyasalardaki rekabet bozulmalarının (*Wettbewerbsverzerrungen*), açıkça daha sıkı irtibata başvurulma gerekçesi olarak kullanılabileceği görüşünü öne sürmüştür.⁵⁰² Ancak, *Glöckner*'in de haklı olarak belirttiği gibi, böyle bir yol izlenecekse, Roma II m.6/2 göndermesi ile m.4/1'e gitmek yerine, doğrudan Roma II m.6/1 hükmünün uygulanması, daha basit bir çözüm olacaktır.⁵⁰³

Bu noktada akla bir başka soru gelmektedir. Acaba, ikinci fıkra hükmü uyarınca “müşterek mutad mesken yeri” hukukuna bağlanması gerekirken, daha sıkı irtibat istisnasından faydalanmak suretiyle, aslında sadece birinci fıkra hükmü bakımından gündeme gelebilen “zararın meydana geldiği yer” hukukuna tâbi olunması mümkün müdür? Mesele, doktrinde tartışmalı bir görünüm arz etmektedir. *Wadlow*'a göre, Roma II m.4/3 hükmünün uygulanabilmesi için, söz konusu daha sıkı irtibatlı hukukun, birinci ve ikinci fıkralarda gösterilen hukuklar dışında bir hukuk olması gerekmektedir.⁵⁰⁴ Buna karşılık, *Fawcett / Carruthers*, hükmün lafzında “birinci

⁵⁰¹ J. J. Fawcett, J. M. Carruthers, 2008, s.797

⁵⁰² R. Sack, 2012, s.601, 602.

⁵⁰³ J. Glöckner, 2016, s.230.

⁵⁰⁴ *Wadlow*, Roma II m.4/3 hükmüne ilişkin olarak gündeme gelme ihtimâli bulunan bir sıkıntıya dikkat çekmektedir. Yazar, düşüncelerini varsayımsal bir örnek üzerinden şu şekilde somutlaştırmaktadır: Roma II m.4/1 hükmü uyarınca hukuku uygulanacak devletin X devleti olduğu, fakat tarafların müşterek mutad mesken sahibi olarak Y devletinde bulundukları varsayılın. İkinci fıkra hükmü, daima birinci fıkra hükmünün uygulanmasını engelleyeceğinden, böyle bir örnekte, üçüncü fıkra tarafından daha sıkı irtibatlı bir başka devlet hukuku gösterilmedikçe, Y devleti hukukunun uygulanacağı sonucuna varılacaktır. Bir an için, Y devleti hukukunun uygulanmasının doğru olmadığı, çünkü olayda müşterek mutad mesken yeri dışındaki tüm diğer ilgili unsurların X devleti hukukunu işaret etmekte oldukları düşünölsün. Böyle bir durumda, acaba Roma II m.4/3 hükmü gerekçe gösterilerek, X devleti hukuku uygulanabilecek midir? *Wadlow* bu soruya hayır cevabını vermektedir. Zira, her ne kadar m.4/3 hükmünün, diğer ilk iki fıkrayı etkisiz kılma gücü bulursa da, aşamalarda geriye dönüp ikinci fıkra ile etkisiz kılınan birinci fıkrayı yeniden uygulanır hale getiremeyeceğini düşünmektedir. Buradan hareketle de, söz konusu daha sıkı irtibatlı devlet hukukunun X veya Y devleti hukuku olamayacağını; bunlardan başka, örneğin Z devleti hukukunun gösterilebileceğini belirtmektedir. Dolayısıyla, en sıkı irtibatlı hukuk olarak X, ikinci en irtibatlı

veya ikinci fıkra hükümleri yerine” şeklinde bir ifadeye rastlandığını, dolayısıyla, her ne kadar m.4/2 hükmündeki “müşterek mutad mesken” bağlama noktasının oldukça güçlü bir irtibat faktörü teşkil ettiği kabul edilse de, somut olayda bu faktörden daha ağırlıklı başka faktörlerin olabileceği ve m.4/3 hükmü aracılığıyla m.4/1 hükmünün uygulanabileceğini savunmaktadır.⁵⁰⁵ Zira, m.4/3 hükmü kullanılarak m.4/2 hükmünden m.4/1 hükmü lehine vazgeçilememesi için ikna edici herhangi bir sebep yoktur.⁵⁰⁶ Benzer yönde görüş bildiren *Clarkson / Hill*, Roma II m.4/3 hükmünün, m.4/1 lehine m.4/2’den vazgeçilmesine izin verecek kapsamda olmadığı kabul edilecek olursa, bu “kaçış hükmü”nün uygulandığı örneklerin çok nadir görülebileceklerini ifade etmektedir.⁵⁰⁷ Nihayet, Roma II m.4/3 hükmünün esas fonksiyonunu, tarafların müşterek bir mutad mesken sahibi bulunmalarından ötürü, m.4/2 hükmüne tâbi olunması gereken hâller bakımından göstereceği görüşü de belirtilmektedir.⁵⁰⁸

Bu bilgiler ışığında, doktrinde bu hususta özel olarak görüş bildirmiş yazarların genellikle Roma II m.4/1 hükmü lehine müşterek mutad mesken yeri hukukundan vazgeçilebileceği düşüncesinde oldukları anlaşılmaktadır. Ancak, müşterek mutad mesken hukukunun çoğu olay bakımından mesele ile en sıkı irtibatı haiz olacağı ve bundan daha sıkı bir irtibatın bulunması ihtimâlinin çok yüksek olmadığı da ifade

hukuk olarak Z ve en az irtibatlı hukuk olarak da Y devleti hukukunun sıralandığı bir olayda, X devleti hukukunun yukarıda açıklanan gerekçe ile; Z devleti hukukunun ise, olayla en sıkı ilişkili başka bir devlet hukuku (X) bulunmasından hareketle uygulanamayacağı sonucuna varmaktadır. Bu durumun ise, mahkemeyi üç seçenek içerisinden en az uygun olan Y devleti hukukunu uygulamaya mecbur bırakacağını belirtmektedir. Bkz. C. Wadlow, 2009, s.795.

⁵⁰⁵ J. J. Fawcett, J. M. Carruthers, 2008, s.804. Bununla birlikte yazarlar, Roma II m.4/3 hükmünün, m.4/2 hükmünden ziyade m.4/1 hükmü açısından rol üstleneceği düşüncesindedirler. Bkz. Ibid, s.803. Bkz. aynı yönde A. Briggs, 2013, s.283.

⁵⁰⁶ L. Collins, A. Briggs, A. Dickinson, J. Harris, J. D. McClean, P. McEleavy, C. McLachlan, C. G. J. Morse (Ed.), 2012, s.2215.

⁵⁰⁷ C. M. V. Clarkson, J. Hill, 2011, s.268.

⁵⁰⁸ R. Sack, 2012, s.603.

edilmektedir.⁵⁰⁹ Roma II m.6/1 ve m.6/2 hükümlerinin, genel bağlama kuralı olan Roma II m.4'e göre özel ve tamamlayıcı birer hüküm niteliğinde olmaları, çoğu olay bakımından zaten en sıkı irtibatlı haiz olacak bağlama noktalarının getirilmiş olduğu varsayımının yapılmasını ve bu doğrultuda Roma II m.4/3 hükmünün sınırlı bir uygulama alanına sahip görülmesini kolaylaştırmaktadır.⁵¹⁰

aaa) Önceden Beri Süregelen Hukuki İlişki

Roma II m.4/3 hükmüne göre, taraflar arasında önceden beri süregelen ve söz konusu haksız fiil ile sıkı irtibatlı bulunan bir hukuki ilişki mevcut ise, başka bir ülke ile olan açıkça daha sıkı irtibatın bu hukuki ilişkiye dayandırılabilmesi ihtimâl dahilinde olmaktadır. Hükmün lafzından anlaşıldığı üzere, sırf taraflar arasında başka bir hukuki ilişkinin hâlihazırda mevcut olması, kendiliğinden bir başka ülke ile açıkça daha yakın irtibat tesis etmekte yeterli görülmemektedir.⁵¹¹ Örneğin, haksız fiilin tarafları arasında önceden beri süregelen bir sözleşmesel ilişki bulunan her hâl, sözleşme statüsünün uygulanacağı anlamına gelmemektedir. Gerçekten de, bir trafik kazasına karışan iki tarafın, aynı zamanda kaza ile hiçbir ilgisi bulunmayan bir sözleşmeye de taraf konumunda tesadüfen bulundukları hâllerde, açıkça daha sıkı irtibatın gerçekleşmediği düşünülecektir.⁵¹²

Önceden beri süregelen hukuki ilişkinin dikkate alınabilmesi için, bu ilişkinin taraflar arasındaki varlığı, zararın meydana geldiği esnada saptanabiliyor

⁵⁰⁹ H. Nettlau, 2013, s.258.

⁵¹⁰ J. Glöckner, 2016, s.198.

⁵¹¹ J. J. Fawcett, J. M. Carruthers, 2008, s.802, 803; L. Collins, A. Briggs, A. Dickinson, J. Harris, J. D. McClean, P. McEleavy, C. McLachlan, C. G. J. Morse (Ed.), 2012, s.2215.

⁵¹² C. M. V. Clarkson, J. Hill, 2011, s.270.

olmalıdır.⁵¹³ Bu hususta, *Nettlau*, hükmün uygulanması açısından yalnızca zarar veren ve zarar gören kimse arasındaki sözleşmelerin dikkate alınacaklarını; sözleşmeyi ihlâl teşvik örneğinde görüldüğü gibi, ihlâl teşvik eden kimse ile sözleşmeyi ihlâl eden kimse arasında yapılmış olabilecek sözleşmelerin bu fıkra hükmü kapsamında daha sıkı irtibat değerlendirmesinde dikkate alınmayacaklarını savunmaktadır.⁵¹⁴ Bu hükmün, henüz kurulma aşamasında olan sözleşmeleri, bir başka deyişle sözleşme görüşmelerin henüz nihayete ermediği hâlleri de kapsayacak kadar geniş olduğu ifade edilmiştir.⁵¹⁵ Ancak doktrinde, bu örneğe uygulamada muhtemelen rastlanılmayacağı, zira Tüzük'te sözleşme öncesi sorumluluğa ilişkin özel bir kuralın (*culpa in contrahendo* / m.12) getirilmiş bulunduğu hatırlatılmaktadır.⁵¹⁶

Roma II m.4/3 hükmü uyarınca taraflar arasında önceden beri süregelen sözleşmesel bir ilişkiye uygulanan hukukun açıkça daha sıkı irtibatlı olarak haksız rekabet ilişkisi hakkında da uygulanması hâline örnek olarak, doktrinde, taraflar arasında akdedilmiş araştırma veya lisans sözleşmeleri⁵¹⁷ ile bağlantılı olan ticari sırların ihlâl edilmesi örneği verilmiştir.⁵¹⁸ Ortak bir araştırma geliştirme faaliyetine ilişkin sözleşmeye dayalı yapılan çalışmada, taraflardan birinin diğerine ait ticari

⁵¹³ K. Thorn, 2017, s.2793; W. Wurmnest, 2015, s.980.

⁵¹⁴ Yazar, fıkradaki dilin “dayanmış olabilir” şeklinde kullanılmış olmasından ötürü, daha sıkı irtibatın mahkemece dikkate alınma zorunluluğu bulunmadığından da bahsetmektedir. Bkz. H. Nettlau, 2013, s.258, 259. Öte yandan, İngiliz Hukuku'nda yer alan haksız fiile ilişkin kanunlar ihtilâfi kurallarına göre değerlendirme yapılırken, önceden beri süregelen bir hukuki ilişkinin ve o ilişkiye tatbik edilen hukukun dikkate alınmasının mümkün olduğu; ancak bunun, olayı ele alan mahkemece göz önüne alınacak pek çok farklı faktörden sadece birisi niteliğinde olduğu, hâlbuki Roma II m.4/3 hükmünün salt bu ilişkinin daha yakın irtibatlı olması durumunda doğrudan o ilişkiye uygulanan hukuka tâbi olunabilmesi yolu açması itibarıyla söz konusu kaçış hükmüne çok daha güçlü bir etki tanımış olduğu görüşü ifade edilmektedir. Bkz. J. J. Fawcett, J. M. Carruthers, 2008, s.800.

⁵¹⁵ C. Wadlow, 2008, s.317.

⁵¹⁶ J. J. Fawcett, J. M. Carruthers, 2008, s.801.

⁵¹⁷ G. Calliess, 2015, s.592.

⁵¹⁸ W. Wurmnest, 2015, s.1018.

sırları haksız elde etmesi ya da ifşa etmesi, tipik bir örnek olarak gözükmektedir.⁵¹⁹ Diğer örnek ilişki tipleri olarak ise; iş ilişkisi (ve dolayısıyla iş sözleşmesi statüsü);⁵²⁰ hekimin sorumluluğu (tedavi sözleşmesinin statüsü); taşımacılık kaynaklı zararlar (*Transportschäden*) (taşıma sözleşmesi statüsü) verilmektedir.⁵²¹ İngiliz hukukunda, şirket yöneticisinin şirkete karşı inançlı nitelikteki ödevleri (*fiduciary duties*) hakkında şirketin kurulduğu yer hukukuna tâbi olunması şeklinde bir kabul olduğu⁵²² belirtilmekte, Roma II m.4/3 hükmünde yer alan kaçış hükmünün, İngiliz mahkemeleri tarafından bu anlayışın devam ettirilmesine katkı sağlayacak bir düzenleme olduğu ifade edilmektedir.⁵²³ Öte yandan, hükmün uygulanabilmesi için haksız fiil ile önceden beri süregelen hukuki ilişki arasında sıkı bir bağlantı, bir “iç ilgi” (*innerer Zusammenhang*) bulunması gerektiği; yine, aile hukuku alanında rastlanabilecek ilişkilerin nadiren bu kapsamda görülebilecekleri belirtilmektedir.⁵²⁴

Önceden beri süregelen hukuki ilişkinin, haksız fiilin gerçekleşmesinden hemen sonra feshedilmiş bir sözleşme görünümünde de ortaya çıkabileceği kabul edilmektedir. Haksız fiilin gerçekleşmesinden önce feshedilmiş sözleşmenin durumu açısından ise konu net değildir. Böyle hâllerde, sözleşme dışı borç ilişkisi ve haksız fiili idare eden hukuk ile çok az irtibat bulunacağı gerekçe gösterilerek kaçış hükmünün uygulanmasında tereddüt yaşanabileceği ifade edilmiştir.⁵²⁵

⁵¹⁹ M. Hellner, 2007, s.58.

⁵²⁰ K. Thorn, 2017, s.2793. Önceden beri süregelen sözleşme tüketici veya iş sözleşmesi ise, Roma I Tüzüğü’nde yer alan ilgili özel bağlama kuralları uyarınca sahip olunacak asgari korumadan (emredici hükümler) faydalanılmaya devam edileceği düşünülmektedir. Bkz. J. J. Fawcett, J. M. Carruthers, 2008, s.801.

⁵²¹ W. Wurmnest, 2015, s.980; M. Neumayr, 2010, s.2200.

⁵²² Kabulün benimsenmiş olduğu kararlar için bkz. *Base Metal Trading Ltd v. Shamurin* (2005) 1 ALL ER (Comm) 17 (CA); *Fiona Trust v. Privalov* (2010) EWHC 3199 (Comm).

⁵²³ P. Stone, 2014, s.358.

⁵²⁴ M. Neumayr, 2010, s.2200. Sözleşme dışı (bu kapsamda özellikle aile hukukuna dayanan) hukuki ilişki örnekleri için bkz. W. Wurmnest, 2015, s.980 ve bkz. K. Thorn, 2017, s.2793.

⁵²⁵ J. J. Fawcett, J. M. Carruthers, 2008, s.801.

e) Hukuk Seçimi İmkânı

Roma II m.6/4 hükmü, madde kapsamına giren hâller bakımından hukuk seçimini yasaklamış, bu doğrultuda, Roma II m.14 ile Tüzük geneli bakımından kural olarak benimsenmiş olan uygulanacak hukuku seçebilme imkânı, “haksız rekabet” ve “rekabetin sınırlandırılması” hâlleri bakımından ortadan kaldırmıştır. Hatırlanacağı üzere, Roma II m.6’nın birinci ve ikinci fıkraları haksız rekabete, üçüncü fıkrası ise rekabetin sınırlandırılmasına ilişkin düzenlemeler barındırmaktadır. Doktrinde, birinci fıkra hükmü açısından hukuk seçiminin yasaklanmış olduğu hususunda herhangi bir tereddüt göze çarpmamaktadır. Zira, birinci fıkra hükmü kapsamına giren hâller açısından piyasanın bulunduğu ülke hukukunun uygulanmasındaki menfaat ve tüm rakiplere eşit davranılması gerekliliğinin, hukuk seçiminin aleyhine durduğu düşünülmektedir.⁵²⁶ Buna karşılık, ikinci fıkra yani “münhasıran işletme ile ilgili menfaat ihlalleri” bakımından hukuk seçiminin yasaklanmış olup olmadığı meselesi üzerinde doktrinde fikir birliği bulunmadığı anlaşılmaktadır.⁵²⁷

Haksız rekabet eyleminin yalnızca belirli bir rakibin menfaatleri üzerinde etki doğurduğu, bundan ötürü de Roma II m.6/2 hükmü uyarınca m.4’e gönderme yapılan hâller açısından dile getirilmiş doktrin görüşlerini iki ana başlık altında toplamak mümkün gözükmemektedir. Yazarların bir kısmı, söz konusu göndermenin m.4’ün bütününe yapılmış olduğunu ve m.4 açısından Roma II m.14 hükmünde genel olarak

⁵²⁶ P. Mankowski, 2014, s.223.

⁵²⁷ Hukuk seçimi ve fer’i bağlanmanın, Roma II Tüzüğü’nden farklı olarak IPRG açısından haksız rekabet eylemlerinin tüm çeşitleri açısından kabul edilmiş olması, AB hukuku açısından daha güçlü bir piyasa fonksiyonu yöneliminin (*stärker marktfunktionale Ausrichtung*) olduğu şeklinde yorumlara imkân tanımaktadır. Bkz. P. Grolmund, E. Bachofner, 2017, s.1861.

benimsenmiş hukuk seçimi imkânının gündeme getirilebileceğini hatırlatarak hukuk seçiminin kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadırlar. Buna karşılık, diğer bir grup yazar, konuyu teleolojik ve sistematik açılardan değerlendirerek hukuk seçimi dışlamasının Roma II m.6'da yer alan fıkra hükümlerinin tamamı açısından bilerek getirilmiş olduğunu, dolayısıyla m.6/2 hükmünü de kapsamakta olduğunu belirterek, hukuk seçimi imkânının böyle hâller açısından dahi yasak kabul edilmesi görüşündedirler.

İki taraflı rekabet bozulmaları bakımından, Roma II m.4 içerisinde yer alan ve genel haksız fiil bağlama kuralını oluşturan fıkra hükümlerinin esas alınacakları konusunda bir görüş ayrılığı yoktur. Anılan fıkra hükümlerinin herhangi bir gönderme vasıtasıyla olmaksızın doğrudan doğruya somut olaya tatbik edildiği hâller açısından, hukuk seçimine izin veren bir yapısı olduğuna da tereddüt bulunmamaktadır. Zira, Roma II m.14 sayesinde tarafların hukuk seçimi yapabilmeleri mümkündür. Maddeye göre, kural olarak haksız fiilin gerçekleşmesinden sonra yapılabilecek bu hukuk seçimi, -ticari sır davalarında neredeyse her zaman görüldüğü üzere- tarafların ticari faaliyet yürüttükleri hâller bakımından özgürce görüşülmüş olması kaydıyla, zarara neden olan eylemin gerçekleşmesinden önce dahi yapılabilecektir.⁵²⁸ Buradan hareketle, hukuk seçiminin kabul edilmesini savunan görüşlerde rastlanan ana argüman, Roma II m.6/2 hükmünün bir başka maddenin (m.4) bütününe bir göndermede bulunmuş olması ve o maddenin de hukuk seçimini engellemiyor olması şeklinde ortaya konmaktadır.⁵²⁹

⁵²⁸ C. Wadlow, 2008, s.312.

⁵²⁹ B. Lurger, M. Melcher, 2017, s.5/68; M. Illmer, 2011, s.174; A. Dickinson, 2008, s.426; C. Wadlow, 2009, s.795; H. Unberath, J. Cziupka, 2011, s.801; P. Mankowski, 2014, s.228; W. Wurmnest, 2015, s.1008, 1022; R. Schaub, 2016, s.3373; K. Thorn, 2017, s.2799; G. Hochloch, 2014, s.6853; T. Bauermann, 2015, s.80; L. Collins, A. Briggs, A. Dickinson, J. Harris, J. D. McClean, P. McEleavy, C. McLachlan, C. G. J. Morse (Ed.), 2012, s.2234, 2235; P. R. Beumont, P. E. McEleavy,

Bir adım daha ileriye giden *Grolimund / Bachofner*, iki taraflı rekabet bozulmaları (m.6/2) açısından hukuk seçimi yolunun sadece Roma II m.14'den değil, aynı zamanda m.4/3 hükmünden de kaynaklanabileceğini belirtmektedir.⁵³⁰

Nettlau'ya göre, Roma II m.6/2 hükmü ile m.4 hükmüne yapılmış olan gönderme, somut olayda varlığı iddia edilen bir haksız rekabet ilişkisi vesilesiyle somutlaşmaktadır. Dolayısıyla, haksız rekabet uyuşmazlığı bakımından, m.4 hükmü doğrudan uygulanmak yerine ancak m.6/2'nin göndermesi ile uygulama alanı bulabilmektedir. Bu durum ise, m.4 hükmünün bağımsız olarak değil, m.6 hükmü ile bağlantılı olarak uygulanması zorunluluğunu doğurmakta, bu sebeple sistematik açıdan bakıldığında m.6/4 hükmünde yer alan hukuk seçimi dışlaması da dikkate alınmak mecburiyetinde olmaktadır. Yazar, buna karşılık teleolojik açıdan da konuya bakılması gerektiğini, Tüzüğün hazırlık çalışmalarından Tüzüğü çıkaranların bu konudaki iradesine ilişkin açık bir sonuca ulaşamadığını belirtmekte, haksız rekabet eyleminin sonuçlarındaki esas ağırlığın piyasa üzerinde değil de belirli bir rakip üzerinde ortaya çıktığı hâller bakımından taraf özerkliği lehine bir yorum yapılabileceği gerekçesiyle m.6/2 açısından hukuk seçimi yolunun açık olduğu sonucuna varmaktadır.⁵³¹

İşletme ile ilgili haksız rekabet eylemlerinde, belli bir rakibin değerlerine bir saldırı yapıldığından, bu değerlerin sahibine daha geniş bir tasarruf imkânı sağlanması gerektiği düşüncesi dahi, bu hususta hukuk seçimine izin verildiği

2011, s.669; *Augenhöfer*, böyle hâller açısından hukuk seçimine izin verildiğini kabul etmenin dahi, Roma II m.6/2 hükmünün dar yorumlanması gerektiği yönünde ek bir gerekçe olarak görülebileceğini belirtmektedir. Bkz. G. Calliess, 2015, s.592. *Beater*, münhasıran belirli bir rakibin menfaatlerine zarar veren haksız rekabet hâlleri açısından da hukuk seçimi imkânının kaldırılmış olduğunu düşünmekle beraber, bu durumun hukuk politik doğruluk açısından tartışmalı olduğu görüşündedir. Yazar, böyle hâllerin maddi hukuk bakışına göre -Roma II m.14 ile hukuk seçimi imkânı da verilmiş- klasik birer haksız fiil konusu oldukları fikrindedir. Bkz. A. Beater, 2011, s.294.

⁵³⁰ P. Grolimund, E. Bachofner, 2017, s.1861; P. Stone, 2014, s.388.

⁵³¹ H. Nettlau, 2013, s.263 - 265.

yorumunu destekleyici niteliktedir.⁵³² Bir başka deyişle, hukuk seçiminin Roma II m.6/2 hükmü bakımından dışlanması gerekçesinin, m.6/1 ve 6/3 hükümleri açısından benimsenen gerekçeye kıyasla daha önemsiz olduğu söylenebilir.⁵³³ Roma II m.6/4 hükmünde hukuk seçimi yolu, haksız rekabet eylemi ve sonuçlarının üçüncü kişi menfaatleriyle olabilecek muhtemel ilgisi nedeniyle kapatılmıştır. Şu hâlde, belirli bir işletme ile ilgili haksız rekabet hâlleri bakımından hukuk seçiminin yalnızca taraflar üzerinde etki doğuracağı sonucuna varılacak, dolayısıyla m.6/2 bakımından hukuk seçimine izin verilmesi gerekecektir.⁵³⁴

İki taraflı (işletme ile ilgili) rekabet bozulmaları açısından hukuk seçimi imkânı üzerine görüş bildiren diğer bir grup yazar ise, bu yolun bütünüyle kapatılmış olduğunu düşünmektedirler. Hukuk seçimini yasaklayan hükme tüm maddeyi kapsamı düşüncesiyle en son fıkrada yer verilmiş olduğu ve madde hükmünün hem haksız rekabet hem de rekabetin sınırlandırılması eylemlerine ilişkin olduğu düşünüldüğünde, ona son fıkrada yer verilmesinin yalnızca rekabetin sınırlandırılması eylemleri için değil, aynı zamanda haksız rekabet hâlleri bakımından da hukuk seçimine izin verilmesinin istenmemiş olduğu sonucuna götürdüğü düşünülmektedir.⁵³⁵ “Önceki hukuk seçimi” (*vorherige Rechtswahl*) kavramının, rekabet ilişkilerinin doğasına aykırı olduğu belirtilmekte, Roma II m.6/4 aracılığıyla bu konuda “sonraki hukuk seçimi” (*nachträglichen Rechtswahl*) imkânının bile kaldırmış olduğu savunulmaktadır.⁵³⁶

⁵³² P. Mankowski, 2014, s.228.

⁵³³ H. Unberath, J. Cziupka, 2011, s.793.

⁵³⁴ A. Spickhoff, 2012, s.2613.

⁵³⁵ R. Hausmann, E. I. Obergfell, 2010, s.273; J. Drexler, 2015, s.1207; S. Fischer, 2012, s.262; B. Verschraegen, 2012, s.203.

⁵³⁶ J. Glöckner, J., 2016, s.198.

Piyasaya yönelik en azından dolaylı nitelikte etkiler doğurmayan hiçbir haksız rekabet eylemi bulunmadığı şeklinde bir ön kabul yapıldığında⁵³⁷, hukuk seçimi dışlamasının daha aşikâr bir hâle geldiği vurgulanmaktadır.⁵³⁸ Sadece belirli bir rakibi etkileyen haksız rekabet eyleminden bahsedilebilse idi, o zaman onun açısından sonraki hukuk seçimine izin vermek mantıklı olacak idiyse de, tüm haksız rekabet eylemlerinin az oranda dahi olsa piyasayı ilgilendirdikleri gerçeği karşısında hukuk seçiminin reddedilmesi gerektiği belirtilmektedir.⁵³⁹ Sack, m.6/4 hükmündeki hukuk seçimi dışlamasının hataya yer bırakmayacak şekilde Roma II m.6 içeriğindeki tüm fıkraları kapsadığını (m.6/2 hükmü m.4/2'ye gönderme yapsa bile), ayrıca münhasıran işletme ile ilgili bir menfaat ihlâlinden bahsedilemeyeceğini, bütünlüğün etkilendiğini, dolayısıyla madde metninde geçen ve belki de bir redaksiyon hatası sayılabilecek “münhasıran” ifadesinin, hukuk seçimine m.6/2 hükmü açısından izin verilmiş olduğu şeklinde bir yoruma ulaştırmakta yeterli dayanak sağlamayacağı görüşündedir.⁵⁴⁰

Fawcett / Carruthers, m.6/2 kapsamına giren hâller bakımından dahi hukuk seçimine izin verilmemiş olmasının şaşırtıcı görülebileceğini belirtmekte, ancak bu tercihin muhtemel bir gerekçesi olarak; Tüzük'te yer alan fikri mülkiyet haklarının ihlâlüne ilişkin madde açısından da hukuk seçimine izin verilmemiş olduğuna dikkat çekmektedir. Yazar, fikri mülkiyet hakkı ihlâllerinin sıklıkla bir haksız rekabet eylemi (m.6/2 kapsamına da girebilen) ile bir arada bulunmalarından bahisle, talebin bir kısmının (haksız rekabet) taraflarca seçilen hukukça idare edilmesi, ancak diğer

⁵³⁷ Bkz. yukarıda münhasıran kavramına ilişkin başlık altındaki açıklamalar.

⁵³⁸ J. Glöckner, a.g.e., s.198.

⁵³⁹ J. Von Staudinger, K. H. Fezer, S. Koos, 2015, s.338.

⁵⁴⁰ R. Sack, 2012, s.603, 604.

kısmı (fikri mülkiyet hakkı ihlâli) hakkında böyle bir idarenin söz konusu edilemiyor olması ihtimâlinin arzu edilmemiş olabileceği görüşüne yer vermektedir.⁵⁴¹

Haksız rekabet ilişkisinin tarafları, kendi aralarında daha önceden taraf oldukları ve haksız rekabetin de yakın irtibatlı olduğu bir sözleşme için hukuk seçimi yapmış olabilirler. *Hellner*'e göre, eğer seçilen hukuk haksız rekabet ilişkisi ile sıkı irtibatlı değil ise, uygulanmamalıdır. Çünkü “başka bir devlet ile açıkça daha yakın irtibatlı olma” koşulu sağlanmamıştır.⁵⁴² Yine, Roma II m.4/3 hükmü aracılığı ile hâlihazırda kendisi için hukuk seçimi yapılmış bir sözleşmeye uygulanacak hukuka tâbi olunan hâller açısından, bu durumun Roma II m.14/1-b hükmünde tacirler için getirilmiş hukuk seçimi imkânını kısıtlar bir niteliği olup olmayacağı sorusu üzerine düşünmek gerektiği de ifade edilmiş, böyle hâller açısından, zayıf tarafın haklarının korunması üzerine eğilmenin mantıklı olacağı belirtilmiştir.⁵⁴³

f) Kamu Düzeni Müdahalesi

Roma II m.6 uyarınca haksız rekabet kaynaklı bir uyuşmazlığa yabancı bir hukukun tatbik edileceği hâller açısından, Roma II m.26'dan anlaşıldığı şekliyle kamu düzeni (*ordre public*) müdahalesinin gündeme getirilebilmesi mümkündür. Ancak söz konusu bu müdahale yoluna istisnai olarak başvurulabileceği vurgulanmaktadır.⁵⁴⁴ Mahkemenin hukuk düzeninde yer alan önemli genel prensipleri açık bir şekilde ihlâl eden durumlarda kamu düzeni müdahalesi gündeme

⁵⁴¹ J. J. Fawcett, J. M. Carruthers, 2008, s.811.

⁵⁴² M. Hellner, 2007, s.58.

⁵⁴³ M. Neumayr, 2010, s.2200.

⁵⁴⁴ J. Von Staudinger, K. H. Fezer, S. Koos, 2015, s.341.

getirilecektir.⁵⁴⁵ Salt yabancı hukukun bir rekabet eylemini farklı değerlendiriyor olması, bu yolun işletilmesi için yeterli görülmemektedir.⁵⁴⁶ Bir başka deyişle, mahkemenin hukukundan farklı olan her yabancı kural, mutlaka kamu düzeni müdahalesi gerektirir şeklinde bir sonuca varılmasının yanlış olduğu düşünülmektedir.⁵⁴⁷ Özellikle de, sırf yabancı hukukun ekonomik özgürlükler konusunda mahkemenin hukukundan daha katı hükümlere sahip olması, kendi başına kamu düzeni engeline başvurmak için yeterli görülmemektedir.⁵⁴⁸ Kamu düzeni değerlendirmesinin AB hukukuna göre değil, mahkeme devletinin ulusal hukukuna göre yapılacağı da ifade edilmiştir.⁵⁴⁹

Müdahaleye başvurulabilmesi için varlığı önemle aranan bir başka unsur, uyumsuzluk ile kamu düzenine açık aykırılık iddia edilen devlet arasında bir bağlantı, teknik ifadesiyle bir “iç bağlantı” (*Inlandsbezug*) bulunması gerekliliğidir.⁵⁵⁰ Almanya dışında izin verilen ancak Almanya sınırları içerisinde yasaklanmış bulunan bir rekabet eyleminin özel olarak bir Alman rakibe yöneltilmiş olması hâlinde de kamu düzeninin etkileneceği belirtilmektedir.⁵⁵¹

Roma II m.26 metninde somutlaşan kamu düzeni müdahalesi kavramının haksız rekabet alanında gündeme gelme ihtimâli bulunan hususlara örnek olarak; cezai

⁵⁴⁵ P. Mankowski, 2014, s.257.

⁵⁴⁶ R. Hausmann, E. I. Obergfell, 2010, s.274.

⁵⁴⁷ P. Mankowski, 2014, s.257. Öte yandan, kamu düzeni müdahalesinin, uygulanacak hukukta bulunup da *lex fori*'de de yer alan yasaklar ile çelişen yasaklar bakımından gündeme getirilebilmesinin mümkün olabileceği belirtilmektedir. Bkz. J. Von Staudinger, K. H. Fezer, S. Koos, 2015, s.341.

⁵⁴⁸ J. Von Staudinger, K. H. Fezer, S. Koos, a.g.e., s.343, 344.

⁵⁴⁹ Ibid, s.340.

⁵⁵⁰ P. Mankowski, 2014, s.258. Eğer temel haklara bir aykırılık var ise, o zaman kamu düzeni müdahalesine iç bağlantıya bakılmaksızın başvurulacağı düşünülmektedir. Bkz. R. Hausmann, E. I. Obergfell, 2010, s.274.

⁵⁵¹ J. Von Staudinger, K. H. Fezer, S. Koos, 2015, s.341.

tazminatlar⁵⁵² (*punitive damages*), anayasal temel haklara (*Grundrechte*) aykırılıklar ve ifade özgürlüğünün (*Meinungsäußerungsfreiheit*) kısıtlanması hâlleri verilmektedir.⁵⁵³ Temel haklar bağlamında, AB hukukunda kabul edilen temel özgürlükler ve AİHS’nde belirtilen insan haklarına aykırılık hususlarına dikkat çekilmektedir.⁵⁵⁴

g) Doğrudan Uygulanan Kurallar

Roma II m.16’da, *lex fori*’nin doğrudan uygulanan kurallarına ilişkin bir düzenleme bulunmaktadır. Hükümde her ne kadar üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarından bahsedilmemiş olsa da, düzenlemenin bunları da içerdiği düşünülmektedir.⁵⁵⁵ Haksız rekabet kaynaklı uyuşmazlıklar bakımından da -Tüzüğün genel kuralları içerisinde yer verilmiş olmasından ötürü- bu madde uyarınca mahkeme devletin veya üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarının olaya tatbik edilmeleri ihtimâli mümkün hâle getirilmiştir.

Doğrudan uygulanan kuralların uygulanmasının gerisinde bireysel menfaatler değil, devlet menfaatlerinin korunması düşüncesi yatmaktadır. Söz konusu bu menfaatlerin ise daha ziyade devlet politikası, ekonomi politikası ve sosyal politikalara dair bir doğası bulunduğu; bu açıdan tarafların iradesine aykırı olacak şekilde ortaya çıksa bile toplumun ve toplum düzeninin korunmasına hizmet eden bir yapıya sahip bulundukları belirtilmektedir.⁵⁵⁶

⁵⁵² R. Hausmann, E. I. Obergfell, 2010, s.276; H. Götting, 2013, s.128; P. Mankowski, 2014, s.259; J. Von Staudinger, K. H. Fezer, S. Koos, a.g.e., s.343.

⁵⁵³ J. Von Staudinger, K. H. Fezer, S. Koos, a.g.e., s.343, 344.

⁵⁵⁴ Ibid, s.341.

⁵⁵⁵ Ibid, s.340.

⁵⁵⁶ P. Mankowski, 2014, s.253.

Doktrinde, doğrudan uygulanan kural olarak Roma II m.6'ya göre belirlenecek hukukun bazı yahut tüm hükümlerini bertaraf edebileceği düşünülen kurallara örnekler; ilaç reklamlarına ilişkin kurallar (*Heilmittelwerberecht*), meslek reklamlarına ilişkin birtakım kurallar (*Berufswerberecht*),⁵⁵⁷ şeklinde verilmektedir. Bunlara ek olarak, haksız rekabet alanındaki doğrudan uygulanan kurallara, rekabet hukuku alanından da örnekler bulunabileceği belirtilmektedir.⁵⁵⁸

Son olarak, aslında doğrudan uygulanan kurallara ilişkin maddede yer almıyor ve doğrudan uygulanan kurallara ilişkin bulunmuyor olmasına rağmen, Roma II m.6 uyarınca belirlenecek lex causae dışında başka bir hukuk sisteminde yer alan kimi kuralların da somut olay bakımından dikkate alınabilmelerine imkân sağlaması yönünden önem arz ettiğini düşündüğümüz bir maddeye değinmekte fayda vardır. Roma II m.17, haksız fiilin gerçekleştirildiği yer hukukunda bulunan birtakım “güvenlik ve davranış kurallarının” mümkün olduğu ölçüde göz önüne alınacaklarına dair bir düzenleme barındırmaktadır. Göz önüne alınmak ifadesinin söz konusu kuralların “uygulanmaları” ile eş anlamlı olmadıkları, yalnızca “birer vakıa olarak dikkate alınmaları / göz önünde bulundurulmaları”ndan bahsedildiği belirtilmekte⁵⁵⁹; anılan kurallara örnek olarak, genel sağlığa, güvenliğe ve trafik kurallarına ilişkin kurallar örnek gösterilmektedir.⁵⁶⁰ Hükmün uygulamasına verilen basit bir örnek; iki Alman turistin, İngiltere’de çarpışarak kaza geçirmeleri ve içlerinden birinin orada yürürlükte olan “trafikte soldan gidiş” kuralına dikkat etmemiş olmasıdır.⁵⁶¹ Bu örnek bakımından sorumluluğun belirlenmesinde uygulanacak hukuktan bağımsız olarak söz konusu trafik kuralının biliniyor olduğunun varsayılması gerektiği

⁵⁵⁷ Ibid, s.255, 256.

⁵⁵⁸ R. Hausmann, E. I. Obergfell, 2010, s.274.

⁵⁵⁹ M. Neumayr, 2010, s.2228.

⁵⁶⁰ G. Van Calster, 2016, s.252, 253.

⁵⁶¹ Roma II m.17 hakkında detaylı değerlendirmeler için bkz. M. Neumayr, 2010, s.2228, 2229.

düşünülebilir. Bu hükmün, haksız rekabet uyuşmazlıkları bakımından ne gibi bir fonksiyon üstlenebileceği konusunda doktrinde özel olarak ifade edilmiş herhangi bir görüşe rastlanmamıştır. Ancak, yabancı hukukun uygulanmasında etki doğurabilmesi açısından bu başlık altında hükme yine de yer verilmiştir.

3) Japon Hukuku'nda

a) 2006 Tarihli HUGKK Tarafından Benimsenmiş Sistem

Japon kanunlar ihtilâfı hukuku bakımından yabancılık unsuru taşıyan işlem ve ilişkilere uygulanacak hukukun tespiti meselesi, 21 Haziran 2006 tarihinde yayımlanan ve 1 Ocak 2007 tarihinde yürürlüğe giren “Hukukların Uygulanmasına Dair Genel Kurallar Hakkında Kanun” (HUGKK) çerçevesinde ele alınmaktadır. Kanun teklifinin sunulma gerekçesinde; milletlerarası nitelikte ticari vb. ilişkilerin sayıca artması ve çeşitlenmesi ile birlikte sosyo-ekonomik yapının da değiştiğinden bahsedilmiş; diğer devletlerin yakın dönemde kanunlar ihtilâfı hukuku alanında girişmiş bulundukları kanunlaştırma faaliyetlerinin de dikkate alınmaları gerektiği vurgulanmış; hukukî işlemler, haksız fiiller ve alacağın temliki vb. konularda uygulanacak hukuku tayin eden hükümlerde uygun değişiklikler yapılmasının yanında, kanun dilinin hâlk tarafından daha anlaşılabilir bir hâle getirilmesine de ihtiyaç bulunduğu ifade edilmiştir.⁵⁶²

Kanun hükümleri incelendiğinde, 1980 tarihli Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Avrupa Topluluğu Konvansiyonu (Roma Konvansiyonu) ile 1987 tarihli İsviçre Federal Milletlerarası Özel Hukuk Hakkında

⁵⁶² Bkz. http://www.shugiin.go.jp/itdb_gian.nsf/html/gian/honbun/houan/g16405043.htm.

Kanun hükümlerinden esinlenilmiş olduğu açıkça anlaşılmaktadır.⁵⁶³ Buna karşılık, İsviçre IPRG m.136 hükmünden ve o esnada henüz hazırlık aşamasında bulunan Sözleşme-Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında AB Tüzüğü (Roma II) m.6 hükmünden farklı olarak, haksız rekabet kaynaklı uyuşmazlıklar bakımından özel bir bağlama kuralı sevk edilmemiş olduğu görülmektedir. Kanuna ilişkin hazırlık çalışmaları esnasında haksız rekabet ve rekabetin sınırlanması konularının özel olarak düzenlenmesi fikri tartışılmış, böyle hâller bakımından “etkilenen piyasa” ile sıkı bir irtibatın göze çarptığı belirtilmiş, ancak neticede bu konuların mahkeme yorumuna açık bırakılmaları ve özel olarak düzenlenmemelerine karar verilmiştir.⁵⁶⁴ Kanuna ilişkin çıkarılmış bulunan Açıklayıcı Rapor’da⁵⁶⁵, haksız rekabet konusunda hukuk düzeni tarafından korunması gereken “birden fazla ve çeşitli türlerde” menfaatin varlığından bahsedilebileceği, bu çerçevede söz konusu menfaatlerin hepsi açısından kapsayıcı olmak üzere yalnızca “piyasanın bulunduğu yer hukuku” bağlama noktasına bir bağlama yapılmasının doğru olmayacağı görüşüne yer verilmiştir.⁵⁶⁶

Bilinçli olarak yapılan bu tercihin doğal sonucu olarak, Japon kanunlar ihtilâfi hukuku açısından haksız rekabet kaynaklı uyuşmazlıklar ile karşılaşıldığında nasıl

⁵⁶³ O. C. Saatcıoğlu, Hukukların Uygulanmasına Dair Genel Kurallar Hakkında Kanun (Kanunlar İhtilâfi Hukuku Alanındaki Temel Japon Kanunu'nun Türkçe Çevirisi), Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, 2/1, 2012, s.103.

⁵⁶⁴ D. Yokomizo, 2006, Teishokuhou, s.189.

⁵⁶⁵ Bkz. Houmushou minjikyoku sanjikanshitsu “Kokusaishihou no gendaika ni kan suru XXchuukanshikian hosoku setsume” (2005nen 3gatsu), s.90.

⁵⁶⁶ Haksız rekabetin tüm yönleri açısından yalnızca bir bağlama noktasının tercih edilmeyişi konusunda ilginç bir benzerlik olarak, Alman Hukuku'nda, 1983 tarihinde, rakiplerin bütünüyle işletmesel menfaatlerine dair olanları da içerecek şekilde “Haksız rekabetten kaynaklanan taleplerin, etkilenen piyasanın bulunduğu ülke hukuku'na” tâbi olacağı şeklinde bir düzenleme teklifinin yapılmış olduğu, ancak teklifin yasalaşamamış olmasına dikkat çekilmektedir. Bkz. D. Yokomizo, 2006, s.207, 208. *Shima*, HUGKK'un şu anki sisteminde, m.17'deki genel bağlama kuralının dışında, tıpkı Roma II Tüzüğü'ndeki gibi birtakım kaçış hükümleri (ör. m.20) bulunması nedeniyle, piyasa yeri hukukuna yapılacak bir bağlamanın özel bir bağlama kuralı aracılığı ile gerçekleştirilmesi ihtiyacının bulunmadığını düşünmektedir. Bkz. T. Shima, **Kokusaitekina fusei kyouso kou wo meguru hou no tekiyou kankei ni tsuite -teishokuhoujou no tsuujouenraku to tokubetsurenraku wo megutte-**, Chitekizaisan houseigaku kenkyuu, Vol.37, 2012, s.282.

hareket edileceği meselesinde, hâlihazırda Kanun içerisinde bulunan diğer hükümler üzerinden değerlendirme yapılması yönünde bir zorunluluğa yol açılmıştır. Bu sebeple, öncelikle haksız fiil kaynaklı uyuşmazlıklara ilişkin olarak HUGKK tarafından benimsenen sistematik ve getirilmiş bulunan maddelere bakılması gerekmektedir.

Haksız fiil kaynaklı uyuşmazlıklar konusu, HUGKK içerisinde altı madde ile düzenlenmiştir. Haksız fiillere uygulanacak hukuka ilişkin genel bağlama kuralına HUGKK m.17 hükmünde yer verilmiştir. Arkasından, m.18 ile “ürün sorumluluğuna ilişkin” ve m.19 ile “şeref ve güvenilirliğe zarar verilmesine ilişkin” özel bağlama kuralları sıralanmıştır. HUGKK m.20 hükmü, açıkça daha sıkı irtibatlı bir başka hukukun bulunduğu hâllere ilişkin istisnai bir düzenleme getirirken, HUGKK m.21 hükmü aracılığıyla, “sonraki hukuk seçimi”ne haksız fiilin tarafları bakımından cevaz verilmiştir. Son olarak ise, HUGKK m.22 hükmü ile, haksız fiillere uygulanacak hukuk bakımından kamu düzeni kaynaklı birtakım sınırlamalar benimsendiği görülmektedir. Aşağıda, HUGKK m.18 ve m.19 hükümleri hariç olmak üzere ana hatlarıyla söz konusu bu maddelerin içeriklerine değinilecektir.

Konuya ilişkin genel bağlama kuralının yer aldığı madde (HUGKK m.17), yalnızca tek fıkra biçiminde kaleme alınmış olup şu şekildedir⁵⁶⁷:

Madde 17 - Haksız Fiil

1) Haksız fiilden kaynaklanan alacak haklarının kurulması ve etkileri, zarar verici fiilin sonuçlarının ortaya çıktığı yer hukukuna tâbidir. Bununla birlikte, o

⁵⁶⁷ O. C. Saatcioğlu, 2012, s.117.

yerde sonuçların ortaya çıkmasının olağan biçimde öngörülemediği hâllerde, zarar verici fiilin gerçekleştirildiği yer hukukuna tâbi olunur.

Hükümde, kural olarak “zararın meydana geldiği yer” prensibinin kabul edilmiş olduğu görülmektedir. Ancak bu prensibin öngörülebilirliğe ilişkin bir sınırlama ile birlikte benimsenmiş olduğu, somut olay bakımından zararın meydana geldiği yerin "olağan biçimde öngörülemeyeceği" hâller bakımından istisnai olarak “haksız fiilin gerçekleştirildiği yer” prensibine de uygulanma imkânı tanındığı anlaşılmaktadır.

Öte yandan, zararın meydana geldiği yer hukukunun somut uyuşmazlık ile en sıkı irtibata sahip olmaması ihtimâlini gerçekçi bulan Japon kanun koyucusu, böyle bir durumda doğabilecek sıkıntıları aşabilmek amacıyla daha sıkı irtibatlı hukukun uygulanmasına imkân veren bir düzenleme de getirmiştir. HUGKK m.20 hükmünde yer verilen düzenleme şu şekildedir⁵⁶⁸:

Madde 20 - Açıkça Daha Yakın İrtibatlı Yerin Bulunması hâli İstisnası

1) *Önceki üç maddenin hükümleri dikkate alınmaksızın, haksız fiilden kaynaklanan alacak haklarının kurulması ve etkileri, haksız fiil anında, tarafların, hukuku aynı olan yerlerde mutad mesken sahibi bulunuyor oldukları, taraflar arasındaki sözleşmeden doğan yükümlülükleri ihlâl şeklinde haksız fiilin gerçekleştirilmiş olduğu veya diğer şartların ışığında açıkça önceki üç maddenin hükümleri uyarınca uygulanması gereken hukukun mevcut olduğu*

⁵⁶⁸ O. C. Saatcioğlu, 2012, s.119.

yerden daha yakın irtibatlı diğer bir yerin bulunduğu hâllerde, söz konusu diğer yerin hukukuna tâbidir.”

Açıkça görüldüğü üzere, bu düzenleme, sadece objektif bağlama kuralından sapılmasına izin veren bir “daha sıkı irtibat” istisnası niteliğinde olmayıp, aynı zamanda haksız fiile ilişkin objektif bağlamanın bizatihi bir kısmını teşkil edecek nitelikte iki karineye de yer vermektedir. İlk olarak, haksız fiilin taraflarının söz konusu fiil anında müşterek bir mutad meskene sahip bulundukları hâller bakımından “en sıkı irtibatın” söz konusu müşterek mutad mesken yeri ile kurulduğu varsayılmış ve bu yer hukukunun uygulanacağı belirtilmiştir. İkinci karine ise, haksız fiilin, taraflar arasında hâlihazırda mevcut bulunan bir sözleşmesel ilişkiyi ihlâl şeklinde gerçekleştirilmiş olduğu hâllere ilişkindir. Böyle hâllerde, en sıkı irtibatın, sözleşme ihlâli açısından en sıkı irtibata sahip olan yer ile kurulacağı varsayılmıştır. Bir başka deyişle, sözleşme statüsüne bir gönderme yapılmıştır.

Haksız fiiller bakımından hukuk seçimine ilişkin olarak getirilmiş bulunan HUGKK m.21 metni ise, şu şekildedir⁵⁶⁹:

Madde 21 - Taraflarca Uygulanacak Hukukun Değiştirilmesi

Haksız fiilin tarafları, haksız fiilin sonrasında, haksız fiilden kaynaklanan alacak hakkının kurulması ve etkileri ile ilgili olarak uygulanması gereken hukuku değiştirebilirler. Bununla birlikte, üçüncü kişilerin haklarını zarara uğratacak hâllerde, değişikliği üçüncü kişilere karşı ileri sürmek mümkün değildir.

⁵⁶⁹ O. C. Saatcioğlu, 2012, s.119.

Hukuk seçiminin, yalnızca haksız fiilin gerçekleşmesinden sonrasındaki dönemde yapılabileceğini belirten hüküm, söz konusu seçimin üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesinde onların haklarının bu seçim sonucu zarara uğramıyor olması gerektiği hususunu açıkça vurgulamak istemiştir.

Haksız fiillere ilişkin olarak HUGKK içerisinde getirilmiş son özel madde, Japon hukuku açısından kamu düzeni kaynaklı bir takım sınırlamalar çizmektedir. İki fıkradan oluşan madde metni şu şekildedir⁵⁷⁰;

Madde 22 - Haksız Fillere İlişkin Kamu Düzeni Kaynaklı Sınırlamalar

1) Haksız fiil ile ilgili olarak yabancı hukuka tâbi olunması gerekli hâllerde, söz konusu yabancı hukukun uygulanmasını gerekli kılan vakianın Japon hukukuna göre haksız olmaması durumunda, söz konusu yabancı hukuktan kaynaklanan tazminatların veya diğer yaptırımların talep edilmeleri mümkün değildir.

2) Haksız fiil ile ilgili olarak yabancı hukuka tâbi olunması gereken hâllerde, söz konusu yabancı hukukun uygulanmasını gerekli kılan vakianın söz konusu yabancı hukukça ve Japon hukukunca haksız olduğu hâllerde dahi, zarar gören, Japon hukukunca tanınan tazminatların veya diğer yaptırımların mevcut olmadığı taleplerde bulunamaz.

⁵⁷⁰ O. C. Saatcioğlu, 2012, s.119.

Birinci fıkra hükmü, uygulanacak hukuka göre “haksız” sayılan vakıanın, Japon hukuku açısından da mutlaka haksız nitelikte kabul edilmesini şart koşmaktadır. Aksi hâlde, istenecek tazminat vb. yaptırımların yabancı hukuka dayanılarak istenemeyeceği belirtilmektedir. İkinci fıkra ise, birinci fıkra hükmünde aranan koşulun sağlandığı hâller açısından dahi, eğer istenilen tazminat vb. yaptırımlar Japon hukukunda mevcut değilse, bunların istenemeyeceklerini ortaya koymaktadır. Kamu düzenine ilişkin bu maddenin tahliline ileride kamu düzeni başlığı altında ayrıca yer verilmiştir. Bu madde ile birlikte, haksız fiilere ilişkin ve özel olarak sevk edilmiş bulunan maddeler tamamlanmış olmaktadır.

b) Haksız Rekabet Statüsünün Tespitine Yönelik Doktrin Görüşleri

Haksız rekabet kaynaklı uyuşmazlıklara uygulanacak hukukun belirlenmesine ilişkin olarak HUGKK öncesi ve sonrası dönemde ifade edilmiş olmalarından ötürü geniş bir zamana yayılan muhtelif doktrin görüşlerini inceleyen *Nishitani*, bunların üç ana grup altında kümelendiklerini belirtmektedir.⁵⁷¹ İlk gruba dahil olan yazarlar, haksız rekabetin bir haksız fiil meselesi olarak görülüp, haksız fiillere uygulanan genel bağlama kuralına tâbi tutulmasını önermektedirler.⁵⁷² İkinci gruba dahil yazarlar, haksız fiile ilişkin genel bağlama kuralına gidilmesinin özel bir haksız fiil

⁵⁷¹ *Nishitani*’nin tasnifinde atıf yaptığı yazarlar için bkz. Y. Nishitani, 2011, Fuhou, s.450, dipnot 96-98. Öte yandan, *Shima*, haksız rekabetten doğan uyuşmazlıklara uygulanacak hukukun tayini konusunda Japon doktrininde ifade bulan görüşleri dört başlık altında toplamaktadır. Bunlar; 1-Haksız fiil vasıflandırması aracılığıyla genel haksız fiil hükmüne gidilmesini savunan görüşler, 2-Hukukun genel ilkelerine göre haksız rekabete uygulanacak hukukun belirlenmesini savunan görüşler, 3-Haksız rekabetin türüne göre bir ayırım yapılmasını ve ona göre uygulanacak hukuklara gidilmesini savunan görüşler ile, 4-Japon haksız rekabet hukukunun doğrudan uygulanmasını savunan görüşlerdir. Bkz. T. Shima, 2012, s.266. Çalışmamızda, her iki tasnif birleştirilerek bir değerlendirme yapılmış, ancak *Nishitani*’nin genel tasnifi üzerinden örnekleme yapılmıştır.

⁵⁷² HUGKK yürürlüğe girmeden önce çok uzun süre boyunca yürürlükte kalmış eski kanun niteliğindeki *HOUREI* içerisindeki genel haksız fiil maddesi olan m.11’e ilişkin olarak beyan edilmiş görüşleri de içerir.

türü olan haksız rekabet bakımından doğru olmayacağını, bu konuda piyasa yeri hukukuna tâbi olunması gerektiğini ifade etmektedirler. Son olarak, üçüncü bir grup yazar ise, haksız rekabetin gerçekleştirilme biçimine göre bir ayırım yapıp piyasa üzerinde etkisi bulunan haksız rekabet eylemleri bakımından piyasa yeri hukukuna, bireysel nitelikte etkileri bulunan haksız rekabet eylemleri bakımından ise, haksız fiillere ilişkin genel bağlama kuralına gidilmesi gerektiğini savunmaktadırlar. Savunulan bu görüşlerin hepsi açısından, Avrupa’da cereyan eden teorik tartışmalardan büyük ölçüde esinlenilmiş olduğu açıktır. Yukarıda bahsedildiği üzere, Kanun’un açıklayıcı raporunda dahi haksız rekabet hâllerinde “birden fazla ve çeşitli türlerde” menfaatten bahsedilmiş olmasından ötürü, bu çalışma açısından yalnızca birinci ve üçüncü grubu oluşturan görüşler değerlendirilecektir.

Haksız rekabet kaynaklı uyuşmazlıklara uygulanacak hukuk meselesini Japon hukuku açısından 1957 yılında doktrinde ilk defa ele alan yazar olarak kabul edilen⁵⁷³ Doi, haksız rekabet eylemlerinden kaynaklanan haksız fiiller bakımından bağlama noktasının tespitinde, eylemin gerçekleştirildiği yerden ziyade, davalının haksız rekabet eylemine bağlı olarak davacının satışlarında azalmanın meydana geldiği yerin esas alınması gerektiğini belirtmiştir. Yazar, haksız rekabetin türleri arasında özel bir ayırım yapmaksızın, söz konusu rakibin ticari faaliyetleri üzerinde etkisi bulunan piyasa yerinin haksız fiil yeri olarak kabul edilebileceğini belirtmiştir.⁵⁷⁴ Haksız fiil vasıflandırmasını savunan yazar, ilgili eylemlerin zaten

⁵⁷³ Japon Hukuku açısından, haksız rekabetten kaynaklanan uyuşmazlıklarda kanunlar ihtilâfi meselesinin ilk defa 1957 yılında Doi tarafından ele alındığı ifade edilmektedir. Bkz. D. Yokomizo, 2006, Teishokuhou, s.186. Doi’nin görüşleri için bkz. T. Doi, **Kokusai Fuseikyouyou ni okeru houritsu no teishoku**, Kigyohoukenkyuu 105, 1957, s.22; T. Doi, **Kougyoushoyuiken kokusaihougakkai kokusaishihoukouza daisankan**, 1964, s.828 vd.; T. Doi, **Kokusaishihou**, 1970, s.179 vd.

⁵⁷⁴ T. Doi, 1964, Kouza, s.831. (D. Yokomizo, 2006, Teishokuhou, s.197’den atfen) Dolayısıyla, örneğin, davalı X şirketi, davacı Y şirketinin mallarını taklit ederek P ülkesinde satışa sunduğunda ve

nitelik olarak birer haksız fiil olduklarını, özel bağlama kuralı içermeyen yabancı devlet kanunlarında bu meselenin haksız fiil olarak vasıflandırıldığını⁵⁷⁵, hatta özel kurala sahip olanlarda bile, haksız fiil kaynaklı talep haklarının ileri sürülmesine izin verilmekte olduğunu belirtmiştir.⁵⁷⁶ Vasıflandırma meselesine ilişkin olarak görüş bildiren *Yokomizo* ise, bir tereddüte düşülmesi (belki de özel (haksız rekabet) - genel (haksız fiil) çatışması yaşanması) hâlinde, davalının eyleminden ziyade davacının ihlâl edildiği öne sürülen bireysel menfaati ekseninde yapılacak bir değerlendirme ile meseleye yaklaşılabileceğini, böyle bir yöntem ile nihayetinde “haksız fiil” sonucuna varılması durumunda, bunun kanunlar ihtilâfı hukuku bakımından bir sorun teşkil etmeyeceğini belirtmektedir.⁵⁷⁷

Aizawa ise, haksız rekabet hukuku ile korunan menfaatlerin çok yönlü olmalarına değinerek, haksız rekabetin türleri arasında bir ayırım yapılarak uygulanacak hukukun bu ayırım kapsamında en uygun düşecek şekilde saptanması gerektiği fikrini Japon hukuku açısından ortaya koymuştur. Yazar, konu olarak haksız rekabetten doğan kanunlar ihtilâfının genel haksız fiil bağlama kuralına tâbi tutulmasına karşı olmamakla birlikte, haksız fiil yeri bağlama noktasının tespitine ilişkin olarak birtakım başka devlet hukuklarında da görüldüğü gibi ikili bir ayrıma gidilmesi gerektiğini; aldatıcı reklamlar gibi piyasa ile ilgisi bulunan haksız rekabet hâlleri ile, ticari sırların ihlâli gibi işletme ile ilgisi bulunan haksız rekabet hâlleri arasında bir ayırım yaparak, ilk hâlde tipik bir haksız rekabet hâli olarak kamusal menfaatlerin

ürünün aslını üreten Y şirketinin aynı ülkedeki satışları bu eylem nedeniyle azaldığında, HUGKK m.17’de yer alan genel haksız fiil bağlama kuralına gidilerek haksız fiilin sonuçlarının ortaya çıktığı yer hukuku olarak, P devleti hukuku uygulanacaktır. Bkz. T. Shima, 2012, s.282.

⁵⁷⁵ Hem Alman Hukuku’nda hem de Fransız Hukuku’nda, mahkemelerin haksız rekabet kaynaklı uyuşmazlıkları haksız fiil olarak vasıflandırma eğiliminde oldukları belirtilmektedir. Bkz. D. Yokomizo, a.g.e., s.208.

⁵⁷⁶ Eski Kanun (*HOUREI*) m.11 hükmü açısından ortaya konmuş bu görüşün, HUGKK m.17 hükmüne denk düşecek şekilde anlaşılabileceği düşünülmektedir. Bkz. T. Shima, 2012, s.266.

⁵⁷⁷ D. Yokomizo, 2006, s.233.

korunması noktasından hareketle piyasa yerinin haksız fiil yeri olarak kabul edilmesi gerektiğini; ikinci hâl bakımından ise, zaten “genel anlamda bir haksız fiile” yaklaşma olması ve zarar gören rakibin menfaatlerinin korunması noktasından hareketle “zarar gören rakibin işletme merkezinin bulunduğu yerin” haksız fiil yeri olarak kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir.⁵⁷⁸

Aizawa’nın, Japon hukukunda ilk defa dile getirilmiş olduğu “bağlama noktasında haksız rekabet türüne göre ayırım yapılması” fikrini *Fujisawa* da desteklemiştir.⁵⁷⁹ *Nakanishi*, zararın ortaya çıktığı yer bağlama noktasının, eylemin piyasanın geneli ile ilgili olup olmadığı değerlendirilerek yorumlanması gerektiğini düşünmektedir.⁵⁸⁰ *Nomura* da, belirli bir rakibin ticari sırlarının korunmasının söz konusu olduğu hâllerde, haksız rekabetten kaynaklanan uyuşmazlığı bir bütün hâlinde piyasanın bulunduğu ülke hukukua tâbi tutmanın doğru olmadığını belirtmekte, böyle hâllerin birer haksız fiil olarak haksız fiile ilişkin genel bağlama kuralına tâbi kılınmalarının daha uygun olacağını ifade etmektedir.⁵⁸¹ *Makoto*’nun da ayırım taraftarı olduğu anlaşılmaktadır.⁵⁸²

Kidana da, benzer şekilde, “piyasa ile ilgili haksız rekabet hâlleri” ve “işletme ile ilgili haksız rekabet hâlleri” şeklindeki ayırımın yapılması gerektiğini düşünmekte; fakat, uygulanacak hukukun belirlenmesi işinin haksız fiile ilişkin bağlama

⁵⁷⁸ Y. Aizawa, **Fuseikyogyou**, R. Yamada, Y. Hayata (Ed.), Enshuu kokusaishihou shinpan, 1992, s.137, 138. (D. Yokomizo, 2006, Teishokuhou, s.198’den atfen)

⁵⁷⁹ D. Yokomizo, 2006, s.198. Ayrıca, *Fujisawa* da *Aizawa*’nın bu görüşünü desteklemektedir. Bkz. N. Fujisawa, “Hanhi” *Jurisuto*, 1287, 2005, s.146. (T. Shima, 2012, s.269’den atfen)

⁵⁸⁰ Y. Nakanishi, **Houtekiyoutsusokuhou ni okeru fuhoukou -kaishakuronjou no jyakkan no mondai ni tsuite**, *Kokusaishihounenpou*, 9, 2008, s.71. (T. Shima, 2012, s.269’den atfen)

⁵⁸¹ Y. Nomura, Hanhi *Shihouhanreiremaakusu*, 1993(ikinci cilt), 1993, s.159. (T. Shima, 2012, s.269’den atfen)

⁵⁸² H. Makoto, Hanhi *Jurisuto*, Sayı1332, Heisei17nen no juuyou hanrei kaisetsu, 2007, s.297. (T. Shima, 2012, s.269’den atfen)

kurallarına değil de, “hukukun genel ilkelerine”⁵⁸³ dayanılarak gerçekleştirilmesinin daha yerinde olacağını ifade etmektedir. Yazar, bu görüşüne gerekçe olarak iki husus üzerinde durmaktadır: Haksız rekabet kaynaklı uyuşmazlıkların haksız fiil genel bağlama kuralına tâbi tutulması hâlinde, HUGKK m.22’de yer alan ve haksız fiile uygulanacak hukuka ilişkin Japon kamu düzeni kaynaklı birtakım sınırlamaların uygulanmasına imkân veren düzenleme kapsamına girilmiş olacağından⁵⁸⁴, belki bütünüyle başka bir hukuk uygulansa idi çok daha geniş olan koruma kapsamının Japon hukuku tarafından sınırlandırılması gündeme gelebilecektir. Hâlbuki, hukukun genel ilkelerine göre uygulanacak hukuk belirlenirse, Japon hukuku’nun böyle bir “hegemonya”da bulunma ihtimâli ortadan kalkmış olacaktır. Buna ek olarak, hukukun genel ilkelerine göre uygulanacak hukukun belirlenmesi hâlinde, haksız fiilin türleri arasında detaylı bir gruplandırma yapılması mümkün olup, söz gelimi piyasa yeri hukukunun somut olaya uygun olup olmadığından bağımsız olarak çok daha esnek biçimde uygulanacak hukukun belirlenmesi mümkün olacaktır.⁵⁸⁵

Son olarak *Nishitani* ise, haksız rekabetin bir haksız fiil türü olarak vasıflandırılması gerektiği, ancak yukarıda yer verildiği üzere, haksız rekabet eylemlerinin niteliklerine göre bir ayrımın da yapılması gerektiği düşüncesini ifade etmektedir. Bu doğrultuda işçi ayartma, sanayi casusluğu, know-how ihlâli benzeri eylemlerin belirli bir kimseye yöneltilmiş olmalarından hareketle, doğrudan piyasa yeri ile irtibat kurulmayıp, taraflar arasındaki karşılıklı ilişki üzerine odaklanması ve bu gibi eylemler bakımından genel haksız fiil bağlama kuralına gidilmesi

⁵⁸³ “Hukukun genel ilkelerine dayanılarak” ifadesi Japon hukukunda *jouri ni motozuite* (条理に基づいて) şeklinde kullanılmaktadır.

⁵⁸⁴ HUGKK m.22 içerisinde yer verilen ve özgün sayılabilecek bu düzenlemeye ilişkin açıklamalar için bkz. aşağıda “Kamu Düzeni Müdahalesi” başlığı.

⁵⁸⁵ T. Shima, 2012, s.268.

gerekir.⁵⁸⁶ Yazara göre, her ne kadar kanunda “piyasanın bulunduğu yer” şeklinde bir bağlama noktası mevcut değil ise de, haksız fiiller bakımından “açıkça daha sıkı irtibatlı yer” hukukunun uygulanmasına imkân veren m.20 hükmü aracılığı ile mahkemelerin “piyasanın bulunduğu yer” hukukunu uygulayabilmeleri olanak dahilindedir.⁵⁸⁷

Özetlenecek olursa, günümüz Japon doktrinde haksız rekabete uygulanacak hukukun belirlenmesine dair özel olarak görüş bildirmiş yazarların önemli bir kısmının, haksız rekabetin niteliğine göre bir ayırım üzerinden değerlendirme yapmak taraftarı olduklarını söylemek mümkündür. Ayırımın sonuçları bakımından dikkate değer olduğunu düşündüğümüz en özgün farklılık, hukukun genel ilkelerine mi yoksa somut kanun maddelerine mi dayanılacağı noktasındadır ki, yukarıda görüleceği üzere bu konuda somut kanun maddeleri lehine tercihte bulunmuş yazarlar sayıca daha fazladır. Kanunda ayrı bir haksız rekabet maddesi olmamakla birlikte, HUGKK m.17 (genel haksız fiil bağlama kuralı) ve HUGKK m.20 (daha sıkı irtibat istisnası) hükümleri aracılığıyla haksız rekabetten doğan kanunlar ihtilâfı alanında Roma II Tüzüğü’nün AB açısından getirmiş olduğu sistem ile paralellik kurulmasına imkân sağlandığı, her ne kadar kanunda piyasanın bulunduğu yer

⁵⁸⁶ Y. Nishitani, 2011, Fuhou, s.450.

⁵⁸⁷ Nishitani ayrıca, söz konusu haksız rekabet eylemi nedeniyle zarar görenin "itibar ve güvenilirliği"ne zarar verilmiş olması durumunda, konuya ilişkin olarak özel bir bağlama kuralı getirmiş bulunan HUGKK m.19 hükmünün de uygulama alanı bulabileceğini ifade etmektedir. Bkz. Ibid, s.451. İlgili hüküm, “Şeref ve Güvenilirliğe Zarar Verilmesinin Özel Durumu” başlığı altında, diğer kimselerin itibarına zarar veren haksız fiillerden kaynaklanan alacak haklarının kurulması ve etkilerinin, zarar görenin mutad mesken yeri hukukuna (zarar görenin tüzel kişi olduğu hâllerde, asıl işyerinin bulunduğu yer hukukuna) tâbi olacağı düzenlenmiştir. Bkz. O. C. Saatcıoğlu, 2012, s.118. Buna karşılık, söz konusu bağlama kuralının esinlenildiği hüküm olarak İsviçre IPRG m.139 hükmü gösterilmekte, İsviçre doktrinde, bu maddenin yalnızca kişilik haklarının ihlâli bakımından devreye sokulması, bunun dışında ekonomik kişilik haklarının ihlâli durumunda IPRG m.136 hükmündeki haksız rekabet bağlama kuralına gidilmesi görüşünün hakim bulunduğu da dikkat çekilmektedir. Bkz. T. Shima, 2012, s.300. Her ne kadar iki madde arasındaki seçimin davalıya bırakılmasını öneren görüşler bulunuyor olsa da, ağırlığın ilk görüşten yana olduğu ifade edilmektedir. Konuya ilişkin görüş bildiren yazarlar için bkz. T. Shima, 2012, s.299, dipnot 121. Nishitani’nin görüşüne karşılık, Shima, İsviçre’deki ağırlık görüşe katıldığını belirtmektedir. Bkz. Ibid, s.300.

şeklinde bir bağlama noktasına yer verilmemiş olsa da, HUGKK m.20 hükmündeki “açıkça daha sıkı irtibatlı yer” ifadesi sayesinde mahkemelerin bu yer hukukunu uygulayabilmelerinin de mümkün olduğu ifade edilmektedir.⁵⁸⁸

c) Hukuk Seçimi İmkânı

HUGKK maddeleri arasında haksız rekabete ilişkin özel bir düzenlemeye yer verilmemiş olması ve konunun haksız fiiller açısından benimsenen sistem içerisinde ele alınması yönündeki baskın görüş düşünüldüğünde, haksız rekabet ilişkisinin tarafları bakımından bir hukuk seçimine izin verilip verilmeyeceği meselesinin de yine aynı sistem içerisinde değerlendirilmesi gerekecektir.

Doktrinde, haksız fiiller açısından sonraki hukuk seçimine izin veren HUGKK m.21 hükmünün, haksız rekabet ilişkileri açısından da uygulanabileceği görüşü ifade edilmiş,⁵⁸⁹ ancak bu hususta da “işletme ile ilgili haksız rekabet eylemleri” ile “piyasa ile ilgili haksız rekabet eylemleri” arasında bir ayrım gözetilerek konuya yaklaşılmaması salık verilmiştir. Hukuk seçiminin yalnızca bireysel nitelikte (işletme ile ilgili) haksız rekabet eylemleri ile sınırlı olarak kabul edilmesi, bunun dışında piyasa ile ilgisi bulunan haksız rekabet eylemleri bakımından böyle bir seçimin yapılmasına izin verilmemesi gerektiği görüşü belirtilmiştir.⁵⁹⁰

⁵⁸⁸ Y. Nishitani, 2011, Fuhou, s.451. Japon mahkeme uygulamasına bakıldığında ise, mahkemelerin büyük bir çoğunluğunun haksız rekabet eylemine göre yukarıda belirtildiği gibi ikili bir ayrıma gitmeksizin doğrudan genel haksız fiil bağlama kuralını tatbik ettikleri bildirilmektedir. Bkz. Ibid, s.450.

⁵⁸⁹ D. Yokomizo, **Cross-Border Exchange of Music Content and Trade Secrets: A View from Japanese Private International Law**, Zeitschrift für japanisches Recht, No:28, 2009, s.175.

⁵⁹⁰ Y. Nishitani, 2011, Fuhou, s.451, 452; T. Shima, 2012, s.294.

d) Daha Sıkı İrtibatlı Hukukun Uygulanması

HUGKK m.20 hükmü, daha sıkı irtibatlı hukuk istisnasını şu şekilde düzenlemiştir⁵⁹¹;

Madde 20 - Açıkça Daha Yakın İrtibatlı Yerin Bulunması hâli İstisnası

1) Önceki üç maddenin hükümleri dikkate alınmaksızın, haksız fiilden kaynaklanan alacak haklarının kurulması ve etkileri, haksız fiil anında, tarafların, hukuku aynı olan yerlerde mutad mesken sahibi bulunuyor oldukları, taraflar arasındaki sözleşmeden doğan yükümlülükleri ihlâl şeklinde haksız fiilin gerçekleştirilmiş olduğu veya diğer şartların ışığında açıkça önceki üç maddenin hükümleri uyarınca uygulanması gereken hukukun mevcut olduğu yerden daha yakın irtibatlı diğer bir yerin bulunduğu hâllerde, söz konusu diğer yerin hukukuna tâbidir.

Bu düzenlemenin ikili bir ayrım çerçevesinde ele alınabileceği kanısındayız. Düzenlemede yer verilen ve daha sıkı irtibatı haiz olduğu varsayılmış hâllerin içerisinde müşterek mutad mesken örneği, kanımızca objektif bağlama hükmünün bir parçasını oluşturmaktadır. Zira olayda müşterek bir mutad meskenin varlığı saptanabiliyorsa, bu yerin -başka herhangi bir şart aranmaksızın- zararın meydana geldiği yere kıyasla daha sıkı irtibatlı olduğu mutlak biçimde kabul edilmiştir. Dolayısıyla, müşterek mutad meskenin varlığı hâlinde, zararın meydana geldiği yer hukukuna gidilmemesinin amaçlanmış olduğu söylenebilir. “Daha sıkı irtibatlı yer

⁵⁹¹ O. C. Saatcioğlu, 2012, s.119.

hukukunun lehine objektif bağlamadan vazgeçilmesi” olgusunun istisnai niteliği kabul edildiğinde, müşterek mutad mesken yerine yapılmış olan bağlamanın bir “istisna”dan çok “kural” görünümünde kaleme alındığı görülmektedir.

Maddenin sahip olduğu istisnai karakterin ise, madde hükmünde belirtildiği şekilde esasen “... *taraflar arasındaki sözleşmeden doğan yükümlülükleri ihlâl şeklinde haksız fiilin gerçekleştirilmiş olduğu veya diğer şartların ışığında açıkça önceki üç maddenin hükümleri uyarınca uygulanması gereken hukukun mevcut olduğu yerden daha yakın irtibatlı diğer bir yerin bulunduğu hâller*” açısından gündeme geleceğinden bahsedilebilir. Aşağıda bu hâller açısından ve özellikle de taraflar arasında hâlihazırda mevcut bir sözleşme ilişkisinin bulunduğu durumlar üzerinden açıklamalara yer verilecektir.

Haksız fiilin, taraflar arasındaki sözleşmeden doğan yükümlülükleri ihlâl şeklinde gerçekleştirilmiş olması, doktrinde “fer’i bağlanma⁵⁹²” olarak bilinen teorinin somut olaya uygulanmasına imkân vermektedir. Dolayısıyla, bu teoriyi benimseyen hükmün, taraflar arasında mevcut ve birbiriyle de irtibatlı bulunan hukuki ilişkilerin bütün olarak tek hukuk sistemine tâbi tutulmasına yardımcı olacağı, bu kapsamda zor birtakım vasıflandırma sorunlarının da önüne geçilmiş olacağı düşünülmektedir.⁵⁹³ Hüküm sayesinde, örneğin, haksız fiilin tarafları arasında aynı zamanda bir mal emaneti sözleşmesi⁵⁹⁴ bulunan hâllerde, malın kendisine emanet edildiği kimsenin kusuru sebebiyle söz konusu malın zarara

⁵⁹² “Fer’i bağlanma” kavramının Japonca karşılığı “*fujuutekina renraku*” (附従的な連絡) şeklindedir.

⁵⁹³ Özellikle, taşıma, iş, satım, tedavi vb. sözleşmelerde, bir tarafın diğer tarafa karşı sahip olduğu talep haklarının hem haksız fiile hem de sözleşmeye dayandırılabilmesinin mümkün olduğu hâller açısından; fer’i bağlanma aracılığıyla hakların yarışması sorunsalının da önüne geçilmiş olacağı ifade edilmektedir. Bu durumun ise, özellikle tatbiki söz konusu hukuk düzenlerinden birinin hakların yarışmasına izin verdiği, ancak diğerinin yalnızca sözleşmesel talep haklarını kabul ettiği hâller bakımından anlam kazanacağı belirtilmektedir. Bkz. J. Yokoyama, **Kokusai shihou**, Toukyou, Sanseidou, 2012, s.210.

⁵⁹⁴ Kavramın Japonca karşılığı “*kitaku keiyaku*” (寄託契約) şeklindedir.

uğraması hâlinde; yine, taraflar arasında bir taşıma sözleşmesinin bulunduğu hâllerde, taşıma esnasında taşınan şeyin zarara uğradığı durumlarda, haksız fiil kaynaklı tazminat talebinin, ilgili sözleşmelerin statülerine tâbi tutulması mümkün hâle gelmektedir.⁵⁹⁵

Zamansal olarak, zarara sebep olan hadisenin gerçekleştiği anın esas alınması gerektiği belirtilmektedir.⁵⁹⁶ Haksız fiilin tarafları arasındaki ilişkinin “vakıasal” değil, “hukuki” bir ilişki olması gerekmektedir.⁵⁹⁷ Bu açıdan fer’i bağlanma, yalnızca zarar gören ile zarar veren arasında doğrudan bir sözleşme ilişkisinin mevcut olduğu hâller bakımından uygulama alanı bulmaktadır.⁵⁹⁸ Dolayısıyla, mirasçılarının veya ürün sorumluluğu konusunda üretici ile üçüncü kişi konumundaki kimseler arasındaki sözleşmesel ilişkilerin (ürünün perakende satışını yapanlar vb), bu kapsamda görülmemeleri gerektiği düşünülmektedir.⁵⁹⁹

HUGKK m.20’nin lafzı dikkate alındığında; zararın meydana gelişinin, zarar gören ile zarar veren arasında hâlihazırda mevcut bulunan bir hukuki ilişkiden kaynaklanan yükümlülükleri ihlâl sonucunu doğurduğu hâller açısından sözleşme statüsüne fer’i bağlanma yapılması ihtimâlinin çok yüksek olduğu söylenebilir.

⁵⁹⁵ Y. Nishitani, *Akiraka ni yori missetsuna kankei ga aru chi ga aru baai no reigai*, Chuushaku Kokusai Shihou (Daiichi Ken), Y. Sakurada, M. Dougauchi (ed.) içinde, s.507.

⁵⁹⁶ J. Yokoyama, 2012, s.212.

⁵⁹⁷ *Nishitani*, tarafların arasındaki ilişkinin, “hukuki” olmayıp yalnızca “vakıasal” bir nitelik taşıdıkları hâller (Aynı paket tura katılmış kimseler arasında tur esnasında meydana gelen haksız fiiller; evli veya nişanlı olmayıp, romantik birliktelik içerisinde bulunan kimseler arasında meydana gelen haksız fiiller; vb.) açısından, HUGKK m.20 anlamında bir fer’i bağlanma yapılamayacağını ifade etmekle birlikte, böyle ilişkilerin en sıkı irtibatlı yerin tespitinde dikkate alınabilecek faktörlerden birini teşkil edebileceklerini düşünmektedir. Bkz. Y. Nishitani, 2011, *Akiraka*, s.509.

⁵⁹⁸ Buna karşılık, taraflar arasında sözleşme kurulamamış bile olsa, *culpa in contrahendo* gibi sözleşmesel sorumluluk temeli bulunduğu düşünülen hukuki ilişkilerin HUGKK m.20 kapsamında fer’i bağlanmaya konu kılınabilmeleri mümkün görülmektedir. Bkz. Ibid, s.507, 508.

⁵⁹⁹ Öte yandan *Nishitani*, taraflar arasındaki hukuki ilişkinin eşya yahut aile hukuku ilişkisi olması hâlinde dahi, hükmün devamında geçen “diğer şartların ışığında açıkça önceki üç maddenin hükümleri uyarınca uygulanması gereken hukukun mevcut olduğu yerden daha yakın irtibatlı diğer bir yer”in varlığının saptanabileceğini, bu hükümde yer verilen “diğer bütün şartlar” ifadesinden hareketle ana hukuki ilişkiyi (eşya, aile vb.) idare eden hukuka fer’i bağlanma yapılabileceğini ileri sürmektedir. Bkz. Ibid, s.509.

Bununla birlikte, böyle hâllerde dahi sözleşmesel veya diğer bir hukuki ilişkiye uygulanacak hukukun, mutlak surette “en sıkı irtibata sahip diğer yer hukuku” niteliğini taşıyor olması pekâla mümkündür. Bir başka deyişle, ihlâl edilen hukuki menfaati özel olarak koruyan yükümlülüğün sözleşmeden kaynaklandığı hâllerde bile, fer’i bağlanmanın mutlaka kabul edilmesi gerektiği sonucu çıkarılamaz. Bu hususa ilişkin olarak doktrinde *Yokoyama*, herkesçe talep edilebilen “genel koruma yükümü” ile, yalnızca hukuki ilişkinin tarafı olan kimsece özel olarak talep edilebilen “özel koruma yükümü” arasındaki sınırın somut olay açısından belirlenmesi gerektiğini ileri sürmekte ve bu düşüncesini bir örnek ile açıklamaktadır⁶⁰⁰: Kocasının kullandığı bir otomobilde seyahat eden kadın, kocanın hatası nedeniyle bir trafik kazası sonucu zarara uğradığında, ilk bakışta, taraflar arasında önceden beri süregelen başka bir hukuki ilişkinin (evlilik) mevcudiyetinden hareketle, evliliğin hükümlerini idare eden hukuka fer’i bağlanması ihtimâli akla gelebilir. Ancak, mesele detaylı olarak incelendiğinde görüleceği üzere, yolcuların emniyetini temin ederek araç kullanma yükümlülüğü altında bulunan şöför, söz konusu yükümlülüğünü yolcu sıfatını haiz herkese karşı üstlenmiştir. Dolayısıyla, bu örnekte, zarara uğrayan kadın, şöförün karısı sıfatına binaen değil, araçta seyahat eden bir yolcu sıfatına binaen şöförün bu genel yükümlülüğünü ihlâl etmesinden dolayı etkilenmiş olmaktadır.

Yokoyama’ya göre, hâlihazırda mevcut olan hukuki ilişkiyle zararın meydana gelişi arasında bir miktar irtibatın bulunması, tek başına yeterli görülmemelidir. Yazar, hâlihazırda mevcut hukuki ilişkiye uygulanan hukukun HUGKK m.20 anlamında “en sıkı irtibatlı diğer yer hukuku” olarak görülüp görülemeyeceği

⁶⁰⁰ J. Yokoyama, 2012, s.211.

hususunda, söz konusu hukuki ilişkinin yürürlüğü sürecinde gerçekleştirilmiş eylemler ile zararın ortaya çıkışı arasında uygun bir nedensellik bağının var olup olmadığının araştırılmasını savunmaktadır.⁶⁰¹

Zarar görenin, aslında tarafı olmadığı bir hukuki ilişkiyi idare eden hukuka fer'i bağlanmak istemesinde kanunlar ihtilâfı hukuku anlamında bir menfaati bulunmadığı düşünülmektedir. Örneğin, yangın sebebiyle gemisinde hasar meydana gelen gemi sahibinin, gemide kullanılan yangın söndürücülerini üreten şirkete karşı ürün sorumluluğu nedeniyle tazminat davası açması hâlinde, bu talep hakkında gemi sahibi ile gemiyi üreten şirket arasındaki sözleşmeye uygulanan hukuka fer'i bağlanması doğru değildir. Zira tarafların birliği olayda gerçekleşmemiştir.⁶⁰² Öte yandan, somut olayda birden fazla zarar gören var ise, her bir zarar görenin zarar veren ile aralarında daha önceden beri süregelen hukuki ilişkileri ayrı ayrı ele almak gerekecektir.⁶⁰³

Tarafların, sözleşmenin kuruluşuna farklı, hükümlerine farklı hukuk sistemleri seçmiş bulunmaları (parçalama) hâlinde⁶⁰⁴, haksız fiilin, “sözleşmenin hükümleri” ile daha bağlantılı olmasından hareketle kural olarak hükümleri idare edecek hukuka fer'i bağlanma yapılabileceği; ancak, bu örneğin dışındaki hâllerde, yani tarafların gerçekleştirdikleri parçalama böyle basit nitelikte (kuruluş - hükümler) değil ise,

⁶⁰¹ Örneğin, taşıyıcı şirketin, malları teslim ederek bir antrepoya yerleştirmesinden sonra şirket elemanının, gece depoya hırsız girmesine ve malların çalınmasına sebebiyet verecek şekilde kilidi açık hâlde bırakması durumunda, *Yokoyama*'ya göre, taşıma sözleşmesine uygulanacak hukuka tâbi olunmaması daha doğrudur. Her ne kadar, taşıma sözleşmesi mevcut olmasa idi, böyle bir eylem gerçekleşmeyecek idiyse de, yazar, olaydaki zararın sözleşmeden normal şartlar altında kaynaklanabilen bir zarar olmadığı görüşündedir. Bkz. J. Yokoyama, 2012, s.211.

⁶⁰² Ibid, s.211,212.

⁶⁰³ Ibid, s.212.

⁶⁰⁴ Kaynak metinde geçen “*bunkatsu shitei*” (分割指定) kavramı ile, kanunlar ihtilâfı hukukunda “parçalama” (*depeçage*) olarak bilinen uygulama karşılanmaktadır.

mecburen her somut olay bakımından en sıkı irtibatlı hukukun belirlenmesi gerekeceği ifade edilmiştir.⁶⁰⁵

HUGKK m.20 hükmünün haksız rekabet kaynaklı uyuşmazlıklar bakımından üstlenebileceği öneme ilişkin olarak doktrinde *Nishitani*, kanunda “piyasanın bulunduğu yer” şeklinde bir bağlama noktasının mevcut olmadığına dikkat çekerek, haksız fiiller bakımından “açıkça daha sıkı irtibatlı yer” hukukunun uygulanmasına imkân veren bu hüküm aracılığı ile mahkemelerin piyasanın bulunduğu yer hukukunu uygulayabilmelerinin mümkün olduğu görüşünü ifade etmiştir.⁶⁰⁶

e) Kamu Düzeni Müdahalesi

HUGKK metni içerisinde kamu düzeni müdahalesinin gündeme getirildiği iki madde bulunmaktadır. Bunlardan ilki, HUGKK m.22’de, ikincisi ise HUGKK m.42’de yer almaktadır. HUGKK m.22’nin, m.42’de yer alana kıyasla özel bir düzenleme barındırdığı belirtilmektedir.⁶⁰⁷ Anılan düzenlemelerin metinlerine aşağıda yer verilmiştir. Bununla birlikte, doğrudan haksız fiiller bakımından getirilmiş olması hasebiyle bu çalışma açısından yalnızca HUGKK m.22 hükümleri incelenecektir.

Madde 22 - Haksız Fiillere İlişkin Kamu Düzeni Kaynaklı Sınırlamalar⁶⁰⁸

1) Haksız fiil ile ilgili olarak yabancı hukuka tâbi olunması gerekli hâllerde, söz konusu yabancı hukukun uygulanmasını gerekli kılan vakianın Japon

⁶⁰⁵ Y. Nishitani, 2011, Akiraka, s.508.

⁶⁰⁶ Y. Nishitani, 2011, Fuhou, s.451.

⁶⁰⁷ J. Yokoyama, 2012, s.215.

⁶⁰⁸ O. C. Saatcıoğlu, 2012, s.119.

hukukuna göre haksız olmaması durumunda, söz konusu yabancı hukuktan kaynaklanan tazminatların veya diğer yaptırımların talep edilmeleri mümkün değildir.

2) Haksız fiil ile ilgili olarak yabancı hukuka tâbi olunması gereken hâllerde, söz konusu yabancı hukukun uygulanmasını gerekli kılan vakianın söz konusu yabancı hukukça ve Japon hukukunca haksız olduğu hâllerde dahi, zarar gören, Japon hukukunca tanınan tazminatların veya diğer yaptırımların mevcut olmadığı taleplerde bulunamaz.

*Madde 42 - Kamu Düzeni*⁶⁰⁹

1) Yabancı hukuka tâbi olunması gereken durumlarda, hükümlerin uygulanmalarının kamu düzeni veya genel ahlaka aykırılık teşkil ettiği hâllerde, bunlar uygulanmaz.

HUGKK m.22 hükmüne karşılık gelen bağımsız bir maddenin, eski kanun döneminde mevcut olmadığı, bu düzenlemenin eski kanundaki karşılıklarının iki ayrı maddede, HOUREI m.11/2 ve m.11/3’de bulunduğu ifade edilmektedir.⁶¹⁰ Buna

⁶⁰⁹ O. C. Saatcioğlu, 2012, s.127.

⁶¹⁰ T. Kanzaki, **Fuhoukoui ni tsuite no koujo ni yoru seigen**, Chuushaku Kokusai Shihou (Daiichi Ken), Y. Sakurada, M. Dougauchi (ed.) içinde, s.526. HUGKK m.22 hükmü ile aynı sonuca ulaşılmasına elverişli olan ve karşılaştırmalı hukukta saptanabilecek düzenlemelere örnek olarak, İngiltere’de uzun süre önce benimsenmiş *double actionability* kuralı verilmektedir. Bu kurala göre, haksız fiil kaynaklı taleplerde, mahkeme hukuku ile haksız fiil yeri hukukunun birlikte uygulanması söz konusu edilmektedir. Ancak İngiltere’de söz konusu uygulamanın 1995 yılında büyük ölçüde durdurulduğu, yalnızca itibara verilen zararlar ile sınırlı olarak sürdürüleceği yönünde bir değişiklik yapıldığı (Private International Law (Miscellaneous Provisions) Act s.10, s.13) belirtilmekte, bu istisnaya ise, ifade hürriyetinin korunması penceresinden bakılarak yer verildiği ifade edilmektedir. Bkz. C.G.J. Morse, **Torts in Private International Law: A New Statutory Framework**, 45 I.C.L.Q. (1996), s.888-891; Bkz. Kanzaki, T., 2011, s.528. İsviçre Hukuku’nda da ürün sorumluluğu (IPRG m.135/2) ve rekabetin sınırlandırılması eylemlerine ilişkin (IPRG m.137/2) maddelerde, tazminatlara

karşılık doktrinde, eski kanunda iki fıkra şeklinde getirilen bu hükümler eleştirilmiş, haksız fiiller bakımından mahkemenin hukukunun olaya mutlak surette uygulanmasından bahsedilemeyeceği; kamu düzeni ile ilgili olarak yalnızca buna ilişkin genel hükme başvurulmasının yeterli olacağı şeklinde gerekçeler sunulduğu görülmektedir.⁶¹¹ Böyle eleştirilerin bulunduğu bir ortamda hazırlanmasına başlandığı için, HUGKK içerisinde, anılan fıkra hükümlerine denk düşecek ayrı bir maddeye yer verilmesi şaşırtıcı olmuştur. İlgili komisyon çalışmaları esnasında hükmün korunması lehine görüşlerin varlığı sebebiyle bir uzlaşuya varılamadığı, netice itibarıyla özel nitelikteki bu kamu düzeni istisnasına HUGKK m.22 şeklinde yeni kanunda da yer verildiği belirtilmektedir.⁶¹²

Yukarıdaki açıklamalardan anlaşılabileceği üzere, HUGKK m.22 hükmü, m.17 - m.21 arasındaki hükümler uyarınca “haksız fiil ile ilgili olarak yabancı hukukun uygulandığı hâller” bakımından işlev göstermektedir. Dolayısıyla, maddenin lafzı esas alındığında, bu maddelerden herhangi birine göre yabancı hukukun uygulanacak olması, m.22 hükmünün dikkate alınması için yeterlidir.⁶¹³

Bununla birlikte doktrinde, uygulanacak yabancı hukukun HUGKK m.20 ve m.21 hükümlerine göre belirlendiği bazı hâller açısından m.22 hükmünün uygulanmaması gerektiği, bu hâller açısından maddenin uygulama alanının

ilişkin olarak İsviçre Hukuku kaynaklı sınırlamalar getirildiği görülmektedir. *Kanzaki*, bu düzenlemelerin cezai tazminat, üç katına kadar tazminat gibi örnekleri sınırlamaları açısından HUGKK m.22/2 hükmü ile benzerlik gösterdiklerini düşünmektedir. Ancak ürün sorumluluğuna ilişkin maddede, zarar görenin hukuk seçiminin kabul edilmiş olması hasebiyle bir denge gözetilmiş olduğuna da dikkat çekmektedir. Bkz. T. Kanzaki, 2011, s.529. *Kanzaki* ayrıca, HUGKK’un çıkarıldığı dönemde, m.22 ile paralel düzenleme barındıran diğer hukuk sistemlerine örnek olarak Macaristan ve Romanya’yı vermektedir. Bkz. Ibid. s.529.

⁶¹¹ Konuya ilişkin gerekçe sunmuş yazarlar için bkz. Kanzaki, T., 2011, s.527, dipnot 3.

⁶¹² Ibid, s.527.

⁶¹³ Ibid, s.529.

sınırlandırılmış olduğu fikri de savunulmaktadır.⁶¹⁴ HUGKK m.20 hükmü açısından sınırlandırmanın, özellikle haksız fiilin taraflar arasındaki bir sözleşmesel ilişkiden kaynaklanan yükümü ihlâl şeklinde gerçekleştirildiği hâller bakımından söz konusu olacağı düşünülmektedir. Böyle hâllerde ana amaç, fer'i bağlanma suretiyle sözleşme statüsüne haksız fiil kaynaklı uyuşmazlık açısından da idare gücü kazandırmak olduğundan, HUGKK m.22 hükmünün uygulanması hâlinde bu ana amacın görmezden gelinmiş olacağı; bu durumun ise, milletlerarası ticarete rastlanan taraf özerkliği ilkesine aykırılık taşıyacağından bahisle tarafları Japon mahkemelerine başvurmadan sakınmaya yönelteceği düşünülmektedir.⁶¹⁵ Yine, tarafların HUGKK m.21 uyarınca haksız fiilin gerçekleşmesinden sonra hukuk seçimi yapmış oldukları hâller açısından da, m.22 hükmünün uygulanmasının taraf beklentilerine aykırılık taşıyacağı; sonraki hukuk seçimine herhangi bir sınırlandırma getirmeksizin izin veren m.21 hükmü ile haksız fiilleri kamu düzeni perspektifinden ele alan m.22 hükmünün birbirleriyle uyumlu olmadıkları görüşü ifade edilmiştir.⁶¹⁶ Her ne kadar, madde lafzı içerisinde uygulama koşulu olarak varlığı zorunlu aranacak bir “iç ilgi / bağlantı”dan⁶¹⁷ söz edilmemiş olsa da; doktrinde böyle bir iç bağlantının aranması gerektiği de düşünülmektedir.⁶¹⁸

Birinci fıkra hükmünün uygulanması açısından önem arzeden iki husus bulunmaktadır. Bunlardan ilki, fıkra da yer verilen “haksız” sözcüğünün kapsamının ne şekilde anlaşılacağıdır. İkincisi ise, tazminat ve diğer yaptırımlar ile neyin

⁶¹⁴ Ibid, s.529,530.

⁶¹⁵ Ibid, s.530.

⁶¹⁶ *Kanzaki*, 2012 itibariyle bu sınırlandırmaların henüz yeni tartışılmaya başlanmış olmalarından hareketle, henüz mahkeme uygulamasına yansımadıklarını belirtmektedir. Bkz. Ibid, s.530.

⁶¹⁷ Kavramın Japonca karşılığı “*naikokuteki kanrensei*” (内国の関連性) şeklindedir.

⁶¹⁸ *Yokoyama*, HUGKK m.20 uyarınca “en sıkı irtibatlı başka bir yer hukuku” sıfatıyla yabancı hukukun uygulandığı hâllerde ve HUGKK m.21 uyarınca tarafların bir hukuk seçimi yapmış oldukları hâller bakımından, söz konusu iç bağlantıya ilişkin şartın bulunmadığı vakaların sayıca çok olacaklarını düşünülmektedir. Bkz. J. Yokoyama, 2012, s.215.

kastedilmek istendiğidir. Eğer madde metninde geçen “haksız” sözcüğünün, "hukuka aykırılık" anlamıyla kullanılmış olduğu ve “haksız fiil”in kastedilmediği görüşü kabul edilecek olursa, haksız fiilin tüm kurucu şartları değil yalnızca bu şartların bir kısmı açısından Japon Hukuku'nun uygulanması gündeme gelecektir. Ancak bu yorum, yani haksız sözcüğünü yalnızca “kusur” yönünden ele almak ve böylelikle haksız fiilin kurucu unsurlarının yalnızca bir kısmı açısından Japon hukukunu uygulamak görüşü, maddede Japon kamu düzeni perspektifinden bir yaklaşım benimsenmiş olduğu gerçeği karşısında eleştirilmekte, farklı haksız fiil türleri açısından ilgili kurucu şartlar arasında böylesi bir seçim yapılmasının zorluğuna dikkat çekilmektedir.⁶¹⁹ Bu hususta *Sakurada*, doktrindeki baskın görüşün, "haksız" kavramı ile tüm kurucu unsurların kapsanmak istendiği yönünde olduğunu belirtmekte, ancak madde başlığının kamu düzeni kaynaklı sınırlamalar şeklinde olmasından ötürü madde uygulanmasında esnek bir hareket alanına sahip olunduğunu da düşünmektedir.⁶²⁰

Şu hâlde, olaydaki haksız fiil ilişkisinin Japon Hukuku'na göre aslında kurulmamış olduğu anlaşıyorsa, uygulanacak hukuktan bağımsız olarak, söz konusu tazminat vs. taleplerin reddi gündeme gelmektedir. *Kanzaki*'ye göre, bu madde hükmü aracılığıyla mahkemeye, "uygulanacak hukuka gitmeden önce Japon hukukuna göre haksız fiil ilişkisinin kuruluşunu reddetme” imkânı verilmiştir.⁶²¹

HUGKK m.22/1 hükmünde değinilen “tazminat ve diğer yaptırımların”, her ne kadar açıkça belirtilmemiş ise de “haksız fiil kaynaklı” olmaları gerektiği hususunda

⁶¹⁹ T. Kanzaki, 2011, s.533, 534.

⁶²⁰ Y. Sakurada, *Kokusaishihou*, Toukyou, 2012, s.261.

⁶²¹ T. Kanzaki, 2011, s.538, 539.

doktrinde ihtilâf bulunmadığı bildirilmektedir.⁶²² HUGKK m.22/2 hükmü açısından ise, “... *Japon hukukunca tanınan tazminatlar veya diğer yaptırımlar...*” ifadesinin anlamı konusunda görüş farklılıkları bulunmaktadır. Fıkranın hükmünün uygulama alanını daraltabilmek amacıyla doktrinde, bu düzenlemenin yalnızca yaptırımın usûlüne (tazminat veya eski hâle iade⁶²³ gibi) ilişkin olarak koruyucu bir fonksiyon üstlenmesi görüşünün ifade edildiği belirtilmektedir.⁶²⁴ Buna karşılık doktrinde pek çok yazar, tazminatın usûlünün yanısıra "miktarının" da Japon hukukuna göre sınırlandırılması amacının güdüldüğü düşüncesindedir.⁶²⁵ Haksız fiilin kuruluşu hakkında birinci fıkra (m.22/1) aracılığıyla Japon hukukunun tatbiki sonrasında, haksız fiilin hükümleri bakımından da aynı şekilde bir çözüm yolunun benimsenmesi gerektiği, bu hususta "tazminatın miktarına ilişkin değerlendirme haricindeki konular bakımından hükmün uygulanmayacağı" yorumunun dayanaktan yoksun bulunduğu ifade edilmektedir.⁶²⁶ Yabancı hukukta yer alan ve zarar vereni cezalandırmayı amaçlayan tazminatların bu hüküm kapsamında ele alınabilecekleri düşünülmektedir.⁶²⁷

Doktrinde *Sakurada*'nın da haklı olarak belirttiği gibi, HUGKK m.22 hükmünün, uygulanacak yabancı hukuku Japon hukuku lehine özel olarak askıya alan bir yapıda bulunmaktadır.⁶²⁸ Bu yönüyle hükmün daha ziyade doğrudan uygulanan kural tayin edici bir fonksiyona sahip olduğunu düşünmekteyiz. Hüküm, her ne kadar Japon hukukundaki kuralların doğrudan uygulanmasından bahsetmese de, Japon hukukuna aykırı birtakım yabancı hukuk “kurumları”na dayanan taleplerde

⁶²² Ibid, s.531.

⁶²³ Eski hâle iade yaptırımının Japonca karşılığı "*genjou kaifuku*" (原状回復) şeklindedir.

⁶²⁴ Y. Sakurada, 2012, s.261.

⁶²⁵ Görüş bildiren yazarlar için bkz. T. Kanzaki, 2011, s.537, dipnot 24.

⁶²⁶ Ibid, s.537.

⁶²⁷ Ibid, s.536.

⁶²⁸ Y. Sakurada, 2012, s.261.

bulunulamayacağını açıkça belirtmektedir. Bir başka deyişle, yabancı hukuk kuralının doğurduğu "sonucun" Japon kamu düzenine aykırılığından değil, biziatihi ilgili yabancı hukuk "kuralının" kamu düzenine aykırılık gerekçesiyle engellenmesi söz konusu olmaktadır.

Haksız rekabet kaynaklı uyuşmazlıklar bakımından hükmün nasıl bir fonksiyon üstlenebileceğine dair özel olarak belirtilmiş doktrin görüşlerine bu çalışma esnasında rastlanmamıştır. Cezalandırıcı tazminat konusu üzerinden birtakım örneklerin verilebilmesi mümkün olmalıdır.

f) Doğrudan Uygulanan Kurallar

Japon mahkemelerinde açılacak yabancı unsurlu haksız rekabet davaları ile ilgili olarak doktrinde *Ishiguro* ve *Yokomizo* tarafından savunulan bir görüşe göre, Japon haksız rekabet hukukunun da söz konusu uyuşmazlığa uygulanabilmesi mümkün olmalıdır. Ancak her iki yazar da bu görüşü, bütün haksız rekabet hukuku kuralları bakımından değil, sadece kamusal menfaati yoğun ölçüde hissettiren emredici kuralların olaya doğrudan uygulanmaları bakımından savunmaktadırlar.⁶²⁹ Bu hususta *Shima*, haksız rekabet hukukunun kamu hukukuna değil özel hukuka dahil görülmesi gereken bir dal olmasından hareketle, özel hukukun diğer dalları gibi, yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıklar bakımından kanunlar ihtilâfı hukukunun uygulama alanı bulması gerektiğini belirtmekte ve bu doğrultuda somut olayda kanunlar ihtilâfı hukuku metodolojisi işletilmeden olaya doğrudan Japon hukukunun uygulanması biçimindeki bir anlayışı kabul etmemektedir. Öte yandan yazar, kural

⁶²⁹ D. Yokomizo, 2006, Teishokuhou, s.233-235; K. Ishiguro, **Kokusaishihou no kiki**, Shinsansha, 2004, s.143. (T. Shima, 2012, s.272'den atfen)

olarak kanunlar ihtilâfı hukuku sistematîği içerisinde ve genel bağlama kuralına gidilerek ele alınması gereken yabancı unsurlu bu uyuşmazlıklar açısından birtakım emredici kuralların istisnai olarak uygulanabilmelerine izin verilebileceğini de düşünmekte, bu açıdan *Ishiguro* ve *Yokomizo*'nun görüşüne katılmaktadır.⁶³⁰

4) Türk Hukuku'nda

a) 2007 Tarihli MÖHUK Madde 37'nin Genel Yapısı

2675 Sayılı eski Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun döneminde, haksız rekabetten doğan kanunlar ihtilâfına ilişkin özel bir düzenleme yapılması gerektiği fikrinin dile getirilmiş olduğu görülmektedir.⁶³¹ Bu dönemde, haksız rekabetten doğan taleplere, hukuki menfaatin ihlâl edildiği yer hukukunun uygulanmasının yerinde olacağı ileri sürülmüş; haksız rekabet kurallarının koruduğu menfaatler göz önüne alındığında, haksız rekabet fiilinin gerçekleştirildiği yerin değil, bu fiilin etkilediği veya etkileme ihtimâlinin bulunduğu piyasa yerinin esas alınması gerektiği belirtilmiştir.⁶³² Yine aynı dönemde, münhasıran işletmeye yönelik haksız rekabet eylemleri ile, tüm piyasaya yönelik haksız rekabet eylemleri arasında bir ayrım yapılması gerektiği görüşü de ifade edilmiştir.⁶³³

⁶³⁰ Buna karşılık yazar, söz konusu kuralların neler olabileceğine dair herhangi bir örnek vermemektedir. Bkz. T. Shima, a.g.e., s.272, 273.

⁶³¹ A. Altıparmak, **Haksız Rekabetten Doğan Kanunlar İhtilafı**, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Ankara (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), 2000, s.104 vd. (Z. D. Tarman, Haksız Rekabetten ve Aldatıcı Reklamlardan Doğan Uyuşmazlıklarda Uygulanacak Hukuk, İstanbul, 2011, s.87'den atfen)

⁶³² B. Tiryakioğlu, **Rekabet Hukukundan Doğan Kanunlar İhtilafı**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1997, s.80, 81. (Z. D. Tarman, 2011, s.86, 87'den atfen)

⁶³³ Y. Kaplan, **İnternet Ortamında Fikri Hakların Korunmasına Uygulanacak Hukuk**, Ankara, 2004, s.218. (Z. D. Tarman, 2011, s.87'den atfen)

5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun, günümüz Avrupa uygulamasına paralel şekilde, haksız rekabet kaynaklı uyuşmazlıklara uygulanacak hukukun tespiti meselesini genel haksız fiil kuralı ile ele almayı doğru bulmamış, bu konuya ilişkin olarak özel bir düzenleme getirmek yolunu seçmiştir. Madde gerekçesinden de anlaşılacağı üzere, bu düzenlemenin hazırlanmasında açıkça İsviçre IPRG m.136'dan esinlenilmiştir.⁶³⁴ Anılan madde ile neredeyse tamamen aynı lafza sahip şekilde kaleme alınan 37. madde içerisinde iki fıkra hâlinde getirilen hükümler şu şekildedir:

Madde 37 - Haksız Rekabet

- 1) Haksız rekabetten doğan talepler, haksız rekabet sebebiyle piyasası doğrudan etkilenen ülke hukukuna tâbidir.*
- (2) Haksız rekabet sonucunda zarar görenin münhasıran işletmesine ilişkin menfaatleri ihlâl edilmişse, söz konusu işletmenin işyerinin bulunduğu ülke hukuku uygulanır.*

Haksız rekabet alanında, iddia edilen haksız rekabet fiilinin veya etkilerinin yabancı bir piyasayı ilgilendirmesi durumunda yabancılık unsurunun varlığının kabul edileceğinden bahsedilmekte; örnek olarak; işyerleri Türkiye'de bulunan iki işletmenin yabancı bir piyasada rekabet etmeleri hâli; yine, işyeri Almanya'da

⁶³⁴ R. Aybay, E. Dardağan, **Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması (Kanunlar İhtilafı)**, İstanbul, 2008, s.282. Öte yandan, Avrupa Birliği'nin haksız rekabete ilişkin düzenlemelerinin bu kapsamda dikkate alınmamış olduklarına da doktrinde dikkat çekilmektedir. Bkz. B. Tiryakioğlu, **Private International Law Aspects of Competition Law and Unfair Competition Matters Under Turkish Law**, Turkish and EU Private International Law A Comparison, P. Beaumont, B. Yüksel (Ed.) içinde, s.260.

bulunan bir işletmenin işyeri Türkiye’de bulunan bir işletme ile Türkiye’de rekabet etmesi hâli verilmektedir.⁶³⁵

Otuz yedinci maddenin birinci fıkrası, doktrinde “etki prensibi” ile desteklenen “etkilenen piyasanın bulunduğu yer” bağlama noktasını içermektedir.⁶³⁶ Haksız rekabet eylemine bağlı olarak “piyasası etkilenen ülke”nin, aslında mesafeli haksız fiiller bakımından bağlanması öngörülen “zararın meydana geldiği ülke”ye karşılık geldiği belirtilmektedir.⁶³⁷ İsviçre IPRG m.136/1 hükmünden farklı olarak, MÖHUK m.37/1 hükmüne bir ekleme yapılmış ve “doğrudan” sözcüğü ifadeye dahil edilmiştir. Madde gerekçesinde, konuyla ilgili yabancı düzenlemeler bakımından piyasa üzerindeki etkinin “doğrudanlık” niteliğinin yabancı doktrinde sıklıkla aranıyor olmasından hareketle bu hususun madde metninde açıkça yer alması yönünde bir tercihte bulunulduğu belirtilmektedir.⁶³⁸

Doktrinde, *Nomer*, “doğrudan etkilenme” kavramı ile neyin kastedilmiş olduğu sorusu hakkında, MÖHUK m.38 hükmünün (rekabetin sınırlanması) gerekçesinden hareket etmekte, bu kavramın, “sıkı bir ilişkinin mevcudiyeti gerekliliği” şeklinde anlaşılabilceği sonucunu çıkarmaktadır.⁶³⁹ Yazara göre, haksız fiile uygulanacak hukuku belirleyen zarar, manevi zarar değil, maddi zarardır; kâr mahrumiyeti değil, fiili zarardır; dolaylı veya yansıma zarar değil, doğrudan zarardır; müstakbel veya muhtemel zarar değil, mevcut zarardır.⁶⁴⁰ Piyasa üzerinde henüz etkinin oluşmadığı

⁶³⁵ Z. D. Tarman, 2011, s.104.

⁶³⁶ Hükümde, haksız fiilin etki alanı olarak da kabul edilen “etkilenen piyasa” hatta “doğrudan etkilenen piyasa” kavramının esas alındığı belirtilmektedir. G. Tekinalp, A. Uyanık, **Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları**, İstanbul, 2016, s.367.

⁶³⁷ B. Kayış, **Haksız Rekabetten Doğan Kanunlar İhtilafı**, Ankara, 2012, s.115.

⁶³⁸ 5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun Genel Gerekçesi s.14. Bkz. <http://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0337.pdf>

⁶³⁹ E. Nomer, **Devletler Hususi Hukuku**, İstanbul, 2013, s.358.

⁶⁴⁰ Ibid, s.349.

ancak oluşmasının muhtemel olduğu hâller açısından da MÖHUK m.37/1 hükmünün uygulanabileceği düşünülmektedir.⁶⁴¹

Fıkra hükmünde, haksız rekabet eylemi nedeniyle birden fazla piyasanın doğrudan etkilenmiş olduğu hâllerde hangi hukukun uygulanacağı meselesine ilişkin özel bir düzenlemeye yer verilmemiştir.⁶⁴² *Nomer*, haksız rekabet oluşturan eylemin birden çok ülkenin piyasasını doğrudan etkilemesi durumunda, birden fazla ülke hukukunun uygulanması gerekeceği düşüncesindedir.⁶⁴³ *Tiryakioğlu* ise, etkilenen ülkelerden hangisi eylem ile daha sıkı ilişkili ise o ülke hukukunun uygulanması yoluna gidilebileceği, üstün gelen en önemli etkinin kendini hissettirdiği ülkenin hukukunun uygulanabileceği görüşünü paylaşmıştır.⁶⁴⁴

Haksız rekabete maruz kalan işletmenin yer aldığı piyasayı etkilemeyen bir eylemin somut olayda varlığı hâlinde, uygulanacak hukukun MÖHUK m.37/2 hükmüne göre belirleneceği ifade olunmaktadır.⁶⁴⁵ Böyle hâller açısından, işletmenin yer aldığı pazar, haksız rekabetten etkilenmediğinden, söz konusu fiilden dolayı “muhtemel gelişmelerden” yoksun kalmış olan işletmenin işyeri hukukunun tercih edilmiş olduğu belirtilmektedir.⁶⁴⁶ Buna karşılık, *Kayış*’a göre, belirli bir rakibe yönelen haksız eylemin bir şekilde pazar ile bağlantısı oluşuyor ve pazar etkileniyorsa, piyasası etkilenen ülke hukuku uygulanmalıdır.⁶⁴⁷

MÖHUK m.37/2 hükmünde zarar gören işletmeyi belirlemek üzere kullanılan, “işletmenin işyeri” deyiminin işaret ettiği coğrafi bulunma yerinin, bir çeşit zarar yeri

⁶⁴¹ B. Kayış, 2012, s.116, 117.

⁶⁴² B. Tiryakioğlu, 2014, s.260.

⁶⁴³ E. Nomer, 2013, s.358.

⁶⁴⁴ B. Tiryakioğlu, Rekabet, 1997, s.160. (B. Kayış, 2012, s.129'dan atfen)

⁶⁴⁵ G. Tekinalp, A. Uyanık, 2016, s.368.

⁶⁴⁶ R. Aybay, E. Dardağan, 2008, s.283.

⁶⁴⁷ B. Kayış, 2012, s.119.

olarak genel kriterlerle de uyumlu olduğu düşünülmektedir.⁶⁴⁸ Doktrinde *Tarman*, işyeri kavramından ne anlaşılabileceği⁶⁴⁹ hususuna ilişkin olarak, işletmenin esas idare merkezinin mi, yoksa operasyonların bölgesel bir merkezden yürütülmesi ihtimâlinde bu bölgesel merkezin mi, yoksa zararın meydana geldiği piyasadaki şube veya temsilciliğin bulunduğu yerin mi esas alınması gerektiğinin doktrin ve içtihat tarafından cevaplandırılması gerektiği düşüncesindedir.⁶⁵⁰ Yazar, mevcut hükümde benimsenen bağlama noktası yerine, haksız fiiller ile ilgili genel kurala (m.34) atıfta bulunulmasının düşünülebileceğini, böyle bir çözüm kabul edilse idi, bunun münhasıran belirli bir işletmenin ticari menfaatlerini ihlâl eden haksız rekabet fiilleri açısından daha yerinde olabileceği görüşünü ifade etmektedir.⁶⁵¹

Doktrinde *Kayış*, işletmenin birden fazla ülkede işyerinin bulunduğu durumlarda, meydana getirilen haksız rekabet eylemlerine uygulanacak hukukun, menfaatleri “doğrudan” zarar gören işyerinin bulunduğu ülke hukuku olması gerektiği

⁶⁴⁸ G. Tekinalp, A. Uyanık, 2016, s.368. Rakibin haksız rekabet nedeniyle işletmesine ilişkin uğrayacağı zararın çoğu kez malvarlığına ilişkin olacağı ve zarar görenin işletmesinin bulunduğu yerde ortaya çıkacağı görüşü de doktrinde ifade edilmiştir. Bkz. B. Kayış, 2012, s.119.

⁶⁴⁹ Türk doktrini açısından, *Sarıöz*’ün IPRG hükümlerinden hareketle m.37’de benimsenen işyeri kavramına ilişkin olarak yaptığı detaylı değerlendirmeler için bkz. A. İ. Sarıöz, **Haksız Rekabetten Doğan Uyuşmazlıklarda Uygulanacak Hukuk ve Yetkili Mahkeme**, İstanbul, 2012, s.158-166. Yazar, MÖHUK için özellik arz eden mutad mesken, işyeri, esas işyeri, idare merkezi gibi kavramların kanun içerisinde tanımlar başlıklı bir maddede ayrıca düzenlenmesi önerisinde bulunmaktadır. Bkz. Ibid, s.164.

⁶⁵⁰ Z. D. Tarman, 2011, s.121.

⁶⁵¹ *Tarman*, vermiş olduğu bir örnek çerçevesinde meselenin önemine şu şekilde değinmektedir; “...örneğin, merkezi ABD’de ve Türkiye’de bulunan iki işletmenin Alman piyasasında rekabet ettiğini ve Türk firmasının münhasıran Amerikan işletmesinin menfaatlerini ihlâl ettiğini düşünelim. Roma II Tüzüğü uygulama alanı bulduğunda, tarafların ortak mutad meskenleri olmadığından, uygulanacak hukuk zarar yeri hukuku olan Alman hukuku olacaktır. Buna karşılık, aynı olay Türk hakiminin önüne geldiğinde uygulanacak hukuk zarar gören işletmenin işyerinin bulunduğu yer hukuku olacaktır. Bu aşamada, Türk hakiminin işyeri kavramını yorumlaması gerekecektir. Amerikalı işletmenin, Almanya dahil olmak üzere birden fazla işyeri bulunabilir. Amerikalı işletmenin -özellikle bir dünya markasına sahip olduğu hâllerde- itibarının en ağır şekilde esas işyeri merkezinin bulunduğu yerde yani Amerika’da zarar gördüğü iddia edilebileceği gibi, işletmenin şubesinin bulunduğu Almanya’da zarar gördüğü de iddia edilebilir. Madde metnindeki işyeri, idare merkezinin bulunduğu esas işyeri olarak yorumlanacak olursa, Amerikan hukukunun uygulanacağı sonucuna varılır. Amerikalı işletmenin Almanya dahil olmak üzere, Avrupa’daki faaliyetlerini İsviçre’den idare etmesi durumunda, bölgesel idare merkezinin bulunduğu yer hukuku olan İsviçre hukukunun uygulanması da söz konusu olabilir. Bu ihtimâllerde, olayla en sıkı ilişkili hukuk olmamasına rağmen Amerikan veya İsviçre hukukunun uygulanmasının ne kadar yerinde olduğu sorgulanmalıdır.” Bkz. Z. D. Tarman, a.g.e., s.122.

görüştüğüdür. Yazar, fıkra hükmünün lafzından hareket ederek her durumda işletmenin merkezinin bulunduğu ülke hukukunun uygulanacağı yönünde bir görüşün benimsenmesinin, bu tür haksız rekabet eylemleri açısından “işletmenin işyerinin bulunduğu ülke” hukukunun uygulanacağını öngören düzenlemeye aykırılık taşıyacağı kanısındadır. Yazara göre, kanun koyucu işletmenin merkezinin bulunduğu ülke şeklinde bir bağlama noktası belirlemek isteseydi, bunu rahatlıkla yapabilirdi.⁶⁵²

b) Haksız Rekabet Kavramının Yorumlanması

Yabancılık unsuru taşıyan bir haksız rekabet eyleminin Türk mahkemesinde dava konusu edilmesi hâlinde, varlığı öne sürülen eylemin gerçekten de haksız rekabet niteliğinde olup olmadığının tespiti gerekecektir. Bu noktada, haksız rekabet eyleminin kurucu unsurları açısından hangi hukuka idare gücü tanınacağı meselesi gündeme gelmektedir.⁶⁵³ Acaba, uyuşmazlık hakkında yetkili yabancı hukuk (*lex causae*) mu yoksa mahkeme devletinin hukuku (*lex fori*) mu kurucu unsurların tayini hakkında uygulanacaktır?

Eğer vasıflandırmanın *lex fori*'ye göre yapılacağı kabul edilecek olursa, mahkemenin, hangi eylemlerin haksız rekabet oluşturduğunu kendi hukukuna göre belirleyeceği, eylemi Türk Ticaret Kanunu hükümleri kapsamında değerlendirerek

⁶⁵² B. Kayış, 2012, s.118.

⁶⁵³ Türk Hukuku'na göre, haksız rekabetin oluşması için failin kusurunun bulunması şart değildir. Bkz. A. Çelikel, B. Erdem, **Milletlerarası Özel Hukuk**, İstanbul, 2016, s.434. Fakat yetkili yabancı hukukta böyle bir kusurun varlığı zorunlu olarak aranmaktaysa böyle hâllerde meselenin hangi hukuka göre ele alınacağı hususu daha önem kazanmaktadır. Doktrinde, haksız rekabet failinin başka işletmelerin piyasadaki paylarını ve satışlarını azaltmaya yönelik her türlü davranışının haksız rekabet kavramı içerisinde mütalaa edileceği belirtilmiştir. Bkz. Z. D. Tarman, 2011, s.106.

eylemin haksız rekabet oluşturup oluşturmadığına bakacağı belirtilmektedir.⁶⁵⁴ Öte yandan, *Tarman*, böylesi bir vasıflandırma yapılırken Türk Ticaret Kanunu'nun haksız rekabete ilişkin hükümleri ve Türk maddi hukukundaki haksız rekabet kavramının bir çıkış noktası olarak dikkate alınabileceğini,⁶⁵⁵ ancak esas dikkate alınması gerekenin *lex causae*'ye göre yapılan vasıflandırma olduğunu düşünmektedir.⁶⁵⁶

c) Uygulanacak Hukukun Kapsamı

Doktrinde, haksız fiillere uygulanacak hukukun idare ettiği hususlar bakımından Roma II m.4 ile MÖHUK m.34 arasında paralellik olduğu belirtilmekte,⁶⁵⁷ MÖHUK m.34'e göre belirlenecek hukukun, haksız fiilin kuruluş şartları, haksız fiil ehliyeti, haksız fiilde kast veya ihmale, haksız fiilin hükümleri, tazminat ve kapsamı hakkında uygulanacağı ifade edilmekte; haksız fiil sorumluluğu açısından hem subjektif sorumluluğun (doğrudan sorumluluk), hem de objektif sorumluluğun (dolaylı sorumluluk) hükmün kapsamında olduğu düşünülmektedir.⁶⁵⁸

Haksız rekabet konusunda ise, yetkili hukuk tarafından idare edilecek hususlara; haksız rekabet sorumluluğunun doğması için gereken şartlar (bu bağlamda kusur-kusursuz sorumluluk); bir fiilin hukuka aykırı bir biçimde haksız rekabete yol açıp açmadığı; sorumluluğu kısıtlayan veya ortadan kaldıran kayıtların geçerli olup

⁶⁵⁴ B. Kayış, 2012, s.125.

⁶⁵⁵ Ticaret kanununda düzenlenmiş olan haksız rekabet türlerinin hepsinin MÖHUK m.37 kapsamına girdikleri düşünülmektedir. Bkz. G. Tekinalp, A. Uyanık, 2016, s.368.

⁶⁵⁶ Z. D. Tarman, 2011, s.90.

⁶⁵⁷ B. Yüksel, **Choice of Law in Civil and Commercial Matters under Turkish Private International Law in Comparison with Their Equivalents under the Rome I and Rome II Regulations**, Turkish and EU Private International Law A Comparison, Beaumont, P., Yüksel, B. (Ed.) içinde, s.195.

⁶⁵⁸ G. Tekinalp, E. Nomer, A. Odman Boztosun, **Private International Law in Turkey**, Alphen aan den Rijn, 2012, s.111.

olmayacağı; zarar veya zarar tehlikesinin var olup olmadığı; fiil ile zarar arasındaki illiyet bağı; kimin davacı kimin davalı olup olamayacağı; tazminat talebine hakkı olanların ve tazminat borçlularının tespiti; tazminatın türü ve miktarının belirlenmesi; tazminat hakkının temlik edilip edilemeyeceği; zamanaşımı ve ispat yükü örneklerinin verildiği görülmektedir.⁶⁵⁹

Öte yandan, ihtiyati tedbir ve haciz kararlarının özel nitelikleri (gecikmesinde sakınca bulunması sebebiyle hızla karar verilmesi ihtiyacı vs.) gereği *lex fori*'ye tâbi tutulmasının daha doğru olacağından bahsedildiği de görülmektedir. Doktrinde *Sarıöz*, davanın esasına yabancı bir devlet hukukunun uygulandığı fakat Türk hukukunun öngördüğü tedbirlerin söz konusu o hukuk düzeninde yer almadığı hâller açısından; ihtiyati tedbir kararının Türk hukukuna göre alınmasının ve kararın Türkiye'de uygulanmasının, esasa ilişkin davada uygulanan hukuk bakımından herhangi bir sakınca yaratmayacağı düşüncesindedir.⁶⁶⁰

d) Hukuk Seçimi İmkânı

Yabancılık unsuru taşıyan haksız rekabet kaynaklı uyuşmazlıklara uygulanacak hukukun belirlenmesine ilişkin olarak “hukuk seçimi” imkânının var olup olmadığı hususunda, Türk doktrininde görüş birliği bulunmamaktadır. Haksız rekabete ilişkin özel bağlama kuralları barındıran MÖHUK m.37 metni içerisinde, hukuk seçimini yasaklayan veya ona izin veren bir düzenleme getirilmediği bilinmektedir. Öte yandan, haksız fiillere ilişkin genel kural niteliği taşıyan MÖHUK m.34'de, tarafların haksız fiilin gerçekleşmesinden sonra açık bir hukuk seçimi

⁶⁵⁹ Z. D. Tarman, 2011, s.106,107; G. Tekinalp, A. Uyanık, 2016, s.359; A. İ. Sarıöz, 2012, s.196, 197.

⁶⁶⁰ A. İ. Sarıöz, 2012, s.200.

yapabilmelerine izin veren böyle bir düzenleme mevcuttur. Özel kuralda yer verilmeyen “hukuk seçimi” konusuna genel kural bünyesinde değinilmiş olması nedeniyle, Türk doktrinde hukuk seçimi lehine görüş bildiren yazarlar, MÖHUK m.34/5 hükmü ve m.37 arasında bir ilişki kurarak konuyu ele almışlardır.

Nomer, haksız fiillere ilişkin genel hükmün sonraki hukuk seçimine izin vermiş olduğunu, haksız rekabetin de özel bir haksız fiil türü olması itibariyle, aksine bir düzenleme olmadıkça genel hükmün tanıdığı olduğu bu imkândan istifade edilmesinin hukuken mümkün olduğunu düşünmektedir. Yazara göre, haksız rekabetin meydana gelmesinden sonra, tarafların, uyuşmazlıklarına uygulanacak hukuku seçmelerine hukuki bir engel yoktur.⁶⁶¹

Tarman, MÖHUK m.37/1 hükmü kapsamında hukuk seçiminin mümkün olmadığı sonucuna varılsa dahi, MÖHUK m.37/2 kapsamına giren hâller bakımından hukuk seçimine izin verilebileceği düşüncesindedir.⁶⁶² Fakat, yazar, böyle bir imkânın kabul edilmesi hâlinde birtakım sorunların da beraberinde gelebileceğini, zira yalnızca belirli bir rakibin menfaatlerini etkileyen eylemler ile piyasayı etkileyen eylemlerin her zaman birbirinden kesin çizgiler ile ayıramadıkları görüşünü de eklemektedir.⁶⁶³ Aynı hususa ilişkin olarak *Altıparmak*, sonraki hukuk seçiminin - somut olay bakımından hangi fıkra kapsamına girdiği önem arz etmeksizin- taraflarca yapılabileceğini düşünürken⁶⁶⁴; *Sarıöz*, piyasaya yönelik haksız rekabet hâlleri (m.37/1) bakımından hukuk seçimine izin verilmemesi gerektiğini, buna

⁶⁶¹ E. Nomer, 2013, s.358, 359.

⁶⁶² Z. D. Tarman, 5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun Uyarınca Yabancılik Unsuru Taşıyan Akit Dışı Borç İlişkilerinde Hukuk Seçimi, Batider, C.XXVI, S2, 2010, .s.24. Yazara göre, MÖHUK m.34/5 hükmü uyarınca seçilen hukuk ile haksız fiil arasında herhangi bir ilişkinin bulunması aranmadığı gibi, tarafların bu hukuk seçiminde haklı menfaatlerinin bulunması da gerekmemektedir. Bkz. Ibid, s.126.

⁶⁶³ Bu sorunlara ve çözüm önerilerine ilişkin açıklamaları için bkz. Ibid, s.131, 132.

⁶⁶⁴ A. Altıparmak, 2000, s.72.

karşılık münhasıran belirli bir işletmenin ticari faaliyetlerini zedeleyen haksız rekabet hâlleri (m.37/2) açısından bu imkânın tanınmasının uygun olacağını savunmaktadır.⁶⁶⁵

Hukuk seçimi lehine ileri sürülmüş bulunan yukarıdaki görüşlere karşılık, doktrinde *Kayış*, MÖHUK m.37 kapsamına giren hâller bakımından hukuk seçimine izin verilmemiş olduğu görüşündedir.⁶⁶⁶ Yazar, Kanun'un haksız rekabete ilişkin olarak özel bir düzenleme öngörmüş, ancak irade serbestisine haksız fiiller alanında yer verirken haksız rekabet alanında yer vermemiş olmasını gerekçe göstererek, kanun koyucunun hukuk seçimine izin vermemek yönünde bilinçli bir tercihte bulunduğunu düşünmektedir.⁶⁶⁷

MÖHUK m.34/5 hükmü ile getirilen hukuk seçimi düzenlemesinin, zaman ve seçim usûlü yönünden doktrinde eleştiri aldığı bilinmektedir.⁶⁶⁸ Hukuk seçiminin yalnızca haksız fiilin gerçekleşmesinden sonra yapılabilir konumda bırakılmasının tatmin edici bir gerekçeden yoksun bulunduğu hususu dile getirilmiş; Roma II Tüzüğü m.14 metninde yer aldığı gibi “ticari faaliyet yürütenler” bakımından “haksız fiilin gerçekleşmesinden önceki hukuk seçimi”ne de izin veren bir düzenlemenin, MÖHUK m.34/5 hükmü açısından da tercih edilebilir olabileceği belirtilmiştir.⁶⁶⁹ Hatta, MÖHUK m.34/3 hükmü uyarınca fer'i bağlanma yapılabilen hâllerde, bu

⁶⁶⁵ A. İ. Sarıöz, 2012, s.186.

⁶⁶⁶ B. Kayış, 2012, s.120.

⁶⁶⁷ Ibid, s.130. Kanımızca, piyasa etkisi ilkesini benimsemiş bir bağlama kuralında hukuk seçimi imkânını getirmemek düşüncesi akla yatkındır. Her ne kadar haksız rekabete değil, rekabetin sınırlandırılmasına ilişkin olsa da doktrinde, MÖHUK m.38 kapsamına giren hâller açısından da tarafların hukuk seçemeyecekleri belirtilmekte, böyle bir hukuk seçilmiş olsa dahi, mahkemenin hükümdeki bağlama kuralına göre uygulanacak hukuku belirleyeceği ifade edilmektedir. Bkz. B. Tiryakioğlu, 2014, s.256.

⁶⁶⁸ Örneğin, haksız fiilden önceki hukuk seçiminin sonrakine kıyasla daha sık görüleceği, zira haksız fiilin gerçekleşmesinden sonra hukuk seçme ihtimâli bulunan tarafların muhtemelen aynı zamanda söz konusu fiilin maddi hukuk sonuçlarında uzlaşıp uyuşmazlığı sonlandırma ihtimâline de sahip bulunacakları eleştirisinin dile getirilmiş olduğu ifade edilmektedir. Bkz. B. Yüksel, 2014, s.196, 197.

⁶⁶⁹ Z. D. Tarman, 2010, Batider, s.5, 19, 21. (B. Yüksel, 2014, s.198'den atfen); E. Nomer, 2013, s.354.

bağlanmanın - taraflar ana hukuki ilişki için hukuk seçimi yapmışlar ise- önceden yapılmış bir hukuk seçimi (dolaylı hukuk seçimi) gibi sonuç doğurabileceği dahi ifade edilmiştir.⁶⁷⁰ *Tekinalp / Uyanık*'a göre, tarafların hukuk seçimi yapmış bulunduğu hâllerde, seçilen hukuk sözleşme statüsü olarak, haksız fiile ait hükümleri ile birlikte uygulama alanı bulacaktır. Yazarlara göre, bugün doğrudan doğruya haksız fiiller alanında bile yani diğer bir hukuki ilişki ile irtibat bulunmayan hâllerde dahi tarafların bazı şartlarla hukuk seçmelerine imkân verilmesi görüşünün kuvvet kazanması ve bazı milletlerarası özel hukuk kanunlarında kabul görmesi, sözleşmeyle ilgili bulunma hâlinde, seçilen hukukun uygulanmasının öncelikle kabul edilebileceğini gösterir.⁶⁷¹

Şu hâlde, Türk doktrinindeki baskın görüşün, haksız rekabet kaynaklı uyuşmazlıklarda hukuk seçimine izin verilmesi yönünde olduğu yorumu yapılabilir. Bununla birlikte, hukuk seçiminin MÖHUK m.37 metni içerisinde hangi fıkralar kapsamına giren hâller bakımından kabul edileceği noktasında görüş birliği bulunmamaktadır. Farklı görüşler birlikte değerlendirilip hukuk seçimine izin verilmiş olduğu kabul edilirse, en azından maddenin ikinci fıkra hükmü kapsamına giren hâller bakımından hukuk seçimine izin verilebileceği sonucuna ulaşılmaktadır.

e) Daha Sıkı İrtibatlı Hukukun Uygulanması

Türk Milletlerarası Özel Hukuku açısından haksız rekabetten doğan kanunlar ihtilâfi meselesine ilişkin özel nitelikteki bağlama kurallarını barındıran MÖHUK m.37 metninde daha sıkı irtibatlı hukukun uygulanabilmesine izin veren herhangi bir

⁶⁷⁰ Z. D. Tarman, 2011, s.125.

⁶⁷¹ G. Tekinalp, A. Uyanık, 2016, s.295, 296.

düzenleme getirilmemiştir. Buna karşılık haksız fiil kaynaklı uyuşmazlıklar açısından bu imkâna yer verildiği, MÖHUK m.34/3 hükmüyle getirilen düzenlemenin “*haksız fiilden doğan borç ilişkisinin başka bir ülke ile daha sıkı ilişkili olması hâlinde bu ülke hukuku uygulanır*” şeklinde kaleme alınmış olduğu görülmektedir.

Eski kanundan farklı olarak, 5718 sayılı Kanun m.34/3 hükmünde daha sıkı irtibatlı hukukun uygulanmasına ilişkin ifadenin “uygulanabilir” yerine “uygulanır” şeklinde belirtilmek suretiyle daha da güçlendirilmiş olduğu anlaşılmaktadır.⁶⁷² Bu açıdan, yeni kanun düzenlemesine göre, mahkeme daha sıkı irtibatın varlığını tespit edebiliyorsa, artık o ülke hukukunu uygulamak zorunda olup,⁶⁷³ uygulamamak yönündeki takdir yetkisinden yoksun bırakılmıştır.⁶⁷⁴

Daha sıkı irtibatlı hukukun belirlenmesi açısından Türk doktrininde dile getirilmiş örneklerden ilki, haksız fiilin tarafları arasında bir başka hukuki ilişkinin bulunuyor olması ve haksız fiilin söz konusu hukuki ilişki ile irtibatlı bulunması hâlidir.⁶⁷⁵ Böyle hâllerde, o hukuki ilişkiyi idare eden hukukun, haksız fiili de idare etmesi (fer’i bağlanma) gerektiği görüşü farklı yazarlarca ifade edilmektedir.⁶⁷⁶ *Nomer*’e göre, bir nakliye sözleşmesini, iş sözleşmesini, satım sözleşmesini veya istisna sözleşmesini ihlâl eden bir haksız fiil olayı ortaya çıkacak olursa, tazmin

⁶⁷² G. Tekinalp, E. Nomer, A. Odman Boztosun, 2012, s.110.

⁶⁷³ B. Yüksel, 2014, s.200; R. Aybay, E. Dardağan, 2008, s.277, 278; A. Çelikel, B. Erdem, 2016, s.420.

⁶⁷⁴ *Yüksel*, Roma II m.4/3 hükmünde ayrıca “açıkça” ibaresinin kullanılmış olmasından hareketle, bu hükmün MÖHUK m.34/3’e kıyasla daha yüksek bir standart getirdiği ve bu bağlamda hükme başvurulması ihtimâlini daha istisnai niteliğe kavuşturduğu yorumunu yapmaktadır. Bkz. B. Yüksel, a.g.e., s.201.

⁶⁷⁵ Tek bir fiilden hem sözleşme hem de haksız fiil sorumluluğunun doğduğu hâllerde, talep haklarının yarışması, birleşmesi yahut birinin diğeri içerisine alınması hakkında açıklamalar için bkz. G. Tekinalp, A. Uyanık, 2016, s.294; V. Doğan, 2016, s.407, 408.

⁶⁷⁶ G. Tekinalp, E. Nomer, A. Odman Boztosun, 2012, s.111; G. Tekinalp, A. Uyanık, a.g.e., s.358; B. Yüksel, 2014, s.200, 201; R. Aybay, E. Dardağan, 2008, s.276; H. Can, A. G. Toker, 2015, s.298.

talebi bu akitlerin tâbi olduğu hukuka göre karara bağlanacaktır. Yazar, bu tip haksız fiil olaylarında, zarar veren ile zarara uğrayan arasındaki mevcut hukuki ilişkide “fiil yeri” ve hatta varsa “ortak şahsi statünün” dahi bağlanma noktası olarak ağırlığını kaybettiği düşüncesinde olup, haksız fiillerde fer’i bağlanmayı kanunlar ihtilâfi adaleti bakımından doğru bulmakta, güven prensibi⁶⁷⁷ ve hukuki emniyet bakımından da savunmaktadır.⁶⁷⁸ Bununla birlikte, haksız fiil ilişkisinde üçüncü kişilerin de yer alıyor olmaları hâlinde, bu kişiler hakkında hukuki güvenlik açısından sözleşme statüsü bir yana bırakılarak haksız fiile ilişkin genel kurallar uygulanmalıdır görüşü de dile getirilmektedir.⁶⁷⁹

Verilen ikinci örnek ise, haksız fiilin taraflarının müşterek bir mutad mesken yerine sahip olmaları hâlidir. Böyle bir durumda, mahkemenin, olayın tüm şartları ışığında daha sıkı bir irtibatın varlığına kanaat getirmesi mümkün ise, müşterek mutad mesken yeri hukukunun daha sıkı irtibatlı yer hukuku olarak uyuşmazlığa tatbiki söz konusu olacaktır.⁶⁸⁰ Son bir örnek olarak, kişilerin ika yerinde geçici olarak bulunmaları hâlinde, müşterek milli hukukun, daha sıkı ilişkili hukuk belirlenirken haksız fiil statüsü olarak uygulanabileceğine de değinilmektedir.⁶⁸¹

Yukarıdaki açıklamalardan hareketle, genel haksız fiil bağlaması bakımından işlerlik kazanabileceğine şüphe olmayan daha sıkı irtibat istisnasının, haksız rekabet kaynaklı uyuşmazlıklarda özel kural niteliğindeki MÖHUK m.37 açısından da

⁶⁷⁷ *Sarıöz*’e göre, haksız fiile uygulanacak hukukun fer’i bağlanma vasıtasıyla belirlenmesinde, daha önce taraflar arasında var olan hukuki ilişkinin geçerli olarak kurulmuş olması, hükmün özel bir uygulanma şartı olarak aranmamalıdır. Zira burada geçersizlik, sözleşmenin geçerli olması hâlinde tarafların uygulanacak hukukun seçimine dair iradelerini ortadan kaldırmadığı için, haksız fiil ile sözkonusu ilişki arasındaki sıkı ilişkiyi bertaraf edebilecek nitelikte değildir. Bkz. A. İ. Sarıöz, 2012, s.171.

⁶⁷⁸ E. Nomer, 2013, s.351,352.

⁶⁷⁹ G. Tekinalp, A. Uyanık, 2016, s.296.

⁶⁸⁰ R. Aybay, E. Dardağan, 2008, s.277; B. Yüksel, 2014, s.200.

⁶⁸¹ G. Tekinalp, A. Uyanık, 2016, s.361.

işlerlik kazanıp kazanamayacağı meselesi üzerinde durulmalıdır. *Altıparmak*, eski kanun döneminde ortaya koyduğu görüşünde, haksız rekabetten doğan kanunlar ihtilâfı meselelerinde, fer'i bağlanmaya imkân veren bir kurala ihtiyaç bulunduğunu belirtmiştir.⁶⁸² Öte yandan 5718 sayılı yeni Kanun'un ilgili maddesi olan m.37 metni içerisinde böyle bir imkâna yer verilmemiştir. Doktrinde *Kayış*, İsviçre IPRG m.136 metni neredeyse aynen kanunumuza alınırken üçüncü fıkra hükmünün bilinçli olarak çıkarılmış olduğu gerçeği karşısında, haksız rekabetten doğan uyuşmazlıklarda daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması hâlinde dahi bu hukukun uygulanması sonucuna ulaşamadığını belirtmekte; fakat, MÖHUK m.34 hükmünün haksız rekabete ilişkin maddeye göre genel bir düzenleme niteliğinde oluşu dikkate alınırsa, somut olayın özelliğine göre olayla daha sıkı ilişkili bir hukukun varlığı saptanabilen ve bu hukukun uygulanmasının tüm şartlar değerlendirilerek daha adil bir sonuca ulaştıracağı anlaşılabilen hâller açısından daha sıkı ilişkili ülke hukukunun uygulanmasına izin verilebileceği yorumunun da yapılabileceğini düşünmektedir.⁶⁸³

Sarıöz, fer'i bağlanmanın piyasa yeri hukuku uygulanan hâllerde (MÖHUK m.37/1) yapılamayacağını, ancak MÖHUK m.37/2 hükmü kapsamına giren hâller bakımından kabul edilmesi gerektiğini düşünmektedir.⁶⁸⁴ *Sarıöz* ayrıca, haksız rekabet fiilinin aynı zamanda taraflar arasında önceden akdedilmiş olan sözleşme hükümlerini ihlâli hâlinde, haksız rekabet sorumluluğunun yanında akdi sorumluluğun doğması ve hakların yarışmasına ilişkin olarak; zarar gören tarafın, uygulanacak hukukun ister haksız rekabet, isterse sözleşmeye aykırılık ile ilgili hükümlerine başvurabileceğini; ancak bu durumun yalnızca tarafların aralarındaki

⁶⁸² A. Altıparmak, 2000, s.107.

⁶⁸³ B. Kayış, 2012, s.121.

⁶⁸⁴ A. İ. Sarıöz, 2012, s.172-175.

sözleşme çerçevesinde hukuk seçimi yapmış olmaları hâlinde söz konusu olabileceğini düşünmektedir. Zira ancak bu durumda aynı zamanda haksız fiil niteliği taşıyan sözleşmeye aykırılık fiili ile uygulanacak hukuk arasında sıkı ilişki sağlanmış olacaktır. Yazara göre, bu sıkı ilişki sağlanamamışsa, haksız fiile ilişkin kanunlar ihtilâfi kuralının uygulama alanı bulması gerekmektedir.⁶⁸⁵

Tarman, haksız rekabette fer'i bağlanmanın kural olarak reddedilmemesi gerektiğini düşünmektedir. Buna karşılık yazar, *Sarıöz*'ün belirttiği fıkralar arasında ayırım yapılması düşüncesine katılmamaktadır. Ona göre, birinci ve ikinci fıkra hükümleri arasında bir ayırma gidilmesi yerine, fer'i bağlanmanın şartları dikkate alınarak somut olaya göre karar verilmesi daha isabetlidir.⁶⁸⁶ Yazar ayrıca, temelde malvarlığına ilişkin olmayan alanlarda belirli bir önem ve ağırlığı bulunan müşterek mutad mesken yeri hukukunun haksız rekabet alanında sınırlandırıcı bir rol oynamasını kabul etmenin isabetli olmayacağını, bu bağlama noktasının ancak yabancı piyasada müşterek mutad meskeni bulunan rakipler arasında m.37/2 kapsamında işlenen iki taraflı haksız rekabet eylemleri bakımından uygulanmasının düşünülebileceğini de ifade etmektedir.⁶⁸⁷

Yukarıda verilen doktrin görüşleri ışığında, haksız rekabet kaynaklı uyuşmazlıklar açısından da daha sıkı irtibatlı hukukun uygulanması imkânından bahsetmek mümkündür. Özellikle, her ne kadar uygulama kapsamı konusunda görüş farklılığı bulunsa da, fer'i bağlanma imkânının mevcudiyeti hususunda bir fikir birliği bulunduğu anlaşılmaktadır.

⁶⁸⁵ Ibid, s.175.

⁶⁸⁶ Z. D. Tarman, 2011, s.138.

⁶⁸⁷ Ibid, s.141, 142.

f) Kamu Düzeni Müdahalesi ve Doğrudan Uygulanan Kurallar

Türk doktrininde, haksız rekabetten doğan kanunlar ihtilâfi bakımından kamu düzeni müdahalesi ve doğrudan uygulanan kurallara ilişkin özel olarak belirtilen görüşler oldukça az sayıda ve sınırlı bir kapsamdadır. Doktrinde *Kayış*, MÖHUK m.37’de kamu düzenine ilişkin özel düzenleme getirilmemiş olduğunu, dolayısıyla MÖHUK m.5’de yer alan genel hüküm çerçevesinde kamu düzeni müdahalesine başvurulabilmesinin mümkün olduğunu hatırlatmaktadır.⁶⁸⁸ *Tarman* ise, haksız rekabete uygulanacak yabancı hukukun kamu düzeni müdahalesi ile engellenebileceği hâllere örnek olarak; rekabeti haksız olarak engelleyen eylemlerin gelişmemiş ülkelerde olduğu gibi hiçbir yaptırıma tâbi tutulmaması hâli ile cezai tazminatlara değinmektedir.⁶⁸⁹ Yazar, cezai tazminatları baştan reddetmemek gerektiği, somut olayda hükmedilen tazminatların değerlendirilmesi ve bunların Türk hukukunda geçerli olan talepler ile karşılaştırılmaları gerektiği düşüncesindedir.⁶⁹⁰

Doğrudan uygulanan kurallara ilişkin olarak görüş bildiren *Kayış*, MÖHUK m.37 hükmünde getirilen iki yanlı bağlama kuralı ile birlikte “etki ilkesi”nin kabul edilmesiyle, Türk piyasalarını etkileyen haksız rekabet eylemlerinde Türk hukukunun uygulanmasının sağlanmış ve bu yolla devlet menfaatinin temin edilmiş olduğunu belirtmektedir. Yazar, bu nedenden ötürü, haksız rekabete ilişkin kurallar pazarı düzenleme, pazarda bozulmamış bir rekabet düzeni sağlama amacı gütmelerine rağmen, etki ilkesini esas alan bağlama kuralının uygulanmasıyla Türk piyasalarını etkileyen eylemlerde Türk hukuku uygulanacağından, haksız rekabete

⁶⁸⁸ B. Kayış, 2012, s.127.

⁶⁸⁹ Z. D. Tarman, 2011, s.143, 144.

⁶⁹⁰ Ibid, s.146.

ilişkin kuralların doğrudan uygulanan kurallar şeklinde nitelendirilmesine gerek olmadığı düşüncesini paylaşmaktadır.⁶⁹¹ *Tarman* ise, Türk hukukunun haksız rekabete ilişkin hükümlerinin hangilerinin doğrudan uygulanan kural niteliğinde olduğu konusunda kesin bir liste yapılamayacağını, bizzat ilgili hükmün amacından hareket edilmesi gerektiğini belirtmektedir.⁶⁹²

IV. Çeşitli Hukuk Düzenlerinde Ticari Sırların İhlâlinden Doğan Uyuşmazlıklara Uygulanacak Hukuk

A- Genel Olarak

Bu başlık altında, haksız rekabet genelinden, ticari sır ihlâli özeline doğru seyreden bir yaklaşım ile, çeşitli hukuk düzenlerinde ticari sırların ihlâli özelinde belirtilmiş bulunan doktrin görüşlerine değinilecektir. Konu ile olan ilgilerini ortaya çıkarmak amacıyla, aşağıda öncelikle işçi ayartma ve sözleşmeyi ihlâl teşvik hâlleri incelenecek, ardından ticari sır ihlâline ilişkin olarak derlenen görüşler paylaşılacaktır.

B- Yabancı Hukuk Sistemlerinde Doktrin Görüşleri

1) İşçi Ayartma ve Sözleşmeyi İhlâl Teşvik

“Ticari sır ihlâli” olgusunun, bağımsız nitelikte başka birtakım haksız rekabet hâlleri ile birlikte bulunması ihtimâli oldukça yüksektir. Bu konuda verilebilecek en

⁶⁹¹ B. Kayış, 2012, s.132.

⁶⁹² Z. D. Tarman, 2011, s.148.

temel örnek, işçi ayartma hâli ile ticari sırların ihlâli hâlinin aynı taraflar bakımından gündeme gelmesidir. Dolayısıyla, sır sahibinin işçisi X'i, hâlihazırda bünyesinde çalıştığı işvereni yanından ayartarak kendi işletmesinde istihdam eden bir rakip şirketin örneğinde; söz konusu rakip şirketin “işçi ayartma” şeklinde isimlendirilen haksız rekabet eylemini gerçekleştirdiği kabul edilecektir. Eğer aynı şirketin X aracılığıyla öğreneceği birtakım ticari sırları kullanma niyeti ve gayreti de var ise, bu durum aynı zamanda ticari sırların ihlâli niteliği de taşıyacaktır. Bu olayda X, eğer eski işverenin ticari sırlarını haksız biçimde yeni işvereni ile paylaşacak olursa, onun açısından da ticari sırların ihlâli eyleminin varlığından bahsedilecektir.

Ticari sır ihlâli ile başka haksız rekabet hâllerinin aynı veya sıkı bağlantılı olaylar bakımından örtüşebileceği bir diğer ihtimâl; sır sahibinin çalışanlarının, rakip şirket tarafından sır sahibi ile aralarında olan sözleşmeyi ihlâl teşvik edilmeleri hâlidir. Bu durum, bir sanayi casusluğu eylemi sebebiyle gündeme gelebileceği gibi (işçinin normal şartlar altında erişimi kısıtlanmış bulunan ticari sırlara, sözleşmesel bu kısıtlamaları çiğneyerek erişmesi gibi), aslında bir işçi ayartma biçiminde de ortaya çıkabilecektir. Zira, iş sözleşmesinde üstlenmiş olduğu yükümlülüklerle aykırılık teşkil edecek şekilde bir rakibin işletmesine geçen işçi, neticede o rakibin teşviki ile sözleşmesini ihlâl etmiş olmaktadır.

Yukarıda verilen işçi ayartma ve sözleşmeyi ihlâl teşvik hâllerinin, ticari sır ihlâli uyuşmazlıkları bakımından aynı veya bağlantılı olaylarda ortaya çıkabilme ihtimâlleri, bu hâllerde uygulanacak hukukun tespiti meselesinin ticari sır ihlâli açısından ileri sürülen görüşlerden ne derece farklılaşabileceği sorusunu akla getirmektedir. Dolayısıyla, bu başlık altında ilgili hâller açısından uygulanacak hukukun tespitine dair birtakım doktrin görüşlerine yer verilmiştir.

İsviçre doktrinde *Troller*, belli birtakım rekabet ihlallerinde, özellikle işçi ayartma, rüşvet, sanayi casusluğu ve sözleşmeyi ihlâl teşvik durumlarında, bir rakibin “üretim yerinde” (*Produktionsort*) meydana gelen bir menfaat çatışmasından bahsedilebileceğini belirtmiş, buradan hareketle söz konusu işletmenin bulunduğu yer hukukunun uygulanması gerektiği sonucuna varmıştır. Buna göre, IPRG açısından ilgili düzenleme, tıpkı Açıklayıcı Rapor'da da ifade edildiği gibi, IPRG m.136/2 hükmü olmaktadır.⁶⁹³

Roma II Tüzüğü açısından görüşlerini bildiren *Drexl*, işçilerin ayartılması meselesini (*Abwerbens von Arbeitskräften / Abwerbung*), m.6/2 hükmü kapsamında değerlendirmektedir. Yazara göre, söz konusu eylemin, rakiplerin birbirleriyle rekabet içerisinde oldukları “ürün” yahut “hizmet” piyasaları üzerinde doğrudan bir etkisi mevcut değildir. Buna karşılık, söz konusu eylemin muhtemel bir işveren (*potenzielle Arbeitnehmer*) üzerinde etki doğurmak suretiyle “işgücü piyasası”nı (*Arbeitsmarkt*) etkilediğinden bahsetmek mümkündür. Rakip bünyesinde görev yapan bir çalışanın, işyerini değiştirmek yönündeki kararının hangi koşullar altında söz konusu rakip üzerinde etki doğuracağı sorusu, “işgücü piyasasının bulunduğu yer” (*Ort des Arbeitsmarktes*) hukukunca karara bağlanmalıdır. Ayartma eyleminin ürün piyasasında gerçekleşmiş kabul edilemeyeceğini düşünen yazar, söz konusu eylemin işgücü piyasasında gerçekleştiği kanısındadır. Tacirlerin de birer “talep eden” (*Nachfrager*) sıfatıyla işgücü piyasasında rekabet hâlinde olduklarını, bu açıdan -belki de henüz daha somutlaşmamış olan- “ürün piyasasının bulunduğu ülke hukuku”nu uygulamanın doğru olmayacağını düşünmektedir. Yazar, böyle hâllerde, işçinin ayartılma anına kadar çalıştığı işyerinin bulunduğu yer hukukunun

⁶⁹³ J. Glöckner, 2016, s.225.

uygulanması gerektiğini vurgulamaktadır. Söz konusu çalışma yerinin, sık sık görüldüğü üzere, işverenin işyerinin bulunduğu yer ile örtüşmesi hâlinde ise, m.6/2 hükmü ile m.4/1 hükmünü uygulamak arasında bir fark olmayacağını düşünmektedir.⁶⁹⁴

Öte yandan yine aynı yazar, başka bir ülke piyasasında rekabet hâlinde olan iki Alman şirketin örneğinde; şirketlerden birinin, piyasanın bulunduğu ülkede diğerinin işçisini ayartması durumunda, Roma II m.6/2 hükmü aracılığıyla m.4/2 hükmüne gidilerek ortak mutad mesken sahibi bulunulan Alman hukukunun uygulanmasını doğru bulmamaktadır. Ona göre, normalde müşterek mutad mesken yeri hukukunu uygulamayı gerektiren böyle bir hâlde dahi, söz konusu ayartmanın yapıldığı işgücü piyasasının bulunduğu ülke hukuku uygulanmalıdır.⁶⁹⁵

Gerçekten de, işçi ayartma örneğinde, zararın meydana geldiği yerin, işin görüldüğü yer ile örtüştüğü genel olarak ifade edilmekte⁶⁹⁶, haksız rekabete uğrayan rakibin işini verimli bir şekilde yürütmekten alıkonulduğu yer (işletme faaliyetlerinin engellendiği yer) hukukunun uygulanması gerektiği belirtilmektedir.⁶⁹⁷ Dolayısıyla, örneğin Almanya’da yerleşik bir rakibinin çalışanlarını haksız biçimde ayartan yabancı bir şirketin durumunda, zararın meydana geldiği yerin (*Erfolgsort*) Almanya olduğu kabul edilecektir. Zira, ayartılan işçinin eski işvereni için iş gördüğü yer Almanya olarak gözükmektedir.⁶⁹⁸

⁶⁹⁴ J. Drexler, 2015, s.1203.

⁶⁹⁵ Ibid, s.1203.

⁶⁹⁶ M. Hellner, 2007, s.57; W. Wurmnest, 2015, s.1018; H. Nettleau, 2013, s.257; R. Sack, 2012, s.606; M. Illmer, 2011, s.173; P. Mankowski, 2014, s.228.

⁶⁹⁷ J. Von Staudinger, K. H. Fezer, S. Koos, 2015, s.333.

⁶⁹⁸ A. Beater, 2011, s.293.

İngiliz mahkemelerinde görülmüş bir davada ⁶⁹⁹, büyük oranda İngiltere piyasasında faaliyet gösteren ve rakibi İsviçre şirketi Y ile yine aynı piyasada rekabet hâlinde bulunan İngiliz şirketi X'in; rakibi olan Y şirketinin işçisi A'yı, onun iş sözleşmesine aykırılık oluşturacak şekilde ayarttığı ve İngiltere'de kendisi yanında çalışmak üzere işe aldığı iddia edilmiştir. İsviçre şirketi, İngiliz mahkemelerinde X aleyhine dava açmış ve X'in sözleşme ilişkisine haksız müdahale edildiği gerekçesiyle, engelleme ve tazminat talep etmiştir. Kararda ise, uygulanacak hukukun İsviçre hukuku olduğu, zira İsviçre şirketinin X'in eylemi nedeniyle zarara uğradığı yerin İsviçre olduğu belirtilmiştir. ⁷⁰⁰

Doktrinde *Sack*, Komisyon Önerisi'nde m.6/2 hükmü kapsamında değerlendirilmiş, bu bağlamda “iki taraflı rekabet bozulması” hâli olarak sayılmış örnekler içerisinden işçi ayartma ve sözleşmeyi ihlâl hâlleri üzerinde durarak, bu örneklerin aslında iki taraflı olmadıklarını, zira; işçi ayartma örneğinde ayartılan işçi dışında onunla ilişkisi bulunan iki ayrı rakibin (biri eski işveren, biri potansiyel / yeni işveren) bulunduğunu belirtmekte, yine sözleşmeye ihlâl teşvik açısından da benzer bir üçlü ilişkinin (*Dreiecksverhältnis*) görülebileceğini, sözleşmeye taraf olan kimselerin dışında bir de bu sözleşmeyi ihlâl teşvik eden kimsenin bulunduğu dikkat çekmektedir. ⁷⁰¹ Böylelikle yazar, uygulamada karşılaşılabilecek örnekler bakımından rastlanabileceğini düşündüğü üçüncü bir örnek kategorisi olarak “üç taraflı rekabet kısıtlamaları”nı (*trilateralen Wettbewerbsbehinderungen*) da değerlendirme sürecine dahil etmektedir. Hem belirli bir rakibin etkilenmesinin hem de piyasa yöneliminin aynı anda mevcut bulunduğu bu hâllere örnek olarak ise, işçi

⁶⁹⁹ Bkz. *BGC Capital Markets (Switzerland) LLC v. Rees* (2011) EWHC 2009 (QB)

⁷⁰⁰ L. Collins, A. Briggs, A. Dickinson, J. Harris, J. D. McClean, P. McElevy, C. McLachlan, C. G. J. Morse (Ed.), 2012, s.2235.

⁷⁰¹ R. Sack, 2012, s.604.

ayartmayı ve sözleşmeyi ihlâl teşvik hâllerini vermektedir. Fakat neticede, böyle hâller bakımından dahi, iki taraflı haksız rekabet eylemlerine ilişkin m.6/2 hükmünün uygulanması gerektiğini düşünmektedir.⁷⁰²

İşçi, işini yürütmekte olduğu ancak idare merkezinden farklı bir yerde bulunan “şube” niteliğinde bir işyerinden ayartılmış ise nasıl hareket edilmelidir? Bir görüş, işletmenin söz konusu işlerini farklı ülkelerde bulunan şubeleri üzerinden yürütmekte olduğu bu gibi hâllerde, hangi “işletmesel çevrenin coğrafi sahası”nın (*örtliche Bereich der betrieblichen Sphäre*) haksız rekabet ile ilgili bulunduğunu belirlemek gerekeceğinden bahsetmekte; işçilerin ayartılması örneği açısından ise, söz konusu yerin, işçinin ayartılmadan önce işvereni yanında işini yürüttüğü yer olarak tezahür edeceğini dile getirmektedir.⁷⁰³ Öte yandan, *Mankowski*’ye göre, böyle hâllerde, haksız rekabete uğrayan kimseye yöneltilmiş "esas saldırı"nın, idare merkezinin bulunduğu yerde mi yoksa şubenin bulunduğu yerde mi lokalize olmuş kabul edileceği sorusu önemlidir. Yazar, eylemin sonuçlarının, ilgili şube kadar merkez bakımından da ortaya çıkacağından bahsedilebileceğini, bu gibi hâllerde yapılması gerekenin, organizasyonel bağlantının sıklığı ve şubenin bu bağlantı içerisindeki yeri üzerinden hareket edilmesi olduğunu belirtmektedir.⁷⁰⁴

Yukarıda işçi ayartmaya ilişkin olarak görüşlerine yer verdiğimiz *Sack*, “sözleşmeyi ihlâl teşvik” hâlleri bakımından ise, ikili bir ayırım ile meselenin ele alınması gerektiğini düşünmektedir. Yazara göre, ihlâl teşvik edilen kimse “rakibin çalışanı” konumunda ise, olaya Roma II m.6/2 hükmü uygulanmalıdır. Bu konuda yazar, işvereniyle akdetmiş olduğu bir gizlilik sözleşmesini ihlâl etmesi için

⁷⁰² Ibid, s.601, 604; J. Drexler, 2015, s.1201.

⁷⁰³ J. Von Staudinger, K. H. Fezer, S. Koos, 2015, s.333.

⁷⁰⁴ Yazar, İsviçre Hukuku açısından IPRG m.136/2 metninin, bu yaklaşımı belirgin biçimde barındırdığını düşünmektedir. Bkz. P. Mankowski, 2014, s.249.

işverenin rakibi tarafından teşvik edilen çalışanın durumunu örnek göstermektedir. İşçi ayartma örneğinin de m.6/2 hükmü kapsamına girdiğini hatırlatan yazar, her iki hâlin de “iki taraflı” haksız rekabet hâli olarak kabul edilebileceklerini ifade etmektedir. Buna karşılık, rakibin çalışanlarının değil de tüketicilerinin veya tedarikçilerin sözleşme ihlâline teşvik edilmeleri hâlinde, yazara göre Roma II m.6/1 hükmü uygulanmalıdır. Zira bu örnekte, piyasa üzerinde bir etki görülecektir.⁷⁰⁵

2) Ticari Sırların İhlâli

a) İsviçre Hukuku

İsviçre kanunlar ihtilâfi hukuku açısından, ticari sırların ihlâli kaynaklı uyuşmazlıklar bakımından uygulanacak hukukun tespitinde yararlanılacak hükmün IPRG m.136/2 olduğu görüşü, kanun gerekçesinde bu yönde verilmiş örnek ile ortaya konduğu⁷⁰⁶ gibi, aynı zamanda doktrindeki baskın eğilimi de yansıtmaktadır.⁷⁰⁷ Ticari sırları ifşaya teşvik hâllerinin de aynı hüküm kapsamında görülebileceği düşünülmektedir.⁷⁰⁸ Daha önce de değinildiği üzere, doktrinde *Troller*, sanayi casusluğu hâlleri açısından, bir rakibin “üretim yerinde” (*Produktionsort*) meydana gelen bir menfaat çatışmasından bahsedilebileceğini ifade etmiş, buradan hareketle söz konusu işletmenin bulunduğu yer hukukunun uygulanması gerektiği sonucuna varmıştır.⁷⁰⁹ Mahkeme uygulamasına yansımış

⁷⁰⁵ R. Sack, 2012, s.606, 607. *Drexl* ise, sözleşmeyi ihlâle teşvik şeklinde gerçekleşen haksız rekabet hâlleri bakımından Roma II m.6/2 hükmünün değil, m.6/1 hükmünün uygulanması gerektiğini düşünmektedir. Bkz. J. Drexl, 2015, s.1204.

⁷⁰⁶ Kanun koyucunun m.136/2 hükmü için saydığı örnek hâller için bkz. BBI 1983 I 429, Nr.284.33. Bkz. I. Schwander, 1997, s.280.

⁷⁰⁷ A. Imhoff-Scheier, P. M. Patocchi, 1990, s.158; F. Vischer, 2004, s.1543; J. K. Kostkiewicz, 2012, s.612; P. Jung, P. Spitz, 2016, s.81.

⁷⁰⁸ M. M. Pedrazzini, F. A. Pedrazzini, 2002, s.308.

⁷⁰⁹ J. Glöckner, 2016, s.225.

örnek bir olayda,⁷¹⁰ bir İsviçre şirketi, kendisine bir Fransız şirketi tarafından gizlilik kaydıyla verilen o şirkete ait müşteri listesini gizlilik yükümlülüğüne aykırı olarak kullanmış, söz konusu listede isimleri geçen ve Fransa’da bulunan kimselere Fransa’da yeni bir satış ofisi açtığını duyurmuştur. Kararda, bu davranış bir haksız rekabet eylemi olarak kabul edilmiş ve uyuşmazlığa Fransız hukuku uygulanmıştır.⁷¹¹

Buna karşılık, doktrinde *Dutoit*, "haksız rekabet eylemi"nin kendisi ile, "haksız rekabet sonucu elde edilen menfaatin ticari amaçla kullanılması" hâllerini birbirinden ayırmaktadır. Ticari sırların ihlâli (*violation de secrets*) IPRG m.136/2 kapsamında görülebilecek iken, söz konusu sırlar kullanılarak meydana getirilmiş ürünlerin satışa çıkartılmaları, piyasanın doğrudan etkileniyor olması gerekçesiyle IPRG m.136/1 hükmü kapsamında ele alınmalıdır.⁷¹² Yazar, eserinde ticari sırların ihlâli ile neyi kastettiğini açıkça belirtmemiş olsa dahi, yapmış olduğu ayrımı “ticari amaçla kullanım” esası üzerinden benimsemiş bulunduğu için, kullanım dışı ihlâl hâllerini, bir başka deyişle, haksız elde etme ve haksız ifşa hâllerini kastetmekte olduğu herhalde düşünülebilir. Bu görüş, İsviçre doktrininde *Jung / Spitz* tarafından da savunulmaktadır.⁷¹³

Dutoit ayrıca, sır sahibinin işletme organizasyonunda temsilci konumunda görev yapmakta olan bir kimsenin ayartılması hâlinde, bu durumun “münhasıran işletmesel menfaatin etkilendiği” m.136/2 hükmü kapsamında değil, “piyasanın etkilendiği” m.136/1 hükmü kapsamında ele alınması gerektiğini savunmaktadır. Zira, bu kimsenin kaybedilmesi, sır sahibine piyasada müşteri kaybettirecek ve bu durum da

⁷¹⁰ Bkz. *Kantonale Rechtsprechung: SJZ 1992, 206, Nr.33.*

⁷¹¹ P. M. Patocchi, E. Geisinger, S. Lüke, 2000, s.439.

⁷¹² B. Dutoit, 2016, s.619.

⁷¹³ P. Jung, P. Spitz, 2016, s.81.

piyasanın doğrudan etkilendiği anlamına gelecektir. Öte yandan yazar, temsilci düzeyinde görev ve sorumluluk üstlenmemiş bir işçinin ayartılması hâlinde, bu durumdan sadece söz konusu işçiyi kaybeden şirketin etkileneceğini, dolayısıyla böyle hâllerde IPRG m.136/2 hükmünün uygulanabileceğini düşünmektedir.⁷¹⁴

Özetlenecek olursa, İsviçre doktrininde, ticari sırların ihlâli kaynaklı uyuşmazlıklara uygulanacak hukukun tespitinde iki ana görüş bulunduğunu, ilk görüşün bir ticari sır ihlâli barındıran tüm eylemleri objektif olarak IPRG m.136/2 hükmü kapsamında değerlendirdiğini; buna karşılık, ikinci görüşün ilgili ticari sır eyleminin niteliği ve doğurduğu sonuçlara bakarak, piyasa üzerinde bir etkinin doğumuna rastlanabilen hâllerde IPRG m.136/2 hükmü yerine IPRG m.136/1 hükmünün uygulanırılığını kabul etmekte olduğu söylenebilir.

b) Avrupa Birliği Hukuku

Ticari sır ihlâlinden kaynaklanan uyuşmazlıklara uygulanacak hukukun belirlenmesinde, Roma II m.6 düzenlemesinin nasıl uygulanabileceği hususu, doktrinde oldukça detaylı biçimde tartışılmıştır. Madde hükmünün uygulanmasında tartışma doğuran en önemli husus, sırrı ihlâl edilen kimse dışında başka rakiplerin, aynı ürün piyasasındaki rekabet avantajları bakımından bir zarara uğrama durumunda kalıp kalmadıklarıdır. Eğer diğer rakiplerin de etkilendikleri kabul edilirse, bu durumda ticari sırların ihlâli için de "etki prensibi"nin (m.6/1) uygulanması gerektiği öne sürülmüştür.⁷¹⁵

⁷¹⁴ B. Dutoit, 2016, s.619.

⁷¹⁵ J. Drexler, 2015, s.1203.

İsviçre Hukuku'ndaki tartışmalara benzer şekilde, burada da iki farklı grup altında toplanabilecek doktrin görüşlerinden bahsedilmesi mümkündür. Bir grup yazar, ticari sır ihlâli olgusunun Tüzük önerisinde örnek gösterildiği üzere Roma II m.6/2 hükmü kapsamında ele alınacağı yönünde görüş bildirmektedir. Buna karşılık diğer grupta yer alan yazarlar, somut olayda varlığı iddia edilen ticari sır ihlâlinin, sonuç olarak piyasa üzerinde doğrudan bir etki doğurmuş veya doğurmaya elverişli olup olmadığına bakılması, eğer böyle bir etki saptanabiliyorsa, münhasıran işletmesel menfaat ihlâline ilişkin Roma II m.6/2 hükmü yerine piyasa etkisi prensibini esas alan Roma II m.6/1 hükmünün uygulanması gerektiği görüşünü savunmaktadırlar. Bu çalışma yapılırken incelenen doktrin görüşleri içerisinde konuyu bütünüyle Roma II m.6/1 hükmü kapsamında gören herhangi bir görüşe rastlanmamıştır.⁷¹⁶ Aşağıda, her iki grubun görüşleri ele alınacaktır.

aa) Roma II m. 6/2 Hükmü Lehine Yorum

Roma II Tüzüğü önerisinde, sanayi casusluğu, işçi ayartma ve sırların ifşasına yöneltmek eylemlerinin m.6/2 hükmü uygulaması kapsamında örneklenmiş olduğu hatırlandığında, bu eylemlerin, “rakip üzerindeki etkinin doğrudan olması” kriterini sağladıkları sonucuna varılmaktadır.⁷¹⁷ Söz konusu örneklemenin son derece açık oluşu sebebiyle, ilgili eylemin somut rakip haricindeki kimseleri de etkiliyor olması

⁷¹⁶ Tüzük önerisinde ilgili maddeye ilişkin açıklamada ticari sır ihlâline, ikinci fıkra hükmü kapsamında açıkça yer verilmiş olmasının, böyle bir görüşün doğumunu engellemiş olduğu düşünülebilir.

⁷¹⁷ J. Von Staudinger, K. H. Fezer, S. Koos, 2015, s.355; P. Hay, H. Rösler, 2016, s.217; J. Drexler, 2015, s.1203.

ihtimâlinde dahi, ikinci fıkra yerine birinci fıkra hükmünü uygulamanın zor olacağı düşünülebilir.⁷¹⁸

Bu kabul doğrultusunda, örneğin, Hollanda’da kurulu bulunan ancak Çin piyasası için bir bilgisayar yazılımı geliştiren şirketin, söz konusu yazılıma ilişkin ticari sırları bir Alman şirketi tarafından sanayi casusluğu aracılığıyla elde edildiğinde, m.6/1 hükmü uyarınca piyasanın bulunduğu yer hukukuna değil, m.6/2 hükmünün göndermesiyle ulaşılan m.4/1’deki “zararın meydana geldiği yer”e bağlanılacak; dolayısıyla olayda Hollanda hukukuna tâbi olunacaktır.⁷¹⁹ Bu örnekte ihlâl, elde edilen ticari sırrın kullanılmasından önce gerçekleşmektedir ve hangi piyasa bakımından bu ihlâlin işlevsel sonuçları olacağının net bir şekilde önceden bilinemeyeceği açıktır.

Gerçekten de, ticari sırların haksız kullanılması hâli piyasa etkisi prensibi üzerinden (Roma II m.6/1) ele alındığında, sır sahibi açısından uygulanacak hukuka dair ortaya çıkabilecek bir öngörülmezliğin varlığından bahsedilecektir. Zira, bu hüküm uyarınca piyasanın bulunduğu yere gidilmesi, yalnızca sırrı haksız kullanan kimsenin faaliyette bulunduğu bir piyasaya bağlanması ihtimâlini de beraberinde getirmektedir.⁷²⁰ En kötü ihtimâlde ise, sırrın korunmasında yeterli yaptırımlara sahip olmayan bir hukuk düzenine bağlanması mümkün olduğundan, gizli bilginin

⁷¹⁸ G. Calliess, 2015, s.579.

⁷¹⁹ H. Unberath, J. Cziupka, 2011, s.800. Ticari sırların haksız elde edildikleri yere özgü bir bağlama yapılması, tercih edilebilir bir yöntemdir. Zira, ticari sırrın, akabinde herhangi bir kullanım olmaksızın salt haksız elde edilmiş olması, ölçülebilir bir zararın oluşmuna çok ender hâllerde vücut verecektir. Bkz. T. Bauermann, 2015, s.103.

⁷²⁰ T. Bauermann, a.g.e., s.103, 104.

dünya çapında bilinir hâle gelmesi neticesinde sır niteliğinin ortadan kalkması, fakat sır sahibinin menfaatlerinin yeterince korunamaması riskinden bahsedilecektir.⁷²¹

Doktrinde *Bauermann*, ticari sırrın haksız kullanımı açısından Roma II m.6/2 yerine m.6/1 hükmünü esas almanın, olası ihlâlciler açısından bakıldığında ticari sırların haksız teminine teşvik eden bir rol üstlenebileceğini düşünmektedir.⁷²² Yazar, ticari sırların haksız elde edilmesi ile haksız kullanılmalarını farklı fıkrala hükümlerine bağlayan doktrin görüşlerinin anlaşılabilir olduğunu, ancak bu görüşlerin, “zararın meydana geldiği yer” ile, “dolaylı / ikincil sonuçların (*Schadensfolgen*) meydana geldikleri yer” arasındaki ayrımı dikkate almamış olduklarını düşünmektedir. Bu konuda Avusturya Yüksek Mahkemesinin (OGH) makûl yönde bir eğilim sergilediği, ancak nihayetinde meseleyi tam olarak açıklığa kavuşturmadığını düşündüğü bir kararına⁷²³ da atıfta bulunan yazar, anılan kararda, ticari sırların haksız kullanılmaları (*Verwertung*) hususunda dahi, yalnızca söz konusu sırların haksız elde edildikleri yerin (*Ort des Entwendung des Geheimnisses*) “zararın meydana geldiği yer” olarak kabul edilebileceğinden bahsetmektedir. Bu bakış açısından hareket edildiğinde, sırların haksız kullanımı sonucunda ortaya çıkabilecek zarar, aslında sadece bir dolaylı/ikincil sonuç olarak görülecektir. hâlbuki, böyle ikincil nitelikte zararların Tüzük uygulamasında dikkate

⁷²¹ Ibid, s.104. *Wadlow*’a göre, ticari sırların ihlâli eğer Roma II m.6/2 hükmü kapsamında görülecek olursa, konunun haksız fiil mi yoksa haksız rekabet olarak mı vasıflandırılacağı hususu çok da önemli değildir. Çünkü ister haksız fiile ilişkin genel bağlama kuralı olan m.4 uygulansın, ister haksız rekabete ilişkin m.6’nın ticari sırları barındırdığı düşünülen (istisnalar var mı diye kontrol edilerek) ikinci fıkrasına gidilsin, neticede süreç m.4’de sonlanmaktadır. Bkz. C. Wadlow, 2008, s.312.

⁷²² T. Bauermann, 2015, s.104. Yazar, bu konudaki görüşünü oldukça net bir biçimde şu şekilde ifade etmektedir; “... *Spiegelbildlich könnte die gesonderte Anknüpfung der Verwertung aus Sicht potentieller Schädiger Anreize zur unrechtmäßigen Beschaffung von Geschäftsgeheimnissen bieten*”.

⁷²³ Bkz. OGH v. 20.09.2011-4 Ob 12/11k, GRUR Int. 2012, 468(472)- “HOBAS-Rohr- Rohrprodukte”

alınmayacakları, genel haksız fiil hükmü olan Roma II m.4/1 metninde açıkça belirtilmiştir.⁷²⁴

Öte yandan, aynı yazar, hukuka uygun olarak elde edilmiş ticari sırların haksız biçimde ticari amaçla kullanılmaları hâlinin, Roma II m.6/1 hükmü kapsamına gireceği kanısındadır.⁷²⁵ Bir başka deyişle, *Bauermann*, ihlâli gerçekleştiren kimsenin sırları hukuka uygun olarak edinmiş olduğu ve hukuka aykırılığın yalnızca “kullanım” bakımından ortaya çıktığı hâller açısından m.6/1 hükmünün dikkate alınabileceğini düşünmektedir. Zira, böyle hâllerde, sır sahibi, sırrı kullanım imkânını kendi iradesi ile bir başkası ile paylaştığından; bu kimsenin, hukuka aykırılık teşkil edecek olsa bile ileride başka yerlerde ve başka hukuk sistemleri altında söz konusu gizli bilgiyi kullanma ihtimâli olduğunu bilmekte, bu bağlamda zaten bir risk almaktadır.⁷²⁶

aaa) Zararın Meydana Geldiği Yer Kavramının Somutlaştırılması

Ticari sır ihlâli kaynaklı uyuşmazlıklar bakımından esas alınacak hükmün Roma II m.6/2 olduğu kabul edildiğinde, hükmün barındırdığı düzenleme gereği m.4’e gidilmesi gerekecektir. Somut olayın şartlarına göre m.4 içeriğindeki tüm fıkraların işlerlik kazanabileceklerinden daha önce bahsedilmiş idi. Tarafların müşterek bir mutad meskene sahip olmaları durumunda, bu yer hukukunun öncelikli olarak uygulanacağına dair doktrin görüşlerine de değinilmiş idi. Konu açısından esas önem arz eden husus, tarafların farklı ülkelerde mutad mesken / işyeri sahibi bulundukları hâllerde gündeme gelecek olan m.4/1 hükmü açısından “zararın meydana geldiği

⁷²⁴ T. Bauermann, 2015, s.102.

⁷²⁵ Ibid, s.104.

⁷²⁶ Ibid, s.104.

yer” kavramının nasıl yorumlanacağıdır. Roma II m.4/1 hükmüne ilişkin açıklamalar sırasında bu husus hakkında ileri sürülen görüşlere genel olarak haksız rekabet kavramı çerçevesinde değinilmiş idi. Bu başlık altında ise, özel olarak ticari sırların ihlâli ekseninde yapılmış değerlendirmelere yer verilecektir.

Doktrinde *Illmer*, belirli bir rakibin doğrudan nitelikte bir zarara uğradığı yerin, bir başka deyişle piyasadaki rekabetçi pozisyonunun etkilendiği yerin “zararın meydana geldiği yer” olarak düşünülebileceği kanısındadır.⁷²⁷ Sanayi casusluğu özelinde bu yerin, zarar görenin idare merkezinin bulunduğu yer şeklinde tezahür etmesi mümkün olmakla birlikte, *Nettlau*, bir kıyas yaparak, ticari sırların sınıraşıcı ifşası hâllerinde (*grenzüberschreitenden Preisgabe von Geschäftsgeheimnissen*), söz konusu sırların ifşa edildikleri yerden (*Veröffentlichungsort*) ziyade, işyerinin bulunduğu yerin, “zararın meydana geldiği yer” olarak kabul edilmesini daha doğru bulmaktadır.⁷²⁸ Davacının işletmesinin bulunduğu yer hukukunun uygulanması ise, oldukça basit ve işleyebilecek bir yol olmakla birlikte “davacı lehine” bir çözüm olarak nitelendirilmektedir.⁷²⁹

İngiliz hukukunda savunulan bir görüş, zararın, ilgili malvarlığı değerinin (maddi veya gayri maddi) davacının kontrolünden çıkartıldığı yerde meydana geleceğini söylemenin uygun olacağını ifade etmektedir.⁷³⁰ Benzer bir görüş *Bauermann*

⁷²⁷ M. Illmer, 2011, s.173.

⁷²⁸ H. Nettlau, 2013, s.257.

⁷²⁹ C. Wadlow, 2008, s.313.

⁷³⁰ Görüşü savunanlar, benzer şekilde, davalının, kendisine göre üçüncü kişi konumunda bulunan bir kimse ile davacı arasındaki sözleşmesel ilişkilere müdahale etmesi sonucu üçünü kişinin sözleşmeden doğan yükümlülüklerini yerine getirmemesi durumunda; zararın, sözleşme şartlarına göre ifanın gerçekleştirileceği yerde meydana geldiğinin kabul edilmesi gerektiği düşüncesindedirler. Bu yerin ise, Roma I Tüzüğü veya başka bir usûle göre sözleşmesel ilişkiye uygulanacak hukuka tarafından belirleneceğini eklemektedirler. Ancak sözleşme dışı borç ilişkilerine vücut verebilecek şartların geniş doğası gereği, bu örneklerin dahi mutlak olarak değerlendirilmemeleri gerektiğini, her olayın kendi unsurları çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiğinin de altını çizmektedirler. Bkz. L. Collins, A. Briggs, A. Dickinson, J. Harris, J. D. McClean, P. McElevy, C. McLachlan, C. G. J. Morse (Ed.), 2012, s.2212.

tarafından da savunulmaktadır. Hatta yazara göre, gizli bilginin haksız elde edilmesi hâlinde, kanunlar ihtilâfı hukukunu ilgilendirecek bir “zararın meydana gelmesi” durumundan bahsedilemeyecek örnekler görülmesi bile mümkündür.⁷³¹ Böyle hâllerde dahi, teleolojik bir argüman sunularak, sır sahibinin ticari sır üzerindeki münhasır hakimiyetini diğer kimse o sırrı haksız şekilde edindiği anda kaybetmiş sayılacağı düşünülebilir. Şu hâlde, ticari sırlar bakımından Roma II m.4/1 hükmü bağlamında “zararın meydana geldiği yer” e yapılan bağlamanın, sır sahibinin sır üzerindeki kontrolüne dayanacağını; onun "menfaatleri ve hukuken korunan değerlerinin" (*Interessen und Recthsgüter*) hangi devletin coğrafi sınırları içerisinde ve dolayısıyla hangi devletin hukukuna göre korundukları soruları üzerinden şekilleneceğini söylemek mümkündür.⁷³²

bb) Piyasa Etkisinin Varlığı Hâlinde m.6/1 Hükmünün Uygulanmasını Öneren Yorum

Doktrinde, ticari sırrın haksız elde edilmesi (*die Erlangung des Geschäftsgeheimnisses*) hâlinde piyasaya yönelik bir etkiden bahsedilemeyeceği için, bu hâlin Roma m.6/2 hükmü kapsamına girdiği; ancak gizli bilginin kendisinin yahut onun içerisinde kullanıldığı ürünün satılması biçiminde söz konusu gizli bilgiden faydalanılması hâlleri açısından, piyasaya yönelik bir etkinin var olduğu gerekçesiyle

⁷³¹ Yazar, meydana gelebileceğini öngördüğü bu örnekleri eserinde somutlaştırmamaktadır.

⁷³² T. Bauermann, 2015, s.103.

Roma II m.6/1 hükmünün uygulanması yönünde görüş bildiren çok sayıda yazar bulunmaktadır.⁷³³

Sack, ticari sırrın haksız elde edilmesi ile haksız pazarlanması şeklinde bir ayrım çerçevesinde meseleye yaklaşmakta, ve sırların haksız rekabet teşkil edecek şekilde pazarlanmaları hâlinin Roma II m.6/1 hükmü kapsamına dahil olduklarını düşünmektedir. Bu görüşüne gerekçe olarak, sırları haksız rekabet teşkil edecek şekilde piyasada pazarlayan rakibin, dolaylı olarak piyasa üzerinde bir rekabet avantajı elde ediyor olmasını göstermektedir. Yazar, böyle hâllerde, içerisinde haksız elde edilmiş sırrı barındıran ürünler açısından “satışa sunulan piyasanın” (*Absatzmarkt*), bu ürünlere ilişkin reklamlar bakımından ise “reklamların yapıldığı piyasanın” (*Werbemarkt*) bulunduğu yer hukukunun esas alınması gerektiği görüşündedir.⁷³⁴

Mankowski’ye göre, sır ihlâli (*Geheimnisverletzung*) olgusu, “sırların elde edilmesi” (*Erlangen des Geheimnisses / Auspähen des Geheimnisses*) ve bu sırların “ticari amaçla kullanılmaları” (*kommerziellen Ausnutzen des erlangten Geheimnisses*) olmak üzere iki farklı açıdan ele alınmalıdır. Yazara göre, “ticari amaçla kullanım”, piyasa ile ilgili bir eylem niteliğindedir. Zira sırları ihlâl eden kişi, yalnızca sırrını elde ettiği rakibine yönelmiş olmayıp, aynı zamanda piyasadaki

⁷³³ C. Wadlow, 2008, s.315; G. Calliess, 2015, s.578; R. Plender, M. Wilderspin, 2015, s.628; P. Mankowski, 2014, s.249; S. Fischer, 2012, s.258; P. Stone, 2014, s.400, 401; R. Sack, 2012, s.606; P. Fabig, 2016, s.64.

⁷³⁴ R. Sack, a.g.e, 2012, s.606. Öte yandan *Wadlow*, Roma II m.6/1 hükmünün uygulanması gündeme gelebilecek böyle hâllerde, rekabetçi ilişkilerin etkilendiği ülke ile, tüketicilerin kolektif menfaatlerinin bulunduğu ülkenin aynı ülke olmaması durumunda nasıl hareket edilmesi gerektiği sorusunu sormaktadır. Bkz. C. Wadlow, 2009, s.793.

konumunu diğer rakiplerine kıyasla geliştirmek / genişletmek istemektedir. Böyle hâllerde, piyasanın bulunduğu yer hukukuna bağlanması gerekmektedir.⁷³⁵

Dickinson da, ticari sırların ihlâli açısından Roma II m.6/1 veya m.6/2 hükümlerinden hangisinin uygulanacağı meselesinin olaydan olaya farklılık gösterebileceğini düşünmektedir. Davalının davacıya ait ticari sırları haksız elde etmesi, onun daha ucuza üretim yapabilmesi ve böylelikle yalnızca sır sahibi davacı açısından değil, diğer piyasa katılımcıları bakımından da rekabette bir avantaj elde etmesi ile sonuçlanmaya elverişli ise, m.6/1 hükmü uygulanabilecektir.⁷³⁶ *Stone*, gizli teknik veya ticari bilginin, gizlilik yükümüne aykırı biçimde ihlâl edilmesi hâlinde; davacının söz konusu bilgiyi geliştirdiği ve gizli kalması kaydıyla paylaştığı sırada bulunduğu ülke hukukunun⁷³⁷; bilginin davalı tarafından haksız elde edildiği hâllerde ise, söz konusu bilginin rekabet faaliyetinde kullanılmasının amaçlandığı ülkenin hukukunun⁷³⁸ uygulanabileceğini ifade etmektedir.⁷³⁹ Benzer şekilde, *Wadlow*, yoğun şekilde işçi ayartma, ticari sır hırsızlığı vb. eylemler sonucu rakiplerini birer birer piyasanın dışına iten bir davalının durumunu örnek vermekte; buradaki her münferit eylemin, eylemde bulunan kişi ile onun mutlak tekeli arasında sadece bir tane rakibin kaldığı ana kadar Roma II m.6/2 hükmü kapsamında görülmesinin ne kadar doğru olacağını sorgulamak suretiyle, söz konusu ayırımı destekler görünmektedir.⁷⁴⁰

Fischer, know-how ihlâline uygulanacak hukukun tespiti açısından, know-how ihlâlinde piyasa ile ilgili bir eylem bulunmamasından hareket ederek Roma II m.6/1

⁷³⁵ P. Mankowski, 2014, s.249.

⁷³⁶ R. Plender, M. Wilderspin, 2015, s.628.

⁷³⁷ Bkz. *Innovia Films v. Frito-Lay* (2012) EWHC 790 (Pat).

⁷³⁸ Bkz. *Alfa Laval Tumba v. Seperator Spares* (2012) EWHC 1155 (Ch)(Briggs J.)

⁷³⁹ P. Stone, 2014, s.400, 401.

⁷⁴⁰ C. Wadlow, 2009, s.793.

hükümünün pek de önem arz etmeyeceğini belirtiyor olmasına rağmen; fıkra hükmü kapsamında know-how ihlâli yaşanabilecek tek örnek olarak, yalnızca "know-how ihlâli sonucu elde edilen bilginin içerisinde kullanıldığı ürünün sınıraşıcı olarak piyasaya sürülmesi" hâlinin verilebileceği görüşündedir. Bu örnekte, “ürünlerin satışa sunulacakları yer” (*der Ort, an dem die Produkte abgesetzt werden*), piyasanın bulunduğu yer olarak kabul edilecektir.⁷⁴¹

Yazar, ticari sırların⁷⁴² tüm süreç içerisinde hangi aşamada ihlâl edilmiş sayılacaklarının tespitinin zor olduğunu belirtmekte ve ihlâlin gündeme gelmesi bakımından önem arz ettiğini düşündüğü dört farklı aşamaya yer vermektedir: 1- Gizli bilginin haksız edinilmesi; 2-Gizli bilgi kullanılarak bir ürün meydana getirilmeye başlanması; 3- Meydana getirilmiş bu ürünün piyasaya sürülmesi; 4- Haksız elde edilen bilgi kullanılarak üretilen ürün nedeniyle sahip olunan rekabet avantajı sayesinde piyasa konumunun güçlenmesi. Burada önem arz eden soru, anılan aşamalardan hangisi veya hangilerine haksız fiile ilişkin genel bağlama kuralının uygulanmasında ağırlık verileceğidir.⁷⁴³ Bir başka deyişle, uygulanacak hukukun tespiti araştırmasında üzerinde durulması gereken esas mesele, aslında olayda hangi muhtemel hukuka aykırılık hâllerinin bulunduğudır. Eğer, birden fazla hukuka aykırı eylem saptanabiliyorsa, bu eylemlerin her birinin, bir diğerinden ayrı olarak ele alınması gerekecektir. Dolayısıyla, her bir eylem açısından uygulanacak hukuk tespiti yapılacak ve her bir eylemin sır sahibini korumayı amaçlayan normlara

⁷⁴¹ Birden fazla piyasa ülkesi bulunması durumunda ise, mozaik teorisi uyarınca her ülkenin hukuku kendi ülkesinde meydana gelen zarar bakımından uygulanacaktır. Buradaki tehlike, her devlet hukukunda söz konusu eylemin aynı derecede haksız nitelendirilmiyor olabilmesinden ötürü, gerekli yaptırımlarının aynı oranda işletilememesi ihtimâlidir. Bkz. S. Fischer, 2012, s.258.

⁷⁴² Yazar, eserinde “know-how” terimini kullanmakla birlikte, gizli nitelikte olanlar açısından değerlendirme yaptığı için, bu çalışma açısından “ticari sır” ile eşdeğer bir kullanımda bulunduğunu düşünmekteyiz.

⁷⁴³ Wadlow, Roma II m.6/1 hükmü açısından dahi, "hangi aşama?" sorusunu sormaktadır. Bkz. C. Wadlow, 2009, s.793.

aykırılık unsurlarını ve nedensellik bağıını sağlayıp sağlamadıkları gibi sorular, ilgili eylemler açısından uygulanacak maddi hukuk kurallarına göre çözüme kavuşturulacaktır.⁷⁴⁴

Fischer, know-how ihlâlinden doğacak tüm talepleri zararın meydana geldiği yer hukukuna bağlayan bir kuralın pratik olmayacağını düşünmektedir.⁷⁴⁵ Roma II m.6/2 göndermesi aracılığıyla Roma II m.4 kapsamına gireceğinden emin olunan know-how ihlâlleri bakımından, maddenin mevcut hâlindekilere nazaran daha uygun bağlama noktaları içeren objektif bir bağlama kuralı getirilebilir mi sorusu üzerinde duran yazar, madde metnine yeni bir 4.fıkra hükmü eklenebileceğini savunmaktadır. Formüle etmiş olduğu fıkra hükmü şu şekildedir: “*Ticari kullanıma elverişli bir sırra sahip kimsenin haklarının ihlâli hâlinde, fıkra 2 ve 3 uygulama alanı bulmayacaktır.*”⁷⁴⁶ Bu ek hüküm aracılığı ile yazar, müşterek mutad mesken ve daha sıkı irtibata ilişkin hükümleri uygulanma imkânından yoksun bırakmak istemektedir. Önerdiği ifadenin gerekçesi olarak, milletlerarası karar ahengini (*internationalen Entscheidungsgleichklangs*) ve uygulanacak hukukun öngörülebilirliğini sağlamayı göstermektedir.⁷⁴⁷ Yazar, know-how’un korunduğu yere, rekabetçi menfaatlerin çatıştığı yere ve zararın meydana geldiği yere yapılan bağlamalara yönelik bir içerik analizi yapıldığında, bunların nihayetinde haksız fiilin gerçekleştirildiği yeri işaret ettiklerini yahut orası ile örtüştüklerini düşünmektedir.⁷⁴⁸

⁷⁴⁴ S. Fischer, 2012, s.276, 277.

⁷⁴⁵ Ibid, s.290.

⁷⁴⁶ Ibid, s.292. Yazar, görüşünü gayet açık şekilde ortaya koymaktadır: “...*Die Absätze 2 und 3 finden keine Anwendung, wenn Rechte des Inhabers eines gewerblich nutzbaren Geheimnisses verletzt wurden*”

⁷⁴⁷ Ibid, s.294.

⁷⁴⁸ *Fischer*, yalnızca, müşterek mutad mesken yerine yapılan, vatandaşı olunan ülkeye (*Ursprungsland*) yapılan ve iş sözleşmesi statüsüne yapılan bağlamaların buradan farklılaştığını ifade etmektedir. Ona göre, vatandaşı olunan ülkeye ve iş sözleşmesi statüsüne yapılan bağlamalar, konu ile ilgili objektif bir bağlama kuralına ulaşılması bakımından kayda değer değildir. Zira, bu bağlamalar

Gayrimaddi mallar açısından gerçek manada bir “bulunma yeri”nden (*Belegenheitsort*) bahsedilemeyeceği düşüncesinde olan yazar, bunların “her yerde ve hiçbir yerde” bulunduklarından bahsedilmekte olduğunu belirtmektedir. Dolayısıyla gayrimaddi malların, kendilerine sahip olan kimseden (sır sahibi) ayrılarak incelenmeleri gerekmektedir. Özellikle vurguladığı husus, bunların, kendilerine sahip olan kimsenin mutad meskeninde bulunduklarından bahsedilemeyeceğidir. Gayrimaddi mallar bakımından bir “bulunma yeri”nden bahsedilemiyor oluşunun, somut bir “ihlâl edilme yeri”nden de bahsedilemeyeceği sonucunu beraberinde getirdiği kabul edilirse; bunların ihlâl edildikleri yerin, daha ziyade “ihlâlâ yönelik eylemin icra edildiği yer”de ortaya çıkacağı, dolayısıyla “zararın meydana geldiği yer”den çok “haksız fiilin gerçekleştirildiği yer”in esas alınmasının daha doğru olacağını savunmaktadır.⁷⁴⁹ Bu görüşteki ana dayanak, maddi malvarlığı değerlerinden farklı olarak, ticari sırlar gibi gayri maddi malvarlığı değerleri açısından bir bulunma yerinden bahsedilemiyor oluşunun, zararın meydana geldiği yerin ortaya çıkarılmasını da güçleştireceği fikridir. Zira yazara göre, hak ihlâlinin taşınabilir bir malvarlığı değeri üzerinde meydana gelmesi hâlinde, haksız fiilin gerçekleştirildiği yer ile zararın meydana geldiği yerin örtüştüğünden bahsedilecektir. Buna karşılık, gizli bir bilgi ifşa edildiğinde, bir bulunma yerinden bahsedilemiyor olması dolayısıyla zararın meydana geldiği yerin tespiti de mümkün olamayacaktır.⁷⁵⁰

yalnızca kanunlar ihtilâfı önsorununa uygulanacak hukukun belirlenmesinde bir fonksiyon üstlenirler ve bu açıdan zaten bağımsız olarak önsoruna ilişkin olarak uygulanırlar. Bkz. S. Fischer, 2012, s.308.

⁷⁴⁹ Ibid, s.276.

⁷⁵⁰ Ibid, s.307,308. Doktrinde, Roma II m.4/1 hükmünün uygulanacak hukuklar bakımından bir fragmentasyonu gündeme getirebilme ihtimâline dikkat çekilmiştir. Özellikle, söz konusu ticari sırrı elde etmek isteyen alıcıların, ifşa edilebileceği ülkelerin veya ondan üretilecek ürünlerin piyasaya sürüldüğü piyasaların bulunduğu ülkeleri örnek vermek mümkündür. Bkz. C. Wadlow, 2008, s.313.

Eylemin piyasa ile olan ilgisi, gerçekten de rastlanabilir bir olgudur. Bu durum, özellikle, piyasa üzerinde etki doğuracak zarar anının net olmadığı hâller bakımından önem taşımaktadır. Doktrinde *Fabig*, bir ticari sırrın haksız şekilde elde edilmesi durumunda, piyasa ile olan ilginin, aslında sırrın zarara yol açan kimse tarafından ilk defa bir rekabet faaliyeti kapsamında kullanılması ile ortaya çıkacağını düşünmektedir.⁷⁵¹

Son olarak, Alman mahkeme uygulamaları ile son şeklini almış olduğu ifade edilen “piyasa aracılığıyla kısıtlama” doktrinine kısaca değinmekte fayda vardır. *Drexl*, bu konuya ilişkin özet birtakım bilgiler vermektedir. Yazar, Roma II m.6/2 hükmünün uygulanma alanı ile ilgili olarak iki ana anlayış bulunduğunu; “geniş” anlayışa göre; haksız rekabet eyleminin belirli bir rakibe yöneltilmiş olmasının, fıkranın uygulanması için yeterli görüldüğünü belirtmektedir. “Dar” anlayışa göre ise, doğrudan “belirli bir rakibe yöneltilmiş eylemler” ile “aslında piyasaya yönelik bir eylem üzerinden belirli bir rakibi etkileyen eylemler” arasında bir ayrıma gidilmelidir. Bu şekilde “piyasa aracılığıyla kısıtlama hâlleri” (*marktvermittelte Behinderungen*) açısından uygulanacak hukuka yönelik görüşlerin farklılaştığından bahsedilmekte; bir görüş m.6/2 hükmünün uygulanması gerektiğini savunurken, diğerinin m.6/1 hükmü dolayısıyla piyasa yeri prensibini savunduğu bildirilmektedir. Günümüz Alman BGH uygulamasına bakıldığında ise, mahkemenin ikinci görüşten yana tavır aldığının görülebileceği ifade edilmektedir.⁷⁵² Buna göre, belirli bir rakip hedef alınmış olsa dahi, o rakibin üzerindeki etkinin piyasa üzerindeki etkiye kıyasla

⁷⁵¹ P. Fabig, 2016, s.64.

⁷⁵² Bu konuda atfı yapılan önemli bir karar, Alman Yüksek Mahkemesi’nin (BGH) vermiş olduğu *Ausschreibung in Bulgarien* kararıdır. Karar, her ne kadar ticari sır ihlâline ilişkin olmayıp başka bir haksız rekabet eylemi hakkında verilmiş olsa da, doktrinde bu karardan hareketle, m.6/1 ve m.6/2 hükümleri arasındaki ayrım bakımından belirleyici bir ek kriter olarak “rakip üzerinde görünen etkinin “doğrudan” nitelikte olması zorunluluğu” şeklinde bir kriterin kabul edilebileceği ifade edilmektedir. Bkz. J. Von Staudinger, K. H. Fezer, S. Koos, 2015, s.334, 335.

sadece dolaylı olarak ortaya çıktığı hâller bakımından m.6/1 hükmünün uygulanacağı sonucuna varılmalıdır.⁷⁵³

Açıklamalarının ardından *Drexl*, maddenin uygulama alanı hakkında "doğrudan etki - dolaylı etki" kriterine göre doğacak etkinin sınırlarının çizildiği “dar” görüşe katıldığını, bu açıdan, piyasa aracılığıyla kısıtlama hâllerinin Roma II m.6/1 hükmü kapsamında ele alınmaları gerektiğini belirtmektedir.⁷⁵⁴ Buna karşılık yazar, ticari sırrın haksız edinimi hâlinin, “iki taraflı haksız rekabet eylemi” olarak vasıflandırılması gerektiği görüşünde olduğunun da altını çizmektedir. Zira, ona göre, burada “piyasa üzerinden etki doğuran bir rekabet sınırlaması” hâli bulunmayıp, ihlâl, sırrı haksız biçimde elde edilen rakibin ticari organizasyonu üzerinde gerçekleşen doğrudan etki nedeniyle ortaya çıkmaktadır.⁷⁵⁵

c) Japon Hukuku

Yukarıda, Japon hukukunda haksız rekabet statüsünün belirlenmesine ilişkin açıklamalar sırasında değinildiği üzere, kanunlar ihtilâfı alanında esas alınacak ana düzenleme olan HUGKK içerisinde haksız rekabete ilişkin olarak sevk edilmiş özel bir bağlama kuralı bulunmamaktadır. Konu, haksız fiil statüsünün belirlenmesine ilişkin hükümler çerçevesinde ele alınmaktadır. *Nishitani*, işçi ayartma, sanayi casusluğu, know-how ihlâli eylemlerinin, belirli bir kimseye yöneltilmiş olmalarından hareketle, böyle hâller bakımından doğrudan piyasa yeri ile irtibat kurulmayıp, taraflar arasındaki karşılıklı ilişki üzerine odaklanması ve bu gibi

⁷⁵³ J. Drexl, 2015, s.1201.

⁷⁵⁴ Ibid, s.1202.

⁷⁵⁵ Ibid, s.1203.

eylemler bakımından genel haksız fiil bağlama kurallarına başvurulması gerektiğini belirtmektedir.⁷⁵⁶ *Kidana* da aynı yönde düşünmektedir.⁷⁵⁷

Yokomizo ise, ticari sırların ihlâlinin tek aşamadan ibaret bulunmadığını, sırların haksız elde edilmesi, bu sırların ifşası ve son olarak bu sırların kullanılması şeklinde üç aşamadan bahsedilebileceğini, dava sürecinin her zaman son aşamada başlamadığını belirtmekte; piyasa söz konusu bu aşamalar içerisinde çıkartılamadığı sürece, somut olaya göre karar verilmesi gerektiğini ifade etmektedir.⁷⁵⁸

Şu hâlde, Japon hukuku açısından yabancılık unsuru taşıyan ticari sır ihlâlinden kaynaklanan uyuşmazlıkların “haksız fiilden doğan kanunlar ihtilâfına” ilişkin tartışmalar üzerinden değerlendirilmesi gerekecektir. Bu konuda gündeme gelme ihtimâli bulunan önemli bir hüküm HUGKK m.20’de yer verilmiş bulunan fer’i bağlanmaya izin veren düzenleme olabilir. Bu düzenleme sayesinde, nitelik olarak bir haksız fiil kabul edilen “ticari sır ihlâli” kaynaklı uyuşmazlığa, sır sahibi ile sırrı ihlâl eden kimse arasındaki bir iş, gizlilik, ortak girişim vb. sözleşmeyi idare eden hukukun uygulanması mümkün olabilecektir.

3) Fer’i Bağlanmanın Önemi

Ticari sır ihlâlinden bahsedilen hâllerde, aynı zamanda taraflar arasında önceden beri süregelen bir sözleşmesel ilişkinin bulunuyor olması durumunda, varlığı iddia edilen sır ihlâlinin, bu sözleşme aykırılık sonucunu da doğuruyor olması mümkündür. Öyle ki, ticari sır davalarında, sırrı koruma fonksiyonu açısından

⁷⁵⁶ Y. Nishitani, 2011, Fuhou, s.450.

⁷⁵⁷ Ibid, s.451.

⁷⁵⁸ D. Yokomizo, 2009, Cross-Border, s.176.

yetersiz hükümlere sahip olsa dahi “sözleşmesel bir ilişkiye” rastlanılması ihtimâlinin oldukça yüksek olduğuna doktrinde de dikkat çekilmiş; bir know-how lisansı, bir gizlilik anlaşması yahut teknoloji transfer sözleşmesinin var olduğu hâller bakımından gündeme gelen ticari sır ihlâllerinin neredeyse her zaman “sözleşmeye aykırılık” niteliği de taşıyacakları belirtilmiştir.⁷⁵⁹

Taraflar arasında önceden beri süregelen hukuk bir ilişkinin bulunması ihtimâli, yukarıda ilgili başlıklar altında değinildiği üzere, gerek İsviçre, gerek Avrupa Birliği, gerekse Japon Hukuku'nda haksız rekabetten kaynaklanan uyuşmazlıklara uygulanacak hukuka dair düzenlemeler açısından, uygulanacak hukukun tespitine ilişkin değerlendirme sürecinde daima göz önünde bulundurulmuştur. Doktrinde “fer’i bağlanma” şeklinde adlandırılan ve haksız rekabete uygulanacak hukuku, hâlihazırda mevcut diğer hukuki ilişkinin tâbi olduğu hukuka bağlayan bu yaklaşım, hem IPRG m.136/3 hükmünde hem de Roma II m.4/3 hükmünde son derece açık şekilde benimsenmiştir. Madde hükümlerine ilişkin doktrin görüşleri incelendiğinde, konunun ticari sırların ihlâli açısından son derece önem arz eden bir boyutu olduğu görülmektedir.

İsviçre hukukunda, fer’i bağlanma yapılabilecek olan hukuki ilişkinin “sadakat yükümlülüğü” (*Treuepflicht*) çerçevesinde gündeme gelebileceği düşünülmekte,⁷⁶⁰ bu kapsamda haksız rekabet niteliğinde bir eylemin hâlihazırda mevcut bir

⁷⁵⁹ C. Wadlow, 2008, s.316.

⁷⁶⁰ M. M. Pedrazzini, F. A. Pedrazzini, 2002, s.309. Bu hususta benzer bir örnek, İngiliz Hukuku'ndan verilebilir. İngiliz hukukunda yer alan *breach of confidence* doktrini, ticari sırların ihlâlinde, sanayi casusluğu hâlleri dışında, neredeyse her zaman taraflar arasında önceden beri süregelen bir hukuki ilişkinin var olduğunu varsaymaktadır. Bu doktrine başvurabilmek için, bir güven ilişkisinin (belki ayrıca sözleşme vb. hukuki yükümlülük bağları ile güçlendirilmiş) varlığı asli unsur olarak kabul edilmektedir. Bkz. C. Wadlow, 2008, s.315. İngiliz Hukuku'nda, sözleşmeye dayalı bir gizlilik yükümünün olduğu hâllerde, bu yüküme aykırı hareket edilmesi durumunda sözleşmeye aykırılık şeklinde bir vasıflandırmadan bahsedilebileceğinin açık olduğu, vasıflandırma yönünden esas sıkıntının, sözleşme dışı gizlilik yükümleri bakımından gündeme geldiği belirtilmektedir. Bkz. J. J. Fawcett, J. M. Carruthers, 2008, s.511.

sözleşmesel ilişkiyi ihlâl edilebileceği hâle en temel örnek olarak “gizlilik sözleşmesinin ihlâli” verilmektedir.⁷⁶¹

Doktrinde *Dasser*, haksız rekabet eyleminde bulunan kişinin ticari sırlar ve know-how’dan, zarar gören ile akdettiği bir lisans, tek satıcılık, iş⁷⁶² yahut ortaklık sözleşmesi bünyesinde faydalıyor olduğu hâllerin bu kapsamda (IPRG m.136/3) görülebileceklerini belirtmektedir.⁷⁶³ Sözleşmesel ilişkiye yüklenen önem o kadar yüksektir ki, fer’i bağlanmanın hâlihazırda yürütülmekte olan lisans, iş, ortaklık sözleşmesi gibi hukuki ilişkilerin dışında, bunların henüz görüşülme aşamasında bulundukları hâller açısından da gündeme getirilebilecekleri görüşü ifade edilmektedir.⁷⁶⁴ Hukuk seçimi ve fer’i bağlanma olgularının, madde kapsamına girecek tüm haksız rekabet hâlleri bakımından uygulanabilme imkânına kavuşturulmuş olması⁷⁶⁵ da, kanımızca sözleşmesel boyuta verilen önemi göstermektedir.

Avrupa Birliği hukuku açısından da benzer doktrin görüşlerine rastlanmaktadır. Bu kapsamda; lisans anlaşmasına dayalı olarak karşı taraf ile paylaşılan ticari sırların ihlâli⁷⁶⁶; araştırma-geliştirme faaliyetlerini düzenleyen bir sözleşmenin ifası esnasında öğrenilen ticari sırların ifşa edilmeleri⁷⁶⁷; taraflar arasında hâlihazırda

⁷⁶¹ P. Jung, P. Spitz, 2016, s.84.

⁷⁶² Bir işveren yanında o işverenin üretim ve ticari sırlarına vakıf olarak çalışan bir kimsenin durumunda, işveren ile o kimse arasında önceden beri süregelen bir hukuki ilişkinin kural olarak var kabul edileceği belirtilmektedir. Bkz. F. Vischer, 2004, s.1544.

⁷⁶³ F. Dasser, 2013, s.1201. Buna karşılık *Dutoit*, IPRG m.133/3 hükmünün uygulanması açısından, önceden beri süregelen hukuki ilişkiye örnek olarak verilen iş sözleşmesi ve lisans sözleşmesi örneklerini tartışmalı bulmaktadır. Ona göre, bu sözleşmelere uygulanan sözleşme statüsü, piyasa yeri hukukunun amaçlarıyla zıt düşen hükümler barındırıyor olabilir ve bu durum, haksız rekabete uğrayan davacının piyasa yeri hukuku uygulansa idi sahip olacağı bazı haklarından mahrum kalması ile sonuçlanabilir. Bkz. B. Dutoit, 2016, s.620.

⁷⁶⁴ P. Jung, P. Spitz, 2016, s.82.

⁷⁶⁵ Ibid, s.82.

⁷⁶⁶ R. Schaub, 2016, s.3373.

⁷⁶⁷ J. Von Staudinger, K. H. Fezer, S. Koos, 2015, s.338; K. Thorn, 2017, s.2799; H. Unberath, J. Cziupka, 2011, s.798.

mevcut olan bir ortak girişim (*joint-venture*) sözleşmesi kapsamında temin edilen know-how'un ihlâl edilmesi⁷⁶⁸ hâllerinin, Roma II m.4/3 hükmündeki fer'i bağlanma imkânı için verilen örnekler arasında sayıldıkları görülmektedir.

Japon hukukunda *Yokomizo*, ticari sırların sınıraşıcı ihlâlinden kaynaklanan uyuşmazlığın bir gizlilik anlaşmasına dayanabileceğini, böyle bir anlaşmaya taraf olan sır sahibinin, anlaşmanın karşı tarafına tazminat talebiyle dava açabileceğini belirtmektedir. Yazar, böyle hâllerde hukuki ilişkinin sözleşmesel olarak vasıflandırılacağını düşünmektedir.⁷⁶⁹

Ticari sırların bir sözleşmeye binaen paylaşıldığı hâllerde, sözleşmeye taraf olan kimseler, aralarında gelecekte ortaya çıkabilecek tüm sözleşme dışı borç ilişkileri hakkında da o sözleşme için seçmiş oldukları hukukun uygulanmasını arzu edebilirler.⁷⁷⁰ Dolayısıyla, hukuk seçimi ile belirlenmiş bir sözleşme statüsüne fer'i bağlanma yapılması, ticari sır ihlâline uygulanacak hukukun da o seçilen hukuk olması sonucunu doğuracaktır. Buna karşılık, hâlihazırda mevcut hukuki ilişki, taraflardan birinin zayıf konumda olduğu (örneğin bir iş sözleşmesinde) bir yapıya

⁷⁶⁸ H. Nettlau, 2013, s.258. Buna karşılık *Fischer*, Roma II m.4/3 hükmünü know-how ihlalleri açısından gereksiz görmektedir. Yazara göre, know-how ihlâli eylemi açısından "daha sıkı bir irtibatın" mevcudiyetinden söz edilemez. (Yazar bu görüşünde oldukça nettir: "...*Insbesondere ist die Einordnung einer Handlung als Know-how-Verletzung keine "engere Verbindung" im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Rom II-VO.*" Bkz. S. Fischer, 2012, s.309.

⁷⁶⁹ *Yokomizo*, böyle bir vasıflandırma durumunda, Japon Hukuku açısından, sözleşmesel sorumluluğa ilişkin bağlama kurallarının (HUGKK m.7 - m.12) uygulama alanı bulacaklarını düşünmektedir. Dolayısıyla, taraflarca seçilmiş bir hukuk yok ise, sözleşme ile en yakın irtibatlı hukuk uygulanacaktır (m.8/1). Yalnızca bir tarafın bilgiyi gizli tutma yükümlülüğü üstlenmiş olduğu hâller açısından, onun mutad meskeni / işletmesinin bulunduğu yer en yakın irtibatlı yer kabul edilecektir. Gizlilik yükümünün iki taraflı olarak üstlenilmiş olduğu hâllerde ise, karakteristik bir edimden bahsedilemeyeceği, dolayısıyla en yakın irtibat karinesinin somut olayın şartlarına göre mahkemece değerlendirilmesi gerekeceğini düşünmektedir. Bu gibi hâller açısından ise, somut olaydaki sözleşmesel ilişkinin, her biri taraflardan birinin gizlilik yükümüne ilişkin olacak şekilde iki ayrı sözleşmeye ayrılarak incelenmesinin kolaylık sağlayacağını belirtmektedir. İş sözleşmeleri açısından ise, HUGKK düzenlemesine göre, hukuk seçiminin yokluğu hâlinde, işin görüldüğü yerin iş sözleşmesi ile en yakın irtibatlı olarak kabul edileceğini de eklemektedir. Bkz. D. Yokomizo, 2009, Cross-Border, s.176.

⁷⁷⁰ Roma II m.4'ün uygulandığı hâllerde m.14'de yer alan hukuk seçimi de olanaklı olduğundan, tarafların böyle bir yol izleyebilmeleri olanaklı görülmektedir. Bkz. C. Wadlow, 2008, s.312. Detaylı bilgi için bkz. yukarıda karşılaştırmalı hukukta hukuk seçimine ilişkin yapılan açıklamalar.

sahipse; tarafların, bu sözleşmede zayıf tarafın korunmasına ilişkin bağlama kuralları aracılığıyla gidilen hukuktan farklı bir hukuku seçmek suretiyle bir hukuk seçimi yapmış olmalarının, söz konusu zayıf tarafı ilgili diğer bağlama kuralları (Roma I Tüzüğü'nde yer alanlar gibi) uyarınca o sözleşmesel ilişkiye tatbik edilecek hukukun korumasından mahrum bırakmaması gerektiği de ifade edilmiştir.⁷⁷¹

Yukarıda değinilen açıklamalar ışığında, ticari sırrın ihlâl edildiği esnada taraflar arasında mevcut bulunan sözleşmesel bir ilişkinin, böyle bir ilişki var olmasaydı gidilecek hukuktan bütünüyle farklı bir hukuka tâbi olunmasını mümkün kıldığı görülmektedir.

C- Türk Hukukunda Doktrin Görüşleri

Türk hukukunda haksız rekabetten doğan kanunlar ihtilâfı hususunda görüş bildiren yazarların bir kısmı, açıklamaları içerisinde ticari sırların ihlâli veya onunla bağlantılı olabilecek işçi ayartma hâllerine de değinmiş, bu hâllere ilişkin örnekler vermişlerdir. Şu ana kadar, bu konuya ilişkin olarak ifade edilmiş görüşler ele alındığında, yukarıda yabancı hukuk sistemlerine ilişkin doktrin görüşleri incelenirken ortaya çıkan tabloya oldukça benzer bir kümeleşme ile karşılaşılmaktadır. Bazı yazarlar, konuyu -madde gerekçesi paralelinde- MÖHUK m.37/2 hükmü kapsamında gördüklerini belirtmektedirler. Buna karşılık diğer bir grup yazar, MÖHUK m.37 fıkraları arasında somut olayda bir piyasa etkisine rastlanılıp rastlanılmadığı sorusu üzerinden bir ayırım yapılması gerektiğini, piyasa etkisinin saptanabildiği hâller açısından artık MÖHUK m.37/2 hükmünün

⁷⁷¹ G. Van Calster, 2016, s.257.

uygulanamayacağı fikrini savunmaktadırlar. Aşağıda sırasıyla bu görüşlere yer verilecektir.

MÖHUK m.37'ye ilişkin madde gerekçesi, İsviçre ve Avrupa Birliği düzenlemelerinin gerekçelerinden farklı olarak, ikinci fıkra hükmü kapsamında işçi ayartma ve ticari sırların ihlâli olgularına dair herhangi bir örnekleme getirmemiştir. Ancak Türk doktrininde, ticari sırlar veya know-how'un sır sahibinin izni olmaksızın elde edilmesi veya ifşa edilmesi durumunda, zarar görenin münhasıran işletmesel menfaatlerinin zarar gördüğünün kabul edilebileceği belirtilmektedir.⁷⁷² Fıkra hükmü kapsamında sayılan hâllerin; işletmenin elemanlarını ayartmak, o işletmeye ait gizli bilgileri elde etmek ve yaymak, iş ürünleri ve iş ilişkileri hakkında gerçek dışı ve yanıltıcı açıklamalar yapmak şeklinde örneklenmekte olduğu⁷⁷³ düşünüldüğünde, “ticari sır ihlâli” olgusu, açıkça ikinci fıkra hükmü kapsamında kalmaktadır.

Buna karşılık, doktrinde *Sarıöz*, müşteri ve tüketicilerin ticari kararlarının değişmesine yol açabilecek önem ve nitelikteki haksız rekabet fiillerinin, ilgili piyasayı doğrudan etkilemeleri sebebiyle piyasası etkilenen ülke hukuku kriterinin uygulanmasını gerekli kıldıkları düşüncesindedir.⁷⁷⁴ Yazar, dünyaca ünlü ve çok satılan bir içecek firmasının kullandığı formülün, özellikle söz konusu içeceğin daha az satılmasını sağlamak amacıyla ifşası hâlinde, formülün ifşa edildiği tüm piyasalar açısından haksız rekabetin doğumuna sebep olunabileceği görüşündedir.⁷⁷⁵

Benzer yönde görüş bildiren *Tarman*, MÖHUK m.37/2 hükmünün uygulama alanına gireceği düşünülen haksız rekabet eylemlerinin, bazı durumlarda piyasayı

⁷⁷² G. Tekinalp, A. Uyanık, 2016, s.368; C. Şanlı, E. Esen, İ. Ataman-Figanmeşe, 2016, s.303; G. Tekinalp, E. Nomer, A. Odman Boztosun, 2012, s.116; H. Can, A. G. Toker, 2015, s.309. Karş. A. İ. Sarıöz, 2012, s.156; Z. D. Tarman, 2011, s.119.

⁷⁷³ G. Tekinalp, A. Uyanık, 2016, s.368.

⁷⁷⁴ A. İ. Sarıöz, 2012, s.157.

⁷⁷⁵ Ibid, s.156.

doğrudan etkileyerek m.37/1 hükmü kapsamında görülebileceklerini düşünmekte, bazı haksız rekabet eylemlerini baştan MÖHUK m.37/2 hükmü kapsamı ile sınırlandırmanın yerinde olmadığını, somut olayı değerlendirip aynı zamanda piyasaya doğrudan bir etki söz konusu olmuşsa birinci fıkra hükmünün uygulanması gerektiğini belirtmektedir.⁷⁷⁶

Ayrım yapılması lehine görüş bildiren yazarlardan bir diğeri olan Kayış, Türk maddi hukuku açısından eTTK m.55/1-b-3 ve 55/1-d hükümleri kapsamına girebilecek ticari sır ihlâli hâlleri için, çoğu kez MÖHUK m.37/2 hükmünün uygulama alanı bulacağını, fakat hukuka aykırı surette ele geçirilen ticari sırrın kullanılması neticesinde yalnız eyleme muhatap olan rakibin değil, piyasadaki tüm rakiplerin bu eylemden olumsuz olarak etkilenip zarara uğrayabileceklerinin de göz önünde tutulması gerektiğini, böyle hâllerde MÖHUK m.37/1 hükmünün uygulanması gerektiğini belirtmektedir.⁷⁷⁷

Merkezi Türkiye’de bulunan bir Türk şirketi, Romanya’da ürettiği malları Fransa’daki temsilciliği vasıtasıyla Fransa ve İsviçre’ye ihraç etmekte iken; Fransa’da faaliyet göstermekte olan başka bir işletme tarafından Türk şirketinin Fransa’daki temsilciliğinde çalışan bir işçisi vasıtasıyla Fransa ve İsviçre’deki

⁷⁷⁶ Z. D. Tarman, 2011, s.119, 120. Yazar, açıklamalarına ticari sır ihlâli barındıran bir örnek ile şöyle devam etmektedir; “...Bu durumda, işletmenin işyerinin bulunduğu yer hukukunun tarafların beklentilerine cevap veren ve ihlâl edilen menfaatle en sıkı ilişkili hukuk olduğu kabul edilmektedir. Bu görüşe göre, özellikle sanayi casusluğunun piyasaya etkisi hemen hemen her zaman öngörülebilir olmakla beraber, söz konusu fiil kural olarak piyasaya yönelik değildir. Piyasalar sadece dolaylı olarak etkilenmektedir. Dolaylı etkiler de ilk fıkra çerçevesinde dikkate alınmamaktadır. Ancak bu görüş kabul edildiği takdirde, fail haksız rekabet alanında düşük koruma standartlarına sahip ülkelerde korunacaktır. Sanayi casusluğunu baştan f.2 kapsamında değerlendirmek bazı sakıncaları beraberinde getirecektir. Örneğin, Uzakdoğu’daki imalethanelerden casusluk yoluyla ilgi edinilmesi f.2 kapsamında değerlendirilecek olursa, uygulanacak hukuk bu fiili haksız rekabet olarak nitelendirmeyebilir. Bu durumda, elde edilen bilgiler sonucu bir adım öne geçen rakip, bu gücünü Avrupa piyasasında rekabet ederken kullanabilir. Fail işyeri hukukunun uygulanması sonucu, korunmayı hak etmemesine rağmen korunabilir.” Bkz. Ibid, s.120.

⁷⁷⁷ B. Kayış, 2012, s.164. Yazar, TTK m.55/1-c kapsamında “başkasının iş ürününden yararlanma” hâllerinin de kural olarak MÖHUK m.37/2 kapsamında görüleceklerini düşünmektedir. Bkz. Ibid, s.168-172.

müşteri listesinin çalındığı varsayımında, *Sarıöz*, zararın meydana geldiği yer hukukunun söz konusu işletmenin esas işyeri hukuku olarak anlaşılması gerektiğini düşünmektedir. Ancak yazar, aynı zamanda, IPRG’de şubeler ile ilgili kabul edilen hükmün Türk hukuku açısından da uygulanması gerektiğinin kabul edilmesi gerektiği kanısındadır. Bu durumda, zarar gören şirketin merkezi veya şubesinin bulunduğu yer hukuklarından hangisi somut olay ile doğrudan ilişki sağlıyorsa, o hukukun uygulanması gerekecektir.⁷⁷⁸

İşletme personelinin ayartılması hususunda yukarıda değinilen ve madde gerekçesinde benimsenen anlayış kabul edilecek olursa, konunun MÖHUK m.37/2 kapsamında görülmesi gerektiği sonucu çıkmaktadır.⁷⁷⁹ Buna karşılık *Sarıöz*, bir işletmede üst düzey bir mevkide çalışan ve konusunda çok iyi bilgi ve tecrübeye sahip, piyasadaki aktörlerin birçoğu tarafından tanınan ve başka bir işletmede çalışması hâlinde müşteri ve tüketicilerin ticari algı ve kararlarının değişmesine yol açabilecek bir çalışanın ayartılarak başka bir işletmede çalışmaya başlamasının sağlanması durumunda, artık sadece mağdur edilen işletmenin menfaatlerinin zedelendiğinden bahsedilemeyeceğini, zira burada söz konusu işletmenin faaliyet gösterdiği piyasanın doğrudan etkilenmiş olacağını ifade etmektedir.⁷⁸⁰ Bu açıklamasını bir örnek ile sürdüren yazar, Türkiye’de üretim ve satış faaliyetleri olan ve ürettiği ürünleri Almanya’da ticari bir mümessil vasıtasıyla satmakta olan bir işletmenin çalıştığı temsilcinin ayartılması sonucu söz konusu ürünlerin Almanya’da

⁷⁷⁸ A. İ. Sarıöz, 2012, s.165, 166.

⁷⁷⁹ İşletme personelinin ayartılması suretiyle gerçekleştirilen haksız rekabet eylemlerinin, genellikle; iş sözleşmesinin asli yükümlülüklerinin yerine getirilmemesi suretiyle ihlâline teşvik ve tahrik, personelin sözleşmeyi ihlâl etmesi durumundan faydalanma, sözleşmenin usûlüne bir biçimde sona erdirilmesine teşvik ve tahrik ile *headhunting* biçimlerinde ortaya çıktıkları ifade edilmektedir. Bkz. K. Şenocak, *İşletme Personelinin Ayartılması Meselesinin Haksız Rekabet Hükümleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi*, AÜHFD, C.50, S.2, 2001, s.241 vd. (B. Kayış, 2012, s.162’den atfen)

⁷⁸⁰ A. İ. Sarıöz, 2012, s.156, 157.

satışının önüne geçilmesi hâlinde, sadece belirli bir işletmenin değil, Alman piyasasının bütününe etkileneceğini düşünmektedir.⁷⁸¹

Türk hukukunda ticari sır ihlâli kaynaklı uyuşmazlıklara uygulanacak hukukun tespitinde gündeme gelebilecek ve bir kısmı yukarıda yer verilen görüşler içerisinde de ele alınmış çeşitli hususlara ilişkin kendi görüşlerimize, aşağıda ayrı bir başlık altında model önerisi eşliğinde detaylı olarak yer verilmiştir.

V. Değerlendirmeler ve Model Önerisi

A- Çerçeve İlkelerin Oluşturulması

1) Vasıflandırma Problemi

Ticari sır ihlâlinin vasıflandırılması hususunda detaylı açıklamalara bu bölümün başında yer verilmiş idi.⁷⁸² Burada bir tekrar yapılmayacaktır. İhlâl eylemi, Türk maddi hukukunda bir haksız rekabet eylemi şeklinde görülmektedir (TTK m.55, 56). Ayrıca, Türk kanunlar ihtilâfı hukuku açısından haksız rekabetten doğan uyuşmazlıklara uygulanacak hukukun tespiti meselesine dair özel olarak görüş bildirmiş yazarların büyük çoğunluğu, sanayi casusluğu ve benzeri ticari sır ihlâli eylemleri açısından işletilecek madde olarak MÖHUK m.37'yi göstermişlerdir. Meselenin belirgin bir sözleşmesel boyutu da barındırabileceği açık olmakla birlikte, haksız rekabet vasıflandırması çerçevesinde sözleşmesel boyutun da dikkate alınması; doğrudan doğruya sözleşmesel bir vasıflandırma yapılmasından daha yerinde olacaktır kanısındayız. Buradan hareketle, Türk mahkemesinin bağlama

⁷⁸¹ Ibid, s.157.

⁷⁸² Bkz. yukarıda s.98-114.

konusunu vasıflandırdığında, meseleyi haksız rekabet kategorisine dahil görmesinin yerinde olacağı söylenebilir. Somut olay bakımından gündeme gelebilecek sözleşmesel boyutun nasıl dikkate alınabileceği hususuna ise, aşağıda ayrıca yer verilmiştir.

Bağlama noktasının yorumu açısından, ticari sır ihlâlinden kaynaklanan ve özellik arz eden bir durumun olmadığı, dolayısıyla konuya ilişkin genel eğilim olan *lex fori* esaslı yorumun burada da benimsenebileceği görüşündeyiz.

2) Tasnif Yaklaşımı

Yabancılik unsuru taşıyan bir ticari sır ihlâli uyuşmazlığı, bu çalışmada gösterilmeye çalışıldığı üzere karmaşık görünüm biçimlerine sahip olabilir. Ticari sır ihlâlinde bulunduğu iddia edilen kimse ile sır sahibi arasında bir ilişkinin var olup olmadığı ve eğer var ise ilişkinin ne türde olduğu soruları, kanımızca uygulanacak hukukun belirlenmesinde son derece önem taşımakta olup, bu sorulara verilecek olası yanıtlar aracılığıyla birbirinden ciddi ölçüde farklılaşan sonuçlar elde edilmesi mümkündür. Bu gerçeğin, daima somut olay bazında hareket edilmesi veya her olayda MÖHUK m.37 gerekçesinden hareketle maddenin ikinci fıkra hükmünün uygulanması şeklinde iki zıt uygulama örneğine yol açacak bir özellik taşıdığını düşünmekteyiz.

Davacının bir ticari sır ihlâli iddiasında bulunduğu hâllerde, uygulanacak hukukun belirlenmesi sürecinde, mahkemenin varlığı iddia edilen ticari sır ihlâlini somutlaştırması gerekmektedir. Ancak, kanımızca, bu somutlaştırma sadece eylemin maddi dünyada nasıl görüldüğünün tespiti ile sınırlı olmamalı, daha özele inen bir

yapı arz etmelidir. Bir başka deyişle, somut olayda bir bilgi hırsızlığının, işçi ayartmanın vb. var olduğunu tespit etmek, tam bir somutlaştırma yapılmasında tek başına yeterli görülmemelidir. Bu hususta biri “ihlâl aşaması”na diğeri “ihlâl kaynağı”na ilişkin olmak üzere iki ayrı tasnif modelinden faydalanılabileceği kanısındayız. Aşağıda sırasıyla bu modeller sunulmaktadır.

a) İhlâl Aşamalarına İlişkin Tasnif Modeli

Ticari sır ihlâline uygulanacak hukukun tespiti meselesi, her şeyden önce somut olayda ne tür bir ticari sır ihlâlinde bulunulmuş olduğunun bilinmesini gerektirmektedir. Uygulanacak hukukun belirlenmesine ilişkin olarak ticari sırlar özelinde, gerek yerli gerek yabancı doktrinde ileri sürülmüş ve bu çalışmada büyük ölçüde yer verilen görüşlerin, genellikle bu önemli noktayı ihmal ettikleri görülmektedir. Bu görüşler kimi zaman “haksız edinmeyi”, bazı hâllerde “ifşa”yı, yine birtakım hâllerde ise “kullanma”yı dayanak almakta, ancak o eylem özelinde söylenen fikir çoğu hâlde sanki tüm ihlâl aşamalarını kapsıyormuş gibi bir görünüm - belki de istenmeden- ortaya çıkarılmaktadır. hâlbuki, söz konusu aşamaların somutlaştırılması, belki de bu konuya ilişkin en önemli adım olarak kabul edilebilir. Ticari sır, haksız edinim ile mi yoksa ifşa yahut kullanım ile mi ihlâl edilmiştir? Kullanım deniyorsa, acaba sır kullanılarak bir ürün meydana getirildiği sırada mı dava açılmıştır, yoksa meydana getirilen ürün çoktan piyasaya sürüldükten sonra mı ihlâl iddia edilmiştir?

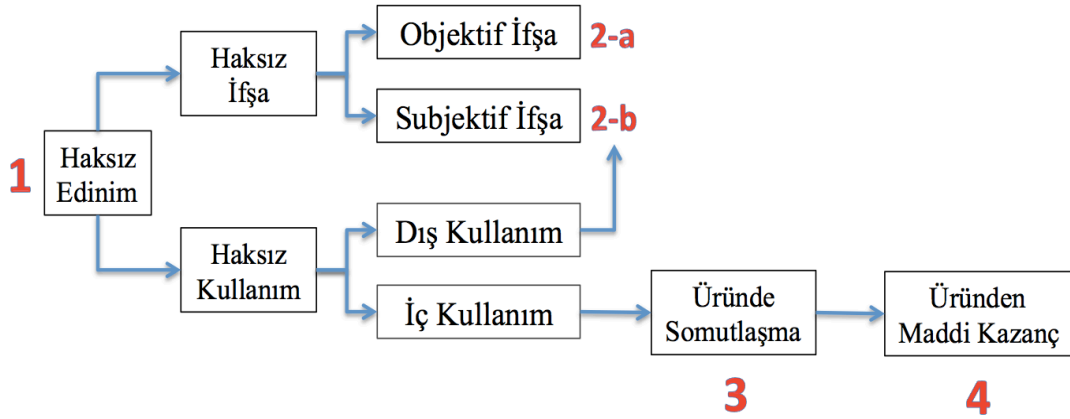
Meselenin önemini, doktrinde Roma II Tüzüğü'ne ilişkin olarak verilmiş⁷⁸³ bir örnekle açıklamakta fayda vardır. İngiltere'deki işvereni X bünyesinde işçi olarak çalışan Y, işverenin ticari sırrını haksız olarak elde etmiş ve daha sonra bir başka ülkeye giderek orada yanında çalışmaya başladığı yeni işverenine söz konusu ticari sırrı ifşa etmiştir. Ticari sırrın "elde edilmesi" ihlâl anı olarak kabul edilecek olursa, haksız fiilin İngiltere'de gerçekleştiğini ve işçinin de bu fiili gerçekleştirdiği esnada muhtemelen İngiltere'de mutad mesken sahibi olduğunu kabul etmek gerekecek, bu durumda, Roma II m.4/2 hükmü uyarınca zarar verici eylem anında her iki tarafın da mutad meskenleri İngiltere'de bulunduğu için İngiliz hukukunun uygulanması gerekecektir. Buna karşılık, ihlâlin edinim anında değil de zamansal olarak daha ileri bir tarihte (örneğin, sır içeriğinin bir rakibe sunulduğu yahut ifşa edildiği yahut içinde kullanılan ürünlerin piyasaya ulaştığı an) gerçekleştiği kabul edilirse, daha karmaşık bir değerlendirme yapılması gerekecektir.

Örneği veren *Wadlow*'a göre, "ihlâl anı" olarak sırrın edinim anından zamansal açıdan daha ileriki bir aşamayı kabul eden mahkeme; zararın eski işverene ne zaman verildiğini; işçinin ülkeyi terk ederek mutad meskenini değiştirip değiştirmediğini; eğer değiştirdi ise, bu değişikliğin etki kazanıp kazanmadığını araştırmak durumundadır. İşçi hâlen İngiltere'de mutad mesken sahibi ise, herhangi bir sıkıntı doğmayacaktır. Ancak edinimi gerçekleştirdikten sonra, fakat maddi zararın doğumundan önce başka bir ülkede yeni bir mutad mesken edinmiş ise, değişiklikten önceki ihlâle m.4/2'nin uygulanması kabul edilmekle birlikte değişiklik sonrası ihlâl veya ihlâller açısından başka bir hükmün uygulanma alanı bulup bulamayacağı

⁷⁸³ C. Wadlow, 2008, s.314.

tartışılacaktır ki bu durumda, birden fazla hukuk sisteminin uygulanması gündeme gelebilecektir.⁷⁸⁴

Meselenin uygulamada doğurabileceği sıkıntılardan yalnızca bir tanesini gösteren bu örnekten de anlaşılabilceği üzere, ticari sır ihlâli, zamansal ve eylemsel açıdan tek bir olguya işaret etmemektedir. Tam tersine, somut olayın koşullarına göre farklı zamanlarda gerçekleştirilmiş farklı eylemlerin, yerine göre "ihlâl" olarak nitelenebilmesi mümkün görünmektedir. Bu durum ise, uygulanacak hukukun tespitine ilişkin değerlendirmelerin birbirinden farklı sonuçlara yönelmesi ihtimâlini doğurmaktadır. Ticari sır ihlâli açısından gündeme gelen bu karmaşık yapının daha net anlaşılabilmesi ve ileride yapılacak değerlendirmeler açısından takip kolaylığı sağlayabilmek amacıyla, çalışmamızda soyut bir tasnif denemesi yapılması yolu izlenmiştir. Bir akış şeması ile özetlenebilecek bu tasnifin, uygulamada karşılaşılabilecek ticari sır ihlâli iddiaları açısından kapsayıcı olduğunu düşünüyoruz.



Akış şeması içerisinde, yerine göre "ticari sır ihlâli" anlamına gelebilecek dört ayrı aşamaya yer verilmiştir:

⁷⁸⁴ Ibid, s.314.

Aşama 1 - Ticari sırrın haksız edinimi: Ticari sırrın haksız edinimi, zamansal açıdan varlığı öne sürülebilecek ilk ihlâl eylemini oluşturmaktadır. Söz konusu sırra hukuka uygun erişim imkânına sahip bulunmayan bir kimsenin onu elde etmesi, “haksız edinim” olarak kabul edilecektir. Bu kapsamda, sır sahibinin rakiplerinin, hukuka uygun erişim imkânına sahip olmadıkları ticari sırrı sanayi casusluğu vb. faaliyetler aracılığıyla elde etmeleri hâlinde sır haksız edinilmiş olmaktadır. Öte yandan, sırra hukuka uygun erişimi bulunan bir kimsenin (ör. sır konusu bilgi üzerinde çalışan bir işçi veya yönetici gibi) söz konusu sır içeriğine vakıf olması, zaten sır sahibinin iradesi doğrultusunda gerçekleştiğinden, tek başına sırrın biliniyor olması bir haksız edinim niteliği taşımayacaktır. Bu gibi hâller açısından aşağıda değinilen diğer aşamalar yönünden bir ihlâlün gündeme gelmesi düşünülebilir.

Aşama 2 - Ticari sırrın haksız ifşası: Ticari sırrın haksız ifşası ile kastedilen, sır içeriğinin başkalarıyla paylaşılmasıdır. Kanımızca, bu paylaşım kendi içerisinde iki grup hâlinde incelenebilir. "Objektif ifşa" adını verdiğimiz grupta, sırrı elde eden, belirli bir kimse ile değil, genele yöneltilmiş bir paylaşım gerçekleştirmektedir. Bir başka deyişle, sır konusu bilgi, o sır ile yakından ilgilenen rakiplere vs. değil, çoğu zaman toplam alıcı sayısı dahi net olarak tespit edilemeyecek şekilde toplumun geneli ile paylaşılmaktadır. Bu gruba verilebilecek en temel örnek, ticari sırrı internet, sosyal medya, basılı / görsel / işitsel diğer yayınlar aracılığıyla kamunun erişimine açık olacak şekilde paylaşmaktır. Buna karşılık, "subjektif ifşa" adını verdiğimiz grupta, sırrın belirli bir kimse ile paylaşılması durumu vardır. Sırrın içeriği ile yakından ilgilenen, ve çoğu zaman sır sahibinin rakibi konumunda bulunan kimseler, söz konusu paylaşımın karşı tarafını teşkil etmektedirler.

Ticari sırrın ifşasının, bağımsız bir aşama olarak kabul edilmesinde kanımızca en önemli dayanak, söz konusu sırrın haksız edinilmiş olmasının gerekmiyor oluşudur. Bir başka deyişle, sır hukuka uygun elde edilmiş ancak daha sonra bu sırdan haksız bir menfaat elde etmek amacıyla, içerik bilgisi bir başkasıyla paylaşılmış olabilir. Böyle hâller açısından da, tıpkı sırrın haksız elde edildiği ve başkasıyla paylaşıldığı örneklerdeki gibi, “haksız nitelikte” bir ifşadan bahsedilecektir. Zira, paylaşımı haksız kılan unsur, sırrın nasıl elde edildiğinden bağımsız olarak, ne amaçla başkalarına açıklanmış olduğudur. Sır sahibinin iradesi bulunmayan paylaşımların bu açıdan haksız nitelikte olacakları söylenebilir.

Haksız Kullanım (Genel Olarak): Ticari sır konusu bilgiyi haksız kullanacak kimsenin, bu bilgiyi bir başkası yanında çalışarak kullanması durumu, bu çalışma açısından "dış kullanım" şeklinde isimlendirilmiştir. Verilebilecek en temel örnek, rakibin ayartmış olduğu sır sahibinin eski çalışanın, yeni işvereni yanında eski işverenine ait ticari sırları kullanmasıdır. Kanımızca bu durum, ayartılmış olan çalışan yönünden bir kullanım niteliğinde değildir. Zira söz konusu sırrın, maddi bir ürüne dönüştürülmesi sonrasında ondan elde edilecek gelir ile rekabetçi pozisyonu değişecek olan kişi kendisi değil, bünyesinde çalıştığı yeni işverendir. Dolayısıyla, ayartılan çalışanın, eski işyerinde öğrenmiş olduğu (ister haksız ister hukuka uygun şekilde) ticari sırları yeni işyerinde kullanması olgusunun, esasen bu sırları "belirli bir kimseyle paylaşma" niteliği taşıdığı; bir başka deyişle sırrın "subjektif ifşası" niteliğinde olduğunu düşünüyoruz. Buna karşılık, aynı kullanım, söz konusu çalışanı ayartmış olan yeni işveren bakımından gerçek anlamıyla kendi menfaatine bir kullanım niteliği taşıyacaktır. Bu şekilde, sırrı elde eden kişinin (bu örnekte eski çalışandan sırrı öğrenen yeni işveren) kendisi için sırrı kullanması durumlarını

karşlamak üzere, “iç kullanım” ifadesini benimsedik. İç kullanım hâline verilebilecek bir başka örnek olarak, sır sahibinin yanında çalışırken öğrendiği ticari sırları daha sonra kendi kuracağı işletmesinde haksız biçimde kullanmak isteyen işçinin durumu düşünülebilir.

Haksız Kullanım (Aşama 3) - Ticari sırrın bir üründe somutlaşması: Üç ve dört numaralı aşamalar, esasen ticari sırrın kullanılmasına ilişkin olup, kullanımın farklı zamansal görünüm biçimlerini yansıtmaktadırlar. Haksız şekilde elde edilmiş (ister haksız edinim yoluyla ister başkasının haksız ifşası aracılığıyla) bir ticari sırrın somut bir ürüne dönüştürülmesi, kanımızca bağımsız bir aşama olarak kabul edilmelidir. Fakat, bu gerekliliği, ürüne dönüştürme faaliyetinin kendi öneminden ötürü değil, ürünün maddi kazanç amacıyla piyasaya sürülmesinden önceki son saptanabilir evreyi bu aşamanın teşkil etmesinden dolayı savunmaktayız. İki aşama arasında zamansal bir ayrım bulunduğu gerçeği bir yana bırakıldığında dahi, ürünün piyasaya sürülmesi olgusunun, uygulanacak hukuka ilişkin değerlendirmeler açısından özellik arz eden bir durum olmasından hareketle, böyle bir ayrımın yapılabileceğini düşünmekteyiz.

Ürünün somutlaşması aşaması, haksız şekilde öğrenilmiş bulunan ticari sırrın, maddi bir sonuca vücut vermek amacıyla kullanılmaya başlandığı anlamına gelmektedir. Dolayısıyla, gerçekleştirilen eylemin haksız rekabet eşiğini geçtiğinin oldukça net bir göstergesidir. Buna karşılık, sırrın somutlaşması aşamasında henüz "piyasaya sürme" olgusu mevcut bulunmadığı için, varlığı öne sürülebilecek bir piyasa da mevcut değildir. Sırrı haksız kullanan rakibin istikrarlı bir biçimde hep aynı ülke piyasalarında faaliyet gösterdiği örnekler açısından dahi, ürün piyasaya sürülmediği (veya lisans vb. anlaşmalar ile başka şekillerde ticari olarak

kullanılmadığı) sürece somut olay açısından söz edilebilecek bir “piyasanın bulunduğu yer”den bahsedilemeyecektir. Bu durum ise, piyasanın bulunduğu yer bağlama noktasına bağlanılmasına izin vermeyeceğinden, ürünün somutlaşması aşaması, ifşadan sonrasına fakat piyasaya sürümden öncesine denk gelen bağımsız bir aşama şeklinde değerlendirilmelidir kanısındayız.

Aşamanın varlığına ilişkin bir gerekçe daha öne sürülebilir. Sırrı haksız edinmiş ve bir üründe somutlaştırmak isteyen kimsenin, sır sahibine göre üçüncü kişi konumunda yer alan kimseler ile girdiği birtakım sözleşmesel ilişkiler çerçevesinde masraflar yapmaya başlamış; örneğin birtakım ham maddeler tedarik etmiş, siparişler geçmiş olması mümkündür. Bu durum, kanımızca, ifşa ve maddi kazanç aşamalarından ayrı bir aşama olarak "üründe somutlaşma" aşamasının varlığının kabul edilmesini gerekli kılmaktadır.

Haksız Kullanım (Aşama 4) - Ticari sırdan maddi kazanç elde edilmesi:

Zamansal açıdan ticari sır ihlâlinden bahsedilebilecek son bağımsız aşama, söz konusu sır kullanılarak meydana getirilmiş üründen maddi kazanç elde edilmeye başlanmasıdır. Bu durum, maddi ürünün piyasaya satış amacıyla sürülmesi şeklinde gerçekleşebileceği gibi, piyasaya sürülmeden lisans vb. kullandırma anlaşmaları vasıtasıyla özel olarak ticari kazanç konusu yapılması şeklinde de ortaya çıkabilecektir. Önemli olan husus, ticari sır kullanılarak bir maddi somutlaştırma yapılmış (ör. ürün meydana getirilmiş) ve bu somutlaştırma konusu nesnenin, üzerinden kazanç elde etmek amacıyla erişime sunulmuş / dolaşıma sokulmuş olmasıdır.

Farklı ihlâl eylemlerini gerçekleştiren kimselerin aynı akış şeması içerisinde değil, o akış şemasının kendilerine ilişkin farklı görünümleri bakımından bir veya

birden fazla aşamayı gerçekleştirmiş şekilde kabul edilebileceklerini düşünmekteyiz. Bu durumu bir örnek üzerinde açıklamakta fayda vardır. İşçi X, eski işvereni Y'nin yanında çalışırken onun rakibi R tarafından ayartılarak kendi işletmesine transfer edilmiş ve orada Y'nin ticari sırlarını R ile paylaşarak bir ürün geliştirmeye başlamış olsun. Bu örnekte, sır sahibi konumunda bulunan Y'nin X'e karşı ve R'ye karşı yönelteceği ihlâl iddiaları bakımından iki ayrı akış şemasına ihtiyaç duyulacaktır. X, kendi durumu açısından sırrı hukuka uygun elde etmiş olduğundan haksız edinim aşamasında bulunamayacaktır. Öte yandan söz konusu sırrı R ile paylaşmış olması ve onun yanında sırra ilişkin kullanımlar gerçekleştiriyor olması "subjektif ifşa" niteliği taşıdığından bu örnek içerisinde X açısından ihlâl eylemi, sırrın subjektif ifşasıdır.

Buna karşılık R'nin durumunda, hem "haksız edinim" (sır sahibinin iradesi olmamasına rağmen sırrı X'den öğrenmiştir), hem de "iç kullanım" (sırrı kullanarak kendi menfaatine bir ürün meydana getirmeye başlamıştır) aşamalarının varlığından söz edilmesi mümkündür. Eğer ürün meydana getirilmiş ise "üründe somutlaşma", söz konusu bu ürün piyasaya sürülmüş ise ayrıca "maddi kazanç elde etme" aşamaları da olayda görünür hâle gelecektir.

Aynı kişinin örneğinde birden fazla ihlâl rastlanan bu gibi hâllerde nasıl hareket edilmesi gerektiği, uygulanacak hukukun doğru tespit edilebilmesi açısından son derece önemlidir. Kanımızca, akış şeması içerisinde zamansal olarak en ileride bulunan aşamaya dayanılması önerilebilir. Zira, şema, zarar doğurucu etkisi en az olan aşamadan (haksız edinim), zarar doğurucu etkisi en yüksek olan aşamaya (maddi kazanç elde etme) doğru bir seyir izlemektedir. Zararın yoğunluğu ve dağılımına göre bir değerlendirme yapıldığında, hiç şüphesiz yüksek seviyede bir zarar ihtimâli barındıran aşamanın esas alınması, hem gerçekleşen fiili duruma daha

uygundur hem de sır sahibinin menfaatlerini korumaya daha elverişlidir düşüncesindeyiz.

b) İhlâl Kaynaklarına İlişkin Tasnif Modeli

Ticari sır ihlâlinin aşamalara göre tasnifi tamamlandıktan sonra yapılabilecek ikinci değerlendirme, söz konusu ihlâl eyleminin hangi kaynaktan gelmekte olduğunun belirlenmesidir. Burada “kaynak” sözcüğü ile kastedilen, eylemi gerçekleştirmiş kişinin somut olaydaki ilişkiler ağı içerisindeki konumudur. Eylemin, sır sahibine göre hangi konumda olan ve onunla nasıl etkileşim içerisinde bulunan - veya bulunmayan- bir kimse tarafından gerçekleştirildiği hususunun somutlaştırılması gerekmektedir. Birinci bölümde değinildiği üzere, ticari sır ihlâlleri, çoğunlukla sır sahibinin çalışanları veya eski çalışanları tarafından gerçekleştirilmektedir. Buna benzer şekilde, sır sahibinin rakipleri de daima bir risk faktörü teşkil etmekte, zaman zaman sanayi casusluğu ve / veya işçi ayartma eylemleri ile söz konusu sırları elde etmeye çalışmaktadırlar. Yine, sır sahibi ile ticari işbirliği ilişkisi kurmak isteyen kimselerin de söz konusu sırları ihlâl edebildikleri bilinmektedir. Bu başlık altında, yukarıda değinilen üç örnek hâl üzerinde durulmuş ve bu hâllerin saptanabildiği durumlarda, ticari sırrı ihlâl eden kimsenin sır ve sır sahibi ile olan etkileşimi tablolar vasıtasıyla somutlaştırmaya çalışılmıştır.

aa) Sır Sahibinin Çalışanı / Eski Çalışanı Kaynaklı İhlâller

Ticari sırların ihlâli olgusu, uygulamada sıklıkla bir çalışan veya eski çalışan ile sır sahibi arasındaki mevcut veya sona ermiş sözleşmesel ilişkiler ile bağlantılı

olarak gözlemlenmektedir. Bu konuda verilebilecek en temel örnek, sır sahibinin çalışanı konumundaki bir kimsenin, kendisine güven ilişkisi çerçevesinde gizli kalması kaydıyla açıklanan ticari sır niteliğindeki bilgileri haksız olarak ifşa etmesi yahut kendisi veya sır sahibinin bir rakibi lehine onlardan faydalanması şeklinde tezahür etmektedir.

Sır sahibinin hâlen işveren konumunda olduğu ilişkiler bakımından gerçekleşen ticari sır ihlalleri açısından uygulamada, mevcut ilişkinin dayanağı niteliğindeki iş, vekâlet vb. sözleşmelerin yanı sıra, çoğu hâlde ayrıca akdedilmiş gizlilik anlaşmaları, rekabet etmeme anlaşmaları gibi sözleşmesel enstrümanların varlığı da göze çarpmaktadır. Söz konusu bu ilişkilerin devam edip etmiyor olmaları durumuna göre haksız rekabet eylemi içerisindeki sözleşmesel boyutun önem derecesi de değişkenlik göstereceğinden, konuyu ihlâlin olası görünüm biçimlerini yansıtacak şekilde objektif bir tasnif içerisinde ele almakta fayda vardır.

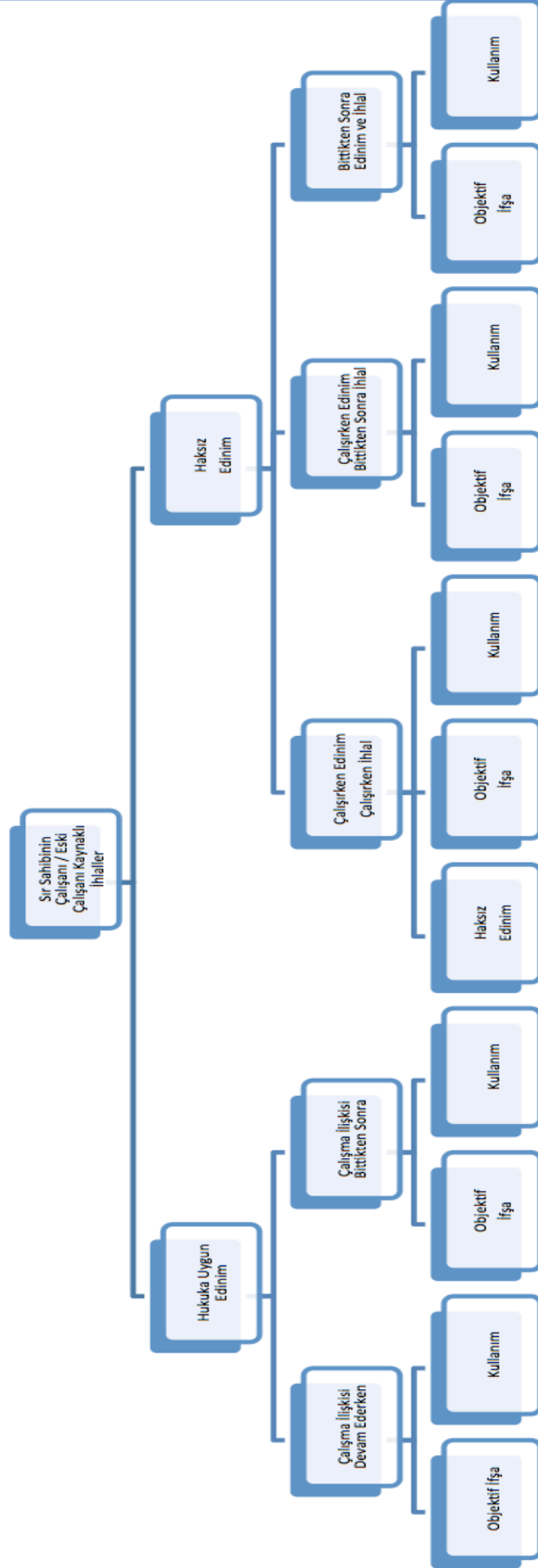
Sonraki sayfada yer verilen Tablo-A içerisinde, sır sahibinin çalışanı kaynaklı ihlaller bakımından bir tasnif yapılmıştır. Bu gruba ilişkin ilk ayırım, sırrın söz konusu kimse tarafından hukuka uygun olarak mı, yoksa haksız bir şekilde mi elde edilmiş olduğu üzerinedir. Hukuka uygun edinim ile kastedilen, ticari sırrın sır sahibinin bilgisi ve izni dahilinde edinilmiş olması hâlidir. Akla gelebilecek en tipik örnek, sır sahibinin yanında ilgili sır üzerinde veya onunla temas hâlinde işlerini yürüten, görev ve sorumluluklarını yerine getiren kimselerin durumudur. Bu kimselerin, sırrı hukuka uygun edindikleri kabul edilir. Öte yandan, haksız edinim ile kastedilen ise, sır sahibinin bilgisi ve izni olmaksızın söz konusu sırrın edinilmesidir.

Bu ayırım, hukuka aykırı olarak ifşa edilen yahut kullanılan tüm ticari sırların aslında haksız edinilmiş olmayabileceklerini göstermesi bakımından önemlidir.

Anılan bu farklılığın uygulanacak hukuk bakımından da herhangi bir farklılaşmaya yol açıp açmadığının daha net öngörülebilmesi için, daha en baştan ayırım yapılmasında fayda görülmüştür.

İkinci olarak üzerinde durulması gereken husus, ihlâl olarak nitelenecek eylemin çalışma ilişkisi sürerken mi yoksa ilişki sona erdikten sonra mı gerçekleştirilmiş olduğudur. Dikkat edilecek olursa, artık “edinim”den değil, “ihlâl”den bahsedilmektedir. Dolayısıyla, örneğin “hukuka uygun edinim” başlığı altında görülebilecek alt başlıklar bakımından sorulacak soru, “hukuka uygun edinilmiş bir ticari sırrın çalışma ilişkisi devam ederken mi yoksa bittikten sonra mı ihlâl edildiği” şeklinde olacaktır. Hukuka uygun edinilmiş ticari sırlar açısından iki altbaşlık görünürken, haksız elde edinilmiş olanlar bakımından bu sayı üçtür. Zira, hukuka uygun edinim, tablo sistemi gereği yalnızca çalışma ilişkisi içerisinde söz konusu olabilmektedir. Çalışma ilişkisinin dışında böyle bir hukuka uygun edinim durumu var ise, konu çalışan-işveren ilişkisinden çıkıp, ticari işbirliği ilişkisi boyutuna kaymaya daha elverişli bir hâl almaktadır. Öte yandan, haksız edinim eyleminin çalışma ilişkisi içinde veya dışında gerçekleşebilmesi mümkün olduğu gibi, bunun ihlâli de aynı iki ihtimâlde söz konusu olabilmektedir. Sır, ilişki devam ederken edinilmiş ve ihlâl edilmiş olabileceği gibi, ilişki devam ederken edinilmiş ancak ilişkinin bitiminden sonra ihlâl edilmiş de olabilir. Son olarak sır, çalışma ilişkisi tamamen sona erdikten sonra edinilmiş ve ihlâl edilmiş de olabilecektir. Tablo içerisinde, bu üç ihtimâl de kapsama alınmıştır.

“Çalışma ilişkisinin devamı - sona ermiş olması” ayırımının en önemli gerekçelerinden birisi, hiç şüphesiz çalışma ilişkisi devam ederken çalışan ile işveren arasındaki ilişkinin hukuki niteliği ile, bu ilişki sona erdikten sonra



Tablo-A

gözlemlenebilecek nitelik arasında önemli birtakım farkların bulunmasıdır. Her şeyden önce, ilişkinin kurucu sözleşmesi açısından bir farklılık mevcuttur. İlk ihtimâlde sözleşme hâlen yürürlükte iken, ikinci ihtimâlde sözleşmesel ilişki sona ermektedir. Ancak, önemle hatırlanması gereken husus, çalışan ile işveren arasındaki tek sözleşmenin esas ilişkiyi kuran sözleşme olmayabileceğidir. Bir başka deyişle, iki taraf arasında akdedilmiş ve esas ilişkiyi kuran sözleşme sona ermiş olsa bile, hâlen yürürlükte olan başka birtakım sözleşmelerin var olması mümkündür. Bu sözleşmelere verilebilecek en temel örnekler; gizlilik anlaşmaları ve rekabet etmeme anlaşmaları gibi söz konusu ticari sırrın gelecekte de korunmasını hedefleyen düzenlemelerdir.

İhlâlin zamansal olarak çalışma ilişkisi içerisinde mi yoksa ilişkinin sona ermesinin ardından mı gerçekleştirildiği hususu da netlik kazandıktan sonra, somut olayda hangi ihlâl eyleminin mevcut olduğuna dair son ayrımın yapılması ile tasnif tamamlanmaktadır. Bir üst başlıkta yer verildiği üzere, ticari sır ihlâli dendiğinde akla gelebilecek 4 farklı ihlâl aşaması bulunduğu bahsedilebilir. Bunlar sırasıyla; edinim, ifşa, üründe somutlaşma ve maddi kazanç aşamalarıdır. Hukuka uygun edinim ihtimâlinde, başka bir ihlâl eylemi gerçekleşmediği sürece herhangi bir hukuka aykırılık bulunmadığı kabul edileceğinden, tablodaki bu son ayrım bünyesinde haksız edinim aşamasına yalnızca haksız edinim altbaşlığı altında yer verilmiştir. Diğer ihlâl eylemleri olan ifşa ve kullanma eylemlerine de ayrı altbaşlıklar tahsis edilmiştir. Eylemler arasındaki farklılıklar, uygulanacak hukukun belirlenmesi usûlünü değiştirmeye elverişli bir durum yarattıkları için; konuya ilişkin ileride yapılacak somutlaştırma çalışmasında söz konusu farklılıklar üzerinden değerlendirmeler yapılacaktır.

Hiç şüphesiz, somut olayda, yukarıdaki tabloda verilen ihlâl eylemlerinden birkaçının farklı zamanlarda fakat aynı kimse tarafından gerçekleştirilmiş olduğu örneklere rastlanabilir. Böyle hâller açısından nasıl hareket edilmesi gerektiğine dair görüşümüze yukarıda tasnif yaklaşımı başlığı altında değinilmiş idi.

bb) Sır Sahibinin Rakibi Kaynaklı İhlâller

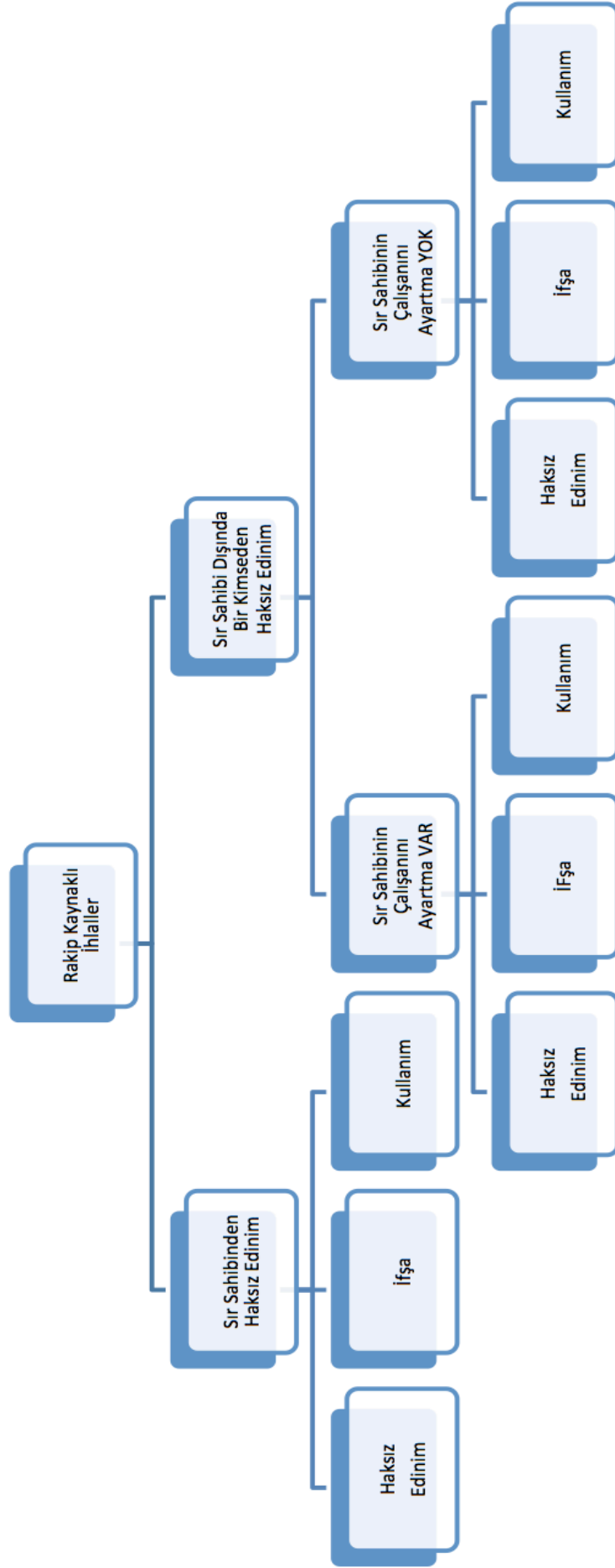
Ticari sır ihlâli denildiğinde akla gelen ilk örneklerden birisi, uygulamada “sanayi casusluğu” olarak da isimlendirilen haksız rekabet eylemidir. Hatta kanımızca, sır sahibinin ticari sırlarına çeşitli vasıtalar kullanılarak haksız bir biçimde erişilmesi ve söz konusu sırların elde edilmesi, aslında ticari sırların ihlâli olgusuna haksız rekabet boyutuyla bakılmasının ana gerekçesini oluşturmaktadır. Örneğin, cep telefonu piyasasında faaliyet gösteren iki rakip şirketten biri, gizli olmasına rağmen diğerinin somut bir ürününe ilişkin test sonuçlarına, analiz raporlarına yahut o somut ürünün tasarım ve diğer teknik özelliklerine erişip, kendi rakip ürünü açısından ciddi bir rekabet avantajı yakalamak istediğinde, fakat bu rakipler arasında söz konusu ticari sırların korunmasında esas alınacak sözleşmesel bir ilişki mevcut bulunmadığında, bu çalışma açısından “rakip kaynaklı ihlâl”in varlığından bahsedilecektir. Bu başlığa ilişkin olarak sonraki sayfada Tablo-B sunulmuştur

Sır sahibinin ticari sırlarına haksız yoldan erişmek isteyen bir rakibin, eylemini gerçekleştirirken takip edebileceği iki ana yol bulunduğu düşünülmektedir. Birinci yol, rakibin, söz konusu sırrı, sır sahibinin işletme organizasyonuna dahil fiziki ortamlardan aracısız şekilde elde etmesidir. Burada, sır sahibinin “gizlilik yükümüne

sahip” herhangi bir çalışanı ile temasa geçilmeksizin, bilgisayar korsanlığı, hırsızlık, vb. doğrudan yollar ile söz konusu sırrın haksız edinimi durumu vardır ki, bu yol konuya ilişkin tabloda “sır sahibinden haksız edinim” başlığı ile somutlaştırılmıştır. Sır bir kere haksız edinildikten sonra, elde eden rakip tarafından onun bir başkasına ifşa edilmesi yahut kullanılması yoluyla haksız fayda sağlamaya başlaması mümkündür.

Rakibin bir ticari sırrı haksız edinmekte başvurabileceği ikinci yol ise, sır sahibinin kendisinden değil, sır sahibi haricinde bir kimseden sır içeriğinin öğrenilmesidir. Bu noktada ise, rakip tarafından sır sahibinin çalışanlarının ayartıldığı durumlar ile böyle bir ayartma eyleminden bahsedilemeyen durumların birbirlerinden ayrılarak incelenmeleri gerektiği düşüncesindeyiz.

Sır sahibi ile sözleşmesel ilişki içerisinde bulunan bir kimsenin, rakip tarafından ayartılması hli, ticari sırların haksız elde edilmesinde oldukça sık kullanılan bir yoldur. Burada “ayartma” kavramı ile kastedilen, yalnızca sır sahibinin çalışanının rakibin işletme organizasyonu bünyesine katılması olmayıp; iş ilişkisi sürerken veya bitmiş olmakla birlikte sırrı gizli tutma yükümlülüğünün hlen devam etmekte olduğu ilişkiler bakımından öngörülebilen tüm “sözleşmeyi ihlle teşvik” hlleri de kapsam dahilinde kabul edilmiştir. Sır sahibi ile sözleşmesel bir ilişkiye sahip olunması olgusunu, işçi-işveren düzleminde aramak zorunlu değildir. Ekonomik menfaat paydasında akdedilmiş bulunan diğer tüm sözleşmesel ilişkilerin de bu kapsamda görülebilecekleri, dolayısıyla örneğin, sır sahibi ile bir ortak girişim ilişkisinin kurmuş kimsenin de, yeri geldiğinde sırrı ele geçirmek isteyen rakip tarafından “ihlle teşvik” edilebileceği kanaatindeyiz.



Tablo-B

Ayartma yolu ile ticari sırlara vakıf olmak isteyen bir rakibin durumunda, aslında iki haksız rekabet eyleminin aynı kimse tarafından gerçekleştirilmesi durumu gündeme gelmektedir. Böyle hâllerde nasıl hareket edilebileceğine ilişkin açıklamalara aşağıda ayrıca yer verilecektir. Buradaki tablo açısından şu an için, ticari sırrın ihlâli olgusu üzerine odaklanılması gerekmektedir. Ayarttığı kimseden sır içeriğine vakıf olan rakip, haksız edinim eylemini gerçekleştirmiş olacaktır. Eğer rakip, söz konusu sır içeriğini bir üretim sürecinde kullanmaya karar verirse, aynı zamanda hem üretim sürecinde yer alanlara (rakibin çalışanlarına) yönelik bir haksız ifşa'dan, hem de bağımsız olarak 3 no'lu aşama olan “maddi üründe somutlaşma” aşamasına geçilmek suretiyle “kullanma” eylemlerinin gerçekleştirilmesinden bahsedilecektir.

Somut olayda herhangi bir ayartma faaliyetine başvurulmaksızın ticari sırrın öğrenilmesi hâli, kanımızca özellikle iki örnek durum bakımından gündeme gelmeye elverişlidir. Bunlardan ilki, rakibin, sır içeriğine vakıf ancak sır sahibi ile gizlilik yükümü içeren herhangi bir sözleşme ilişkisi içerisinde bulunmayan bir kimseden sırrı elde etmesidir. Bu kimse, ayırımın doğası gereği, sır sahibinin bir çalışanı konumunda bulunmuyor olmalıdır.⁷⁸⁵ Ayartma mevcut olmadan sırrın edinimi hâline verilebileceğini düşündüğümüz ikinci örnek ise, sır sahibiyle arasında sırrın korunması hususunda bir yüküm içeren sözleşmesel bir ilişkisi olmuş hatta belki hâlen devam etmekte olan bir kimsenin, kendi isteği ile rakibin işletme

⁷⁸⁵ Vaktiyle böyle bir konumda bulunmuş kimseler açısından ise, gizlilik yükümünün var olup olmadığı / devam edip etmediği araştırılarak bir sonuca ulaşılabilir. Ancak teorik olarak mümkün bu örneğin, uygulamada rastlanma ihtimâlinin oldukça düşük olacağı kanısındayız. Zira söz konusu ticari sır ile hiçbir temasları olmadan oldukça düşük kademelerde görev verilen çalışanların dahi sadakat yükümünden doğan bir gizlilik yükümüne sahip bulundukları, ayrıca günümüzde seviye farkı gözetilmeksizin genellikle tüm çalışanlar ile gizlilik anlaşması vb. düzenlemeler yapıldığı bilinmektedir. Herhangi bir gizlilik yükümünün bulunmadığı anlaşılıyorsa bu kimselerin de kapsam dahilinde görülebilmeleri mümkün olmalıdır.

organizasyonuna katılması -ve rakip ondan aktif olarak istememiş olduğu hâlde- işlerini yürütürken söz konusu ticari sırlardan yararlanması durumudur. Burada rakip tarafından gerçekleştirilen bir ayartma bulunmayıp, sıklıkla, eski işverenini bırakan bir eski çalışan veya sır sahibi ile ticari işbirliği kurmaya çalışmış veya kurabilmiş ve bu süreçte sır içeriğine vakıf olmuş bir kimse mevcuttur. Elbette başlık sadece bu iki örnekle sınırlı değildir.

Ayartma olsun veya olmasın, sırrı haksız bir şekilde edinen rakibin ondan haksız şekilde faydalanması, ifşa yahut kullanma yahut her ikisinin birbiri ardına gerçekleştirilmesi ile gündeme gelebilir. Böyle hâller açısından da ihlâl eylemini “haksız edim”, “ifşa”, “kullanım” şeklinde aşamalara göre ayırarak değerlendirmenin, uygulanacak hukukun tespiti açısından ne gibi farklı yaklaşımlar izlenebileceği hususunda açıklık sağlayacağını düşünmekteyiz.

cc) Sır Sahibi İle Ticari İşbirliği İlişkisi Kaynaklı İhlâller

Birinci bölümde detaylı olarak ele alındığı üzere, ticari sır ihlâli hâllerinde rastlanabilecek önemli bir örneği, sır sahibi ile ticari işbirliği ilişkisi içerisine girmek isteyen kimselerin oluşturduğu görülmektedir. İhlâlin, söz konusu ilişki henüz görüşülme safhasında iken gündeme gelmesi mümkün olduğu gibi, ilişki kurulmuş ve yürürlükteyken yahut ilişki sonlandırıldıktan sonra da gerçekleştirilmiş olması mümkündür. Yine, olumsuz şekilde neticelenen bir görüşme sürecinde öğrenilen ticari sırların, görüşmeler sonlandıktan sonra ihlâl edilmeleri ihtimâli de akla gelebilir.

Şu hâlde, “ticari işbirliği kaynaklı ihlâl” denildiğinde, bunun aslında tek bir zamansal anı işaret etmediği, tam tersine birden fazla an bakımından rastlanabilecek bir olguyu ifade ettiği söylenebilir. Bu gerçeğe uygun şekilde, konuyla ilgili iki ana tablo hazırlanması gereği duyulmuştur. Öncelikle, konunun “görüşme aşaması”na ilişkin kısmına dair tasnif gerçekleştirilmiştir. Ardından ise, "kurulmuş ticari işbirliği ilişkileri"ne dair ikinci bir tablo hazırlanmıştır.

aaa) Ticari İşbirliği Kurma Görüşmeleri Kaynaklı İhlâller

Sır sahibi ile ticari işbirliği ilişkisi kurmak isteyen tarafın, bu amaca yönelik birtakım görüşmelere iştirak etmesi beklenmektedir. Bu görüşmeleri, ticari sırların ihlâli olgusu bakımından önemli kılan husus, anılan görüşmeler esnasında sır sahibinin ticari sırlarını karşı tarafla paylaşabilmesi durumudur. Sır sahibi, bu paylaşımı görüşmeler esnasında sözleşmesel bir korumadan faydalanarak gerçekleştirebileceği gibi, ender de olsa böyle bir korumadan faydalanmadan da sırlarını açıklamış olabilir. Her iki hâl bakımından da, kural olarak, sır sahibinin söz konusu sırların gizli kalmaları yönündeki iradesinden bahsedilecektir.

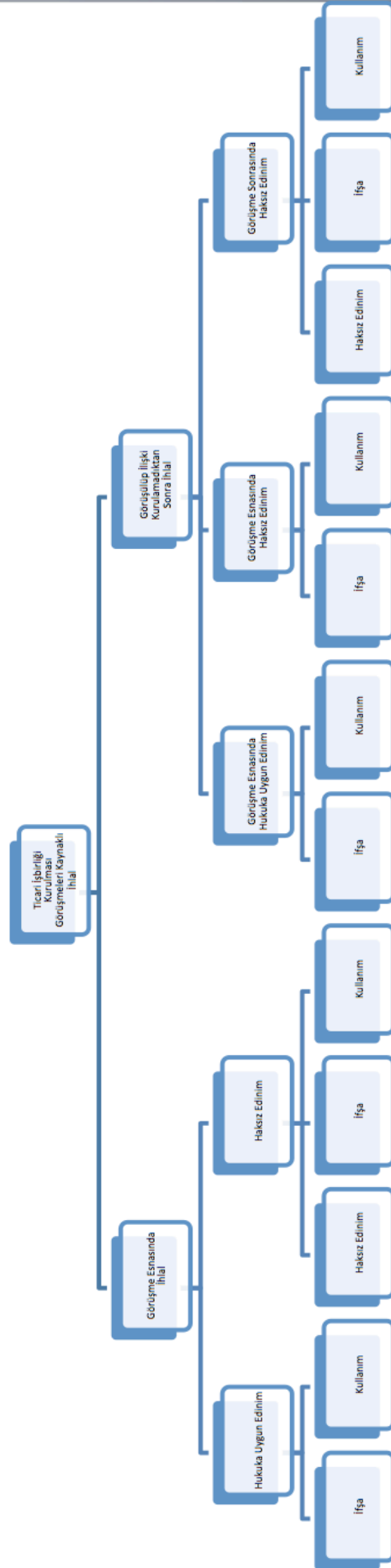
Sırlar kendisiyle paylaşılmış olan tarafın ise, sır konusu bilgiden haksız menfaat elde etmek istemesi hâlinde, bunu ya görüşmeler esnasında, ya da görüşmelerin olumsuz şekilde sona ermesinin ardından gerçekleştireceği düşünülebilir.⁷⁸⁶ Dolayısıyla, konuya ilişkin olarak hazırlanmış Tablo-C içerisinde öncelikle bu ayrıma yer verilmiştir.

⁷⁸⁶ Görüşmelerin olumlu sona ermesi ihtimâli, “kurulmuş ticari işbirliği ilişkisi kaynaklı ihlâl” başlığı altında incelenmiştir.

Somut bir olayda dikkat edilmesi gereken ikinci husus, sırrın görüşmeler esnasında hukuka uygun mu yoksa haksız mı edinildiğidir. Eğer sır sahibi görüşmeler esnasında gizli kalması kaydıyla fakat neticede kendi iradesi ile bir paylaşım gerçekleştirmiş ise, hukuka uygun elde edilmiş bir sırrın varlığından bahsedilecektir. Buna karşılık, aslında sır sahibinin paylaşma iradesi olmadığı hâlde, görüşmelerde bulunan kimse tarafından sırrın bir şekilde elde edilmesi (ayartma, hırsızlık vb.) söz konusu ise, o hâlde haksız elde etme durumu mevcut olacaktır.

Görüşmeler esnasında gerçekleşen ihlaller bakımından yalnızca iki altbaşlık ile yer verilmeye müsait bu ayrım, görüşmelerin sonlanmasının ardından gerçekleşen ihlaller açısından üç altbaşlık ile konunun ele alınmasını gerekli kılmaktadır. Zira, görüşmeler esnasında elde edilen ve yine görüşmeler devam ederken söz konusu olan bir sır ihlâlinde, bu eylemler arasında zamansal bir örtüşme vardır. Her iki eylem de görüşmeler devam ederken gerçekleşmiştir. Öte yandan, görüşmelerin sonlanmasının ardından gerçekleşen ihlâl hâlleri bakımından ayrıca “edinimin görüşmeler sonlandıktan sonra yapılmış olması” ihtimâlini de değerlendirmeye katmak lüzumu vardır. Bu husus, tabloya yansıtılmıştır

İkinci ayrımın da yapılmasının ardından, son olarak, ihlâl eyleminin bulunduğu aşamaya göre ortaya konacak bir ayrım ile tablo tamamlanmaktadır. Yukarıdaki başlıklarda da görüldüğü üzere, bu ayrım esasen, varlığı iddia edilen ticari sır ihlâlinin, “aşamalara göre tasnif” yönünden somutlaştırılmasından ibarettir.

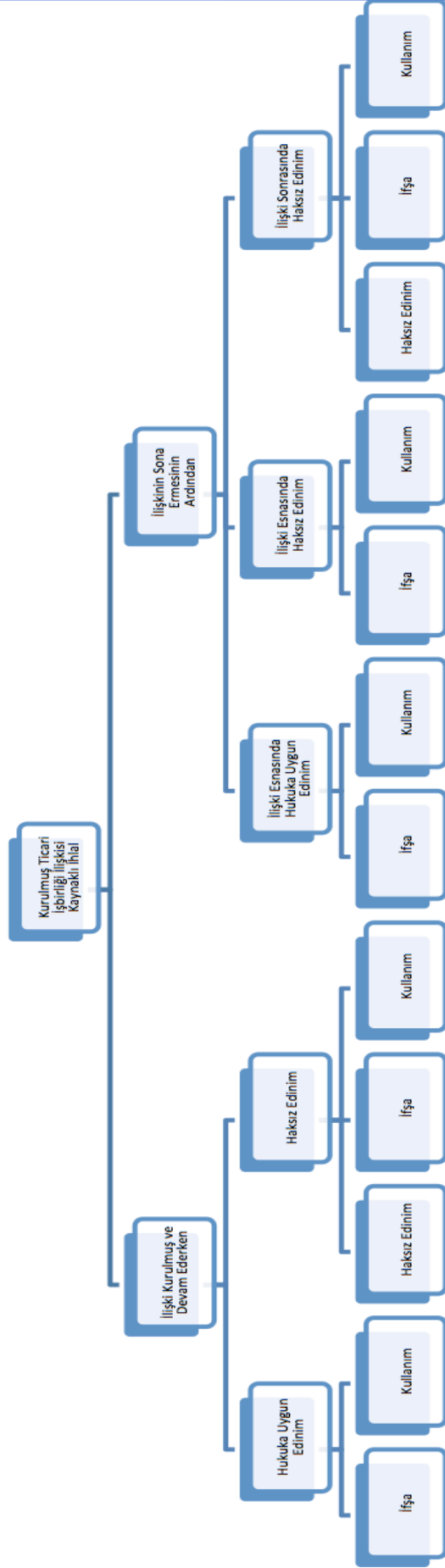


bbb) Kurulmuş Ticari İşbirliği İlişkisi Kaynaklı İhlaller

Kurulmuş bir ticari işbirliği ilişkisinde sır sahibinin ticari sırlarını ihlâl, ilişkinin devam etmekte olduğu esnada gerçekleşebileceği gibi, söz konusu ilişkinin sonlanmasının ardından da meydana gelebilir. Konuya ilişkin olarak hazırlanmış Tablo-D içerisinde yer verilen ilk ayırım bu hususa dikkat çekmektedir.

İlişkinin yürürlük durumuna göre ihlâlin zamansal anı bakımından yapılan bu ilk ayırımın ardından, somut olayda dikkat edilmesi gereken ikinci husus, sırrın ilişkinin devamı esnasında hukuka uygun mu yoksa haksız mı edinildiğidir. Eğer sır sahibi, ilişki sürerken gizli kalması kaydıyla fakat neticede kendi iradesi ile bir paylaşım gerçekleştirmiş ise, hukuka uygun elde edilmiş bir sırrın varlığından bahsedilecektir. Buna karşılık, aslında sır sahibinin paylaşma iradesi olmadığı hâlde, işbirliği kurulan kimse tarafından sırrın bir şekilde elde edilmesi (ayartma, hırsızlık vb.) söz konusu ise, o hâlde haksız elde etme durumu mevcut olacaktır.

Ticari işbirliği ilişkisi yürürlükteyken gerçekleşen ihlaller bakımından yalnızca iki altbaşlık ile yer vermeye müsait bu ayırım, ilişkinin sonlanmasının ardından gerçekleşen ihlaller açısından üç altbaşlık ile konunun ele alınmasını gerekli kılmaktadır. Zira, ilişki esnasında elde edilen ve ilişki devam ederken söz konusu olan bir sır ihlâlinde, bu eylemler arasında zamansal bir örtüşme vardır. Her iki eylem de ticari işbirliği ilişkisi sürerken gerçekleştirilmiştir. Öte yandan, ilişkinin sonlanmasının ardından gerçekleşen ihlâl hâlleri bakımından ayrıca “edinimin ilişki sonlandıktan sonra yapılmış olması” ihtimâlini de değerlendirmeye katmak lüzumu vardır. Bu husus, tabloya yansıtılmıştır.



Tablo-D

İkinci ayrımın da yapılmasının ardından, son olarak, ihlâl eyleminin bulunduğu aşamaya göre ortaya konacak bir ayrım ile tablo tamamlanmaktadır. Yukarıdaki başlıklarda da görüldüğü üzere, bu ayrım esasen, varlığı iddia edilen ticari sır ihlâlinin, “aşamalara göre tasnif” yönünden somutlaştırılmasından ibarettir.

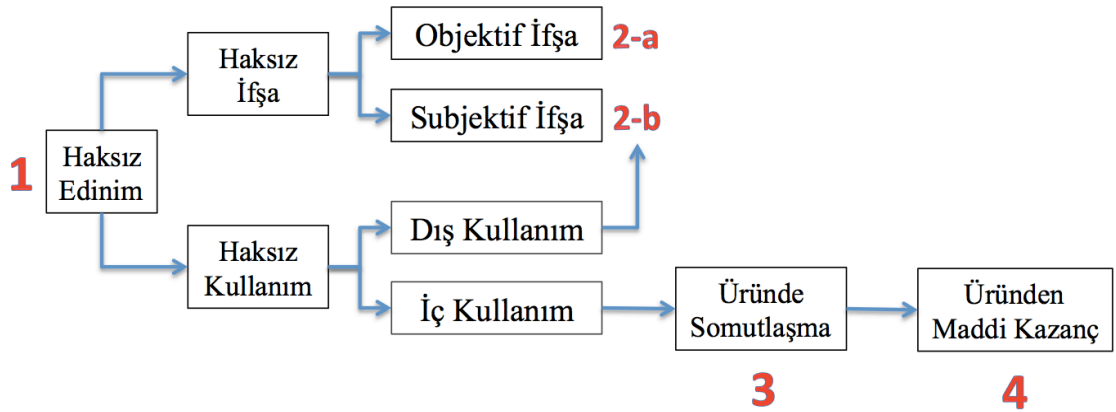
3) Olayda Piyasa Etkisinin Mevcudiyeti

Gerek yabancı doktrinde gerek Türk doktrininde, ticari sır ihlâli eyleminin kural olarak “belirli bir rakibe yönelik etki doğuran”, “münhasıran belirli bir rakibin işletmesel menfaatlerini ihlâl eden” haksız rekabet eylemleri arasında sayıldıklarına yukarıda değinilmişti. Buna karşılık, yine yerli ve yabancı doktrin görüşleri arasında, söz konusu ihlâl eylemi neticesinde piyasa üzerinde doğrudan bir etkinin gözlemlenebildiği hâller açısından, bu eylemin “iki taraflı rekabet bozulması” şeklinde görülmeyerek böyle hâller açısından “piyasa etkisi prensibi”ne yer veren bağlama kuralının uygulanmasını savunan yorumlara da dikkat çekilmişti. Konuya ilişkin olarak yukarıda detaylıca yer verilmiş tartışmalar burada tekrarlanmayacak, yalnızca meseleye ilişkin kendi görüşümüzün ortaya konması ile yetinilecektir.

Roma II Tüzüğü'ne ilişkin olarak yukarıda yer verilen açıklamalar esnasında, doktrindeki baskın görüş olarak tüm haksız rekabet eylemlerinin az da olsa piyasayı da ilgilendireceği şeklinde bir eğilim bulunduğundan bahsedilmiş idi. Bu görüşün somut bir olayda gündeme gelebilecek haksız rekabet eylemlerinin tamamına yakını bakımından geçerli olduğunu düşünüyoruz. Buna karşılık, her ne kadar ender rastlanabilecek olsa da, kanımızca, piyasa ile doğrudan veya dolaylı hiçbir ilgisi bulunmayan ticari sır ihlâli eylemleri kurgulanması mümkündür. Örneğin, sır

sahibinin çalışanı konumunda bulunan bir kimsenin, ticari sırrı haksız edindiği fakat henüz kimseye ifşa edemedi kendisine karşı dava açılmış bulunan hâllerde durumun böyle olacağı düşünülebilir. Eğer dava açılmamış olsa idi, söz konusu bu çalışanın sırrı ifşa edeceği hatta kullanacağı elbette düşünülebilir ise de, dava açılmama ihtimâli üzerinden hareket edilerek somut olaylara yaklaşılması, her ihlâlin piyasa etkisine sahip olduğu sonucunu doğuracağından, böyle bir yaklaşım MÖHUK m.37’de iki fıkra hâlinde getirilmiş bulunan kapsam farklılaşmasının anlamını yitirmesi ile sonuçlanacaktır.

Öte yandan, yukarıda verilen ender örnek haricinde gerçekten de piyasa üzerinde dolaylı veya doğrudan etki doğurmaya elverişli ticari sır ihlâli eylemlerinin son derece fazla sayıda olduklarını düşünmekteyiz. Etkinin dolaylı veya doğrudan oluşunun tespitinde, kanımızca ihlâl aşamaları üzerinden bir değerlendirme yapılması mümkündür.



Bir ticari sır, sır sahibi dışında bir kimseye objektif ifşa edildiğinde, aslında gizli bilgi üzerinde sır sahibinin elinde bulundurduğu kontrol tamamen ortadan kalkmaktadır. Böyle hâllerde, sırrı ifşa eden kişi bu sırrı tüm toplumun geneline sunmuş (internette yayınlamak vs.) olduğundan, bu ifşadan kaynaklanabilecek yeni

ifşaların veya kullanımların öngörülebilmesi neredeyse imkânsız hâle gelmektedir. İfşa eden kimse sayesinde sır içeriğini öğrenmiş tüm kişilerin sayısını tespit edebilmek teorik açıdan mümkün olsa bile, pratik açıdan imkânsıza yakındır. Dolayısıyla, objektif bir ifşa nedeniyle açılmış bir davada, kanımızca piyasanın doğrudan etkilendiğini kabul etmek gerekliliği vardır. Örneğin, ileri teknoloji ürünler üreten bir şirketin, neredeyse tekel konumunda olduğu çok satılan bir ürününe ilişkin teknik üretim detaylarının internette yayınlanması ihtimâlinde, yalnızca tüketiciler değil, o şirket ile aynı sektörde ve aynı piyasalarda faaliyet gösteren tüm rakip şirketler de söz konusu gizli bilgilere erişim imkânı kazanmış olmaktadır. Bu durumun, gerek ürünün satışları, gerekse rekabet üstünlüğüne dayanılarak şirket tarafından benimsenmiş fiyat politikaları üzerinde bir etkisi olacağı neredeyse kaçınılmaz olarak öngörülebilir. Bunun yanı sıra, ifşanın “objektif” niteliği sebebiyle eski hâle iade yaptırımının işlevsiz kalacağı da düşünülebilir.

Hiç şüphesiz bu örnekte, piyasa üzerindeki etkinin aslında "dolaylı bir etki olduğu" da iddia edilebilir. Özellikle, sır sahibinin rekabet avantajı henüz etkilenmemişken açılan davalar bakımından böylesi bir yorum gündeme gelebilir. Ancak, kanımızca, sırrın belirli bir kimse ile veya sınırları belirlenebilen bir kişi grubu ile paylaşıldığı hâller (subjektif ifşa) ile yukarıdaki örnekte verilen hâl (objektif ifşa) arasında, piyasa üzerindeki etkinin niteliği bakımından bir fark bulunduğu kabul edilmesi yerinde olacaktır. Sırrın ifşası, yalnızca sır sahibinin rakibine yapılmış, söz konusu rakip de kendi menfaatlerini düşünerek söz konusu sırrı hâlen toplumun geneline sunmamış ise, burada saptanabilecek piyasa etkisi, gizli bilginin tamamen toplum erişimine sunulduğu örnektekinden farklı ele alınmalıdır. Eğer, objektif ifşa hâlinde dolaylı bir etki olduğu kabul edilecek olursa,

subjektif ifşa hâllerinde hiç etki olmadığı kabul edilmelidir ki, burada piyasa üzerinde dolaylı bir etki olduğundan bahsedilebilir. Bu sebeple, kanımızca, objektif ifşa hâllerinde piyasa üzerinde doğrudan etkinin kabulü ile “piyasa etkisi” prensibi uyarınca MÖHUK m.37/1 hükmünün işletilmesi; subjektif ifşa hâllerinde ise, piyasa üzerinde yalnızca dolaylı bir etki görüldüğünün kabulü sebebiyle MÖHUK m.37/2 hükmünün işletilmesi yerinde olacaktır.

Yabancı ve yerli doktrinde, ticari sır ihlâlinin piyasa üzerinde doğrudan bir etki doğurduğu şeklinde yorumlar yapılmasına sebep olan en temel örnek hâl, ticari sır konusu bilgiler kullanılarak meydana getirilmiş ürünlerin piyasaya sürülmesidir. Burada, ticari sır konusu bilginin somut bir ürün meydana getirmekte kullanıldığı hâller ile, söz konusu somut ürünün piyasaya sürüldüğü hâller arasında bir ayırım yapılması gerektiği düşüncesindeyiz. Henüz piyasaya sürülmemiş veya ondan başka türlü kazanç elde edilmeye başlanmamış olması kaydıyla, haksız şekilde öğrenilmiş bir ticari sırrın somut bir ürüne konu edilmesi, esasen süregelen bir "subjektif ifşa" niteliğindedir. Ticari sır, söz konusu ürünü meydana getiren ekibe ifşa edilmiştir ve bu ekip, sırrı, toplumun geneline yaymadan onun üzerinde çalışmaktadır. Belki sırrın daha önce bilmedikleri yeni özelliklerini keşfetmekte, belki de üzerine özgün birtakım katkılar gerçekleştirmektedirler. Bu hâl açısından da piyasa üzerindeki etkinin dolaylı olacağı, bu sebeple MÖHUK m.37/2 hükmünün uygulama alanı bulacağını düşünmekteyiz.

Buna karşılık, üründen maddi kazanç elde edilme aşamasına geçildiği an, piyasa üzerinde doğrudan bir etkinin, hatta belki de ticari sırların tüm ihlâl aşamaları içerisinde saptanabilecek en doğrudan nitelikte etkinin artık var olduğundan

bahsedilecektir. Böyle hâller açısından, kanunda benimsenmiş piyasa etkisi prensibi uyarınca MÖHUK m.37/1 hükmünden faydalanılması yerinde olacaktır.

Subjektif ifşa ve maddi üründe somutlaşma hakkında kural olarak MÖHUK m.37/2 uygulanmalı görüşümüzün ardında yatan bir diğer gerekçe de, "fer'i bağlanma" imkânını bu hâller bakımından ayakta tutmaktır ki, bu konuda açıklamalara aşağıda fer'i bağlanma başlığı altında ayrıca yer verilecektir.

4) Ticari Sırların İhlâli ve Yabancılık Unsuru

Türk mahkemeleri önünde ticari sırların ihlâli iddiasıyla açılmış bir davada yabancılık unsurunun farklı şekillerde gündeme gelebilmesi mümkündür. Sır sahibinin yabancı bir ülkede kurulu şirket olduğu hâllerde, ticari sırrın bir Türk şirketi tarafından ihlâl edilmesi veya bunun tam tersi olarak Türk şirketi olan sır sahibinin ticari sırlarının, yabancı bir şirket tarafından ihlâl edilmesi, bu husustaki temel görünüm biçimleridir. Bu hâllerde, sırrı ihlâl ettiği öne sürülen tarafın, bunu sır sahibinin herhangi bir çalışanı yardımıyla gerçekleştirip gerçekleştirmediği, kural olarak yabancılık unsurunun tespiti bakımından önemli değildir. Dolayısıyla, örneğin, yabancı ülkede, yabancı şirkette çalışmakta olan Türk vatandaşının, Türk şirketi tarafından ayartılması ve sırları ifşa etmesi hâlinde, ayartılan işçinin Türk vatandaşı olması, somut uyuşmazlıktaki yabancılık unsurunu ortadan kaldırmayacaktır, zira zarara uğrayan o işçi değildir.

Benzer şekilde, yabancı bir şirketin, bir Türk şirketi ile ticari bir işbirliği kurmak üzere görüşmelere başlaması ve görüşmeler olumsuz şekilde sonlandırılmasına rağmen aynı yabancı şirketin bir başka Türk şirketiyle ilişki kurup, önceki

görüşmelerinden elde ettiği ticari sırları bu yeni ilişkisinde kullanması hâlinde de, tipik bir yabancılık unsurunun varlığından söz edilecektir.

Acaba, yurtdışı piyasasında faaliyet gösteren ancak Türkiye’de kurulu bulunan bir Türk şirketinin, aynı piyasada rekabet içerisinde olduğu ve yine Türkiye’de kurulu bir başka şirketin ticari sırlarını Türkiye’de ihlâl etmesi durumunda, bir yabancılık unsurunun varlığından bahsedilebilir mi? Soruya verilecek cevap, mahkemeyi bütünüyle farklı sonuçlara yönlendirebilme potansiyeline sahiptir. Bu örnekte yabancılık unsuru bulunduğu kabul edilecek olursa, taraflar arasındaki ilişkiden şartları çıkarılabildiği sürece (örneğin bir ticari işbirliği ilişkisinde olduğu gibi) fer’i bağlanma imkânının gündeme gelmesi mümkün olacak, bu sebeple, önceki hukuk seçiminden de bahsedilme imkânı doğacaktır. Bu durum ise, tarafların seçimine bağlı olarak yabancı hukukun uygulanması ile sonuçlanmaya elverişlidir. Öte yandan, yabancılık unsurunun bulunmadığı kabul edilecek olursa, olaya Türk maddi hukukunun hükümleri uygulanacak, rakip açısından TTK 55 vd. hükümleri işletilecektir.

Kanımızca bu örnekte, farklı ihlâl aşamaları bakımından farklı sonuçlara varılması mümkündür. Sırrın haksız edinildiği veya Türk rakibe haksız subjektif ifşa edildiği hâller açısından, olayda henüz bir piyasa ilgisi kurulmamış olacağından, bize göre burada MÖHUK m.37 hükmünün uygulanmasını gerekli kılan bir yabancılık unsuru bulunmamaktadır. Buna karşılık, somut olayda objektif ifşa veya üründen maddi kazanç elde etme aşamaları söz konusu ise, piyasa üzerinde bir etkinin varlığından söz edilmelidir. Somut örnekteki piyasa yeri de şirketlerin rekabet hâlinde oldukları yurtdışındaki ülke piyasası olacağından, yabancılık unsurunun var olduğunun kabul edilmesi gerekir kanısındayız. Sır, Türkiye’de haksız edinilmiş

olabilir. Ancak aynı sırrın, rakip Türk şirkete subjektif ifşa edilmek yerine, objektif ifşa konusu yapılması ve böylelikle toplumun genelinin bilgisine sunulması durumunda, kanımızca piyasa üzerinde olası veya gerçekleşen bir etkinin var olduğunu kabul etmek yerinde olacaktır. Aynı durum, sırrı haksız edinen Türk şirketi tarafından belki de Türkiye’de sır kullanılarak geliştirilen bir ürünün ilgili yurtdışı piyasasında satışa sunulması hâli açısından da geçerli olmalıdır. Burada da, yurtdışı piyasada faaliyet gösteren sır sahibinin piyasadaki rekabetçi pozisyonunu bozucu nitelikte bir haksız rekabet eylemi göze çarpacaktır.

Ticari sır ihlallerinde yabancılık unsuru itibariyle özellik arz edebilecek bir diğer örnek, Türkiye’de kurulu bulunan bir Türk şirketinde çalışmakta olan ve Türk vatandaşlığına sahip bulunmayan yabancı bir devlet vatandaşı yöneticinin veya işçinin, yine bir Türk şirketi tarafından ayartılmak suretiyle eski işverenine ait ticari sırları ihlâl ettiği hâllerdir. Burada, ayartılan kimseye yöneltilecek talepler ile, ayartan konumundaki rakip Türk şirketine yöneltilecek taleplerin ayrılarak incelenmesinde fayda vardır. Ticari sırları rakip şirkete ifşa eden kimsenin yabancı olması, kişi yönünden bir yabancılık unsurunun varlığına işaret edecektir. Öte yandan bu kimse, sır sahibi ile sözleşmesel bir ilişkiye sahip olacağından, kendisine yöneltilecek talepler bakımından fer’i bağlanma imkânı gündeme gelebilecektir. Böyle hâllerde, çalıştığı Türk şirketi esas sözleşme açısından olduğu kadar, gizlilik anlaşması vb. sözleşmeler bakımından da Türk hukukunun uygulanmasını öngörmüş ise olaya Türk hukukunun uygulanması ihtimâli oldukça yüksektir. Yine de, olayda yabancılık unsuru vardır.

Buna karşılık, örnekteki rakip Türk şirketine karşı gündeme getirilecek ticari sır ihlâli iddiasında, sırrın edinim kaynağı yabancı olmakla birlikte, sırrı ihlâl edilen

kimse yabancı olmayıp, Türk şirketi konumundadır. Sır sahibi ile yabancı çalışan arasındaki sözleşme ilişkisi de rakibe yöneltilecek talepler bakımından uygulanacak hukukun tayininde dikkate alınmayacak, bir başka deyişle fer'i bağlanma konusu yapılmayacaktır. Dolayısıyla, sır sahibinin, rakip şirkete yönelteceği talepler bakımından, olayda, yukarıda değinildiği şekilde bir objektif ifşa yahut yurtdışı piyasasına sunuş bulunmadığı sürece, yabancılık unsurunun bulunup bulunmadığı hususunun tartışmaya açık olduğu kanısındayız.

Yabancılık unsurunun varlığı açısından özellik arz edebilecek bir diğer hâl, Türkiye'de kurulu bulunan bir Türk şirketinin, yine Türkiye'de kurulu bulunan bir Türk rakibinin çalışanını, söz konusu kimse örneğin ABD'de bir fuarda iken ayartması hâlidir.⁷⁸⁷ Bu ayartma sonucunda ticari sırları öğrenen rakibe yöneltilecek talepler bakımından, olayda yabancılık unsurunun varlığından bahsedilebilecek midir? Burada eylemin gerçekleştirildiği yer yönünden bir yabancılık unsuru mevcut gözükmeyle birlikte, ayartma yahut ticari sır ihlâli için MÖHUK m.37/2 hükmü esas alınacak olsa bile, "zarar görenin işletmenin işyerinin bulunduğu yer"in, Türkiye kabul edilmesi gerektiği hususunda şüphe olmasa gerekir. Bu örnek, haksız rekabet ile ilgili maddeye göre değil de MÖHUK m.34 hükmünde yer alan genel haksız fiil kuralına göre ele alınsa idi, olayda, haksız fiilin yurtdışında gerçekleştirildiği, fakat zararın meydana geldiği yerin Türkiye şeklinde ortaya çıktığı bir görünüm ile karşılaşılabileceğini söylemek de herhalde mümkündür. Böyle bir durumun ise, genel haksız fiil hükmü işletiliyor olsa idi, zararın meydana geldiği yer hukukunun uygulanması ile sonuçlanacağı öngörülebilir. Dolayısıyla, bu örneğin, yabancılık

⁷⁸⁷ Fischer'in Almanya üzerinden kurguladığı örnek esas alınmıştır. Yazar böyle bir hâli, yabancılık unsurunun var olduğu hâller arasında örnek göstermektedir. Bkz. S. Fischer, 2012, s.260.

unsuru var olmasına rağmen kural olarak Türk hukukunun uygulanacağını önceden bilinebildiği ender bir hâl olarak telâkki edilebileceği kanısındayız.

5) "Söz Konusu İşletmenin İşyeri" İfadesinin İçeriği

MÖHUK m.37/2 hükmü, zarar gören tarafın münhasıran işletmesel menfaatlerinin etkilendiği haksız rekabet eylemleri açısından, "zarar görenin işletmesinin işyerinin bulunduğu yer hukuku"nun uygulanacağını belirtmektedir. Bununla birlikte, ne madde içerisinde ne de Kanun'da başka herhangi bir yerde "işletmenin işyeri" tanımı yapılmıştır. Anılan işyerinin uyuşmazlık konusu ticari sır ihlâli ile "ilgili" olması gerekeceği tahmin edilebilirse de, özellikle birden fazla ülkede şube veya başka şekillerde örgütlü bulunan işletmeler bakımından hangi işyerinin bağlama noktasına esas alınacağını bilmesi bir zorunluluktur. Daha önce değinildiği üzere, Türk doktrininde bu hususta, merkezin veya haksız rekabet eyleminin gerçekleştirildiği işyerinin esas alınması yönünde görüşler ifade edilmiştir. Ticari sırların ihlâli olgusunun, piyasa üzerinde doğrudan etki doğuran aşamaları hariç, büyük oranda MÖHUK m.37/2 hükmü kapsamında görülüyor olması, meseleyi bu çalışma açısından önemli hâle getirmektedir.

Yukarıda belirtildiği üzere, 5718 sayılı MÖHUK, "işyerinin bulunduğu yer" kavramını tanımlamamıştır. Buna karşılık, IPRG m.21 hükmü, bir tanım getirmiştir. Kanımızca, işletmenin işyerinin bulunduğu yer ile neresinin kastedilmiş olduğu hususunda bir fikir vermesi açısından anılan mehz hükümden yararlanılabilir. Anılan maddenin tahlili, yukarıda çeşitli hukuk düzenlerinde haksız rekabetten doğan

kanunlar ihtilâfına ilişkin açıklamalar arasında İsviçre hukuku altbaşlığında detaylı olarak yapılmıştır.⁷⁸⁸

Bilindiği gibi, MÖHUK m.37/2 hükmünde yer alan ifade, IPRG m.136/2 hükmünde yer alan ifadenin çevirisi niteliğindedir. Dolayısıyla, her iki hükümde de kullanılan kavramların eşdeğer görülmek istendikleri sonucuna varılabileceğini düşünmekteyiz. Bu açıdan bir karşılaştırma yapıldığında, eşdeğer ifadeler şu şekilde ortaya çıkmaktadır

“Zarar görenin münhasıran işletmesine ilişkin menfaatleri (betriebliche Interessen) ihlâl edilmişse, söz konusu işletmenin işyerinin (betroffene Niederlassung) bulunduğu ülke hukuku uygulanır”

Görüldüğü üzere, IPRG m.136/2 metninde "ilgili işyeri" şeklinde kaleme alınmış olan ifade, MÖHUK m.37/2 metninde "söz konusu işletmenin işyeri" şeklinde tercüme edilmiştir. Acaba, İsviçre Hukuku'na ilişkin değerlendirmelerden hareketle MÖHUK m.37'de kullanılan ifade açısından ne gibi sonuçlar çıkarılmalıdır? “Söz konusu (zarar gören) işletmenin işyerinin bulunduğu yer” ifadesi coğrafi açıdan, eğer zarar gören gerçek kişi tacir ise “içinde kişinin ticari faaliyetlerinin merkezinin bulunduğu ülke” olarak anlaşılabilir. Öte yandan zarar gören ortaklık ise, “işletmenin işyerinin bulunduğu yer” ortaklığın statüsünde veya ortaklık sözleşmesinde idare merkezi (Sitz) olarak belirtilen yer olacaktır. Eğer böyle bir belirleme yoksa idare merkezi, “ortaklığın faaliyetlerinin idare edildiği yerde” yahut “içerisinde bir

⁷⁸⁸ Bkz. yukarıda s.121-124.

şubesinin bulunduğu ülkelerden birinde” kabul edilecektir. Şu hâlde ortaklık merkezinin bulunduğu yer kadar ortaklığın şubelerinin bulunduğu yerlerin de “işletmenin işyerinin bulunduğu yer” olarak görülebileceği anlaşılmaktadır.⁷⁸⁹ Dolayısıyla kanun koyucunun, işletmenin idare merkezi kadar şubeleri açısından da gündeme gelebilecek bir haksız rekabet hâli açısından, ilgili işyerinin bulunduğu yeri işaret etmekte olduğunu söylemek mümkündür. Bu yorum kabul edilecek olursa, ortaklık statüsünde merkez olarak açıkça X ülkesinin belirtilmiş olduğu hâllerde dahi, ortaklığın Y şubesi bakımından gerçekleşen bir ticari sır ihlâli nedeniyle çıkan uyuşmazlık açısından, Y ülkesi, zarar gören şubenin orada olması itibariyle, “söz konusu işletmenin işyerinin bulunduğu ülke” olarak kabul edilecek ve Y ülkesi hukuku olaya tatbik edilecektir.

Kanımızca, birden fazla ülkede idare merkezi, bölge merkezi, hatta şubeler şeklinde faaliyet gösteren bir şirketin örneğinde,⁷⁹⁰ belirli bir şube bakımından meydana geldiği düşünülen bir ticari sır ihlâli açısından, ortaklığın idare merkezinin yahut bölgesel merkezinin söz konusu bu haksız rekabet ilişkisinden ne kadar uzakta konumlandırılabilmesi meselesi üzerinde durulmalıdır. Herşeyden önce, birinci bölümde ele alınan ticari sırrın zorunlu unsurlarının olaydaki mevcudiyetleri araştırılırken, bu unsurların ve özellikle “sırrın devamı yönündeki irade” unsurunun ne ölçüde idare merkezinden bağımsız olarak var olabilecekleri hususu üzerinde durmak gerekir. Şube-merkez ilişkisi içerisinde görülebilecek yoğun irtibatlar ve bu kapsamda ticari sırrın geliştirilmesinde, korunmasında, başkalarına kullandırılmasında vb. üstlenilen tüm fonksiyonlar düşünüldüğünde, merkezin

⁷⁸⁹ Benzer yönde bkz. A. İ. Sarıöz, 2012, s.166.

⁷⁹⁰ Şirketlerin kurulu bulundukları ülkeler dışındaki ülkelerde şubeler açtıkları ve bu şubeler bakımından know-how ihlallerinin yaşanabileceği gerçeği düşünüldüğünde, sınıraşıcı unsurun bu şekilde de gerçekleşebileceği düşünülebilir. Bkz. S. Fischer, 2012, s.260.

bulunduğu ülke hukuku yerine -sırf ticari sır ihlâli o şube ile ilgili olarak gerçekleşti diye- şubenin bulunduğu ülke hukukunun uygulanması gerçekten tercih edilmeli midir?

Bu sorunun cevabını bulabilmek için, böyle bir durumla karşılaşan mahkemenin, farklı ülkelerde bulunan idare merkezi ve şubeler arasındaki bağımlılığı incelemesi son derece yerinde olacaktır. Ticari sırrın ediniminin ilgili şubenin bulunduğu yerde gerçekleştiği bir örnekte, eğer sır sahibinin menfaatleri açısından en yüksek olumsuz etkinin aynı yerde değil, onun idare merkezinin bulunduğu yerde doğacağı öngörülebiliyorsa, idare merkezinin bulunduğu yer hukukunu uygulamanın daha yerinde olacağı kanısındayız. Sır sahibinin işletmesinin idare merkezi ve şubelerinin farklı ülkelerde⁷⁹¹ bulundukları hâller açısından, ticari sır ihlâlinin gerçekleştiği coğrafi nokta, neredeyse her zaman "haksız fiilin gerçekleştirildiği yer" olacaktır. Ancak, 5718 sayılı Kanun'un haksız fiillere ilişkin genel hükmünde yer verdiği sistem, haksız fiilin gerçekleştirildiği yer ile zararın meydana geldiği yerin farklı yerlerde bulunmaları hâlinde zararın meydana geleceği yerin esas alınacağını belirtmekle, haksız fiil yerinin olay bakımından taşıdığı önemi azaltmaktadır. Hiç şüphesiz, ticari sır ihlâlleri bakımından işletilecek ana hüküm MÖHUK m.37 olup burada "haksız fiil yeri - zararın meydana geldiği yer" ayrımına yer verilmemiştir. Ancak haksız rekabetin özel bir haksız fiil türü olduğu ve kanunumuzun haksız fiiller açısından getirdiği genel bağlama kuralında bu ayrımın benimsemiş olduğu dikkate alınacak olursa, aslında “işletmenin işyerinin bulunduğu yer” bağlama noktasının da bir nevi “haksız fiil yeri” olarak görülmesinden herhalde bahsedilebilir. Böyle bir

⁷⁹¹ Veya ABD açısından farklı eyaletlerde.

kabul ise, kanımızca, yukarıda değindiğimiz “organik bağlılık” değerlendirmesinin yapılmasına bir engel teşkil etmemektedir.

Mahkeme, yapacağı değerlendirme sonucunda, bir şube bakımından gündeme gelmiş bir ticari sır ihlâlinin, esas olarak idare merkezinde bir zarar meydana getirdiği sonucuna ulaşabiliyorsa, idare merkezinin bulunduğu yeri, “işletmenin işyerinin bulunduğu yer” olarak kabul edebilmelidir düşüncesindeyiz. Bununla birlikte, görüşümüzün her olay açısından idare merkezinin bulunduğu yer hukukunun uygulanması şeklinde anlaşılmaması gerekmektedir. Somut olayın şartlarına göre değerlendirmenin değişkenlik gösterebileceği kabul edilmelidir. Örneğin, ileri düzey teknoloji ürünleri üreten ve piyasada neredeyse tekel konumunda olan bir şirketin, en yeni ürününe dair teknik sırları, o ürünün üretiminden sorumlu fabrikadan çalındığında, veya o fabrikada çalışan biri tarafından bir rakibe ifşa edildiğinde, burada menfaatlerin olumsuz yönde etkileneceği esas yerin, söz konusu şirketin fabrikası olmaktan çok idare merkezi şeklinde ortaya çıkacağı düşünülebilir. Buna karşılık, örneğin bir finansal danışmanlık şirketi şubesinden, o şubeye ait müşteri listeleri ve diğer bazı şahsa özel davranış politikalarına ilişkin gizli bilgilerin⁷⁹² rakip bir şirkete sızdırılması durumunda, esas etkinin kural olarak o şubenin faaliyet sahası bakımından gündeme geleceği, bu kapsamda şirketin belki bir başka ülkede bulunan idare merkezi yerine o şubesinin bulunduğu yer hukukunun uygulanmasının daha doğru olacağı düşünülebilir.

⁷⁹² Burada kastedilen bilgiler, müşterilere ait olmayıp, bankanın müşteriler hakkında tuttuğu bilgilerdir. Zira aksi türlü, bir "ticari sır ihlâli"nden çok "kişisel verilerin ihlâli" hadisesinin varlığından bahsedilecektir.

6) Taleplerin Ayrıştırılması

a) Farklı Davalılar Açısından

Ticari sır ihlâli kaynaklı uyuşmazlıklarda, genellikle çok sayıda ihlâl söz konusudur. Sırrı haksız edinen kimsenin gerçekleştirdiği ihlâlin yanı sıra, sırrı ifşa eden veya kullanan kimselerin de gerçekleştirdikleri ayrı ihlâller söz konusu olabilmektedir. Aşamalara ilişkin tasnif başlığı altında, farklı aşamalar açısından farklı ihlâl eylemleri olabileceğine yukarıda değinilmiş idi.

Tüm bu eylemlerin yalnızca tek bir ihlâlcinin şahsında toplanmaları hâlinde, sır sahibinin taleplerini o kimseye yönelteceği açıktır. Buna karşılık, farklı ihlâllerin farklı kimselerce gerçekleştirilmeleri hâlinde, sır sahibi, taleplerini bu kimselerin hepsine karşı yöneltmek isteyecektir. Örneğin, sır sahibinin bir çalışanını ayartan ve ondan ticari sırları öğrenen bir rakibin durumunda, sır sahibi kuvvetle muhtemel hem eski işçisine hem de rakibe karşı bir takım taleplerde bulunacaktır. Bu noktada, ticari sır ihlâli olgusunun sınırlarının tespiti açısından söz konusu taleplerin mahkeme tarafından ayrılarak farklı kanunlar ihtilâfı değerlendirmelerine konu edilmeleri gerektiği kanısındayız. Bir başka deyişle, sır sahibiyle sözleşme ilişkisi içerisindeki bir çalışanın ayartılması olgusunu içeren sanayi casusluğu eylemlerini, böyle bir olguyu içermeyen eylemlerden (bilgisayar korsanlığı, adi hırsızlık vb.) ayırmakta fayda vardır. En önemlisi, sözleşmeye aykırı hareket etmiş çalışanın durumu ile o çalışanın sanayi casusluğunda kullanan rakibin durumu aynı olmamalıdır. Sözleşmeyi ihlâl edene ve sanayi casusluğunda onu kullanan rakibe aynı anda dava yöneltildiğinde hakim her iki davalıya yöneltilmiş talepleri doğrudan aynı madde hükmü ile çözmeye çalışmamalı, talepleri ayırarak hareket etmelidir.

Özetle, işçiye yöneltilecek talebin, rakibe yöneltilecek talep ile aynı “uygulanacak hukuk değerlendirmesi”ne alınmasının yerinde olmayacağı kanısındayız. Bu görüşümüzü birbirine bağlı iki gerekçeye dayandırmaktayız.

1-Etki yönünden farklılık: Ticari sır ihlâli, farklı aşamalar açısından farklı etkiler doğurmaya elverişli bir olgudur. Örneğin, "haksız edinim" eyleminin sır sahibi yönünden doğurduğu etki ile, ticari sır kullanılarak meydana getirilmiş bir ürün piyasaya sürüldüğü zaman ortaya çıkacak etki aynı değildir. Bu gerçeğin doğal bir sonucu olarak, farklı ihlal aşamalarının farklı kimselerce gerçekleştirildiği hâllerde, söz konusu kimseler yönünden farklı etkilerin doğacağından bahsedilebilir. İşçinin, haksız elde ettiği ticari sırrı rakibe ifşası ile, rakibin ürünü piyasaya sürmesi aşamaları, doğurdukları etkiler yönünden aynı olmayacaktır.

2-Uygulanacak hukukun tespiti yönünden farklılık: Aşamaların farklı etkiler doğurdukları bir kere kabul edildiğinde, “etkinin yöneldiği yer” kıstası üzerinden formüle edilmiş olan MÖHUK m.37 hükmü açısından, farklı aşamalara farklı fıkra hükümlerinin uygulanması gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır. Bu durum ise, aşamaları gerçekleştiren kimselerin sayıca birden fazla olmaları durumunda, farklı kimseler açısından farklı fıkra hükümlerinin uygulanabilmesi anlamına gelmektedir.

Mahkeme, davalılara yöneltilen talepleri ayırarak incelemek suretiyle, münferit ticari sır ihlâlleri (aşamalar) ile en sıkı irtibata sahip hukuk düzenlerini daha sağlıklı şekilde tespit edecektir. Kanımızca, tüm aşamaların tek bir ihlâli temsil ettiklerini savunmak oldukça güç olup, aşama farklılaşması bir kere kabul edildiğinde, davalılar yönünden yapılacak bir inceleme farklılaşması da bu durumun doğal bir gereği olarak ortaya çıkmaktadır.

b) Farklı Haksız Rekabet Eylemleri Açısından

Ticari sır ihlâli iddiası barındıran somut olayda, aynı zamanda işçi ayartma yahut sözleşme ihlâline teşvik hâlinin bulunması da mümkündür. Rakibinin ticari sırlarını ele geçirmek isteyen bir işverenin, rakibinin işletme organizasyonunda çalışan ve söz konusu sırlara vakıf kimseleri ayartarak veya kendi işverenleri ile aralarındaki sözleşmeleri ihlâl teşvik ederek onları işe almak istemesi uygulamada sık karşılaşılan bir durumdur. Burada ilk etapta göze çarpan, işçi ayartma eylemidir. Yine bu eylem ile, ticari sırlara ulaşılması da hedefleniyor olabilir.

Somut uyuşmazlıkta göze çarpan ve özünde haksız rekabet olarak vasıflandırılan tek eylemin ticari sırların haksız edinimi veya ifşası yahut kullanımı olduğu hâller bakımından, bu ihlâlden kaynaklanacak ve davacı tarafından istenecek talepler hakkında, uygulanacak hukukun nasıl tespit edileceğine ilişkin tartışmalar, çalışmamızın ana inceleme konusu olmakla birlikte, aynı olayda hem bir işçi ayartma veya sözleşme ihlâline teşvik, hem de bir veya birden fazla ticari sır ihlâli bulunan hâllerde nasıl hareket edilmesi gerektiği hususu üzerinde ayrıca durulmalıdır. Ticari sırların ihlâli ile yukarıda örnek verilen diğer haksız rekabet eylemleri arasında ortak nokta olarak görülebilecek bir özellik, tüm bu hâllerin kural olarak “iki taraflı rekabet bozulması” olarak kabul edileceğidir. Bir başka deyişle, piyasa üzerinde doğrudan etki doğurmayan hâller bakımından, “zarar görenin münhasıran işletmesel menfaatlerinin etkilenmiş” olduğu kabul edilecek, buradan hareketle de ilgili hüküm olan MÖHUK m.37/2’nin tatbiki gündeme getirilecektir.

Konu açısından önem taşıyan husus, mahkemenin ticari sır ihlâli özelinde yapacağı değerlendirme açısından, işçi ayartma veya sözleşme ihlâline teşvik hâllerini ne ölçüde dikkate alacağıdır. Somut olayda, sır sahibinin işçisini ayartan ve sonrasında ilgili ticari sırlara erişen ve hatta onları kullanarak bir ürün meydana getiren ve bu ürünü piyasaya sürerek ondan gelir elde eden bir rakibin durumu nasıl ele alınmalıdır? Bu durum, aslında birden fazla sayıda ve türde haksız rekabet eyleminin ticari sır ihlâli ile aynı olayda bulunabileceği hâllerin tipik örneğidir.

Mahkeme, "işçi ayartma eylemi gerçekleştirilmeseydi ticari sırların ihlâlinin de gündeme gelmeyeceği" savıyla işçi ayartma hakkında uygulayacağı MÖHUK m.37/2 hükmünü, ticari sır ihlâli hakkında da uygulamak isteyebilir. Böyle bir yol izlendiğinde, ticari sır ihlâli nedeniyle piyasa üzerinde bir etki doğmuş olsa dahi, MÖHUK m.37/2 hükmü işletileceği için bu etkinin dikkate alınmaması yönünde olumsuz bir sonuca varılacaktır.

Mahkemenin izleyebileceği ikinci yol, olayda gerçekleştiği iddia edilen -ticari sır ihlâli dâhil- tüm haksız rekabet eylemleri arasında zarar görenin menfaatlerini en çok ihlâl eden “etki” üzerinden bir değerlendirme yapmaktır. Bu yaklaşımda, örneğin ticari sırrın ihlâli eyleminin mi yoksa işçi ayartmanın mı en etkili şekilde menfaat ihlâline yol açtığı araştırılabilir ve ilgili bağlama kuralı da bu araştırma sonucunda tespit edilebilir. Ticari sırrı edinen fakat henüz ifşa etmeden rakip işverence ayartılan ve onun işletmesine geçen işçi örneğinde, olaydaki temel ihlâlin işçi ayartma eyleminden kaynaklandığı ve bu eylemin bağlama kuralının tespitinde esas alınması gerektiği ileri sürülebilir. Buna karşılık, işçi ayartmanın yanında söz konusu ticari sırların karşı tarafa ifşa edildiği ve hatta kullanıldığı bir olay varsayımında, ticari sır ihlâli nedeniyle ortaya çıkan veya çıkması muhtemel zararın işçi ayartmaktan daha

yoğun bir "menfaat ihlâli" olduğu düşünülebilir ki böyle hâllerde de ticari sır ihlâli esas alınarak bağlama kuralı tespit edilecektir.

Yukarıda sırasıyla yer verilen iki farklı yolun, savunulabilir yönleri açık olmakla birlikte, somut olayda objektif olarak hakkaniyetli bir yaklaşımı garanti etmekte yetersiz kalabilecekleri belirtilmelidir. Her iki yöntem de, farklı haksız rekabet eylemlerinin sahip olabilecekleri farklı unsurları dikkate almamaları yönünden eleştirilebilir. Birinci yöntemde, aslında iki eylem arasında organik bir bağlantı bulunmadığı hâlde, işçi ayartma ile ticari sır ihlâli arasında suni bir nedensellik bağı tesis edilmekte, biri diğerinin varlık sebebi olarak gösterilmektedir. İkinci yol ise, ticari sır ihlâli eylemlerinin, bu çalışmada yer verilen karmaşık görünüm biçimleri bakımından farklı etki düzeylerine sahip olabilecekleri gerçeği karşısında, hızlı fakat basit kalan ve yeterince kapsayıcı olmayan bir çözüm önermektedir.

Kanımızca, somut uyuşmazlığın tarafları veya bağlantılı diğer kimseler arasında ticari sır ihlâli yanında başka haksız rekabet hâllerinin de mevcut oldukları iddia edilmekte ise; mahkeme, bu iddiaları birbirinden ayrı incelemelere konu kılarak, yeri geldiğinde farklı bağlama kurallarını uygulayabilmesine imkân verecek bir “ayrıştırma” ile ele almalıdır. Dolayısıyla, örneğin işçisi ayartılan bir sır sahibinin, ayartan rakibine karşı aynı zamanda bir ticari sır ihlâli iddiasında bulunması durumunda, “işçi ayartma” ile “ticari sır ihlâli” iddiaları ayrı ayrı ele alınarak, bunlar hakkında uygun düşen bağlama kuralları tespit edilmelidir. Her iki iddia hakkında aynı bağlama kuralının uygulanması pekâla mümkün olabilir. Ancak böyle bir örtüşmeye, ayrı ayrı değerlendirmeler ile ulaşılması gerekir. Kanunlar ihtilâfi hukuku açısından somut uyuşmazlıkların, kendileri ile en sıkı irtibatlı hukuk düzenince idare edilmeleri gerekliliği, bu yönde bir yaklaşım benimsenmesi ile daha sağlıklı temin

edilir düşüncesindeyiz. Böylelikle, örneğin, ticari sır ihlâli eyleminin piyasa üzerindeki etkisi, işçi ayartma açısından uygulanacak hukukun tayininde herhangi bir önem taşımayacak; bir başka deyişle, işçi ayartma açısından en sıkı irtibatlı hukukun uygulanmasının önünde bir engel oluşturmayacaktır. Benzer şekilde, ticari sır ihlâli açısından gündeme getirilebilecek fer'i bağlanma ihtimâli, işçi ayartma eyleminden bağımsız olarak değerlendirilebilecek, dolayısıyla söz konusu ihlâl eyleminin şartları açısından uygunluk daha net görülebilecek, işçi ayartma eyleminin münhasıran işletme ile olan ilgisi, bu değerlendirme sürecinde dikkate alınmayacaktır.

Son olarak, her ne kadar yerli ve yabancı doktrinde tersi yönde görüşler ifade edilmiş ise de, işçi ayartma ve sözleşmeyi ihlâl teşvik hâllerinin “iki taraflı rekabet bozulması” niteliğinde oldukları kanısındayız. Buradan hareketle, böyle eylemler açısından uygulanacak hukukun, kural olarak MÖHUK m.37/2 hükmüne göre belirlenmesinin uygun olacağı söylenebilir.

7) Daha Sıkı İtibatlı Hukukun Uygulanması

a) Fer'i Bağlanma Aracılığıyla Sözleşme Statüsünün Uygulanması

Gerek yabancı doktrinde gerek Türk doktrininde, haksız rekabetten doğan kanunlar ihtilâfı açısından fer'i bağlanma imkânının kabul edilebileceğine dair görüşlere yukarıda yer verilmiş idi.⁷⁹³ Bu imkânın ticari sırların ihlâli özelinde daha da önemli bir rol üstlenebileceği hususu da açıklanmıştı. Ticari sır ihlâli içeren olayların azımsanamayacak bir kısmı bakımından, ihlâlî gerçekleştiren kimse ile sır sahibi arasında önceden beri süregelen sözleşmesel bir ilişkinin varlığı göze

⁷⁹³ Bkz. yukarıda s.194-196.

çarpmaktadır. İşçi-işveren ilişkisi, ticari işbirliği ilişkisi vb. görünümlere sahip olabilen söz konusu ilişkinin ana düzenleyici enstrümanı olarak bir veya birden fazla sözleşmenin mevcudiyeti, aynı zamanda bu sözleşmeyi ihlâl niteliğine de sahip bir ticari sır ihlâli eylemi açısından sözleşme statüsüne bağlanılmasının mümkün olup olmadığı sorusunu akla getirmektedir.

Haksız rekabete ilişkin MÖHUK m.37 metninde, fer'i bağlanmaya ilişkin özel bir hüküm sevk edilmemiş bulunduğundan, ticari sır ihlâlinden kaynaklanan uyuşmazlığa uygulanacak hukukun belirlenmesinde sözleşme statüsüne tâbi olunabilmesi, yalnızca MÖHUK m.34/3 hükmü çerçevesinde, o da esasen “daha sıkı ilişkili hukuk” istisnası kapsamında mümkün olabilmektedir. Bir başka deyişle, hukukumuz açısından fer'i bağlanma imkânının gerçekleştirilebilmesi, fıkra hükmünde bu yönde verilmiş açık bir izinden hareketle değil, daha sıkı irtibatlı hukukun uygulanması istisnası kapsamında yerli ve yabancı doktrin görüşleri ve düzenlemelerden hareketle yorum yoluyla ulaşılan bir sonucu ifade etmektedir. Fıkra hükmünün esasen bir istisna hükmü niteliğinde olması, onun dar yorumlanması gerekliliğini de beraberinde getirmektedir.

Öte yandan, somut olaydaki ticari sır ihlâlinin özelliği gereği, fer'i bağlanma yolunun uygun olmadığı hâller akla gelebilir. Bu sebeple, fer'i bağlanma imkânını objektif bir takım kıstaslardan hareketle ele almak yerinde olur.⁷⁹⁴

1-Sözleşmesel ilişki, ticari sırrı ihlâl eden kimse ile sır sahibi arasında olmalıdır. Örneğin, sır sahibi ile arasında bir iş sözleşmesi olan işçinin, sır sahibinin rakibi ile yeni bir iş sözleşmesi yapması durumunda, esas alınabilecek sözleşmesel ilişki, sır

⁷⁹⁴ Buna karşılık *Wadlow*, ticari sır davalarında olayın tazmin edici unsurlarına dair uygulanacak hukukun, sözleşme statüsüne yahut haksız fiil statüsüne göre tayin edileceğini düşünürken taleplerin önemine göre bir seçim yapılabileceğini ima etmektedir. Bkz. C. Wadlow, 2008, s.318.

sahibi ile işçi arasındaki olmalıdır. Benzer şekilde, bir ortak girişim ilişkisi çerçevesinde sırların paylaşıldığı tarafın, söz konusu sırları sanki kendi sırlarıymış gibi daha sonra bir başkasına lisanslaması durumunda, sır sahibinin ortak girişimde bulunduğu kimseye karşı açacağı ticari sır ihlâli davası bakımından esas alınacak sözleşme, ortak girişim ilişkisini kuran ve yürüten sözleşme olmalıdır.

2-İlgili sözleşme, ihlâli iddia edilen ticari sırların korunmasına dair açık veya zımni bir yükümlülük getirmiş olmalı ve sır ihlâli aynı zamanda bu sözleşmesel yükümlülüğe de aykırılık anlamı taşımalıdır. Örneğin, bir iş sözleşmesinde, işçinin sadakat yükümü hakkında açık düzenlemeler bulunmasa dahi işçinin böyle bir yükümlülüğe sahip olduğu kabul edildiğinden, iş ilişkisi devam ederken gerçekleşecek bir ticari sır ihlâli, söz konusu yükümlülüğe aykırı olacaktır. Günümüzde, çoğu şirketin, elemanları ile gizlilik anlaşması, rekabet etmeme anlaşması, buluş devir anlaşması vb. sözleşmeler kurdukları düşünüldüğünde, sadece iş sözleşmesinin değil, bunun eki veya hükümleri şeklinde veya bağımsız olarak ana sözleşme içerisinde yer verilen düzenlemelerin de ticari sır ihlâli ile yeterli düzeyde irtibat tesis edilmesini kolaylaştırdıkları düşünülebilir.

Bu noktada, taraflar arasında ticari sır ihlâli ile ilgisi bulunan birden fazla sözleşme mevcut olması hâlinde hangi sözleşmenin esas alınması gerektiği sorusu akla gelebilir. Kanımızca, bu problemin çözümünde, ticari sırrın korunmasında en özel nitelikte hükümler taşıyan sözleşme esas alınmalıdır. Fer'i bağlanma, yapısı gereği taraf iradelerine saygıdan kaynağını almakta, bu iradeyi haksız fiil statüsünü değiştirebilecek düzeyde önemli görmektedir. Dolayısıyla, eğer sır sahibi, ticari sırlarının korunmasına ilişkin detaylı hükümler sevk eden bir düzenlemeyi, taraflar arasındaki ana ilişkiyi kuran sözleşmeden ayrı olarak hazırlamış ve karşı taraf da

bunu imzalamış ise, sır sahibinin sırrının korunmasına ilişkin olarak getirmiş olması kuvvetle muhtemel hukuk seçimi, yetki anlaşması, cezai şart vb. hükümler barındıran bu özel sözleşmenin esas alınması daha yerinde olacaktır. Öte yandan, anılan koruyucu düzenlemeler eğer ana sözleşmenin birer şartı şeklinde kaleme alınmış iseler, bu hâlde ana sözleşme açısından tatbik edilecek statüye fer'i şekilde bağlanılabileceği düşüncesindeyiz.

Ticari sır ihlâlinin tarafları arasında önceden beri süregelen bir sözleşmesel ilişki bulunduğu her hâlde, mutlaka fer'i bağlanma ile uygulanacak hukukun tespiti zorunluluğundan bahsetmenin doğru olmayacağını düşünüyoruz. Mahkemenin, yukarıda sıralanan kriterlerden hareketle uyuşmazlık ve sözleşme arasındaki sıkı irtibatın varlığına ikna olması, söz konusu imkânı işletebilmenin en önemli gereği olarak kabul edilmelidir.⁷⁹⁵

Ticari sır ihlâli ile aynı olayda varlığı iddia edilen bir işçi ayartma yahut sözleşmeyi ihlâl teşvik hâli açısından fer'i bağlanma hususunun nasıl ele alınması gerekeceği de merak edilebilir. Acaba, sır sahibinin işçisini ayartan ve daha sonra ondan ticari sırları öğrenen bir rakibe karşı açılacak "işçi ayartma" kaynaklı haksız rekabet davası, aynı taraflar arasındaki "ticari sır ihlâli" hakkında fer'i bağlanma yolu izlenmiş ise, benzer şekilde sözleşme statüsüne mi tâbi tutulmalıdır? Kanımızca, bu

⁷⁹⁵ Doktrinde, *Tekinalp / Uyanık* daha sıkı ilişkili hukuk istisnası kapsamında şu görüşü paylaşılmaktadır; "...Haksız fiilin tarafları arasında sözleşme ilişkisi varsa ve haksız fiil de bu ilişki ile irtibatlı ise, haksız fiil hakkında sözleşme statüsünün uygulanması kabul edilmelidir. Böylelikle, haksız fiiller alanında sözleşmenin kuruluşunda yapılmış hukuk seçimine dolaylı da olsa yer verilecektir. MÖHUK'taki ilgili hüküm, uygulamanın ihtiyaçlarını karşılayacak ve bu yönde gelişmelere imkân verecek niteliktedir. Çünkü, hakim her olayda "daha sıkı ilişkiyi" kanun hükmü gereği değerlendirecektir." Bkz. G. Tekinalp, A. Uyanık, 2016, s.362. Daha sıkı ilişkili hukukun somut olayda "en sıkı ilişkili hukuk"a faraziye teşkil ettiği görüşü hakkında bkz. Güngör, G., 2007, s.237; Güngör, G., The New Turkish Act on Private International Law and International Civil Procedure, Popescu, D. A., (Ed.) içinde, s.546; Güngör, G., Article 4 of the Rome I Regulation on the applicable law in the absence of choice-methodological analysis, considerations, Stone, P., Farah, Y. (Ed.) içinde, s.190.

örnekte işçi ayartma açısından ticari sır ihlâlindeki gibi fer'i bağlanma yolu tercih *edilmemelidir*. Zira, işçiyi ayartan konumunda olup bu eylemi nedeniyle sorumluluğu gündeme getirilmek istenen rakip, işçi ile sır sahibi arasındaki sözleşmenin tarafı değildir. hâlbuki, yukarıda da değinildiği üzere, fer'i bağlanmada statüsü esas alınacak sözleşme, ticari sır ihlâlinin tarafları arasındaki sözleşme olmalıdır.

Bir diğer önemli husus, taleplerin yöneltildiği kimseler bakımından fer'i bağlanma imkânının uygunluğudur. Fer'i bağlanma imkânı, haksız fiil ile sözleşmeye aykırılık hâllerinin kesiştiği olaylar bakımından aynı hukuk düzenine tâbi olunmasını sağlamakta, fakat yalnızca haksız fiilin tarafları ile sözleşmeye aykırılığın tarafları aynı olan hâller bakımından işletilebilmektedir. İşçi ayartmaya ilişkin yukarıda verilen örnek açısından, mahkeme tarafından iki ayrı değerlendirme yapılması gerektiğine daha önce değinilmiştir. Mahkeme “işçi ayartma” için ayrı, “ticari sır ihlâli” için ayrı değerlendirme yapmalıdır. Ancak bununla da yetinmemeli, ticari sırrı ihlâl ettiği öne sürülen kimsenin hukuki konumu açısından da bir inceleme gerçekleştirmelidir. Ticari sırrı kim ihlâl etmiştir? Burada iki farklı ihlâlcinin varlığı rahatlıkla saptanabilir. Bunlardan ilki hiç şüphesiz sırrı ifşa eden işçidir. Diğerisi ise bu sırrı kullanan rakiptir. Peki, işçiye yöneltilen talep ile, rakibe yöneltilen talep aynı kanunlar ihtilâfı incelemesine mi konu kılınmalıdır? İşte bu soruya olumsuz yanıt verilmesi gerektiği düşüncemizi, esasen fer'i bağlanma kavramından hareketle gerekçelendirmekteyiz. İşçiye yöneltilecek talep açısından fer'i bağlanma imkânı hem mümkün hem de faydalı durmaktadır. Öte yandan, rakip açısından bir fer'i bağlanma imkânından bahsedilebilecek bir sözleşmesel ilişki olayda söz konusu değildir. Dolayısıyla rakip açısından bu yolun işletilmesi doğru olmayacaktır. İşçi

ayartmadan doğan talep ise zaten işçiye değil, rakibe karşı yapılacağından, iş sözleşmesinin bu değerlendirmede bir rol oynamayacağı öngörülebilir. Kanımızca, fer'i bağlanma, aynı ticari sırra ilişkin olarak farklı davalılar tarafından farklı ihlâl aşamalarını karşılayacak eylemler açısından aynı hukuka tâbi olunmasını sağlamak şeklinde bir fonksiyonu asla üstlenmemelidir.

Son olarak, eski kanun döneminde “uygulanabilir” şeklinde yer verilmiş olan ifadenin, MÖHUK m.34/3 hükmünde “uygulanır” şeklindeki değiştirilmiş, ve bu doğrultuda, daha sıkı irtibatlı hukuku uygulamakta hakime verilmiş bulunan takdir yetkisinin kaldırılmış olmasının da fer'i bağlanma imkânından daha rahat faydalanılmasına olanak verdiğini düşünmekteyiz.

b) Müşterek Mutad Mesken Yeri Hukukunun Uygulanması

Avrupa Birliği uygulamasında, haksız rekabetten doğan kanunlar ihtilâfi açısından ilgili norm olan Roma II Tüzüğü m.6, münhasıran işletmesel menfaatlerin etkilendiği hâllerde m.4'e gönderme yapmaktadır. Madde 4 ise, ikinci fıkrasında haksız rekabet ilişkisinin taraflarının müşterek bir mutad meskene sahip oldukları hâllerde o yer hukukunun uygulanacağını takdir yetkisine yer vermeyen bir biçimde açık olarak düzenleme altına almıştır. Roma II Tüzüğü açısından haksız rekabet statüsünün tespitinde büyük bir önem atfedilmiş bulunan "müşterek mutad mesken" bağlama noktası, Türk hukuku açısından, bu şekilde açık bir düzenlemeye konu edilmemiştir.

Doktrinde, genel haksız fiil bağlamasına ilişkin olarak MÖHUK m.34/3 hükmünü işletmek suretiyle haksız fiillerde müşterek mutad mesken yeri hukukunun

daha sıkı irtibatlı yer hukuku olarak uygulanabilmesinin mümkün olduğu belirtilmiştir. Ancak, *Tarman*, müşterek mutad mesken yeri hukukunun uygulanmasının haksız rekabet uyuşmazlıkları açısından çok da uygun düşmeyeceği görüşünü dile getirmiştir.⁷⁹⁶ Yabancı doktrin görüşleri açısından bakıldığında dahi, Roma II m.4/2 ile getirilen düzenlemenin, farklı yazarlarca eleştirildiği görülmektedir. Nitekim, haksız rekabetten doğan kanunlar ihtilâfında müşterek mutad mesken bağlama noktasını oldukça erken bir tarihte benimseyen Almanya uygulaması açısından, yurtdışında aynı piyasada birbirleriyle rekabet eden Alman şirketleri bakımından Alman hukukunun uygulanmasına izin vermek şeklinde bir amacın güdülmüş olduğuna doktrinde dikkat çekilmiştir.⁷⁹⁷ Bu eleştirilere yukarıda karşılaştırmalı hukuka ilişkin açıklamalar esnasında yer verilmiş idi.⁷⁹⁸

Piyasa üzerinde etki doğuran haksız rekabet eylemleri açısından, piyasa etkisi prensibi uyarınca gidilecek "etkilenen piyasanın bulunduğu yer" hukukunun, kural olarak uyuşmazlıkla en sıkı ilişkiyi haiz olacağı kabul edildiğinde, müşterek mutad mesken yeri bağlama noktasının esas önemini iki taraflı rekabet bozulması hâlleri açısından göstereceği düşünülebilir. Bağlama noktasının, taraflar ile sıkı bir irtibata sahip olduğu açıktır. Buna karşılık, hukukumuzda MÖHUK hükümleri çerçevesinde bu noktanın esas alınabilmesi, yalnızca “daha sıkı irtibatlı hukuk” istisnası kapsamında mümkün olabilmektedir.

⁷⁹⁶ Z. D. Tarman, 2011, s.141, 142.

⁷⁹⁷ J. Drexler, 2015, s.1198.

⁷⁹⁸ Doktrinde *Honorati*, “Nußbaum Kuralı” olarak da bilinen, haksız rekabet hâllerinde müşterek mutad mesken yerine bağlanılması uygulamasının esasen Alman haksız rekabet hukuku kurallarının uygulama kapsamını genişletmek için getirildiğini düşünmekte, Tüzüğün hazırlık aşamalarında bu uygulamanın kimi Alman yazarları tarafından da eleştiri konusu yapılmış olduğunu belirtmektedir. Söz konusu yazarlar için bkz. C. Honorati, a.g.e., s.156.

Kanımızca, müşterek mutad mesken yeri hukukunun yalnızca bir istisna hükmü kapsamında uygulanabiliyor olması, aynı hükümden hareket edilerek ulaşılabilecek diğer “daha sıkı irtibatlı hukuk” ihtimâllerinin önüne geçmekte objektif açıdan haklı bir gerekçe *oluşturmamaktadır*. Bir başka deyişle, somut olaydaki ticari sır ihlâline uygulanması muhtemel daha sıkı irtibatlı hukuklar arasında müşterek mutad mesken yeri hukukuna özel bir önem atfedilmesi, yalnızca uyuşmazlık ile sıkı irtibat gerekçesine dayanılarak yapılmamalıdır, zira daha sıkı irtibatlı hukukların bulunması ihtimâli mevcuttur. Özellikle, somut olayda fer’i bağlanma imkânının işletilme şartları oluşmuş ise, sırf taraflar müşterek bir mutad meskene sahip diye, o yer hukukuna gidilmesinin ve o yer hukukunun fer’i bağlanma ile tâbi olunacak sözleşme statüsüne tercih edilmesinin, ticari sır ihlâli kaynaklı uyuşmazlıklar bakımından doğru olmayacağı kanısındayız. Fer’i bağlanma kriterleri somut olayda sağlanıyorsa, fakat taraflar aynı zamanda müşterek bir mutad meskene de sahiplerse, fer’i bağlanma yolunun işletilmesinin daha yerinde olacağını düşünüyoruz. Zira, bu yolda, en azından taraflar arasındaki sözleşmeye aykırılık kaynaklı uyuşmazlık ile ticari sır ihlâli kaynaklı uyuşmazlığın aynı hukuk sisteminde yer alan maddi hukuk normları ile çözülmesi temin edilmiş olmaktadır. hâlbuki, müşterek mutad mesken yeri hukuku, sözleşme statüsü ile örtüşebileceği gibi ondan başka bir hukuk şeklinde de ortaya çıkabilir.

Somut olayda, fer’i bağlanma imkânının şartları oluşmamış ve ticari sır ihlâli nedeniyle piyasa üzerinde bir etkinin varlığının saptanamadığı / öngörülemediği hâller açısından, mahkemenin MÖHUK m.37/2 hükmü uyarınca “ilgili işletmenin bulunduğu yer hukukunu uygulaması gerekmektedir. Acaba, böyle hâllerde taraflar müşterek bir mutad meskene de sahipler ise, daha sıkı irtibatlı bir hukuk olarak bu

yer hukukunun uygulanması gündeme getirilebilir mi? İşte bu soruya olumlu yanıt verilebileceğini düşünüyoruz. Zira fer'i bağlanma imkânının oluşmamış olması, çoğu olay bakımından bir sanayi casusluğu eyleminin mevcut olacağı şeklinde yorumlanabilir. Taraflar arasında önceden beri süregelen bir sözleşmesel ilişki bulunmaksızın, bir tarafın, diğerinin ticari sırlarını haksız elde etmesi, ifşası veya kullanımı, her iki tarafın da aynı ülkede mutaden meskûn bulundukları hâller açısından, o ülke hukukunun olaya uygulanmaktaki menfaatini büyük ölçüde artırmaktadır. Tarafların mutad mesken sahibi oldukları ülkede bilinçli olarak bulunacakları, özellikle ticari işletmeler açısından bir ülkede varlık göstermenin pek çok formalite gerektireceği düşünüldüğünde; ayrıca, böyle hâller açısından ticari sırrın korunması hususunda saygı gösterilecek belirgin bir taraf iradesine de rastlanmadığından, mutad mesken yeri hukukunun olayın şartlarına göre daha sıkı irtibatlı hukuk olarak uygulanabilmesinin mümkün olacağı kanaatindeyiz.

8) Hukuk Seçimi

Ticari sırların ihlâli bakımından tarafların hukuk seçiminde bulunmaları olgusu iki ana görünüm biçimine sahiptir. Bunlardan ilki, MÖHUK m.37'de yer verilen fıkra hükümleri açısından tarafların bir hukuk seçiminde bulunabilmelerine izin verilmesi; ikincisi ise, ticari sır ihlâli bakımından bir fer'i bağlanmanın gündeme getirildiği hâllerde, sözleşme statüsü olarak tarafların önceki ilişkilerini idare edecek bir hukuk seçimi anlaşması yapmış olmaları hâlidir. Konunun her iki hâl bakımından da değerlendirilmesinde fayda vardır.

MÖHUK m.37 incelendiğinde, haksız rekabette hukuk seçimi aleyhine bir duruşun sergilenmiş olduğu sonucuna varılmaktadır. İlgili maddede özel bir düzenleme getirilmemiş, üstelik Roma II m.6/2 hükmünden farklı olarak, hukuk seçimine izin veren bir genel hükme gönderme de yapılmamıştır. Haksız fiiller bakımından hukuk seçimine izin veren düzenleme ise, yine Tüzük'ten farklı olarak, tüm maddeler açısından kapsayıcı genel bir düzenleme içerisinde değil, aynı zamanda haksız fiillere ilişkin genel bağlama kuralı niteliğinde de olan MÖHUK m.34/5 hükmünde yer almıştır. Dolayısıyla, haksız rekabette hukuk seçimine izin verilip verilmeyeceği tartışması, esasen bu maddenin yorumlanmasına bağlı olarak gerçekleşecektir. Doktrinde çoğunluk görüşü olarak, genel kuraldaki hukuk seçimi imkânının haksız rekabet hâlleri açısından da kabul edilebileceği sonucuna varıldığından yukarıda bahsedilmiş idi.⁷⁹⁹

MÖHUK m.37 açısından, hukuk seçimi olgusunu fıkra hükümlerine göre ayrı ayrı değerlendirmekte fayda vardır. Maddenin birinci fıkrası, “piyasa etkisi” prensibini benimsemek suretiyle, etkilenen piyasanın bulunduğu yer hukukuna yapılan bir bağlama içermektedir. Bu bağlama noktasının piyasaya yönelik etki doğuran ticari sır ihlâli hâlleri bakımından uyumsuzluk ile en sıkı irtibatı taşıdığı kabul edilebilir. Tartışmaya açık nokta, piyasanın etkilendiği veya etkilenme ihtimâli bulunan böyle hâllerde, tarafların piyasa yeri hukukundan başka bir yer hukukuna iradi olarak idare gücü verip veremeyecekleri hususudur. Piyasanın bulunduğu yer hukukunun, böyle eylemler açısından bir bağlama noktası olarak benimsenmesi, esasen, bir haksız rekabet eyleminin taraflar ile sınırlı olarak etki doğurmaktan uzaklaşarak, daha geniş kitleleri ve bu doğrultuda diğer rakipleri de etkileyebilmek

⁷⁹⁹ Bkz. yukarıda s.191-193.

yönünde izlediği seyirden kaynaklanmaktadır. Yalnızca tarafları etkileyen bir haksız rekabet eylemi bulunmadığından, uygulanacak hukukun belirlenmesinde taraf tasarruflarına etki tanınıp tanınmayacağı sorusu ve eğer tanınacaksa ne derece etki tanınması gerektiği meselesi gündeme gelmektedir. Buradan olmak üzere, yalnızca hukuk seçimi imkânının varlığı veya yokluğu açısından değil, olası bir hukuk seçiminin haksız fiilden önce veya sonra yapılıp yapılamayacağı hususunda da değerlendirme yapmak gerekecektir.

Kanımızca, MÖHUK m.37/1 hükmü kapsamına giren hâller açısından, haksız fiilin gerçekleşmesinden önceki hukuk seçimi imkânının kabul edilmesi, taraflardan başka kimseler üzerinde de etki doğurmaya müsait ticari sır ihlalleri açısından taraf iradelerine gereğinden fazla saygı gösterilmesi anlamına gelmektedir. Hareket noktası, “etkinin başka kimseler üzerinde de doğabilmesi ihtimâli” olduğundan, benzer şekilde, MÖHUK m.34/5 hükmünde getirilen imkânın, bir başka deyişle “sonraki açık hukuk seçimi” imkânının da bu gibi hâller bakımından kabul edilmemesi yerinde olacaktır.

Buna karşılık, MÖHUK m.37/2 hükmü kapsamına giren “iki taraflı rekabet bozulması” hâlleri açısından, MÖHUK m.34/5 hükmünden yapılacak kıyas ile sonraki hukuk seçimine izin verilmesinin yerinde olacağını düşünmekteyiz. Bu fıkra hükmü kapsamında bir fer’i bağlanma gerçekleştirildiğinde, tâbi olunacak sözleşme statüsünün taraflarca yapılmış bir hukuk seçimi ile belirlenmiş olması ihtimâl dahilindedir. Hukuk seçimine etki tanınması hususu ise, haksız rekabetten doğan kanunlar ihtilâfına ilişkin maddenin hazırlanışı esnasında benimsenen politikalardan bütünüyle bağımsız bir konu olarak telakki edilmelidir. Bir başka deyişle, hukuk seçimi ile belirlenen sözleşme statüsü, fer’i bağlanma aracılığıyla ticari sır ihlâli

hakkında da idare gücü kazanacak ise, bu sonuç, haksız rekabete ilişkin maddenin değil fer'i bağlanma imkânının kullanılması ile ortaya çıkacağından, hukuk seçimi sözleşme statüsüne göre geçerli kabul edildiği sürece tarafları bağlayıcı kabul edilmelidir.

Öyle ki, somut olay iki taraflı rekabet bozulmasına ilişkin fıkra hükmü (m.37/2) kapsamında ele alındığı sürece, fer'i bağlanma şartlarının oluşmadığı hâllerde dahi fer'i bağlanma açısından kabul edilen hukuk seçimi imkânına izin verilmesi düşünülebilir. Aksi hâlde, daha sıkı irtibatlı hukukun taraflarca belirlenmesine (fer'i olarak bağlanılan sözleşme statüsünde hukuk seçimi) izin verilmesi, ancak ona göre daha az irtibata sahip bir hukuku gösterdiği var sayılan MÖHUK m.37/2 hükmünün hukuk seçimini yasaklamış olması gibi bir sonuca ulaşılacaktır. Böyle bir yorumun ise, özellikle söz konusu daha sıkı irtibatın seçilen hukuka bakılarak subjektif şekilde değil, uyumsuzluk ile yer arasında tespit edilecek objektif irtibatlar üzerinden kurulacağı düşünüldüğünde, hem kanun sistematigi açısından hem de taraf menfaatlerinin yeterli düzeyde korunmaları bakımından yerinde olmayacağı kanısındayız.

Bununla birlikte, MÖHUK m.34/5 hükmünün mevcut şekli dikkate alındığında, fer'i bağlanma imkânı bulunmayan ve salt MÖHUK m.37/2 kapsamında görülecek hâller açısından, hukuk seçimine yalnızca haksız fiilin gerçekleşmesinden sonra ve açıkça yapılan hâller (sonraki hukuk seçimi) ile sınırlı olarak imkân tanınacağı söylenebilir. Bu durum, fer'i bağlanma açısından olanaklı görülen "önceki hukuk seçimi" imkânı ile çelişik bir görünüme yol açmaktadır. Ancak, hukuk seçimi imkânının, haksız fiil türleri açısından ve özellikle haksız rekabetten doğan uyumsuzluklar bakımından MÖHUK m.34/5 hükmünün kıyasen uygulanması ile

ancak elde edilebildiği düşünülduğünde, maddenin açık hükmü sebebiyle şu an için fer'i bağlanma imkânı olmayan ve piyasayı da doğrudan etkilemeyen ticari sır ihlâli kaynaklı uyuşmazlıklar bakımından, yalnızca haksız fiilin gerçekleşmesinden sonra gerçekleştirilen hukuk seçimlerine izin verilebileceği sonucu çıkmaktadır.

Özetle, ticari sır ihlâlinin piyasa üzerinde doğrudan etki sahibi olduğu hâller açısından hukuk seçimine izin verilmemesi; buna karşılık diğer tüm ticari sır ihlalleri açısından hukuk seçimine izin verilmesinin daha yerinde olacağı görüşündeyiz. Fer'i bağlama bakımından mümkün görünen önceki ve sonraki hukuk seçimi imkânlarının, piyasa üzerinde etki doğurmayan, fakat fer'i bağlanma imkânı da bulunmayan ticari sır ihlâli kaynaklı uyuşmazlıklar bakımından ise yalnızca sonraki hukuk seçimi ile sınırlı olmaları gerektiği kanısındayız.

B- Uygulanacak Hukukun Belirlenmesi

Ticari sırların ihlâli kaynaklı olup yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıklar bakımından uygulanacak hukukun tespitine ilişkin çerçeve ilkeler oluşturulduktan sonra, bu ilkelerin yukarıda tasnif yaklaşımı başlığı altında yer verilmiş örnek hâller bakımından nasıl bir görünüm kazanacakları belirlenmelidir. Bu hususta yapılacak soyut çıkarımlar neticesinde, uygulanacak hukukun tespitine ilişkin bir modelin ortaya konması mümkün olacaktır. Aşağıda, bu yönde bir model denemesinde bulunulmuştur. Açıklamalar, modelin daha rahat anlaşılabilmesi amacıyla tablolardan faydalanarak somutlaştırılmıştır. Her başlık altında, biri detaylı diğeri özetleyici olmak üzere iki ayrı tabloya yer verilmiştir. Özetleyici tablolar, ilk başta

verilen detaylı tablolardan elde edilebilen çıkarımları "genellemek" üzere ilgili başlıklar altında yer verilen açıklamaların sonunda sunulmuştur.

1) Rakibe Yöneltilecek Talepler Bakımından

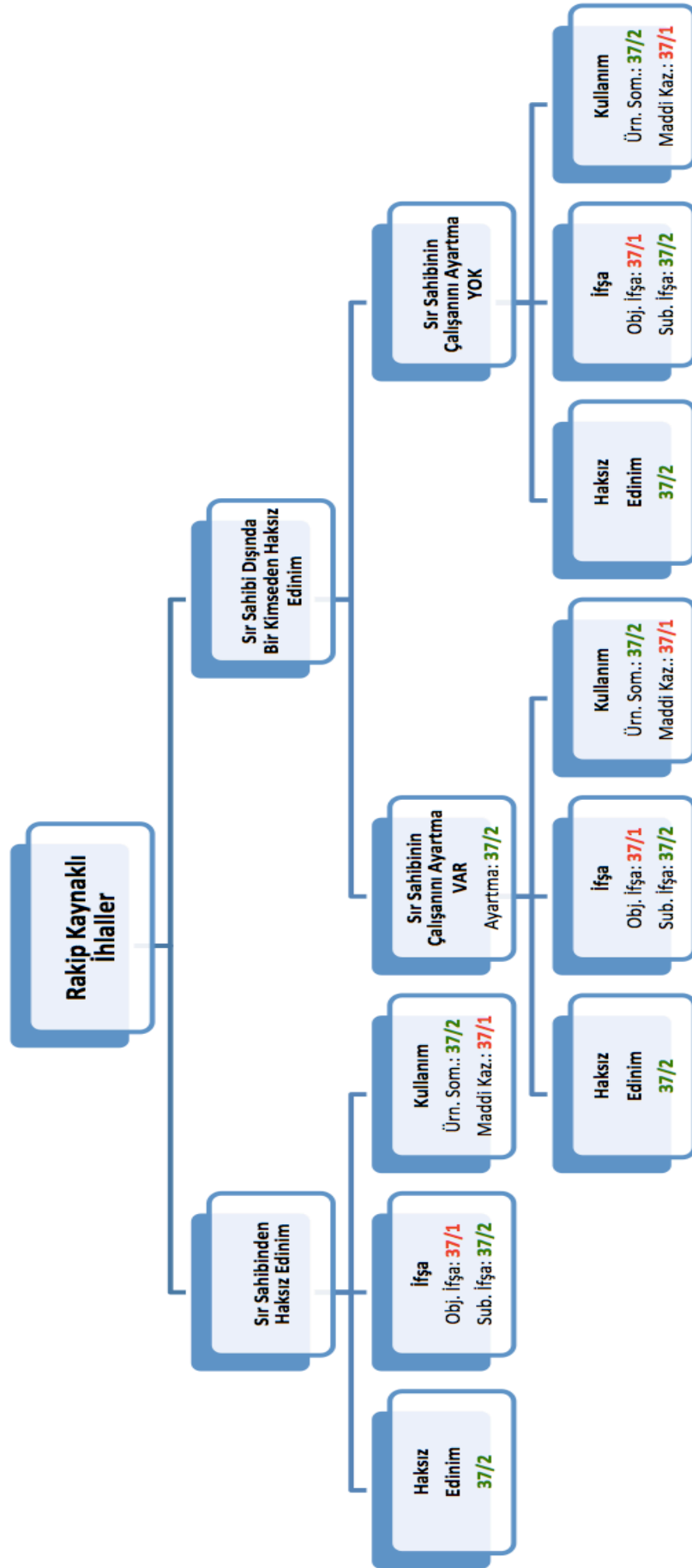
Ticari sırrın, sır sahibinin rakibi tarafından ihlâl edilmesi ve bunun üzerine sır sahibi tarafından rakibe karşı dava açılması durumunda, rakibe yöneltilecek talepler bakımından nasıl bir yol izleneceği belirlenmelidir. Rakip kaynaklı ticari sır ihlâli hâlleri soyut bir tasnife tâbi tutulduklarında (Tablo 1), aşağıdaki çıkarımların yapılabileceğini düşünüyoruz:

1- Olayda, sır sahibinin çalışanı ayartılmış ise, bu konu ticari sır ihlâlinden ayrı olarak ele alınmalı ve ayartma eylemi hakkında MÖHUK m.37/2 hükmü işletilmelidir.

2- Ticari sır, davalı (çalışan veya işbirliği kurulan kimse dışında) tarafından sadece elde edilmiş fakat henüz ifşa edilmemiş yahut kullanılmamış ise, burada "haksız edinim" aşaması söz konusu olacağı için, ticari sır ihlâli hakkında MÖHUK m.37/2 hükmü uyarınca uygulanacak hukuk belirlenmelidir.

3- Ticari sır davalı tarafından ifşa edilmiş ise, ifşanın niteliği yönünden bir ayrıma gidilmeli; subjektif ifşa hâllerinde MÖHUK m.37/2 uygulanmalıdır. Buna karşılık, olayda objektif bir ifşa söz konusu ise, o zaman kanımızca MÖHUK m.37/1 hükmünün uygulanması daha yerinde olacaktır. Yine de, eğer somut olayda henüz bir piyasanın varlığından bahsedilemiyorsa, m.37/2 hükmü işletilecektir.

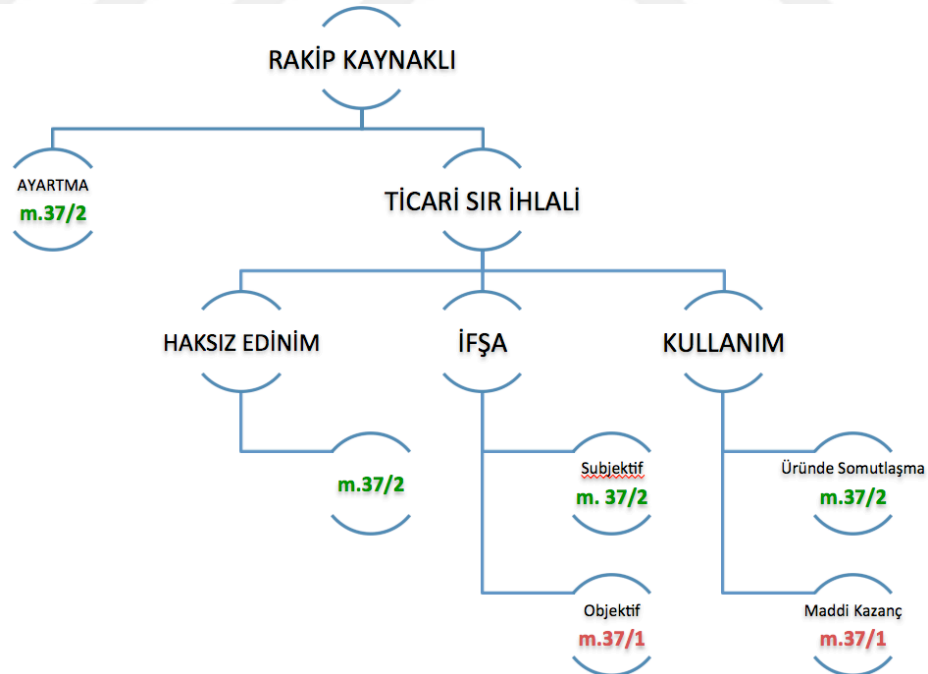
4- Ticari sır davalı tarafından kullanılmış ise, kullanımın niteliğine göre yine ikili bir ayırım yapılmalıdır. Sır konusu bilgi kullanılarak somut bir ürüne vücut verilmeye



Tablo 1

başlanmış yahut somut ürün tamamlanmış ancak henüz piyasaya sürülme vb. yollardan onun üzerinden gelir elde edilmeye başlanmamış ise, MÖHUK m.37/2 hükmü uygulanmalıdır. Buna karşılık, sır konusu üzerinden maddi gelir elde edilmeye başlanmış ise, bu durum er ya da geç sır sahibinin piyasa konumunu etkileyeceğinden, piyasa üzerinde bir etkinin doğduğu kabul edilmeli ve MÖHUK m.37/1 hükmü uygulanmalıdır. Yine de, eğer somut olayda henüz bir piyasanın varlığından bahsedilemiyorsa (örneğin sır sadece bir başkasına lisanslanmış ise) m.37/2 hükmü işletilecektir.

Bu çıkarımları yansıtabilecek şekilde, rakip kaynaklı ihlaller bakımından uygulanacak hukukun tespiti süreci, özet bir tablo (Tablo 2) ile şu şekilde gösterilebilir:



Tablo 2

Modelin bir avantajı, “ayartma suretiyle ticari sırların öğrenilmesi” eyleminde yer alan iki ayrı haksız rekabet hâli (ayartma, ticari sırrın ihlâli) açısından aynı bağlama hükmünün (m.37/2) işletilmesi suretiyle bütünlük sağlıyor olmasıdır. Görüleceği üzere, rakip kaynaklı ticari sır ihlâllerinde, davalı konumunda bulunan kimseye karşı yöneltilecek iddialar bakımından, taraflar arasında önceden beri süregelen ve fer’i bağlanma imkânını gündeme getirebilecek bir hukuki ilişki bulunmamaktadır. Böyle bir hukuki ilişkinin bulunduğu hâllerde ise, soyutlaştırma zaten bu başlık altında değil, aşağıda değinilen diğer başlıklar altında ele alınmaya elverişli olacaktır.

2) Çalışana / Eski Çalışana Yöneltilcek Talepler Bakımından

Sır sahibinin çalışanı / eski çalışanı kaynaklı ticari sır ihlâlleri, soyut bir kategorizasyona tâbi tutulduklarında (Tablo 3) aşağıdaki çıkarımların yapılabileceğini düşünüyoruz:

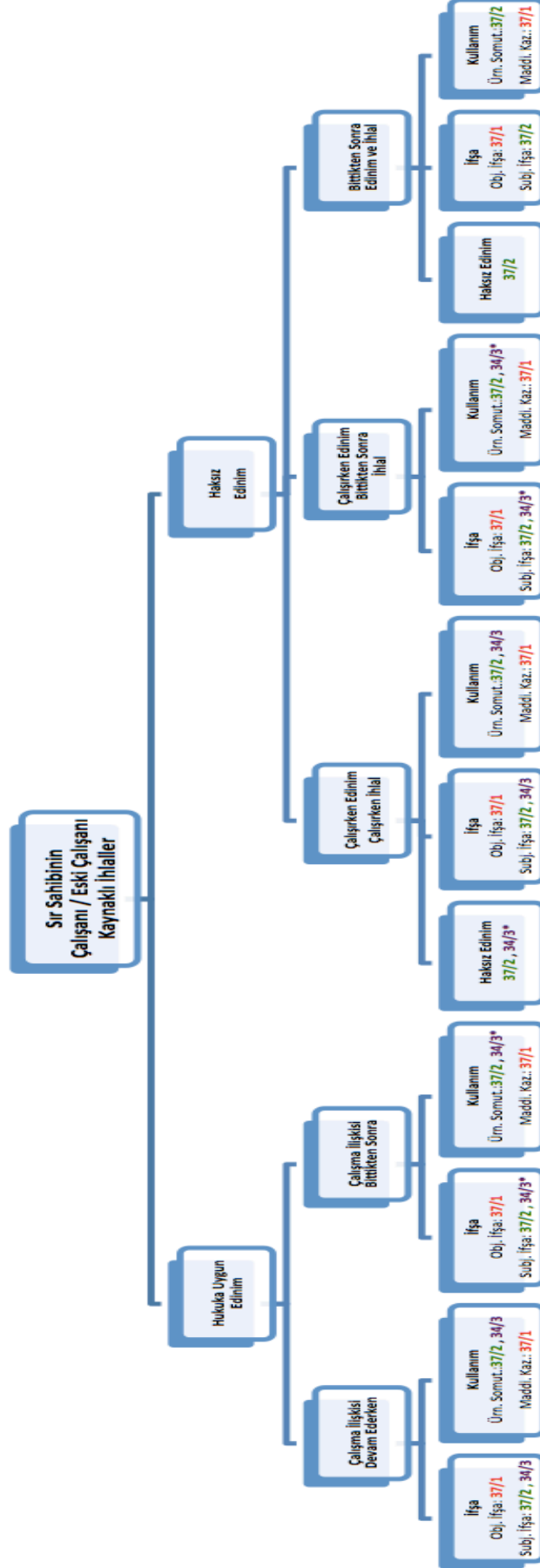
1- Çalışanın / eski çalışanın, sır sahibinin izni doğrultusunda sırra erişim hâlinde bulunduğu durumlar açısından, edinim hukuka uygun kabul edileceğinden; böyle hâllerde, o sır bakımından "haksız edinim"den bahsedilmesi teorik olarak mümkün değildir. Buna karşılık çalışan, sır sahibinin açıkça erişilmesini yasakladığı veya çalışan tarafından erişilmesini genel olarak arzu etmediği bir ticari sırra onun izni olmaksızın erişmiş ise, o zaman haksız edinimden bahsedilecektir. Böyle bir durumda fer’i bağlanma imkânını işletmenin yerinde olacağı kanısındayız. Fakat, iş ilişkisinin sona ermesinin ardından gerçekleştirilecek bir haksız edinim hâlinde, fer’i bağlanmaya izin verilmemelidir. Zira, bu örnekte, taraflar arasında sırrı korumaya

yönelik olup önceki ilişkiden kalan birtakım sözleşmeler (gizlilik anlaşması vb.) hâlen yürürlükte olsalar dahi, bunlar esasen önceki ilişki devam ederken öğrenilen sırları kapsadıklarından, burada esas alınamazlar kanısındayız. Burada, eylemde bulunan kişi, bir üst başlıkta değinilen "rakibin haksız edinimi" hâline benzer bir konumda yer almaktadır.

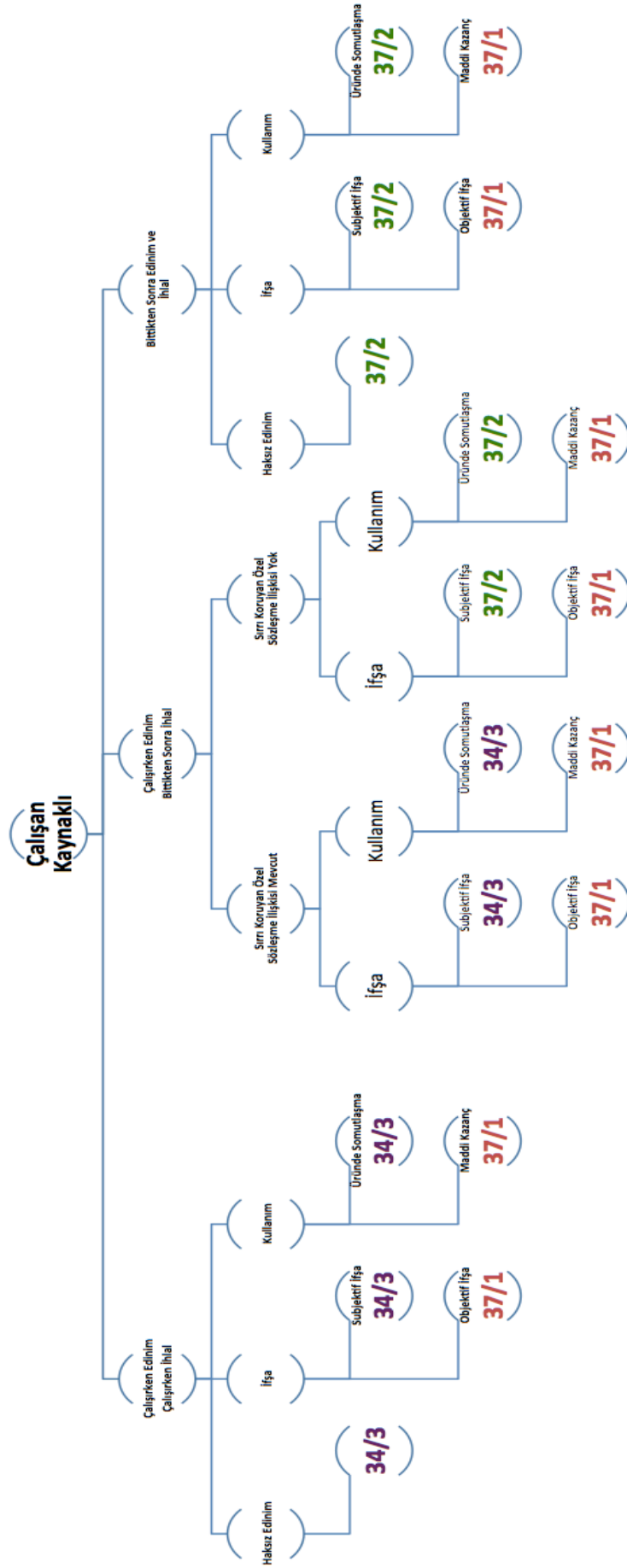
2- Sır sahibinin çalışanı / eski çalışanı kaynaklı ticari sır ihlalleri içerisinde, objektif nitelikte ifşalar bakımından MÖHUK m.37/1 hükmü uygulanmalıdır. Subjektif ifşalar açısından ise, ticari sırrı koruyucu özel bir düzenlemenin, yahut sadakat yükümünün olayda bulunup bulunmayışına göre fer'i bağlanma yoluna gidilmesi mümkün kabul edilmelidir. Çalışma ilişkisi devam ederken gerçekleşen ifşalar açısından, fer'i bağlanma yolunun izlenmesi yerinde olacaktır. Çalışma ilişkisi bittikten sonra gerçekleşmiş ifşalar bakımından dahi, eğer sırrı koruyucu özel bir sözleşme ilişkisi (gizlilik anlaşması, rekabet yasağı vb.) hâlen taraflar arasında yürürlükte ise, o zaman bu özel sözleşmeyi idare eden statüye fer'i olarak bağlanılabileceği kanısındayız.

3- Sırrın, vaktiyle sır sahibi yanında çalışmış bir kimse tarafından, çalışma ilişkisi sona erdikten sonra haksız edinilip ihlâl edilmesi hâli dışarıda bırakılacak olursa; fer'i bağlanma yolu, çalışan / eski çalışan kaynaklı ticari sır ihlalleri açısından mümkün görülmelidir. Hariç tutulan hâlde ise, sözleşme statüsüne bağlanması yerinde olmayacaktır zira burada haksız rekabet eylemi ile aynı anda ihlâl edilen bir sözleşme bulunmamaktadır.

Bu çıkarımları yansıtabilecek şekilde, çalışan / eski çalışan kaynaklı ihlaller bakımından uygulanacak hukukun tespiti sürecinin, bir sonraki sayfada verilen Tablo 4 ile özetlenebileceğini düşünüyoruz.



Tablo 3



Tablo 4

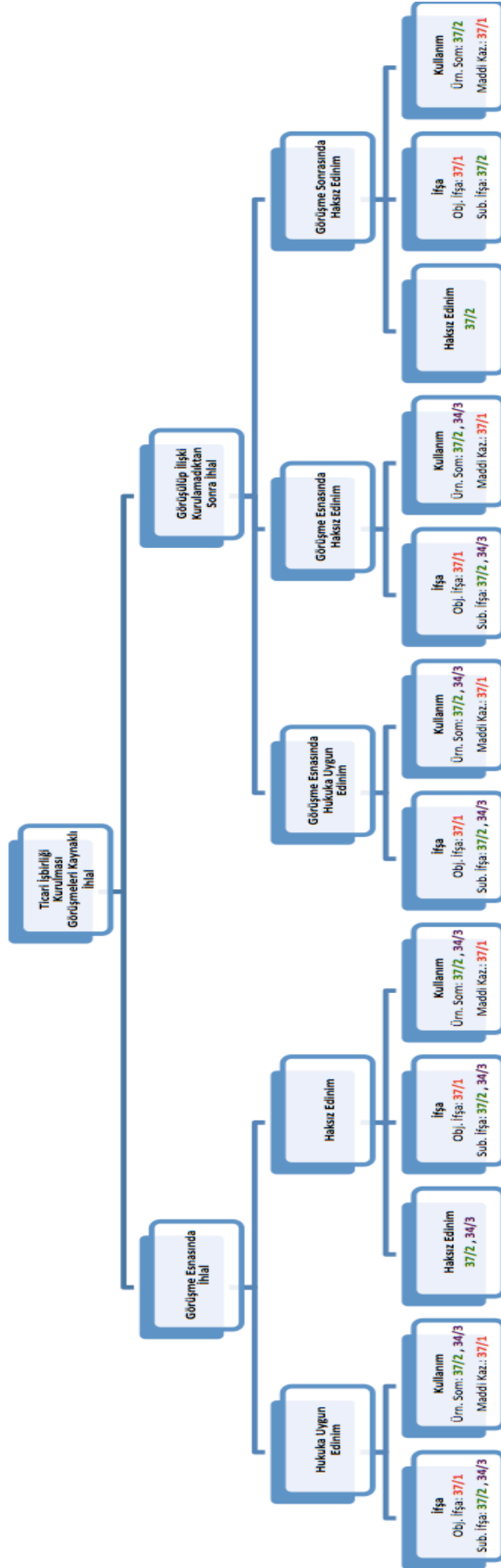
Maddi kazanç ve objektif ifşa aşamalarının MÖHUK m.37/1 hükmüne tâbi tutulmaları yerinde olacaktır. Bununla birlikte, eğer somut olayda henüz bir piyasanın var olduğundan bahsedilemiyor ise, m.37/1 hükmünün uygulanması mümkün olamayacağından, m.37/2 hükmünün işletilmesi gerekecektir. Bu ihtimâlde ise, netice olarak m.37/2 hükmünün uygulanacak olmasından ötürü fer'i bağlanma imkânının ne ölçüde gündeme gelebileceği merak edilebilir. Kanımızca, bu şekilde zorunluluk eseri ikinci fıkra hükmünün uygulandığı hâller açısından, aynı ihlâl dalını paylaşan somut ihlâl hâlleri açısından önerilen yaklaşımın benimsenmesi mümkün olmalıdır. Tablo 4 üzerinde bu durumu örneklemek gerekirse, mor renk ile gösterilen ve fer'i bağlanmanın önerildiği hâller ile aynı ihlâl dalını paylaşan objektif ifşa veya maddi kazanç hâlleri açısından, bu imkâna izin vermek yerinde olacaktır. Buna karşılık, yeşil renk ile gösterilen ve m.37/2'nin uygulanmasını öngören hâller ile aynı dalı paylaşan hâller açısından fer'i bağlanma imkânına izin verilmemesi gerektiğini düşünmekteyiz.

3) İşbirliğinde Bulunulan Kişiyne Yöneltilcek Talepler Bakımından

a) İşbirliği Görüşmeleri Kaynaklı İhlâllerde

Ticari işbirliği kurulmasına yönelik görüşmeler kaynaklı ticari sır ihlâlleri, soyut bir kategorizasyona tâbi tutulduklarında (Tablo 5), aşağıdaki çıkarımların yapılabileceğini düşünüyoruz:

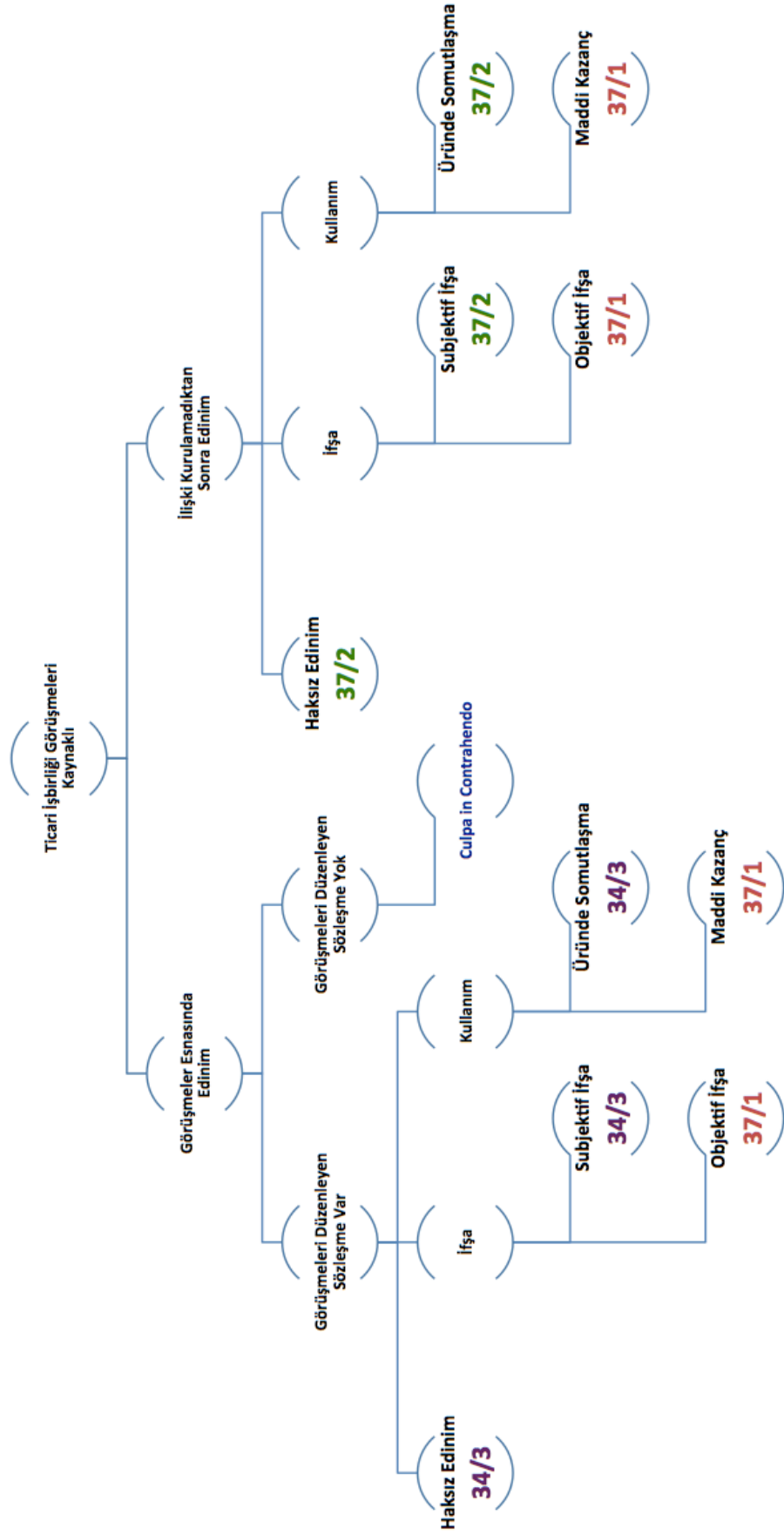
1- Haksız edinim ve diğer ihlâllerin "işbirliği kurulmasına yönelik görüşmeler esnasında" gerçekleştirildiği hâller bakımından, olayda sıklıkla söz konusu görüşmeleri düzenleyici fonksiyon üstlenen bir sözleşme ilişkisinin bulunacağı



Tablo 5

öngörülebilir. Kanımızca, görüşmede bulunan taraflar arasında böyle bir sözleşme mevcut ve bu sözleşme içerisinde sırrın korunmasına ilişkin hükümler bulunmakta ise, anılan sözleşmeyi idare eden hukuka fer'i bağlanması yerinde olacaktır. Böyle bir sözleşme mevcut, fakat sırrı koruyucu özel hükümler ihtiva etmiyor ise, yine de sözleşmeden doğan güven ilişkisine (sadakat borcuna) aykırı olunacağından bahisle sözleşme statüsüne fer'i bağlanması gündeme gelebilir. Aynı durum, görüşmeler esnasında elde edilen, fakat ilişki kurulamadıktan sonra gerçekleştirilen ihlaller bakımından da kabul edilebilir. Ancak, bu ikinci grup hâlde, eğer olayda bir sözleşmenin varlığı saptanamıyorsa, o zaman *culpa in contrahendo* doktrini esas alınarak sorumluluğun kaynağı ve bu doğrultuda uygulanacak hukukun tespiti yoluna gidilmesi düşünülebilir. Eğer bu doktrin ışığında, uyuşmazlığın sözleşmesel vasıflandırması benimsenmekte ise, fer'i bağlanmaya gidilmesi yerinde olacaktır.

2- İşbirliği ilişkisi kurulamadan görüşmelerin sonlanmasını takiben gerçekleştirilen ihlaller açısından ise, fer'i bağlanmaya izin verilmemesi gerektiği kanaatindeyiz. Zira böyle hâllerde, görüşmeler esnasında mevcut olan bir sözleşmeye dikkat çekilebilecek olsa dahi, bu sözleşme, görüşmeler ile sınırlı olarak sırrların korunmasını amaçlamış olacağından, görüşmelerin sonlanmasının ardından gerçekleşebilecek haksız edinimlerden kaynaklanan diğer ihlaller bakımından esas alınmamalıdır. Dolayısıyla burada, MÖHUK m.37/2 hükmü haksız edinim için esas alınmalıdır. Aynı mantık, ifşa ve kullanım aşamaları bakımından da işletildiğinde, subjektif ifşa açısından MÖHUK m.37/2; objektif ifşa açısından MÖHUK m.37/1; üründe somutlaşma bakımından MÖHUK m.37/2 ve maddi kazanç aşaması bakımından MÖHUK m.37/1 hükümlerinin uygulama alanı bulacakları sonucuna ulaşılabilir.



Tablo 6

Bu çıkarımları yansıtacak şekilde, işbirliği görüşmeleri kaynaklı ihlaller bakımından uygulanacak hukukun tespiti sürecinin yukarıda sunulmuş Tablo 6 ile özetlenebileceğini düşünüyoruz.

b) Kurulmuş İşbirliği İlişkileri Kaynaklı İhlâllerde

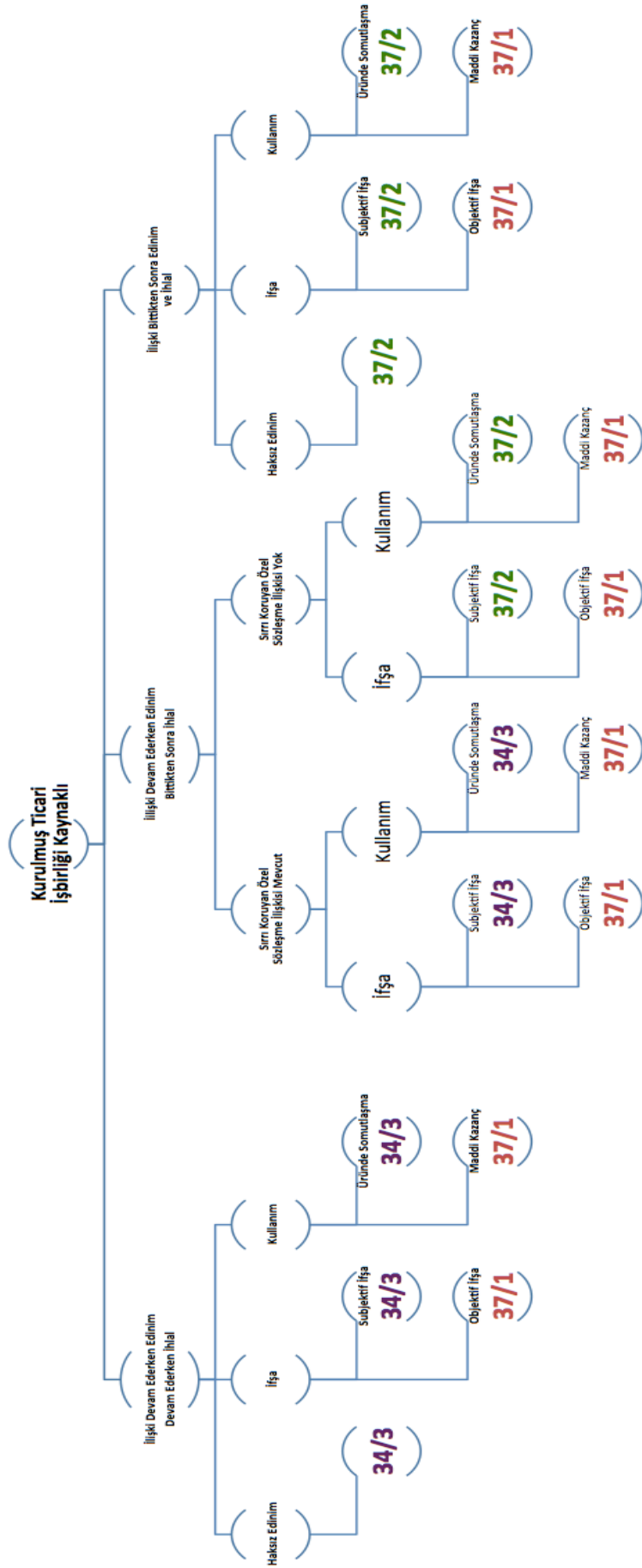
Kurulmuş işbirliği ilişkileri kaynaklı ticari sır ihlalleri, soyut kategorizasyona tâbi tutulduklarında (Tablo 7), aşağıdaki çıkarımların yapılabileceğini düşünüyoruz:

1- Bu hâllerde, asıl ilişkiyi kuran bir sözleşmenin, hatta olaya göre belki de ticari sırrın korunmasına ilişkin özel hükümler barındıran başka sözleşmelerin varlığından bahsedilmesi mümkündür. Ticari sırrı özel olarak koruyan sözleşme hangisi ise, fer'i bağlanma açısından onun esas alınması yerinde olacaktır. Eğer böyle bir sözleşme yoksa, temel sözleşmeyi idare eden hukuka fer'i olarak bağlanılabilir.

2- İlişki devam ederken edinilmiş, fakat ilişki sona erdikten sonra ihlâl edilmiş ticari sırlar bakımından ise, sırrı ihlâl eden ile sır sahibi arasında söz konusu sırrın korunmasına ilişkin hükümler barındıran bir sözleşmenin hâlen yürürlükte olup olmadığı hususu incelenerek fer'i bağlanma meselesi açıklığa kavuşturulmalıdır. Kanımızca, olayda böyle bir sözleşme yok, sadece ana ilişkiyi kuran sözleşme mevcut fakat o da sona ermiş ise, fer'i bağlanma yapılamaz. Böyle hâllerde MÖHUK m.37/2 hükmü uygulanmalıdır. Buna karşılık, taraflar arasında sırrın korunmasına ilişkin bir gizlilik anlaşması vb. özel sözleşme (veya ana sözleşme içinde kayıt şeklinde olup hâlen yürürlüğü devam eden bir düzenleme) mevcut ve yürürlükte ise, ihlâl eylemi, aynı zamanda bu sözleşmeye de aykırılık niteliği taşıyacağından söz konusu sözleşmeye fer'i olarak bağlanması yerinde olacaktır.



Tablo 7



Tablo 8

İlişkinin sona ermesinin ardından edinilmiş ve ihlâl edilmiş ticari sırların durumunda ise; haksız edinime, subjektif ifşaya ve üründe somutlaşmaya MÖHUK m.37/2 hükmünün tatbik edilmesi yerinde olacaktır. Bu gibi hâllerde fer'i bağlanmaya yer yoktur çünkü ortada ihlâl edilen bir sözleşme mevcut değildir.

4- Kurulmuş işbirliği ilişkileri kaynaklı ticari sır ihlâli hâllerinin hepsi açısından, sırrı objektif ifşa eden veya ondan maddi kazanç elde eden kimseye yöneltilecek talepler açısından MÖHUK m.37/1 hükmünü esas almanın doğru olacağı kanısındayız. Yine de, eğer somut olayda henüz bir piyasanın var olmadığından bahsedilmekte ise, m.37/1 hükmünün uygulanması mümkün olamayacağından, m.37/2 hükmü işletilecektir.

Bu çıkarımları yansıtabilecek şekilde, kurulmuş işbirliği ilişkileri kaynaklı ihlâller bakımından uygulanacak hukukun tespiti sürecinin ise, yukarıda sunulmuş Tablo 8 ile özetlenebileceğini düşünüyoruz.

C- Modelin Uygulanması

Yabancılik unsurunun somut olayda var olduğuna kanaat getiren ve MÖHUK m.37'ye ulaşan bir mahkemenin, önündeki uyuşmazlık bakımından bu çalışmada sunulan modeli izlemek istediğinde öncelikle dikkat etmesi gereken husus; farklı davalılar ve haksız rekabet hâlleri yönünden talepleri ayrı ayrı ele alıp değerlendirmek olmalıdır. Bu ayırım yapıldıktan sonra, ikinci olarak, her bir değerlendirme açısından ihlâl aşamalarına ve ihlâl kaynaklarına ilişkin tasnifler içerisinde davalıları somutlaştırması gerekecektir. Son olarak ise, ihlâl eylemi açısından en uygun düşen MÖHUK hükmünü uygulayarak tespit sürecini

tamamlayacaktır. Aşağıda, bu değerlendirme yönteminin uygulanışı, verilmiş bulunan iki varsayımsal örnek üzerinde gösterilmiştir.

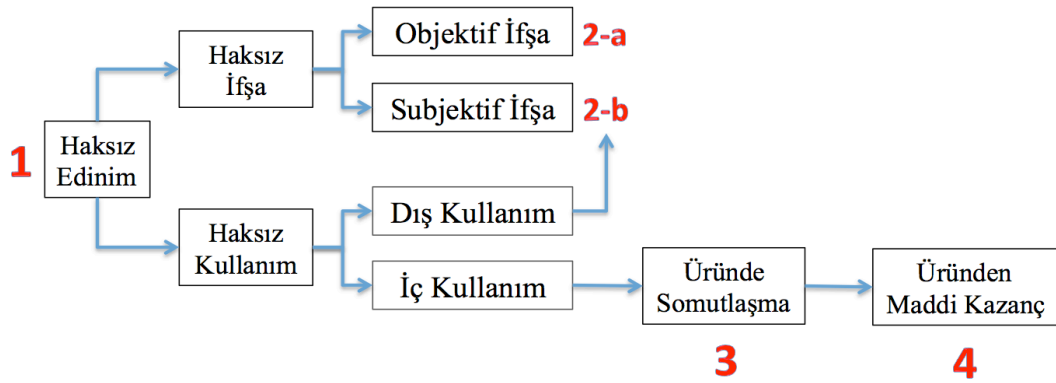
1) Örnek-1

“İleri düzey teknoloji ürünlerinin geliştirilmesi ve üretimi alanında faaliyet gösteren ve idare merkezi Almanya’da bulunan Alman şirketi A bünyesinde uzun yıllardan beri mühendis olarak çalışan B, idare merkezi Türkiye’de bulunan Türk şirketi T tarafından kendisine daha iyi ekonomik olanaklar sunulacağı vaadiyle ayartılmıştır. B, eski işvereni A’nın yanından ayrılarak T firmasının organizasyonuna katılmış ve orada A’nın yanındayken kullanmakta olduğu birtakım ticari sırlardan faydalanmaya devam ederek (sırların korunmasına dair bir gizlilik anlaşmasına taraf olduğu hâlde) yeni bir ürün geliştirmeye başlamıştır. Ürün geliştirme süreci henüz tamamlanmamış iken A, haksız rekabet iddiasıyla Türk mahkemesinde B ve T aleyhine dava açmıştır. Olayda yabancılık unsurunun var olduğu kabul edilmiş, böylelikle MÖHUK hükümlerinin uygulanması gündeme gelmiş, yapılan vasıflandırma sonucunda ise uyuşmazlığın esasen haksız rekabet iddiasından dayanak aldığı sonucuna varılarak m.37’ye ulaşılmıştır.”

Burada öncelikle farklı davalılar ve farklı haksız rekabet hâlleri açısından talepler ayrıştırıldığında, B ve T’nin davalı konumunda yer aldıkları ve olayda iki ayrı haksız rekabet eyleminin (çalışanların ayartılması ve ticari sır ihlâli) varlığına rastlandığı görülmektedir.

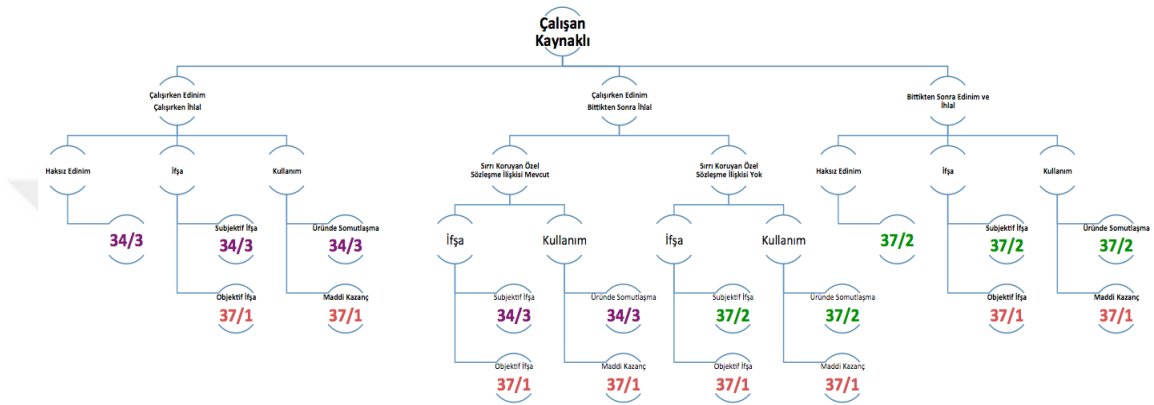
B’ye Yöneltilen İddia Bakımından: İhlal aşamasına ilişkin bir değerlendirme yapıldığında, acaba B’nin eylemi hangi aşamada görülecektir? Burada, B’nin ticari

sırrı haksız edindiğinden bahsedilemeyecektir, çünkü söz konusu sırrı eski işverenin bilgisi ve izni dahilinde edinmiştir. Geriye, ifşa ve kullanım aşamaları kalmaktadır. B, burada sırrı toplumun geneliyle değil, A'nın rakibi konumundaki T ile paylaşmıştır. Dolayısıyla, ifşası “subjektif” niteliktedir. B, söz konusu sırrı bir ürün geliştirmek amacıyla de kullanmakta, ancak bu kullanımı kendi rekabetçi pozisyonunu iyileştirmek için değil, yanında çalıştığı kimsenin menfaati için yapmaktadır. Dolayısıyla, buradaki kullanımı bir “dış kullanım” niteliğindedir ve bu yüzden “subjektif ifşa” ile aynı sonucu doğurduğu kabul edilmelidir. B'nin ihlâl eyleminin, maddi kazanç aşamasında olduğu da ileri sürülemeyecektir zira bu aşama, dış kullanım hâlleri açısından görülebilen bir aşama olmayıp yalnızca iç kullanımda bulunan kimse açısından rastlanabilecek niteliktedir. Şu hâlde, B açısından olayda var olduğu öne sürülebilecek ihlâl eylemi, yalnızca “subjektif ifşa” olarak tespit edilecektir.



İhlâl kaynağına ilişkin bir değerlendirme yapıldığında, B'nin durumu, “sır sahibinin eski çalışanı kaynaklı ihlâller” kategorisine dahil olmaktadır. Bu kategori altında özele inildiğinde ise, “çalışma ilişkisi devam ederken hukuka uygun olarak edinilmiş bir ticari sırrın, çalışma ilişkisi bittikten sonra, sırrı koruyan özel bir sözleşme hükmünün varlığına rağmen ihlâl edilmesi” hâli söz konusudur. Böyle

hâller açısından bir “subjektif ihlâl” gerçekleştiğinde uygulanması öngörülen MÖHUK hükmü, savunduğumuz modele göre m.34/3 olduğundan; gizlilik anlaşmasını idare eden hukuka fer’i olarak bağlanması ve o sözleşme statüsüne somut olaydaki haksız fiil bakımından da idare gücü tanınması suretiyle, uygulanacak hukukun tespiti meselesi B açısından çözülmüş olacaktır.



Tablo 4

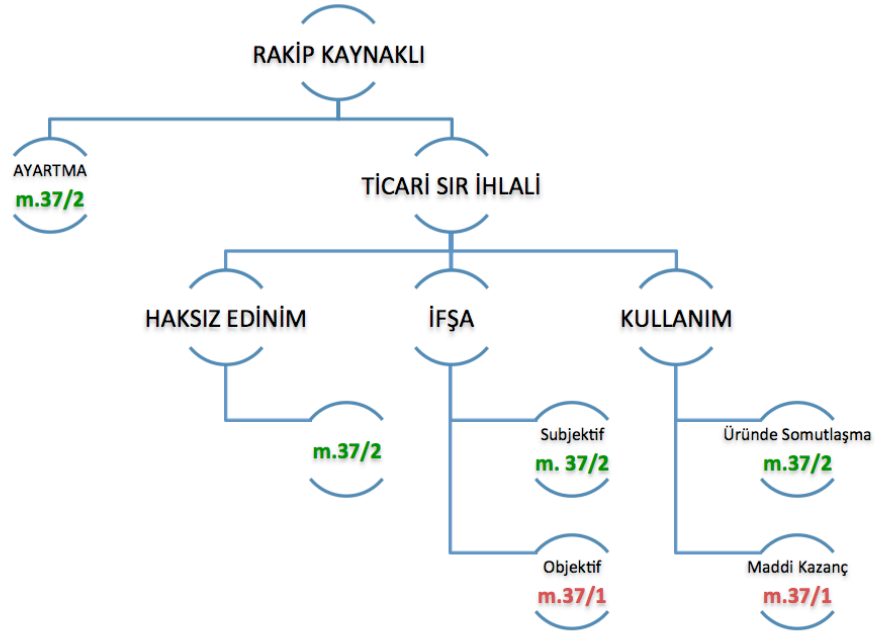
T’ye Yöneltilen İddia Bakımından: T’nin gerçekleştirdiği iddia edilen iki ayrı haksız rekabet eylemi bulunmaktadır. Bunlardan ilki “çalışanların ayartılması”, ikincisi ise “ticari sırların ihlâli”dir. Dolayısıyla, bu iki hâl birbirlerinden ayrı değerlendirmelidir. Çalışmamızda, ayartma eyleminden doğacak taleplere uygulanacak hukukun MÖHUK m.37/2 hükmü çerçevesinde tespit edilmesi önerilmiştir.

Ticari sır ihlâli iddiası açısından ise, öncelikle ihlâl aşamasına ilişkin bir değerlendirme yapılması gerekecektir. Bu değerlendirme yapıldığında, T’nin söz konusu gizli bilgiyi sır sahibinin bilgisi ve izni olmaksızın B’den elde etmiş olduğu görülecektir. Bu durum ise, “haksız edinim” aşamasının T bakımından gerçekleştiği

anlamına gelmektedir. Ancak, T'nin gerçekleştirdiği ihlâlin yalnızca haksız edinim aşaması ile sınırlı olup olmadığı sorusuna da yanıt verilmelidir. Bu sebeple, ifşa ve kullanım aşamalarına da bakılmalıdır. Olayda, bir ürün geliştirme çalışması mevcuttur. Böyle bir sürecin birden fazla kimsenin katılımı ile gerçeklik kazanabileceği kabul edilirse ve bu kimselerin en azından birkaçının söz konusu sırra erişim hâlinde çalışmakta oldukları biliniyorsa, T'nin, kendisi için çalışan bu kimseler ile sırrı paylaştığı, bir başka deyişle, haksız edinim yanında “subjektif ifşa” eylemini de gerçekleştirdiğinden bahsedilecektir. T, söz konusu sırrı kendi rekabetçi pozisyonunu geliştirmek amacıyla bir ürünün geliştirilmesinde kullanmaya başlamış ancak henüz bu süreç tamamlanmadan dava açılmıştır. Bu sebeple, “üründe somutlaşma” aşamasına geçilmiş olduğu kabul edilmelidir. Fakat, ürün henüz tamamlanmamış olduğu için, bu üründen piyasaya sürülmek vb. yollar ile elde edilmesi muhtemel bir "maddi kazanç" da henüz söz konusu değildir. Dolayısıyla, “maddi kazanç” aşaması olayda mevcut değildir. Şu hâlde, T açısından gerçekleşen aşamalar, "haksız edinim", "subjektif ifşa" ve "üründe somutlaşma" şeklinde gözükmektedir. Çerçeve ilkelerde benimsendiği üzere, birden fazla ihlâl hâlinin aynı olayda mevcut bulunduğu durumlarda, zamansal olarak daha ileride bulunan aşama esas alınacak olursa, ihlâl uygulanacak hukukun tespiti meselesi “üründe somutlaşma” üzerinden değerlendirilecektir.

İhlal kaynağına ilişkin bir değerlendirme yapıldığında, T'nin durumu, “sır sahibinin rakibi kaynaklı ihlâller” kategorisine dahil olmaktadır. Bu kategori altında özele inildiğinde ise, “sır sahibinin eski çalışanı konumundaki bir kimseden haksız olarak edinilmiş ticari sırrın ihlâl edilmesi” hâli söz konusudur.

Böyle hâller açısından bir “üründe somutlaşma” gerçekleştiğinde uygulanması öngörülen MÖHUK hükmü, önerdiğimiz modele göre 37/2 olduğundan, ticari sır ihlâlinden kaynaklanan ve T’ye yöneltilmiş bulunan talepler bakımından uygulanacak hukukun tespiti meselesi, bu hükme göre çözülecektir.



Tablo 2

b) Örnek-2

“Amerika Birleşik Devletleri’nin California Eyaleti’nde kurulu bulunan ve idare merkezi de aynı yerde olan A şirketi, sentetik boya üretimi alanında faaliyet göstermekte ve ürünlerini pek çok ülke piyasasında satışa sunmaktadır. Türkiye piyasasına da giriş yapmak isteyen A, kendisi de boya üretimi alanında faaliyet gösteren ve idare merkezi Türkiye’de bulunan T şirketi ile temasa geçerek, Türkiye’de ortaklaşa kurabilecekleri bir ar-ge tesisi fikri üzerine görüşmelerde bulunmak istediğini belirtmiştir. T’nin bu teklifi olumlu karşılaması üzerine iki

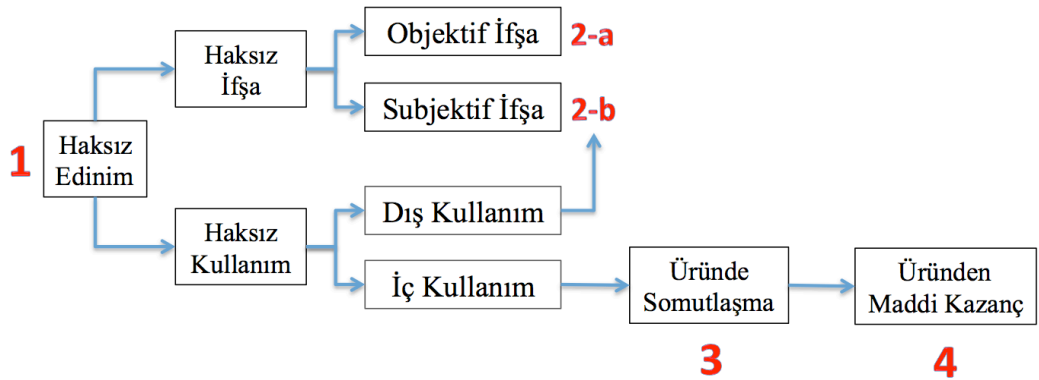
şirketin temsilcileri Türkiye’de bir araya gelmişler ve böyle bir yatırımın şu anki Türkiye piyasası koşullarında ne ölçüde kâr getirebileceği hususunda özellikle T şirketinin görüşleri çerçevesinde birtakım değerlendirmelerde bulunmuşlardır. Ancak bir müddet sonra A, görüşmeleri olumsuz şekilde sonlandırmış ve projeden vazgeçtiğini T’ye bildirmiştir.

T bir süre sonra, A’nın, aynı projeyi yine Türkiye piyasasında faaliyet gösteren ve idare merkezi Türkiye’de bulunan Türk şirketi R ile gerçekleştirmek yönünde bir uzlaşmaya vardığını öğrenmiştir. T, projeye henüz başlanmamış iken onun detaylarına vakıf olduğunda, A ve R’nin bu yatırım kararını almalarında, daha önce A’nın T ile yapmış olduğu görüşmeler esnasında T’nin gizlilik kaydıyla (gizlilik anlaşması yaparak) paylaştığı birtakım ticari sırların önemli rol oynadıklarını fark etmiştir. Bunun üzerine T, Türk mahkemesinde A ve R aleyhine ticari sır ihlâli iddiasıyla dava açmıştır.”

Burada, salt ticari işbirliği görüşmelerinin sonlanması nedeniyle T’nin uğramış olabileceği zararların, ticari sır ihlâli iddiasından ayrı olarak ele alınmaları gerekmektedir. Konumuz bakımından, salt sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk (*culpa in contrahendo*) incelenmeyecek, sadece varlığı iddia edilen ticari sır ihlâli açısından değerlendirmelerde bulunulacaktır. Farklı davalılar açısından talepler ayrıştırıldığında, A ve R’nin davalı konumunda yer aldıkları görülmektedir.

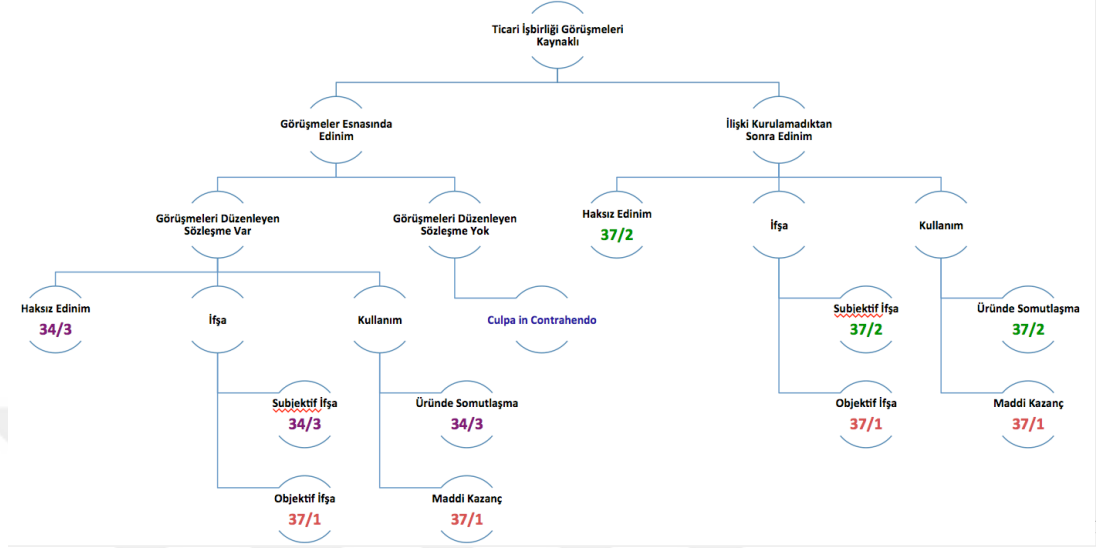
A’ya Yöneltilen İddia Bakımından: İhlal aşamasına ilişkin bir değerlendirme yapıldığında, acaba A’nin eylemi hangi aşamada görülecektir? Burada, A’nin ticari sırları haksız edindiğinden bahsetmek mümkün değildir, zira söz konusu sırlar T ile yaptığı görüşmelerde bizzat T tarafından kendisi ile paylaşılmıştır. Geriye, ifşa ve kullanım aşamaları kalmaktadır. Bu olayda bir ifşa var ise, sırrın toplumun geneliyle

değil, olsa olsa T'nin rakibi konumundaki R ile paylaşılmış olduğundan bahsedilebileceği için, ifşanın “subjektif” nitelikte olduğu sonucuna varılacaktır. A, söz konusu sırları kendi rekabetçi pozisyonunu geliştirmek amacıyla kullanmak istediği için, bir “iç kullanım” durumunun oluşup oluşmadığı da incelenmelidir. A'nın, yeni ortağı R ile arasındaki ilişkinin doğası gereği, olayda bir "üründe somutlaşma" durumu mevcut değildir. Benzer şekilde, her ne kadar bu yeni proje hayata geçirilmiş olsa idi "maddi kazanç" aşamasının varlığından bahsedilecek idiyse de, olayın mevcut hâli açısından bu aşamadan bahsedilmesi de mümkün değildir. Şu hâlde, A açısından olayda var olduğu öne sürülebilecek ihlâl eylemi, yalnızca “subjektif ifşa” olarak tespit edilecektir.



İhlâl kaynağına ilişkin bir değerlendirme yapıldığında, A'nın durumu, “sır sahibi ile ticari işbirliği ilişkisi kaynaklı ihlâller” kategorisine dahil olmaktadır. Bu kategori altında özele inildiğinde ise, “görüşmeler esnasında hukuka uygun olarak edinilmiş ticari sırrın, görüşmelerin olumsuz biçimde sonlanmasının ardından ihlâlî” durumu söz konusudur. Böyle hâller açısından bir “subjektif ihlâl” gerçekleştiğinde uygulanması öngörülen MÖHUK hükmü, önerdiğimiz modele göre 34/3 olduğundan, gizlilik anlaşmasını idare eden hukuka fer'i olarak bağlanması ve o

sözleşme statüsüne somut olaydaki haksız fiil bakımından da idare gücü tanınarak uygulanacak hukukun tespiti meselesi A açısından çözülmüş olacaktır.



Tablo 6

R'ye Yöneltilen İddia Bakımından: R bakımından olayda yabancılik unsuru gerçekleşmediği için kendisine yöneltilen iddia bakımından Türk Hukuku'nda yer alan maddi hukuk kuralları uygulama alanı bulacaklardır. Yine de, sırf modelin uygulanışını göstermek amacıyla ihlâl aşamalarına ve ihlâl kaynaklarına ilişkin bir değerlendirme yapılabilir.

Böyle bir değerlendirme yapıldığında, R'nin söz konusu gizli bilgiyi sır sahibi olan T'nin bilgisi ve izni olmaksızın A'dan elde etmiş olduğu görülecektir. Bu durum ise “haksız edinim” aşamasının R bakımından gerçekleştiği anlamına gelmektedir. Ancak, R'nin gerçekleştirdiği ihlâlin yalnızca haksız edinim aşaması ile sınırlı olup olmadığı sorusuna da yanıt verilmelidir. Bu sebeple, ifşa ve kullanım aşamalarına da bakılmalıdır. Başlanmak istenen projenin ticari sırlardan

faydalanacağı kısımlar açısından R'nin bünyesinde çalışan kimselerin en azından birkaçı söz konusu sırra erişim hâlinde ise, R'nin, kendisi için çalışan bu kimseler ile sırrı paylaştığı, bir başka deyişle, haksız edinim yanında “subjektif ifşa” eylemini de gerçekleştirdiğinden bahsedilecektir. Olayda, bir ürün geliştirme çalışması mevcut olmadığı için⁸⁰⁰, somutlaşacak bir üründen bahsedilmesi de mümkün değildir. Benzer şekilde “maddi kazanç” aşamasına da henüz geçilmemiştir. Şu hâlde, R açısından gerçekleşen aşamalar, "haksız edinim" ve "subjektif ifşa" şeklinde gözükmektedir. Çerçeve ilkelerde benimsendiği üzere zamansal olarak daha ilerideki aşama esas alındığında, ihlâl uygulanacak hukukun tespiti meselesi “subjektif ifşa” aşaması üzerinden ele alınabilir.

İhlal kaynağına ilişkin bir değerlendirme yapıldığında, R'nin durumu, “sır sahibinin rakibi kaynaklı ihlâller” kategorisine dahil olmaktadır. Bu kategori altında öze inildiğinde ise, “sır sahibinin çalışanı/eski çalışanı konumunda olmayan bir kimseden haksız olarak edinilmiş ticari sırrın ihlâl edilmesi” hâli söz konusudur.

⁸⁰⁰ Öte yandan, söz konusu işbirliği başlamış olsaydı, bunun bir ürün geliştirme olarak nitelenip nitelenemeyeceği tartışılabilir. Kanımızca böyle bir hâlde ürün geliştirme aşaması oluşmuş sayılabilir.

SONUÇ

Türk maddi hukukunda, "ticari sır" kavramına ilişkin gelişmiş bir hukuk uygulaması mevcut değildir. Konu, monografik düzeyde incelenme noktasına az sayıda eser yönünden ancak erişebilmiş; yine, konu hakkında yazılan makaleler sayıca sınırlı kalmıştır. Anılan eserlerde, ticari sır kavramının "zorunlu unsurları"na bir sistematik dahilinde yer verilmiş, ancak ticari sırrın "ihlâli"nden bahsedebilmek için olayda varlığı aranacak şartlar bakımından aynı yaklaşım sergilenmemiştir.

Ticari sır niteliğinin ortaya çıkabilmesi için genel olarak varlığı aranan dört zorunlu unsurdan bahsetmek mümkündür. Ticari sır, özü itibariyle bir "bilgi" niteliğinde olmak durumundadır. Sır sahibinin rakipleri tarafından öğrenilmeleri hâlinde sır sahibi açısından gerçek ve ciddi bir zarar meydana getirmeye elverişli her tür bilgi, ticari sır olarak kabul edilmeye elverişlidir. Bir diğer unsur, söz konusu bilginin henüz toplumun geneli tarafından bilinmiyor olması, henüz "aleniyet kazanmamış olması"dır. Nispi gizlilik, yani sırrın birden fazla kişi tarafından bilinebilir olması, ticari sırların korunması bakımından genellikle kabul edilmektedir. Üçüncü zorunlu unsur, söz konusu bilginin bağımsız bir ekonomik değer taşıyor olmasıdır. Bir başka deyişle, sır sahibi, söz konusu bilginin gizli kalmasında ekonomik bir menfaate sahip olmak durumundadır. Gizli tutulmak istenen bilginin aleniyet kazanması; sır sahibinin işletmesine zarar verici ve/veya sır sahibinin rakipleri açısından faydalı sonuçlar doğuracak olmalıdır. Son olarak, sır sahibinin, söz konusu bilginin sır olarak saklanması hususunda subjektif bir iradeye de sahip olması gerekmektedir. Bir bilginin, toplum geneline açıklanmaması yönünde bir irade tespit edilebiliyorsa, o bilgiye gerçekten gizlilik niteliği atfedildiği

anlaşılmaktadır. Söz konusu iradenin varlığı ise, genellikle sırrın korunması için yeterli / makûl düzeyde tedbirlerin alınmış olmasında kendisini göstermektedir.

Genellikle kabul edilen ticari sır örnekleri arasında; tariflerin, formüllerin, üretim usûllerinin, müşteri listelerinin, pazarlama stratejilerinin, finansal öngörülerin, devralınabilecek olası şirketlere ilişkin listelerin, yapılmış ve yapılması amaçlanan sözleşmelerin varlığına dair bilgilerin, deneme çizimlerinin, metalurjik verilerin ve mühendislik çizimlerinin; biyolojik kültürler ve mikro organizmalar hakkındaki bilgilerin verilmesi mümkündür.

Ticari sır, öncelikle sır sahibinin ticari rakiplerine karşı korunmaktadır. Yine uygulamaya bakıldığında, sır sahibinin çalışanları / eski çalışanlarını, sır sahibi ile ticari işbirliği ilişkisi içinde olanları, hatta bazı hâller bakımından devlet kurumlarını da, sırrın kendisinden korunduğu kimseler arasında göstermek mümkündür.

Bir ticari sırda sahip olan kimsenin, herşeyden önce, ilgili sırrın korunmasında en uygun düşecek fiziki tedbirleri alması gerekir. Günümüzde ticari sır sahibi şirketlerin ciddi masraflar yaparak fiziki güvenlik altyapıları tesis ettikleri görülmektedir. Dar anlamda "hukuki koruma" ifadesi ile, sır sahibinin iradesi doğrultusunda düzenlenen birtakım hukuki enstrümanlar aracılığı ile, sırrın sözleşmeler hukuku çerçevesinde doğrudan yahut dolaylı olarak korunması kastedilmektedir. Günümüzde ticari sırların hukuken korunması amacına yönelik olarak hazırlanan sözleşmesel enstrümanlar içerisinde oldukça yaygın olarak görülen bir gruba, gizlilik anlaşmaları (*non-disclosure agreement / NDA*) oluşturmaktadır. En az gizlilik anlaşmaları kadar önem arzeden bir başka sözleşmesel enstrüman ise, aynı zamanda "rekabet yasağı" olarak da bilinen rekabet etmeme anlaşmasıdır (*non-compete agreement / NCA*).

Ticari sırların ihlâli olgusu üç aşamalı bir inceleme ile ele alınabilir. İlk aşama, ticari sır ihlâline konu kılınan bilginin gerçekten de ticari sır niteliğinde olup olmadığının tespitine ilişkindir. Bilginin ticari sır niteliğinden emin olunduktan sonra, “hukuka uygunluk hâllerinin yokluğu” aşamasına geçilecektir. Bu aşamada, ticari sır ihlâli gibi görünmekle birlikte, esasen hukuk düzenleri tarafından izin verildiği bilinen birtakım eylem ve olguların (tersine mühendislik, bağımsız keşif vb) olaydaki mevcudiyeti araştırılmalıdır. Bu hâllerin, somut olayda “mevcut olmamaları” durumunda geçilecek incelemenin son aşamasında ise, “ihlâl” kavramının içeriği doldurularak, ticari sırların ihlâlinde eylem unsurunun nasıl ortaya çıkabileceği meselesi üzerinde durulmalıdır.

Ticari sırrın ihlâli kaynaklı olup yabancılık unsuruna da sahip bir uyuşmazlık mahkeme önüne geldiğinde, öncelikle çözülmesi gereken husus ticari sır kavramının nasıl vasıflandırılması gerektiği olacaktır. Ticari sır kavramının tanımlanması esnasında, Türk mahkemesinin dikkate alabileceği, hatta usûlüne göre onaylanmış ve yürürlüğe girmiş milletlerarası sözleşmelerin iç hukukun bir parçası hâline geldikleri düşünüldüğünde, dikkate almak zorunda olduğu bir düzenlemenin varlığından bahsedilmelidir. Anılan düzenleme, 1995 yılından bu yana Türk hukuku açısından yürürlükte olan, "Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Anlaşması (*Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights / TRIPS*)"dır. TRIPS m.39'da, "açıklanmamış bilgi" (*undisclosed information*) başlığı altında, ticari sır kavramından bahsedilebilmesi için gereken asgari unsurlar sıralanmıştır. Türk mahkemesi, anılan unsurların somut olayda varlık-yokluk durumuna göre ticari sır kavramının içeriğini oluşturduğunda, aslında kendi hukukuna göre (*lex fori*) bir vasıflandırma yapmış olacaktır.

Ticari sır kavramının kurucu unsurları bir kere tespit edildiğinde, somut uyuşmazlıkta varlığı ortaya çıkan bu yapının hukuki niteliğinin ne olduğu merak edilecektir. Bu sebeple, içeriği artık doldurulmuş olan kavramın dış dünyada nasıl bir hukuki niteliğe sahip kabul edileceğine dair bir ek vasıflandırma daha yapılmasında fayda vardır. Buradaki vasıflandırma süreci, çoğu olay bakımından iki adet soru üzerinden ilerleyecektir: Bu sorulardan ilki, ticari sırrın herkese karşı ileri sürülebilen "mutlak ve münhasır bir hak" barındırıp barındırmadığıdır. Eğer yapılacak vasıflandırma sonucunda bu soruya olumlu yanıt verilebiliyor ise, olayda münhasır bir fikri mülkiyet hakkının varlığını ve dolayısıyla fikri haklara ilişkin bağlama kurallarının (MÖHUK m.23 ve m.28) işlerliğini tartışmak olanaklı hâle gelecektir. İkinci soru ise, ticari sırrın, sahibi açısından bir kişilik hakkına konu olup olmadığıdır. Bu soruya olumlu yanıt veriliyorsa, kişilik hakkı ihlâline dair bağlama kuralının (MÖHUK m.35) tatbiki gündeme gelecek, yerine göre uygulanacak hukukta yer alan ve kişilik haklarının korunmasında rol oynayan düzenlemelerin somut uyuşmazlık bakımından da uygulanırlıkları tartışılacaktır. Türk mahkemesinin, bu soruları yanıtlarken *lex fori* vasıflandırma esasını benimsemesi, ve bu sorulara kendi hukuku içerisinden yanıt arayarak son aşama olan "ihlâlin vasıflandırılması"na geçmesi düşünülebilir.

Ticari sır kavramının kurucu unsurları ve hukuki niteliği hakkında bir vasıflandırma faaliyeti yapılması, söz konusu sırrın ihlâl edilmesinin nasıl bir hukuki ilişki tipi vücuda getirdiğini anlamak için zorunludur. Bununla birlikte, "ihlâl"in ne şekilde niteleneceği meselesinin, sadece kavramın kurucu unsurları ve hukuki niteliği üzerinden anlaşılması güçtür. Bu sebeple, "ticari sır ihlâli"nin de vasıflandırılması ihtiyacı vardır. Burada "ticari sır" kavramının değil, "ticari sırrın ihlâl edilmesi"nin

hukuki niteliği üzerinden yapılacak bir vasıflandırma söz konusudur. Akla gelebilecek olası hukuki ilişki kategorileri; haksız fiil, haksız rekabet, sözleşmeye aykırılık, mülkiyet hakkı ihlâli, sözleşme öncesi sorumluluk, sebepsiz zenginleşme ve kişilik haklarına aykırılık şeklinde belirlenebilir. Tüm bu hukuki ilişki kategorilerine ilişkin açıklamalar değerlendirildiğinde, en uygun iki seçeneğin "haksız rekabet" ve "sözleşmeye aykırılık" şeklinde ortaya çıktığı görülmektedir. Bir üçüncü ihtimâl, sadece bilgisayar yazılımları ile sınırlı biçimde, "fikri mülkiyet hakkı ihlâli"dir. Bu seçenekler arasında haksız rekabete ilişkin bağlama kuralının neredeyse her ihlâl açısından uygulama alanı bulabileceği öngörülebilir. Buna karşılık, sözleşmeden doğan borçlara ilişkin bağlama kurallarının esas alınmaları, yalnızca somut uyuşmazlıkta sözleşmesel bir ilişkiden doğan sır tutma yükümünün varlığı hâlinde gündeme gelebileceğinden, her olay açısından genel geçer şekilde imkân dahilinde bulunan bir sözleşmeye aykırılık vasıflandırmasından bahsetmek güçtür.

Bağlama noktasının yorumu hususunda ise Türk mahkemesinin izleyeceği yol, doktrinde belirtilen genel eğilime uygun şekilde *lex fori* esaslı olabilir.

Ticari sırların ihlâlinden doğan uyuşmazlıklara uygulanacak hukukun tespitinde nasıl bir yol izleneceğini anlayabilmek için, öncelikle çeşitli milli hukuk düzenlerinin yaklaşımlarını incelemekte fayda vardır. İsviçre hukukunda benimsenen uygulama, Türk hukuku açısından özellikle önem taşır. Hukukumuzda 5718 sayılı Kanun'un haksız rekabete ilişkin hükmü olan m.37, aynı konuyu düzenleyen İsviçre kanunu (IPRG) m.136'dan alınmıştır. Avrupa Birliği uygulamasında esas alınan düzenleme ise, aslında hukukumuzdaki düzenlemeden farklı şekilde kaleme alınmış olmasına rağmen, haksız rekabet alanında gündeme gelebilecek kanunlar ihtilâfına ilişkin

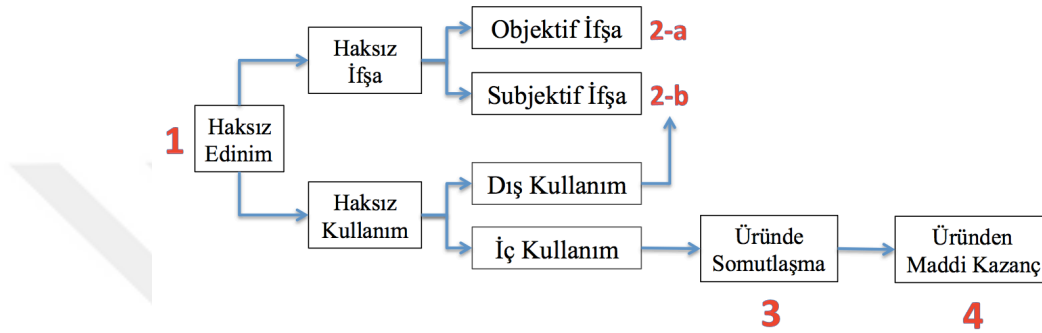
detaylı doktriner incelemelere konu olması bakımından önem taşımaktadır. Öyle ki, AB uygulamasına ilişkin doktrin görüşleri -ve özellikle ticari sırların ihlâli özelinde ileri sürülen düşünceler-, İsviçre uygulamasına ilişkin olarak dile getirilenlerden çok daha fazla sayıda ve çeşitliliktedir. İsviçre ve AB hukukundaki uygulamalara yer vermek suretiyle, hukukumuzda 2007 tarihli MÖHUK ile ilk defa özel bir bağlama kuralı ile düzenlenen haksız rekabetten doğan kanunlar ihtilâfı meselesinin Avrupa merkezli teorik temellerine de erişilmesi ve böylelikle hukukumuzda konunun nasıl ele alınması gerektiğine ilişkin kavramsal bir çerçeveye ulaşılması mümkündür. Hukukumuzda esin kaynağı olan devlet uygulamalarını incelemenin yanında, bizimle aynı kaynaklardan esinlenen ancak bizden farklı sonuçlara ulaşan Japon hukuk sistemi açısından da durum incelenerek, karşılaştırmanın bütünlüğü sağlanabilir.

5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun, günümüz Avrupa uygulamasına paralel şekilde, haksız rekabet kaynaklı uyuşmazlıklara uygulanacak hukukun tespiti meselesini genel haksız fiil kuralı ile ele almayı doğru bulmamış, bu konuya ilişkin olarak özel bir düzenleme getirmek yolunu seçmiştir.

Ticari sırrın ihlali, Türk maddi hukukunda bir haksız rekabet eylemi şeklinde görülmektedir (TTK m.55, 56). Ayrıca, Türk kanunlar ihtilâfı hukuku açısından haksız rekabetten doğan uyuşmazlıklara uygulanacak hukukun tespiti meselesine dair özel olarak görüş bildirmiş yazarların büyük çoğunluğu, sanayi casusluğu ve benzeri ticari sır ihlâli eylemleri açısından işletilecek madde olarak MÖHUK m.37'yi göstermişlerdir. Meselenin belirgin bir sözleşmesel boyutu (know-how lisansı, bir gizlilik anlaşması yahut teknoloji transfer sözleşmesinin) da barındırabileceği açık olmakla birlikte, haksız rekabet vasıflandırması çerçevesinde sözleşmesel boyutun da

dikkate alınması; doğrudan doğruya sözleşmesel bir vasıflandırma yapılmasından daha yerinde olacaktır.

Ticari sır ihlali birden fazla görünüm şekli olabilen bir olgudur. İhlalin aşamalarının şu şekilde somutlaştırılmaları mümkün olup uygulanacak hukukun en doğru şekilde tespiti için aşamaların ayrıştırılmasında fayda vardır;



Ticari sır ihlâlinin aşamalara göre tasnifi tamamlandıktan sonra yapılabilecek ikinci değerlendirme, eylemin, sır sahibine göre hangi konumda olan ve onunla nasıl etkileşim içerisinde bulunan -veya bulunmayan- bir kimse tarafından gerçekleştirildiği hususunun somutlaştırılması olacaktır. Ticari sır ihlâlleri, çoğunlukla sır sahibinin çalışanları veya eski çalışanları tarafından gerçekleştirilmektedir. Buna benzer şekilde, sır sahibinin rakipleri de daima bir risk faktörü teşkil etmekte, zaman zaman sanayi casusluğu ve / veya işçi ayartma eylemleri ile söz konusu sırları elde etmeye çalışmaktadırlar. Yine, sır sahibi ile ticari işbirliği ilişkisi kurmak isteyen kimselerin de söz konusu sırları ihlâl edebildikleri bilinmektedir.

Objektif ifşa hâllerinde, piyasa üzerinde doğrudan etkinin kabulü ile “piyasa etkisi” prensibi uyarınca MÖHUK m.37/1 hükmünün işletilmesi; subjektif ifşa

hâllerinde ise, piyasa üzerinde yalnızca dolaylı bir etki görüldüğünün kabulü sebebiyle MÖHUK m.37/2 hükmünün işletilmesi yerinde olacaktır.

Mahkeme, yapacağı değerlendirme sonucunda, bir şube bakımından gündeme gelmiş bir ticari sır ihlâlinin, esas olarak idare merkezinde bir zarar meydana getirdiği sonucuna ulaşabiliyorsa, idare merkezinin bulunduğu yeri, “işletmenin işyerinin bulunduğu yer” olarak kabul edebilmelidir.

Sır sahibiyle sözleşme ilişkisi içerisindeki bir çalışanın ayartılması olgusunu içeren sanayi casusluğu eylemlerini, böyle bir olguyu içermeyen eylemlerden (bilgisayar korsanlığı, adi hırsızlık vb.) ayırmakta fayda vardır. Benzer şekilde, sözleşmeye aykırı hareket etmiş çalışanın durumu ile o çalışanı sanayi casusluğunda kullanan rakibin durumu aynı olmamalıdır. Sözleşmeyi ihlâl edene ve sanayi casusluğunda onu kullanan rakibe aynı anda dava yöneltildiğinde hakim her iki davalıya yöneltilmiş talepleri doğrudan aynı madde hükmü ile çözmeye çalışmamalı, talepleri ayırarak hareket etmelidir.

Somut uyuşmazlığın tarafları veya bağlantılı diğer kimseler arasında, ticari sır ihlâli yanında başka haksız rekabet hâllerinin de mevcut oldukları iddia edilmekte ise; mahkeme, bu iddiaları birbirinden ayrı incelemelere konu kılarak, yeri geldiğinde farklı bağlama kurallarını uygulayabilmesine imkân verecek bir “ayrıştırma” ile ele almalıdır. Dolayısıyla, örneğin, işçisi ayartılan bir sır sahibinin, ayartan rakibine karşı aynı zamanda bir ticari sır ihlâli iddiasında bulunması durumunda, “işçi ayartma” ile “ticari sır ihlâli” iddiaları ayrı ayrı ele alınarak, bunlar hakkında uygun düşen bağlama kuralları tespit edilmelidir.

Haksız rekabete ilişkin MÖHUK m.37 metninde, fer'i bağlanmaya ilişkin özel bir hüküm sevk edilmemiş bulunduğundan, ticari sır ihlâlinden kaynaklanan uyuşmazlığa uygulanacak hukukun belirlenmesinde sözleşme statüsüne tâbi olunabilmesi, yalnızca MÖHUK m.34/3 hükmü çerçevesinde, o da esasen “daha sıkı ilişkili hukuk” istisnası kapsamında mümkün olabilmektedir. Somut olayda varlığı açık bir sözleşmesel ilişkiyi de ihlal sonucunu doğuran ticari sır ihlali mevcut ise, sır sahibinin iradesine saygı gereği sözleşme statüsüne bağlanması yerinde olacaktır.

MÖHUK m.37/1 hükmü kapsamına giren hâller açısından, haksız fiilin gerçekleşmesinden önceki hukuk seçimi imkânının kabul edilmesi, taraflardan başka kimseler üzerinde de etki doğurmaya müsait ticari sır ihlâlleri açısından taraf tasarruflarına gereğinden fazla saygı gösterilmesi anlamına gelmektedir. Hareket noktası, “etkinin başka kimseler üzerinde de doğabilmesi ihtimâli” olduğundan, benzer şekilde, MÖHUK m.34/5 hükmünde getirilen imkânın, bir başka deyişle “sonraki açık hukuk seçimi” imkânının da bu gibi hâller bakımından kabul edilmemesi yerinde olacaktır. Buna karşılık, MÖHUK m.37/2 hükmü kapsamına giren “iki taraflı rekabet bozulması” hâlleri açısından, MÖHUK m.34/5 hükmünden yapılacak kıyas ile sonraki hukuk seçimine izin verilmesi daha doğrudur.

Ticari sırların ihlâli kaynaklı olup yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıklar bakımından uygulanacak hukukun tespitine ilişkin çerçeve ilkeler oluşturulduktan sonra, bu ilkelerin çalışan kaynaklı, rakip kaynaklı ve ticari işbirliği ilişkisi kaynaklı ihlal hâlleri bakımından nasıl bir görünüm kazanacakları belirlenmelidir. Bu hususta yapılacak soyut çıkarımlar neticesinde, uygulanacak hukukun tespitine ilişkin bir modelin (s.257-269) ortaya konması mümkün olacaktır.

ÖZET

Yabancılık unsuru içeren ticari sır ihlallerine uygulanacak hukukun nasıl tespit edilmesi gerektiği meselesini ele alan bu çalışma, iki bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde, ticari sır kavramının kurucu unsurları, ticari sırrın nasıl korunduğu ve ticari sırrın ihlâlinden ne anlaşılabileceği hususlarına değinilmiştir. Bu bölümün esas amacı, ikinci bölümde yapılacak detaylı değerlendirmelerin takibini kolaylaştırmak adına, ticari sır kavramı ile ticari sırrın ihlali olgusuna ilişkin temel bir altyapı sunmaktır.

İkinci bölümde, çalışmanın ana konusuna geçilmektedir. Bu bölümde öncelikle ticari sırrın ve sır ihlalinin vasıflandırılması problemi üzerinde durulmuş; vasıflandırmanın çoğu hâl bakımından haksız rekabet şeklinde ortaya çıkacağı sonucuna varılmıştır. Vasıflandırma problemine ilişkin değerlendirmelerin ardından, çeşitli hukuk düzenlerinde haksız rekabetten doğan kanunlar ihtilâfına ilişkin açıklamalara yer verilmiştir. Bu kapsamda, Avrupa Birliği, İsviçre, Japon ve Türk hukuk düzenleri inceleme konusu yapılmıştır. Hemen ardından, genelden özele giden bir yaklaşım doğrultusunda, yine aynı hukuk düzenleri bakımından fakat bu sefer "ticari sırların ihlâli" özelinde açıklamalara yer verilmiştir.

Çalışmanın sonunda ise, çalışma genelinde yapılan tüm açıklamalardan hareketle, Türk hukukunda ticari sırların ihlâlinden doğan taleplere uygulanacak hukukun nasıl belirlenmesi gerektiği meselesine ilişkin değerlendirmelere yer verilmiştir. Bu son kısımda, öncelikle meselenin önem taşıyan çeşitli boyutlarına ilişkin ilkeler belirlenmiş, bu ilkelere hareketle, kapsayıcı olduğu düşünülen bağımsız bir model önerisi sunulmuştur. Savunulan modele göre, her ne kadar ticari sırların ihlâli neredeyse her zaman bir haksız rekabet eylemi niteliğinde olsa dahi, sır sahibi ile sırrı ihlâl eden arasında, söz konusu sırrın korunmasına dair sözleşmesel bir

yükümlülüğün bulunması hâlinde, fer'i bağlanma kurumundan faydalanmak suretiyle, uyuşmazlık hakkında sözleşme statüsüne gidilmesi daha yerinde olacaktır.



ABSTRACT

For disputes arising out of cross-border trade secret misappropriation, the issue of ascertaining the applicable law is addressed by this dissertation. This work comprises of two chapters. In the first chapter, introductory explanations as to the concept of trade secret, the means of protecting the secret and the notion of misappropriation/breach are provided. The reason behind covering the fundamentals first, is to facilitate ease of read about the more complex explanations laid down in the second chapter.

Second chapter is all about the main research question of this dissertation. First of all, special care is given into the problem of qualification. After some deliberation, the research ended up in the basic assumption that nearly all of the acts will fall into the "unfair competition" category. Having ascertained that, the second step was to look at the stance of various jurisdictions about the matter. In this context, the scholarly thought in European Union, Swiss, Japanese and Turkish legal systems were explored. Within this comparative examination however, the approach taken was not only limited to "unfair competition", but also about including some concentrated scholarly views on cross-border trade secret misappropriation.

Detailed deliberations on many important aspects of the matter were to be found in the last part of the dissertation. By proposing various postulates, a compact model of examination about the matter was hoped to be achieved.