

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

**SERMAYE PİYASASI HUKUKU
AÇISINDAN
TİCARÎ SIRLAR**

Yüksek Lisans Tezi

Haslet MİROĞLU

Ankara-2007

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

**SERMAYE PİYASASI HUKUKU
AÇISINDAN
TİCARÎ SIRLAR**

Yüksek Lisans Tezi

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Asuman TURANBOY

Tez Jürisi Üyeleri

Adı ve Soyadı

İmzası

Prof. Dr. Asuman TURANBOY

.....

Prof. Dr. İsmail KIRCA

.....

Prof. Dr. Oğuz Kürşat ÜNAL

.....

Tez Sınav Tarihi.....

SERMAYE PİYASASI HUKUKU AÇISINDAN TİCARİ SIRLAR

İÇİNDEKİLER

KAYNAKÇA.....	V
KISALTMALAR.....	IX
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

TİCARİ SIRLARIN TANIMI, USURLARI VE KONUSU

I-TİCARİ SIRRIN TANIMI.....	3
II-TİCARİ SIRRIN USURLARI.....	5
A-Genel Olarak.....	5
B-Korunmaya Uygun Olmak.....	6
C-Gizlilik.....	9
1-Genel Olarak.....	9
2-İşletme Dışında Yaygın Olarak Bilinmemesi.....	11
3-Güvenlik Tedbirlerinin Alınmış Olması.....	12
a-Fiziki Tedbirler.....	14
b-Gizlilik Anlaşması.....	14
c-Rekabet Yasağı.....	15
d-Diğer Tedbirler.....	17
D-Değerli Olmak.....	18
III-TİCARİ SIRRIN KONUSU.....	20
A-Ürünler.....	20
B-İşlemler, Makineler, Aletler ve Formüller.....	20
C-Müşteri Listesi.....	21

D-Fikirler.....	23
E-İşletme Bilgileri.....	24

İ K İ N C İ B Ö L Ü M

SERMAYE PİYASASI KANUNU AÇISINDAN TİCARÎ SIRLAR

I-GENEL OLARAK.....	25
---------------------	----

II-KAMUYU AYDINLATMA İLKESİ VE TİCARÎ SIR KAVRAMI İLE KARŞILAŞTIRILMASI.....	27
--	----

A-Kamuyu Aydınlatma İlkesi.....	27
---------------------------------	----

1-Birincil Piyasaya Dönük Düzenlemeler.....	29
---	----

2-İkincil Piyasaya Dönük Düzenlemeler.....	30
--	----

a-Muhasebe, Mali Tablo ve Rapor Standartları, İlan, Bağımsız Denetleme.....	30
---	----

b-Özel Durumların Kamuya Açıklanması.....	31
---	----

B-Ticarî Sır ve Kamuyu Aydınlatma İlkelerinin Karşılaştırılması.....	34
--	----

III-TİCARÎ SIRRIN İNSİDER MUAMELELERİNE KONU OLMASI.....	36
--	----

A-İnsider Muameleleri Kavramı.....	36
------------------------------------	----

B-Ticari Sırrın İnsider Muamelelerine Konu Olmasının Şartları.....	41
--	----

1-Menkul Kıymet Fiyatlarına Etkili Olması.....	41
--	----

a-Şirketin Mali Durumu.....	44
-----------------------------	----

b-Şirkete Ait Plan ve Projeler.....	45
-------------------------------------	----

c-Şirket Birleşmelerine, Devirlerine ve Ele Geçirmelerine İlişkin Bilgiler.....	45
---	----

d-Teknolojik Gelişmeler ve Yeni İcatlar.....	47
--	----

2-İnsiderlar Tarafından Edinilmesi.....	48
---	----

a-Birinci Dereceden İnsiderlar.....	50
-------------------------------------	----

aa-Yönetim Kurulu Üyeleri ve Denetçiler.....	51
ab-Yöneticiler ve Diğer Personel.....	52
b-İkinci Dereceden İnsiderlar.....	53
ba-Meslekleri veya Görevleri Gereği Bilgi Edinen Kişiler.....	53
bb-İnsiderlardan Bilgi Edinen Kişiler.....	55
i-Genel Olarak.....	55
ii-Bilginin Verilmesi Şekli.....	56
iii-İradi Unsur.....	56
iv-Bağlantı.....	57
v-Dolaylı Yoldan Bilgi Sahibi Olanlar.....	58
3-Menfaat Temin Edilmesi.....	59
IV-TİCARÎ SIRRIN HAKSIZ KULLANIMININ SERMAYE PİYASASI KANUNU'NUN 47. MADDEYE GÖRE SONUÇLARI.....	60

Ü Ç Ü N C Ü B Ö L Ü M

BANKALAR BAKIMINDAN TİCARÎ SIRLAR

I-GENEL OLARAK.....	62
II-TİCARÎ SIRRIN BANKACILIK KANUNU ÇERÇEVESİNDE KORUNABİLMESİNİN ŞARTLARI.....	62
A-Ticarî Sırrın Banka Sırrı Olması.....	62
B-Banka Mensupları Tarafından Açıklanması.....	69
C-Müşteri veya Bankanın Muvafakatının Alınmamış Olması.....	71
D-Kanunen Yetkili Kılınan Mercilerden Başkasına Açıklanmış Olması.....	71
III-HALKA AÇIK BANKALARDA TİCARÎ SIR.....	74
A-Halka Açık Bankaların Sermaye Piyasası Kanunu'na Tabi İşlemleri.....	75

B-Halka Açık Bankaların Sermaye Piyasası Kanunu’na Göre Kamuyu Aydınlatma Yükümlülüğü.....	79
C-Kamuyu Aydınlatma Yükümlülüğü altındaki Halka Açık Bankaların Ticarî Sırları.....	81
IV-TİCARÎ SIRRIN AÇIKLANMASININ BANK. K. 159. MADDEYE GÖRE SONUÇLARI.....	83
TABLO I.....	85
SONUÇ.....	86
ÖZET.....	88
SUMMARY.....	92

KAYNAKÇA

- ALBERS, M.H. / LANDOLT, K.E.** : Protection of Know-How and Trade Secrets in Switzerland, Zurich, 1995
- ARAL, N.Z.** : Bankalarda Mesleki Sır, Ankara, 1950
- ATABEK, R.** : “Banka Sırrı”, BATİDER, Aralık 1982 C. XI, S. 4, s. 95 vd.
- CLARK, R.C.** : Corporate Law, Boston, 1990
- COHEN, J. / GUTTERMAN, A.S.** : Trade Secrets Protection and Exploitation, Washington D.C., 1958
- DONAY, S.** : Mesleki Sırrın Açıklanması Suçu, İstanbul, 1978
- ERDEM, F. / ALTIOK, A. / TANDOĞAN, H.** : Bankalar Hukuku Şerhi, Ankara, 1975
- ERMAN, S.** : Ticari Ceza Hukuku V, İstanbul, 1984
- GUYENOT, J.**
(Çev. Öztekin, S.) : “İmtiyazlı Bilgilere Sahip Olabilen ve Bu Bilgileri Borsada Kullanabilen Şahıslar: Fransa’da İçeriden Öğrenen Veya Insider Trading”, BATİDER, Haziran, 1984, C. XII, S. 2-3, s. 99 vd.
- KABAALİOĞLU, H.A.** : Sermaye Piyasasında Kamuyu Aydınlatma İlkesi, İstanbul, 1985

- KILIÇ, S.** :Sermaye Piyasasında Yatırımcının Korunması, Güvence Fonları, Ekim, 1997
- KÜÇÜKSÖZEN, C.** :Sermaye Piyasasında Yatırımcıların Korunması, Türk Sermaye Piyasasının Bu Açıdan Değerlendirilmesi, Ankara, 1999
- LANGEVOORT, D.C.** :Insider Trading Regulations, Enforcements & Prevention, Securities Law Series, V. 18, July, 1996
- MANAVGAT, Ç.** :“Türk Hukukunda İçeriden Öğrenen Kavramı”, BATİDER, Aralık, 1998
- MERGERS, R.P. / MENNEL, P.S. LEMLEY, M.A. / JORDE, T.M.** :Intellectual Property in the New Technological Age, N.Y., 1997
- POOLEY, J.** :Trade Secrets: How to Protect Your Ideas and Assets, Berkley, Cal., 1990
- REİSOĞLU, S.** :3182 Sayılı Bankalar Kanunu Şerhi, Ankara, 1988
- SAMİ, C.** :”Hisse Senetlerinin Piyasa Fiyatlarını Belirleyen Faktörler”, Sigorta Dünyası, 1973, S.183, s.13 vd.
- SOYER, M.P.** :Rekabet Yasağı Sözleşmesi, Ankara, 1994
- TANÖR, R.** : Türk Sermaye Piyasası, C. I., İstanbul, 1999

- TEKİNALP, Ü.** :”İçeriden Öğrenenlerin Ticareti Sorunu, İktisat ve Maliye Dergisi, Aralık, 1981, C. XXII, S. 9, s. 310 vd.
- TEZCANLI, M.V.** :İçeriden Öğrenenlerin Ticareti ve Manipülasyonlar, İstanbul, 1996
- TİKVEŞ, Ö.** :Bankalar Kanunu ve Sermaye Piyasası Şerhi, İstanbul, 1992
- TURANBOY, A.** :İnsider Muameleleri (Şirkete Ait Gizli Bilgilerin Haksız Kullanımı), Ankara, 1990
- TURANBOY, A
(Ticari Sır)** :Ticari Sır, Prof. Tuğrul Ansay’a Armağan, Ankara, 2006, s. 349-369
- TURNER, A.E.** :The Law of Trade Secrets, London, 1962
- UNKOVIC, D.** :The Trade Secret Handbook: Strategies and Techniques for Safe-guarding, Corporate Information, New Jersey, 1985
- ÜNAL, O.K.** : Aracı Kurumlar, Ankara, 1997
- YÜKSEL, A.S.** :Bankacılık Hukuku ve İşletmesi, İstanbul, 1985

İNTERNET SAYFALARI

<http://www.acusd.edu/marcok.insider.html>

<http://www.bowie-jensen.com/articles/badfaith.html>

<http://www.execpc.com/m~halign/tradesecc.html>

<http://www.execpc.com/m~halign/protect.html>

<http://www.freeadvice.com/law/572us.html>

<http://www.lgu.com/ts46.html>

<http://www.nolo.com/encyclopedia/articles/pct/NDAhtml.?r=00150087903202000>

http://www.nolo.com/PCTM/Trade_Secrets/tsdets3.html

<http://www.patents-tm.com/secretdefinitions.html>

<http://www.ljextra.com/practise/intellectualproperty.html>

KISALTMALAR

age.	: Adı geçen eser
ABD.	: Amerika Birleşik Devletleri
Bank.K.	: Bankacılık Kanunu
BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BK.	: Borçlar Hukuku
C.	: Cilt
Cal.	: California
Cir.	: Circuit
Cmt.	: Comment
Co.	: Company
Corp.	: Corporation
Dist.	: District
EEC.	: The European Economic Community
F.	: Federal
f.	: Fıkra
Inc.	: Incorporated
Indus.	: Industry
KHK.	: Kunun Hükümünde Kararname
Kurul	: Sermaye Piyasası Kurulu
L.Rep.	: Law Report
m.	: Madde
N.E.	: North Eastern Reporter
N.Y.	: New York
Rptr.	: Reporter
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
SEC	: Securities and Exchange Commision
Sect.	: Section
SPK.	: Sermaye Piyasası Kanunu
TTK.	: Türk Ticaret Kanunu
U.S.	: United States
USPQ	: United States Patent Quarterly
UTSA	: Uniform Trade Secret Act
v.	: Versus
vb.	: ve bunun gibi
vd.	: ve devamı

GİRİŞ

Dünyada, iktisadi hayatın her geçen gün gösterdiği gelişmeler, yoğun rekabeti de beraberinde getirmiş, bu rekabet ortamı içerisinde şirketler kıyasıya bir mücadele içine girmişlerdir. Bu mücadele içerisinde şirketler, büyük miktarda emek ve para harcayarak sahip oldukları bilgilerin başkaları tarafından çalınması veya öğrenilen sırların hukuka aykırı olarak açıklanması ve/ya kullanılması tehlikesi ile karşı karşıya kalmışlardır. Bu tehlike karşısında, ticarî sır hukuk dünyada büyük önem kazanmıştır. Ülkeler, bir kimseye ait ticarî sırrın haksız olarak elde edilmesi, açıklanması veya kullanılması yanı sıra hukuka uygun olarak elde edilmekle birlikte ticarî sırrın daha sonra hukuka aykırı olarak açıklanması veya kullanılması yoluyla haksız menfaat teminini yasaklayıcı yasal düzenlemelere gitmişlerdir.

Ülkemizde çeşitli hukuk dallarında kullanılmakla beraber ticarî sır kavramı ile ifade edilmek istenen yeterince açıklanamamıştır. Ayrıca, doktrinde, fikri ve sınai mülkiyet haklarından biri olan ticarî sır haklarına, patent, marka ve telif hakları gibi diğer mülkiyet hakları kadar önem verilmemiş, bu kavram ayrıntılı olarak incelenmemiştir.

Bu nedenlerle, tezde öncelikle, çeşitli hukuk sistemlerindeki düzenlemelerden ve mahkeme içtihatlarından da yararlanılarak ticarî sırrın tanımı yapılacak, unsurları ve çeşitleri ortaya konulacak; böylece, ticarî sır kavramı açıklığa kavuşturulmuş olacaktır.

Tezin ikinci bölümünde, ticarî sır, Sermaye Piyasası Kanunu açısından, üçüncü bölümünde ise Bankalar açısından değerlendirilecektir. Bu değerlendirmelerde, Sermaye Piyasası Kanunu'nun ve Bank. K.'nun ticarî sır ile ilişkili maddeleri incelendikten sonra ticarî sırrın bu maddeler kapsamında hangi şartlar altında korunabileceği, nihai olarak da bu koruma kapsamında getirilen müeyyideler anlatılacaktır.

Yukarıda belirtildiği üzere, ticarî sırlar, sadece Sermaye Piyasası Kanunu ve Bankalar açısından değerlendirilecek; Türk Hukuk Sisteminde ticarî sırlara ilişkin getirilen diğer düzenlemeler tezin konusu dışında kalacaktır. Bu nedenle, Türk Ticaret Kanununun ticarî sırlara ilişkin düzenlemelerinden , hüsnüniyet kaidelerine aykırı bir şekilde elde edilen veya öğrenilen ticarî sırlardan haksız yere faydalanılmasını ya da onların başkalarına yayılmasını yasaklayan, haksız rekabeti önleyici 57. ve 58. maddeleri ile şirket murakıplarına ve hissedarlara şirkete ait sırları saklama yükümlülüğü ve hissedarlara bilgi alma hakkı getiren 358.,359.,362. ve 363. maddeleri tezin kapsamı dışında kalmaktadır.

BİRİNCİ BÖLÜM

TİCARÎ SIRLARIN TANIMI, UNSURLARI VE KONUSU

I- TİCARÎ SIRRIN TANIMI

Ticarî sır kavramının dünya üzerinde kabul edilmiş yeknesak bir tanımı yoktur¹. Ülkelerin büyük bölümünde de ticarî sır hukukuna ilişkin özel düzenlemeler yapılmamış, doğrudan veya dolaylı ilişkisi olan yasalarda ise ticarî sırrın tanımı verilmemiştir. Ülkemizde ticarî sırlara has yasal bir düzenleme olmamakla birlikte ticarî sırlara ilişkin hazırlanmış bir tasarı mevcuttur.

Ticarî sır hukuku, mahkeme içtihatları ve doktrinler ile gelişen bir hukuk dalıdır. Bu durum, yargıca her olayın özelliği ile ilgili ayrı değerlendirme yapma imkanı sağladığından ticarî sırrın tanımı, bir ülkeden diğerine, hatta bir ülkedeki eyaletler arasında bile farklılık arz etmektedir.

Ticarî sırrın genel ve tek bir tanımı yapılamasa da ticarî sırrı, “bir işletmede kullanılan, o işletmeye, bu sırrı bilmeyen ve(ya) kullanmayan rakiplerine karşı avantaj sağlayan formül, alet, model veya bilgi derlemesi” olarak tanımlayabiliriz².

ABD’de ticarî sır hukukuna ilişkin özel bir kanun olan Uniform Trade Secret Act’te ise; ticarî sır, formül, model, program, alet, metot, teknik ve yöntem gibi

¹ COHEN/GUTTERMAN, “Trade Secrets Protection and Exploitation”, Washington D.C., 1998, s.69.

² Restatement (First) of Torts, sect. 757, comment b, 1939.

bilgiler olarak ifade edilmiştir. Söz konusu düzenlemeye göre bu bilgilerin ticarî sır sayılabilmesi için a) bağımsız, ekonomik bir değer taşıması, b) yaygın olarak bilinmemesi, ifşası veya kullanılması halinde ekonomik yarar sağlayabilecek kişilerce yasal yoldan kolayca elde edilememesi, c) gizliliğin devamı için makul derecede çaba sarf edilmiş olması gerektiğini belirtilmiştir³.

Yukarıda belirtilen tanımlardan da anlaşıldığı üzere bir bilginin ticarî sır olarak değerlendirilebilmesi için bu bilginin, bir işletmede kullanılması, sahibine⁴ yarar sağlaması ve en önemlisi de gizli olması gerekmektedir. Bu nitelikleri taşıyan hemen her türlü bilgi ticarî sır olarak değerlendirilmekte, ticarî sırlara ilişkin özel korumadan yararlanabilmektedir.

Ülkemizde henüz yasalaşmamış ‘Ticarî Sırlar Kanun Tasarısı’nda ‘ticarî sırlar kavramının’, ticarî sır, banka sırrı ve müşteri sırrı kavramlarının üst kavramı olarak kabul edildiğini görmekteyiz. Günümüzde de ticarî sırlar kavramı, işletme, banka ve bu işletmelerin müşterilerinin sırlarını içine alacak şekilde değerlendirilmektedir⁵.

Tasarının 2. maddesinde yapılan tanıma göre ticarî sır: Bir ticarî işletme veya şirketin faaliyet alanı ile ilgili yalnızca belirli sayıdaki mensupları ve diğer görevlileri tarafından bilinen, elde edilebilen, özellikle rakipleri tarafından öğrenilmesi halinde zarar görme ihtimali bulunan ve üçüncü kişilere ve kamuya açıklanmaması gereken,

³Uniform Trade Secret Act, sect. 1(4), 14 U.L.A. 402-03, 1985 (Commissioners’ Comment).

⁴ Ticarî sır sahibi, gerçek kişi, olabileceği gibi şirket, vakıf, dernek, devlet gibi tüzel kişiler de olabilir. Uniform Trade Secret Act, sect. 1(3), 14 U.L.A. 402-03, 1985 (Commissioners’ Comment).

⁵ TURANBOY, Ticarî Sır, Prof.Dr.Tuğrul Ansay'a Armağan, Ankara, 2006, s. 349.

işletme ve şirketin ekonomik hayattaki başarı ve verimliliği için büyük önemi bulunan; iç kuruluş yapısı ve organizasyonu, malî, iktisadî, kredi ve nakit durumu, araştırma ve geliştirme çalışmaları, faaliyet stratejisi, hammadde kaynakları, imalatının teknik özellikleri, fiyatlandırma politikaları, pazarlama taktikleri ve masrafları, pazar payları, toptancı ve perakendeci müşteri potansiyeli ve ağıları, izne tâbi veya tâbi olmayan sözleşme bağlantılarına ilişkin veya bu gibi bilgi ve belgeler olarak kabul edilmiştir.

Anılan maddede ticarî sırrın bu tanımına ilave olarak banka ve müşteri sırlarının da ayrıca tanımı yapılmış ve bu sırların tümü ‘ticarî sırlar’ kavramı altında değerlendirilmiştir. Banka ve müşteri sırları, ileriki bölümlerde detaylı olarak ele alınacaktır.

II - TİCARÎ SIRRIN UNSURLARI

A - Genel Olarak

Yukarıda da belirtildiği üzere ticarî sırrın kesin ve tam bir tanımını vermek son derece güçtür. Bu nedenle bir bilginin ticarî sır oluşturup oluşturmadığını saptarken ticarî sırrı oluşturan unsurlar dikkate alınmakta, unsurlardan genel kavramlara ulaşılmaktadır. Bu nedenle çalışmanın bu bölümünde ticarî sırrın unsurları ayrıntılı bir şekilde irdelenecektir.

Ticarî sır temel üç unsurdan oluşur. Bu unsurlar; **korunmaya uygun olmak, gizli olmak ve değerli olmaktır**⁶. Eğer bir bilgi sayılan üç unsuru taşıyorsa, bu bilgi ticarî sır olarak nitelendirip, ticarî sırta özel korumadan yararlanabilir.

B - Korunmaya Uygun Olmak

Bir bilginin ticarî sır olarak değerlendirilebilmesi için öncelikle bir işletmeye ile ilgili olması gerekmektedir. Söz konusu işletme ticarî bir işletme olabileceği gibi esnaf işletmesi de olabilmektedir. Bunun yanı sıra, sınırlı bir çevre tarafından biliniyor olması ve sahibi için ekonomik değer taşıması da bilginin ticarî sayılabilmesi için gereken diğer şartlardır.

Yukarıda sayılan şartların varlığı halinde, ticarî sır kavramına, buluşlar, formüller, birleşimler, yöntemler, metotlar, üretim biçimleri, üretim süreci, özel bir ürünün içeriği, müşteri listeleri, pazarlama, reklam ve stratejik planları, yeni ürün planları, teknikler, bilgisayar programları, veriler, personel ve iş kayıtları, makine çizimleri, makine ve alt örnekleri gibi bilgiler girebilir⁷. Bu durum, ticarî sır kavramının çok geniş bir içeriğe sahip olduğunu göstermektedir. Ayrıca, 3. kişilere bir sözleşme ilişkisi nedeniyle öğrenilen ve bu kişilerce gizli tutulan bilgiler de ticarî sır olarak kabul edilmektedir⁸.

⁶ UNKOVIC, "The Trade Secret Handbook: Strategies and Techniques for Safeguarding Corporate Information", New Jersey, 1985, s. 34

⁷ <http://execpc.com/m~hallign/tradesec.html>

⁸ SOYER, "Rekabet Yasağı Sözleşmesi", Ankara, 1994, s. 54.

Ticarî sır, somut olabileceği gibi soyut da olabilir⁹. Patent Hukukunun aksine bilginin ticarî sır olması için somut olması gerekmez. Fakat soyut bir bilginin söz konusu olduğu durumlarda bilginin ekonomik değerini kanıtlamak güç olduğundan, bilginin somut ve tanımlanabilir olması ispat hukuku bakımından kolaylık getirmektedir¹⁰.

Aynı şekilde bir şeyin patentinin alınabilmesi için gereken **yeni ve buluş niteliği taşıma** şartları, ticarî sırlarda aranmaz¹¹. Fakat, “**Yeni olma**”, ticarî sırrın şartlarından biri olmasa da, uygulamada, bir bilginin yeni olması, mahkemelerin, bu bilgiyi ticarî sır olarak nitelendirmesinde önemli rol oynamaktadır.

Ticarî sır hukukunda aranılan yenilik ile patent hukukunda aranılan yenilik nitelikleri farklıdır. Şöyle ki, ticarî sırlarda, bilginin veya işlemin eşsiz ve tek olması gerekmez, sadece, bilginin, sahibi olan kişi veya işletme dışındaki kişilerce bilinmemesi yeterlidir¹². Patent ile ticarî sırrın farkları Tablo 1 de karşılaştırmalı olarak gösterilecektir.

Ticarî sırrın kapsamına konusunu, sadece patent altına alınabilen buluşlar değil buluş niteliği taşımadığı için patent altına alınamayan veya topluma ifşa etmemek amacıyla patent koruması yerine ticarî sır koruması tercih edilen fikirler ve uygulamalar da girmektedir¹³. Buna örnek olarak know-how’ları gösterebiliriz.

⁹ UNKOVIC, age., s.33

¹⁰ COHEN / GUTTERMAN, age., s. 77

¹¹ POOLEY, “Trade Secrets: How to Protect Your Ideas and Assets”, Berkeley, California, 1990, s.19.

¹² UNKOVIC, age., s. 34.

¹³ TURNER, “The Law of Trade Secrets”, London, 1962, s. 12.

Know-how kavramını, deneyimlerden ve yeteneklerden kaynaklanan, uygulanabilir nitelikteki teknik ya da teknik olmayan bilgi ve veriler olarak tanımlayabiliriz¹⁴.

Know-how, bir işletmenin rekabet gücünü arttıran, teknik, idari veya ticarî nitelikteki özel olarak koruma altına alınmamış bilgi ve deneyimlerdir¹⁵.

Ticarî sır ve know-how birbiri ile çoğu zaman eş anlamlı olarak kullanılmakla beraber aslında aynı değildirler. Her ticarî sır know-how değildir.

Örneğin, yüksek kalitede demir üreten bir firmayı ele alalım. Üretimde kullanılan özel bir makine veya uygun demir karışımını elde edilmesinde kullanılan formül ticarî sır olabilmektedir. Buna karşın üretim sürecinde hangi kata ne kadar malzeme konacağı ve ne süreyle bekletilip işlem yapılacağı ise firmanın know-how ıdır. Bu bilgi uzun süreli çalışma sonucunda elde edilen bilgi ve deneyime dayanmaktadır. Firmanın bu know-how ı, gizli olması halinde ticarî sırrı oluşturmakta ve ticarî sırı has korumadan yararlanmaktadır.

Yukarıda değinildiği gibi somut ya da soyut her bilgi ticarî sırrın konusunu oluşturabilir. Buna karşın, kamunun bilgisi dahilinde, yayınlanmış, patent altına

¹⁴ UNKOVIC, age., s. 39.

¹⁵ ALBERS / LANDOLT, "Protection of Know-How and Trade Secrets in Switzerland", 1995, s. 1.

alınmış, açıklanmış ve apaçık ortada olan bilgiler, ticarî sırrın konusunu oluşturmaya elverişli değildirler¹⁶.

Önemle üzerinde durulması gereken diğer bir konu ise işçinin mesleki deneyimine dayanan ve bu sebeple onun kişilik alanının bir parçası sayılan bilgilerdir. Mesleki deneyimlere dayanan bilgi ile kastedilen, işletmenin organizasyon özellikleri ile üretim teknikleri dışında kalan ve benzer nitelikteki diğer işletmelerde de kullanılabilecek bilgilerdir¹⁷. Bu tür bilgiler, işçinin mesleki deneyimine dahil sayıldığından ticarî sır kavramı dışında kalmaktadır.

C - Gizlilik

1- Genel Olarak

Gizlilik, ticarî sırrın en önemli unsurudur¹⁸. Amerikan yargı içtihatlarında belirtildiği üzere “ticarî sır hukukunda gizlilik, her davanın olmazsa olmaz unsurudur”¹⁹.

“Ticarî sırrın konusu mutlak surette gizli olmalıdır. Bir iş sahasında kamunun bilgisi dahilinde olan veya yaygın olarak bilinen bilgiler, ticarî sır olarak kabul edilemezler. Bir bilginin ticarî sır sayılabilmesi için yalnızca işletme sahibi tarafından bilinmesi gerekmez. İşletme sahibinin, sırrı işletmenin ilgili çalışanlarına

¹⁶ <http://www.bowie-jensen.com/articles/badfaith.html>.

¹⁷ SOYER, age., s. 57.

¹⁸ UNKOVIC, age., s. 35.

¹⁹ Microbiological Research Corp. v. Muna, 625 P.2d 690 698, 214 USPQ 567, Utah, 1988

açıklaması ya da üçüncü kişilerin gizli tutmak koşuluyla sırrı ele geçirmesi, bilginin ticarî sır olarak değerlendirilmesine engel teşkil etmemektedir”²⁰.

Gizlilik, ticarî sırrın esas unsuru olmakla beraber çok katı olarak yorumlanmamalıdır²¹. Sır sahibi, bilgiyi, çalışanlarına, ortaklarına veya vekillerine açıkladığı durumlarda dahi ticarî sır hukukunun sağladığı koruma devam etmektedir²². Ancak, bilgi ne kadar çok kişiye açıklanırsa, işletmenin sırrını korumak için o kadar daha fazla koruyucu önlem alması gerekmektedir.

Bir bilginin ticarî sır hukuk anlamında gizli sayılıp sayılamayacağına karar verilirken gözetilmesi gereken bazı kıstaslar vardır. Bunlardan ilki bilginin işletme dışında bilinip bilinmediği, biliniyor ise ne kadar yaygın olarak bilindiğidir. Çünkü, bilgi işletme dışında ne kadar yaygın olarak biliniyor ise, söz konusu bilginin gizli kalması o kadar güçleşecektir. İkinci kıstas ise, sır sahibinin, bilginin gizli kalmasına yönelik aldığı tedbirlerdir. Şayet, sır sahibi, bilginin gizli kalması için gerekli tedbirleri almamış ise, bu bilgi eninde sonunda işletme dışındaki kişilerce bilinecek, ticarî sırda olması gereken gizlilik unsuru ortadan kalkacaktır. Bir diğeri kıstas ise, diğer kişilerin bilgiye yasal yollardan ulaşmasında karşılaşacakları güçlükler ve kolaylıklardır²³. Bilgi, usulüne uygun olarak başkaları tarafından kolayca elde edilebiliyor ve kopya edilebiliyorsa, bu bilgi hızlıca kamunun malı haline gelecek,

²⁰ Restatement of Torts, sect. 757, cmt. b, 1939

²¹ MERGES / MENELL / LEMLEY / JORDE, “Intellectual Property in the New Technological Age, N.Y., 1997, s. 39.

²² Metallurgical Indus., Inc. v. Fourtec, Inc., 790 F.2d 1195, 1200, 229 USPQ 945, 948 (5th Cir.), 1986.

²³ COHEN / GUTTERMAN, age., 83

sır sahibinin bilginin gizli kalması için önlemler almasını imkansızlaştıracak ve sonunda bilgi ticarî sır olma özelliğini kaybedecektir.

Yukarıda da değinildiği üzere aleniyet kazanmış bilgilerin ticarî sır olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Örneğin, bir formülün, mesleki bir dergide yayınlanmış olması onun sır olma vasfını ortadan kaldırmaktadır. Buna karşın, açıklanmış olmakla birlikte bir uzmanın özel bir çaba sarf etmedikçe ayrıntılar hakkında fikir sahibi olmayacağı bilgileri de alenileşmiş saymak doğru değildir²⁴.

2- İşletme Dışında Yaygın Olarak Bilinmemesi

Yukarıda belirtildiği gibi, kamuya ait bilginin, ticarî sır olarak korunması mümkün değildir. Bu bilginin, kamunun büyük bir bölümünce bilinmesi gerekmemekte, sadece ilgili iş sahasındaki kişilerce bilinmesi yeterli bulunmaktadır. UTSA gerekçesinde “Eğer bilgi, kendisinden ekonomik yarar elde edebilen kişilerce biliniyorsa, ticarî sırdan bahsetmek mümkün değildir” yorumu yapılmıştır²⁵. Buna paralel olarak, Amerikan içtihatlarında da, ticaret hayatında yaygın olarak bilinen ve halihazırdaki rakiplerce iyi niyetli olarak kullanılan bilginin, ticarî sır olarak korunamayacağı yönünde karar verilmiştir²⁶.

²⁴ SOYER, age., s. 55.

²⁵ Uniform Trade Secrets Act, sect. 1, 14 U.L.A. 439, 1990 (Commissioners’ cmt.)

²⁶ American Paper & Packaging Prods., Inc.. v. Kirgan, 228 Cal. Rptr. 713, 718 (2nd Dist. 1986)

Sır sahibi dışındaki bir kişinin, sırrın konusu bilgiyi kendi yaptığı “bağımsız icatlar” sayesinde veya “tersine mühendislik”²⁷ yöntemiyle elde etmesi ve bu bilgiyi kendi sırrıymış gibi gizlilik içinde tutması halinde, bu bilgi ticarî sır olarak korunmaya devam eder²⁸.

Bilginin, birden fazla kişi tarafından öğrenildiği fakat korunmadığı durumlarda ise, bu bilgi sonunda toplum tarafından bilineceği için, bilginin ticarî sır olma özelliği kaybolacaktır. Bununla beraber, bilginin çok sayıda kişi tarafından ele geçirilmiş ise, bilginin artık o iş sahasında genel olarak bilindiği kabul edildiğinden, her bir kişi bilginin gizli kalması için gerekli tüm tedbirleri almış olsa da, bilginin artık ticarî sır olarak korunması mümkün olmayacaktır²⁹.

3 – Güvenlik Tedbirlerinin Alınmış Olması

Bir bilginin, ticarî sır olarak sayılması, bilginin sır olarak korunup korunmamasına bağlıdır³⁰. Sır sahibinin, ticarî sırlara has korumadan faydalanabilmesi için, sırrı korumaya yönelik “makul güvenlik tedbirlerini” alması gerekmektedir³¹. Tedbirlerin alınmasındaki amaç, bilginin, rakipler veya üçüncü bir

²⁷ Tersine mühendislik, bir ürünün parçalara ayrılıp incelenmesi ve bu parçaların tekrar birleştirilerek eski haline getirilmesiyle o ürünün yapılışının öğrenilmesidir. Bir işletmeye ait ticarî sırrın bu yöntemle başkaları tarafından ele geçirilmesi hukuka uygundur, UTSA Sect.1,14 U.L.A.438, 1990 Commisioners’ cmt.)

²⁸ <http://lgu.com/ts46.html>,

²⁹ COHEN / GUTTERMAN, age., 86

³⁰ MOSES / CARLINSKY / MELTZER, “Measures to Prevent Trade Secret Theft”, The New York Law Journal, N.Y., 24/11/1997

³¹ MERGES / MENELL / LEMLEY / JORDE, age., s. 47.

kimse tarafından elde edilip, izinsiz açıklanması veya kullanılmasına engel olmaktadır³².

Uygulamada bilginin ticarî sır olup olmadığı incelenirken, sır sahibinin, bilginin kendisinden izinsiz ifşasını ve kullanımını önlemek için yeterli tedbir alıp almadığı gerçeği üstünde durulmaktadır³³.

Ticarî sırrın korunması için alınacak tedbirler, her olayda farklılık arz etmektedirler³⁴. Bunun sebebi, alınması gerekli tedbirlerin, sır sahibinin, ticarî sır olarak korunmasını istediği bilginin çeşidine ve niteliğine bağlı olmasıdır.

Ticarî sır sahibinin, sahip olduğu bilginin gizli kalması için “makul” derecedeki tedbirleri alması yeterlidir. Çalışanları ticarî sırların varlığından haberdar etmek, ticarî sır girişi sınırlandırmak ve bina girişlerini kontrol etmek makul tedbirler olarak değerlendirilmektedir. Buna karşın, ticarî sır için pahalı ve abartılı prosedürlerin alınması aranmamaktadır.

Ticarî sırrın korunması için alınması gerekli makul tedbirler ne kadar her bir somut olaya göre belirleniyor olsa da, gene kabul görmüş bazı tedbirler mevcuttur. Bunlar; fiziki tedbirler, gizlilik anlaşması, rekabet yasağı anlaşması ve diğer tedbirler olarak sınıflandırılmaktadır.

³² UNKOVIC, age., s.36

³³ Sır sahibinin, tedbir alınması halinde üçüncü kişilerin, bu bilginin değerli ve korunmaya değer olduğunu düşünecekler, bu nedenle de sırrı korumaya yönelik bir önlem alınmadığı yönündeki savunması kabul edilmemektedir[□] J.T. Healy & Son v. James A. Murphy & Son, 357 Mass. 728, 737-38, 260 N.E.2d 723, 730, 1970

³⁴ <http://www.lgu.com/ts46.htm>, 01/09/1999.

a - Fiziki Tedbirler

- Ticarî sırların korundukları yerlere izinsiz girişi engelleyerek, ticarî sır ulaşılmasını kısıtlamak³⁵,
- Dokümanları, ticarî sır olarak sınıflandırmak ve etiketlendirmek, üzerine “gizlidir” ibareleri koymak³⁶,
- Bilgisayardaki dosyalar gizli bilgiler içeriyorsa, dosyaları özel şifrelerle koruma altına almak,
- Sırların olduğu dosyaları dolaplarda kilitli tutmak ,
- Şirketin giriş ve çıkış kapılarının sayılarını azaltmak, tel örgü çekmek, alarm sistemi kurmak, ek güvenlik personeli istihdam etmek³⁷ gibi tedbirler örnek olarak verilebilirler.

b - Gizlilik Anlaşması

İşverenin yani ticarî sır sahibinin, ticarî sırrın korumak için çalışanları ile yaptığı anlaşmalardan biri “**gizlilik anlaşmasıdır**”. Gizlilik anlaşması, çalışanlar ile işveren arasında akdedilen, ticarî sırların ayrıntılı olarak yer aldığı, çalışanlara işte bulundukları süre içerisinde öğrendikleri bütün ticarî sırları gizli tutma yükümlülüğü getiren anlaşmadır³⁸.

³⁵ <http://www.freeadvice.com/law/572us.html>.

³⁶ <http://www.exepe.com/~mhalign/protect.html>.

³⁷ <http://www.patents-tm.com/secretdefinitions.html>.

³⁸ http://www.nolo.com/PCTM/Trade_Secrets/tsdets3.html

Gizlilik anlaşması yapılarak, her çeşit ticarî sır koruma altına alınabilmektedir. Ticarî sırrını izinsiz olarak kullanan veya açıklayan bir kişi ile böyle bir anlaşma akdetmiş olan işveren, tecavüzün durdurulması ve zararının tazmini için mahkemeye başvurabilir³⁹. Bu anlaşma, işverene, anlaşmanın ihlali halinde dava hakkı vermesinin yanında, işverenin, sırrın gizli kalması için sarf ettiği çabaya ilişkin de önemli bir delil oluşturur⁴⁰. Ayrıca böyle bir anlaşma, ticarî sırrın belirlenmesi için tek başına yeterli olmamakla birlikte, bilginin niteliğini, değerini ve gizliliğini belirlemede de önemli rol oynamaktadır⁴¹.

Bazı kaynaklarda “gizlilik anlaşması” ile “ifşa etmeme anlaşması” terimlerinin birbirleri yerine kullanıldıklarını görmekteyiz. Gizlilik anlaşmasını, sır sahibi, başka bir deyişle işveren ile çalışanları arasında imzalanan anlaşmaları ifade etmektedir. Buna karşılık, ifşa etmeme anlaşmasının ise sır sahibi ile iş anlaşması içerisinde bulunmayan diğerleri, diğer bir deyişle, danışmanlar, müşteriler, satıcılar, hizmet verenler, üreticiler ve sağlayıcılar arasında yapılan anlaşmalar için kullanılması daha uygun düşmektedir.

c - Rekabet Yasağı Anlaşması

İşverenin çalışanları ile yaptığı bir diğer koruyucu anlaşma ise “**rekabet yasağı anlaşmasıdır**”. Bu anlaşma ile işveren, işçinin hizmet ilişkisi bittikten sonra işverenle rekabet etmesini veya rakip bir işletmede işe girmesini yasaklamaktadır. İşverenin bu anlaşmayı yapmasındaki amaç, hizmet ilişkisi süresince işçi tarafından

³⁹ <http://www.nolo.com/encyclopedia/articles/pct/NDAAhtml.?r=00150087903202000>.

⁴⁰ MOSES / CARLINSKY / MELTZER, age. s.3

⁴¹ COHEN / GUTTERMAN, age., s. 82

elde edilen bilgilerin kullanılmasını yasaklamak, böylece muhtemel bir zarara uğrama tehlikesini bertaraf etmektir⁴².

Rekabet yasağı sözleşmesi, çoğunlukla hizmet sözleşmesi gibi bir başka sözleşme ile sıkı bir bağımlılık içerisindedir⁴³. Bu nedenle, rekabet yasağı anlaşılmasına, rekabet yasağı kaydı da denilmektedir.

Türk Hukuku'nda rekabet yasağı sözleşmesi, Borçlar Kanunu'nun 348. maddesine düzenlenmiştir. Bu hükme göre, "iş sahibinin müşterilerini tanımak veya işlerinin esrarına nüfus etmek hususlarında işçiye müsait olan bir hizmet akdinde her iki taraf da, akdin hitamından sonra, işçinin kendi namına iş sahibi ile rekabet edeceği bir iş yapamamasını ve rakip bir müessesede çalışamamasını ve böyle bir müessesede şerik veya sair sıfatla alakadar olamamasını, şart edebilirler. BK. 348. m. II. bendinde, işçinin müşterileri tanımasından ve esrara nüfusundan istifade ederek iş sahibine his olunacak derecede bir zarar husulüne sebebiyet vermesi" şartı aranırken, III. bendinde ise işçinin reşit olması gerektiği belirtilmiştir.

İşçinin, hizmet süresi boyunca elde ettiği ve öğrendiği ticarî sırları, işten ayrıldıktan sonra açıklama veya kullanma riskini azaltmak için konan bu kayıtlar, işçinin gelecekteki iktisadi hayatını etkilemekte ve yaşamını kazanma hakkını sınırlandırmaktadır⁴⁴. Bu nedenle, rekabet etme yasağı, bazı ülkelerde

⁴² SOYER, age., s. 9.

⁴³ <http://www.nolo.com/encyclopedia/articles/pct/NDAhtml.?r=00150087903202000>.

⁴⁴ <http://www.patents-tm.com/secretdefinitions.html>.

yasaklanmakta, mahkemelerce batıl sayılmaktadır. Türkiye’de ise yasaklanmamış fakat büyük ölçüde sınırlandırılmıştır⁴⁵.

B.K. 349 hükmü, işçinin iktisadi geleceğinin hakkaniyete aykırı olarak etkilenmemesi için, rekabet yasağının yer, zaman ve konu bakımından sınırlandırılması gereğini öngörmüştür. Buna göre, rekabet yasağının konusu, işverene ait faaliyet alanı ile sınırlı kalmalı⁴⁶, süresi ve yeri ise makul olmalıdır⁴⁷.

d - Diğer tedbirler

- Ticarî sırrı, şirkette, işini yapmak için ticarî sırra ihtiyaç duyan kişiler dışındaki çalışanlara açıklamamak.
- Ticarî sırrın alıcısına, örneğin müşteriye, bilginin mülkiyet hakkının konusunu oluşturduğunu, bu nedenle bilginin alıcı tarafından, kendi veya bir başkasının çıkarları için ticarî sır sahibinin rızası olmadan açıklanamayacağını ve kullanılamayacağını içeren yazılı bir bildirim yapmak⁴⁸,

⁴⁵ <http://www.nolo.com/encyclopedia/articles/pct/NDahtml.?r=00150087903202000>.

⁴⁶ SOYER, age., s. 67

⁴⁷ <http://www.patents-tm.com/secretdefinitions.html>.

⁴⁸ <http://www.exept.com/~mhalign/protect.html>.

D- Değerli Olmak

Bir bilginin ticarî sır kavramına dahil edilebilmesi; bilginin değerli olması veya sahibine yarar sağlaması şartına bağlı bulunmaktadır.⁴⁹ Kullanıldığı işletmede, sahibine veya kullanıcıya, bu bilgiye sahip olmayan rakiplerine karşı, güncel veya muhtemel ekonomik fayda ya da rekabet avantajı sağlayan bilgi değerli sayılmaktadır.⁵⁰

Bilginin değerli olup olmadığı, sahibine ekonomik yarar getirip getirmediği konusu saptanırken belirli kıstaslar göz önünde tutulmaktadır. Şöyle ki; bilgi, şirkete ilgili pazarda daha çok para kazandırıyor veya şirketin daha etkili rekabet edebilmesini sağlıyorsa, bu bilginin değerli olduğu kabul edilir. Örneğin, bir firma, bilgisayar yazıcısı için mürekkep imal ediyor ve bu mürekkebin belli sıcaklıkta tutulması halinde daha kalıcı olduğunu keşfediyorsa, bu keşfe konu oluşturan bilgi değerli bilgi sayılmaktadır⁵¹. Aynı şekilde, bir firmanın, ticarî bir bilgiyi elde etmek veya geliştirmek için harcadığı paranın, zamanın ve kaynağın büyüklüğü de, o bilginin değerli olduğunu dolayısı ile de ticarî sır kapsamına girdiğini gösterir⁵².

Bilgiye bilinçli olarak ya da tesadüf eseri ulaşılmasının bilginin değerli olmasında bir etkisi yoktur⁵³. Ancak tesadüf eseri elde edilmiş bilginin, ticarî sır olarak değerlendirilebilmesinde, bu bilginin korunması amacıyla şirket tarafından

⁴⁹ UNKOVIC, age., s. 35.

⁵⁰ COHEN / GUTTERMAN, age., s. 95.

⁵¹ UNKOVIC, age., s. 35.

⁵² POOLEY, age., s. 21

⁵³ UNKOVIC, age. s. 35.

maddi anlamda harcama yapıp yapmadığı, makul tedbirleri alıp almadığı dikkate alınmaktadır⁵⁴.

Sonuç olarak, açıklandığı takdirde ekonomik zarara yol açabilecek her bilgi, yukarıda sayılan diğer şartların da bulunması kaydıyla ticarî sır olarak kabul edilebilir.⁵⁵ Bilginin ticarî sır niteliği taşıyıp taşımadığının saptanmasında göz önüne alınan unsurları kısaca sayarsak, bunlar;

- bilginin, ait olduğu kişi veya işletme dışında ne kadar bilindiği,
- bilginin, ait olduğu işletmedeki çalışanlarca ne kadar bilindiği,
- bilginin sır olarak korunması için alınan tedbirler,
- bilginin ait olduğu kişi veya işletme ve rakipleri için taşıdığı değer,
- bilginin ait olduğu kişi veya işletmenin, bilginin geliştirilmesinde harcadıkları para ve çaba,
- rakiplerin bilgiye yasal yoldan ulaşmasında karşılaşılabacakları güçlüklerdir.⁵⁶

Bu faktörlerin ışığı altında, ticarî sır; aktif ve etkili olarak korunan, işletmede sadece birkaç insanın ulaşabildiği veya bilebildiği, ekonomik değer taşıyan, gizlice bilgi verilmeden veya yardım alınmadan rakiplerce elde edilmesinin imkansız değil ama çok zor olduğu gizli bilgidir⁵⁷.

⁵⁴ COHEN / GUTTERMAN, age., s. 95.

⁵⁵ SOYER, age., s. 56.

⁵⁶ MERGES / MENELL / LEMLEY / JORDE, age., s. 70

⁵⁷ <http://www.patents-tm.com/secretdefinitions.html>.

III – TİCARÎ SIRRIN KONUSU

A- Ürünler

Patent altına alınmamış ve ticarî değeri olan ürünler, ticarî sır olabilirler. Bir ürünün ticarî sır sayılabilmesi için mutlak surette patent altına alınmamış, bir başka deyişle kamuya ifşa edilmemiş olması gerekir⁵⁸.

Bir ürün kendi başına ticarî sır değilse de, ürünü oluşturan elemanların birleşimi ticarî sır olabilir.

B- İşlemler, Makineler, Aletler ve Formüller

Kimyasal işlemler, üretim metotları, makine ve aletler ile ilgili özel bilgileri içeren gizli ve bilimsel veriler ticarî sırrın konusunu oluşturabilirler.

Örneğin, kontak lens yapımında kullanılan gizli kimyasal işlem ve bilgiler ticarî sırlardır.

Sınai formüller ise ticarî sırrın en çok karşılaşılan çeşitlerindendir. Ürünün kimyasal birleşimleri ve formülleri değerli ticarî sırlardandır. Örneğin, kozmetik ürünlerinin içeriği ticarî sır oluşturmaktadır.

⁵⁸ UNKOVIC, age., s. 43

Yine daha önce know-how ve ticarî sırrın ayrımında verilen döküm yöntemiyle kaliteli çelik üretimi yapan şirket örneğinde, döküm yönteminde kullanılan aletlerin kombinasyonu, işlenmemiş ham malzemelerinin kalitesi ve tüm adımların gerçekleştirildiği ısının miktarı, ticarî sır niteliği taşıyan ‘işlemler’ e örnek oluşturmaktadır.

Aşının, tıbbi aletlerin, elektrik alternatörlerinde kullanılan parçaların üretim metotlarını içeren çeşitli üretim işlemlerinin ticarî sır kapsamına korunması da mümkündür⁵⁹.

İşletme tarafından açık pazarda satışa sunulmuş makine parçalarının ticarî sır sayılmaları mümkün değildir. Bununla birlikte, kapasitesinin ve kullanılabilirliğinin artırılması için şirket tarafından yapılan makine modifikasyonları ticarî sır olabilmektedir⁶⁰. Örneğin, formula araba yarışlarında araçların daha yüksek performans göstermesi için arabalara yapılan modifikasyonlar ticarî sır oluştururlar.

C- Müşteri Listeleri

Bir işletmenin müşterilerinin yer aldığı listeler, işletmenin ticarî sırrı olabilir ve korumadan yararlanabilirler.

Müşteri listesinin ticarî sır sayılıp sayılamayacağının tespitinde ticarî sırrın genel olarak veya ilgili işletme çevresinin bir bölümünce bilinip bilinmediği, listenin

⁵⁹ COHEN / GUTTERMAN, age., s. 97.

⁶⁰ UNKOVIC, age., s. 42

gizliliğinin korunması için gerekli önlemlerin alınıp alınmadığı hususlarına bakılır⁶¹. Ayrıca, müşteri listesinin geliştirilmesinde harcanan para ve zaman da listenin ticarî sır olup olmadığına ilişkin yapılan analizde önemli rol oynamaktadır.

Ticarî sır hukukunda üç çeşit müşteri listesi vardır. Bunlar;

- Perakendecilerin listeleri
- Toptancıların listeleri
- Profösyenellerin listeleridir.

Perakendeci ve profösyenellerin tuttuğu müşteri listeleri çoğunlukla ticarî sır olarak kabul edilirler. Bunun nedeni, bu listedeki isimler, bu işletmelerin çabaları sonucu oluşturdukları, direkt sonuç aldıkları kişilerdir ve işletmeye rakiplerine göre avantaj sağlarlar. Oysa ki, toptancıların müşteri listeleri genellikle ticarî sır olarak korunmazlar, çünkü, toptancıların müşterisi konumundaki perakendecilerin isimleri rehberlerden veya diğer kaynaklardan kolayca ulaşılabilmekte, çaba gerektirmemekte ve işletmeye avantaj sağlamamaktadır⁶².

Müşteri listelerinin de içinde yer aldığı müşteriye ait bilgilerin, ticarî sır konusunu oluşturup oluşturmayacağının saptanmasındaki zorluk, eski çalışanın, işvereniyle olan rekabeti sonucu ortaya çıkmaktadır⁶³.

Çalışanlar çoğunlukla eski işverenleriyle rekabet etmekte, hatta eski işverenin müşterilerini kendilerine bağlamak için çaba göstermektedirler. Ancak

⁶¹ COHEN / GUTTERMAN, age., s. 100

⁶² http://www.nolo.com/PCTM/Trade_Secrets/tsdets3.html

⁶³ UNKOVIC, age., s. 43.

uygulamada işverenler, eski çalışanlarına geçerli bir “rekabet etme yasağı” koyarak, eski çalışanlarının bu özgürlüğünü kısıtlayabilmektedir⁶⁴.

Müşteri listesinin ticarî sır oluşturduğu hallerde, rekabet etme yasağı bulunmasa dahi, işçinin eski işverenin müşteri listesini kullanarak müşterilerini ayartmaya çalışması hukuka uygun değildir.

D - Fikirler

Eğer bir fikir, ilgili iş sahasında bilinmiyor, gizli olarak tutuluyorsa, ve de sahibine avantaj sağlıyorsa, ticarî sır olarak korunabilmektedir. Bir fikrin, düşüncenin değeri, onun ticarî başarısına bağlıdır.

Fikir, uygulanabilme, hayata geçirilebilme yeteneğini kaybedene kadar ticarî sır olarak korunamamakta, aksi halde, bu korumadan yararlanamamaktadır⁶⁵. Aynı şekilde, sonradan bir patentin konusunu oluşturan fikirler de, artık çıkarılan patentin bir parçasını oluşturduğu ve kamuya ait bir fikir haline geldiği için, ticarî sır korumasını yitirmektedirler.

Fikirlerin ticarî sır olarak korunması ile fikri ve sınai hakların diğer bir çeşidi olan telif hakları ile korunması birbirinden tamamen farklıdır. Ticarî sır korunması fikrin kendisini korurken, telif hakları ise sadece fikrin ifade edilmesine koruma getirmektedir. Telif hakları, göz önüne sermek, meydana getirmek, dağıtmak

⁶⁴ COHEN / GUTTERMAN, age., s. 100

⁶⁵ COHEN / GUTTERMAN, age., s. 105

hakkından ibarettir, bu nedenle fikrin kendisini değil anlatımını, ifadesini korumaktadır⁶⁶.

E - İşletme Bilgileri

İşletme bilgileri; işletme planları, pazarlama planları, finansal bilgiler, muhasebe bilgileri, kredi ve fiyat politikaları gibi bilgilerdir.

Bu tür bilgilerin ticarî sır olabilmesi için, başkalarının kolayca elde edilememeleri yani bilgilerin gizli olarak kalmaları için gerekli tedbirlerin alınması ve işletmeye ekonomik yarar sağlamalıdır.⁶⁷ İlgili pazarda, rakipleri tarafından kolayca elde edilen veya kopya edilen bilgiler, ticarî sır olarak korunmaya müsait değildirler.

Bir şirketin başka bir şirket ile birleşmeye karar vermesi ve bu amaca yönelik yaptığı işletme planları, kamuya açıklama yapılana kadar şirket için ticarî sır olabilmektedir.

⁶⁶ http://www.nolo.com/PCTM/Trade_Secrets/tsdets3.html

⁶⁷ UNKOVIC, age., s. 43

İKİNCİ BÖLÜM

SERMAYE PİYASASI KANUNU AÇISINDAN TİCARÎ SIRLAR

I – GENEL OLARAK

Yukarıdaki bölümde ticarî sırrın tanımı yapıp, unsurları ve çeşitleri ortaya konmuştu. Bu bölümde ise ticarî sırrın Sermaye Piyasası Kanunu açısından değerlendirmesi yapılacak, korunma yolları anlatılacaktır.

Ticarî sır Sermaye Piyasası Kanunu tarafından getirilen hükümleri incelerken öncelikle Sermaye Piyasası Kanununa tabi olan şirketlerin, ticarî sır niteliğindeki bazı bilgilerinin kamuya açıklanmasını zorunlu kılan, sermaye piyasasının en önemli ilkelerinden biri olan “Kamuyu Aydınlatma İlkesi” ve bu ilke çerçevesinde ticarî sırlar anlatılacaktır.

Sonrasında ise, “İnsider Muameleleri”, başka bir ifade ile, “İçeriden Öğrenenlerin Ticareti” incelenerek ticarî sırrın insider muamelelerine konu olması ve insider muamelelerine bağlanan yaptırımlar çerçevesinde korunması üzerinde durulacaktır. Şirkete ait gizli bilgilerin haksız kullanımı olarak kısaca tanımlanan insider muamelelerinin konusunu, ticarî sır niteliği taşıyan bilgiler oluşturmakta ve bu ticarî sır niteliğindeki bilgiler, sermaye piyasasında insider muamelelerine bağlanan yaptırımlar çerçevesinde korunmaktadır. Bu nedenle insider muamelelerinin ayrıntılı olarak açıklanması ile; hangi tür ticarî sırların, hangi

şartların oluşması durumunda Sermaye Piyasası Kanunu ile korunacağı ve korumanın nasıl olacağı konusu açıklığa kavuşturulmuş olacaktır.

Sermaye Piyasası Kanunu'nun ticarî sırlarla ilişkili hükümlerinin incelenmesine geçilmeden önce Sermaye Piyasası kavramının açıklığa kavuşturulmasında fayda vardır.

Sermaye piyasası, “orta ve uzun vadeli ödünç verilebilir fonların, menkul kıymetlerin alım satımı suretiyle, tasarruf sahiplerinden yatırımcılara aktarılmasını sağlayan ortamın, başka bir ifade ile, yatırımcılar, tasarruf sahipleri ve bunlar arasındaki fon akımını sağlayan aracı kurum ve bankalar, yatırım ortaklıkları ve yatırım fonları gibi aracı kuruluşlardan oluşan modern finansman sisteminin adıdır”⁶⁸.

Tasarrufların yatırıma aktarılmasında önemli rol oynayan sermaye piyasaları, geçmişten bugüne çok büyük ilerlemeler kaydetmiş, birçok ülkede yasalarla ve tebliğlerle düzenlenmiştir.

Sermaye piyasaları ile ilgili yapılan düzenlemelerin tümü, doğrudan veya dolaylı olarak yatırımcıların korumasına yöneliktir⁶⁹. Düzenlemelerin amacı, sermaye piyasasının güven, açıklık ve kararlılık içinde çalışmasını sağlamak ve denetlemektir⁷⁰.

⁶⁸ TURANBOY, “İnsider Muameleleri”, Ankara, 1990, s. 1’den naklen.

⁶⁹ KILIÇ, “Sermaye Piyasasında Yatırımcının Korunması:Güvence Fonları”, 1997.

⁷⁰ KABAALIOĞLU, “Sermaye Piyasasında Kamuyu Aydınlatma İlkesi”, İstanbul, 1985, s. 136

Ülkemizde de tasarrufların menkul kıymetlere yatırılarak halkın iktisadi kalkınmaya etkin ve yaygın bir şekilde katılmasını sağlamak; sermaye piyasasının güven, açıklık ve kararlılık içinde çalışmasını, tasarruf sahiplerinin hak ve yararlarının korunmasını sağlamak amacıyla “Sermaye Piyasası Kanunu” kabul edilmiştir.

II- KAMUYU AYDINLATMA İLKESİ VE TİCARÎ SIR KAVRAMI İLE KARŞILAŞTIRILMASI

A-Kamuyu Aydınlatma İlkesi

Kamuyu aydınlatma ilkesinin amacı; ”halka arz edilecek menkul kıymetlere ilişkin tam ve ayrıntılı bilgilerin yatırımcılara sunulması yoluyla yatırımcıların doğru bilgilerle teçhizi ve bu bilgilerin ışığı altında isabetli yatırım kararı verebilmelerinin sağlanmasıdır⁷¹.

Kamuyu aydınlatma ilkesi, sermaye piyasasında yatırımcıların yatırım yapacakları şirketlerin ekonomik durumu hakkında doğru ve tam bilgiyi zamanında edinmelerini ve bu şekilde risk-getiri değerlendirmelerini yaparak yatırım kararı almalarını sağlar.

Bu prensip, koruyuculuk, caydırıcılık ve aydınlatma gibi üç temel işlevi yerine getirmeyi amaçlar. Yatırımcının, menkul kıymet ihraç eden şirketlerin

⁷¹ TURANBOY, age., s. 2

yönetimi, finansal durumu ve faaliyet sonuçları ile menkul kıymetlerin nitelikleri hakkında bilgi edinmesini sağlayarak aldatılmasını engellediğinden koruyucudur. Yatırımcıya yatırım kararını verebilmesi için bilgi sağladığından aydınlatıcı, hileli ve ahlak dışı uygulamaları ağır müeyyidelere bağlaması nedeniyle de caydırıcıdır⁷².

Kamuyu aydınlatma yaklaşımı, kamuya açıklanan tüm veri ve bilgilerin yatırımcılar tarafından doğru değerlendirilemeyeceği, tablo ve raporların aynı düzeyde yorumlanamayacağı noktasında eleştiriye uğramaktadır⁷³.

Prensip, “insider muameleleri” açısından da büyük önem taşımaktadır. “Insider Muameleleri”, kamuyu aydınlatma prensibinin gelişmesi, şekil ve içerik değişmesi sonucunda oluşmuştur⁷⁴. Şöyle ki; şirkete ait ve kamuya açıklanmamış bilgilere sahip kişiler, bu bilgileri kullanarak kendilerine veya başkalarına kazanç sağlayabilmektedirler. Oysa ki, şirketin kamuya bilgi vermesi, şirket hakkında önceden bilgi sahibi olan kişilerin avantajlı durumda olmalarını engellemekte, böylece “kamuyu aydınlatma prensibi”nin amacı olan “bilgide eşitlik” sağlanmaktadır⁷⁵. Bu nedenle bir çok ülke, şirket hakkındaki bazı bilgilerin belli aralıklarla veya önemli gelişmeler olması halinde derhal açıklanması mecburiyetini getirerek, insider muamelelerini engellemektedirler.

⁷² KÜÇÜKSÖZEN, “Sermaye Piyasasında Yatırımcıların Korunması:Sermaye Piyasasının bu açıdan değerlendirilmesi”, Ankara, 1999, s. 15.

⁷³ KÜÇÜKSÖZEN, age., s. 16.

⁷⁴ TURANBOY, age., s.2.

⁷⁵ KABAALIOĞLU, age., s. 196.

Ayrıca, kamuyu aydınlatma ilkesi, yanlış bilgi verme, yanıltıcı ve hileli davranışlarda bulunma gibi faaliyetleri da önlediğinden, insider muamelesi ve manipülasyonlarda caydırıcı ve yatırımcıyı koruyucu bir işlevi de hedeflemektedir⁷⁶.

Kamuyu aydınlatma prensibi zaman içerisinde gelişmiştir. Önceleri ihraççı şirket tarafından sadece menkul kıymetlerin halka arzında birincil piyasaya dönük açıklama yapmak zorunlu iken, sonraları sürekli kamuyu aydınlatma prensibi getirilmiş ve açıklama yapma yükümlülüğü ikincil piyasalarda da uygulanmaya başlanmıştır⁷⁷. İşte şimdi Sermaye Piyasası Kanunu' nda kamuyu aydınlatma ilkesi gereği getirilen bu düzenlemeler anlatılacaktır.

1-Birincil piyasaya dönük düzenlemeler

Sermaye Piyasası Kanunu' nda 1992 yılında yapılan değişiklikle “kayda alma” sistemine geçilmiştir. İhraç veya halka arz olunacak sermaye piyasası araçlarının Kurul'a kaydettirilmesi zorunlu hale getirilmiştir.

İhraççılar⁷⁸, menkul kıymetlerini halka arz etmek için izahname ve gerekli diğer belgeleri sunmak zorundadırlar. İhraççılar, sunacakları izahnamede, şirkete ilişkin, hisse senedine ilişkin ve yine arz ve satışa ilişkin bilgileri açıklamak zorundadırlar. İzahnamede bulunması gerekli şirkete ait bilgilere örnek olarak,

⁷⁶ TEZCANLI, “İçeriden Öğrenenlerin Ticareti ve Manipülasyonlar”, İstanbul, 1996,s. 3,

⁷⁷ KABAALIOĞLU, age., s. 187.

⁷⁸ İhraççı; Anonim ortaklıklar, mevzuata göre özelleştirme kapsamına alınanlar dahil kamu iktisadi teşebbüsleri, mahalli idareler ile bunlarla ilgili özel mevzuatları uyarınca faaliyet gösteren kuruluş, idare ve işletmelerdir.

şirketin özellikleri, şirketin sermaye yapısı, kar dağıtım esasları, kurucuları, organları, mali tabloları gibi bilgileri gösterebiliriz.

Yukarıda belirtilen bilgileri içeren izahname, sermaye piyasası araçlarının Kurul kaydına alınmasından sonra ticaret siciline tescil ve ilan edilir. Bu ilanlar ve açıklamalar, gerçeğe uymayan abartılmış veya yanıltıcı bilgileri içermeyeceği gibi kurul kaydına alınmanın resmi bir teminat olarak yorumlanmasına yol açacak açık veya dolaylı bir ifade de taşıyamazlar.

Yine Sermaye Piyasası Kanunu'nun 10. maddesi, izahname ile bilgilerin açıklanmasını yeterli görmemiş, izahname ile halka açıklanan konularda değişik olması halinde değişikliklerin ilgili ihraççılarca en geç on gün içinde yine Kurula bildirilmesi zorunluluğu getirilmiştir.

Kanunda birincil piyasaya yönelik getirilen bu düzenlemelerle, yatırımcılar, ihraççı şirket ve menkul değerleri hakkında bilgi sahibi olacak, parasını yatıracağı şirketin özelliklerini, yöneticilerini, şirketin ileriye dönük planlarını öğrenecek ve kamuya açıklanan bu bilgiler ışığında yatırım yapacaklardır.

2-İkincil Piyasaya Dönük Düzenlemeler

a- Muhasebe, Mali Tablo ve Rapor Standartları, İlan, Bağımsız Denetleme

Sermaye Piyasası Kanunu’nun 16. maddesi, sermaye piyasası hükümlerine tabi şirketlerin, mali tablolarının, bilançolarının, raporlarının ve bağımsız denetlemeye tabi olmaları halinde bağımsız denetim raporlarının Kurulca belirlenecek usul ve esaslar çerçevesinde kamuya duyurulmasını zorunlu kılmıştır. Kurul da kanunun kendisine verdiği yetkiye dayanarak “Sermaye Piyasası Kanunu’na tabi ortaklık ve kuruluşların mali tablo ve rapor düzenleme, kamuya duyurma ve bağımsız denetleme yükümlülüklerinin belirlenmesine ilişkin genel açıklama Tebliği” ni (Seri: XII,No: 1) yayınlamış ve bu tebliğ ile ayrıntılı düzenleme yapmıştır⁷⁹.

Buna düzenlemeye göre Sermaye Piyasası Kanuna tabi anonim ortaklık ve aracı kuruluşlar, yıllık ve ara dönem olmak üzere bilanço ve gelir tablosu düzenlemekle yükümlü kılınmışlardır⁸⁰.

b-Özel Durumların Kamuya Açıklanması

Sermaye Piyasası Kanunu’nun “Kamunun Aydınlatılmasında Özel Durumlar” başlığını taşıyan 16/A maddesinde, yatırımcıların korunması ve kamunun aydınlatılması çerçevesinde, 1) halka açık anonim ortaklıkların sermaye ve yönetiminde kontrolü sağlamak amacıyla pay sahiplerine çağrıda bulunarak hisse senedi toplama girişiminde bulunulması, 2) genel kurullarda oy hakkını kullanılmak için vekalet istenmesi veya 3) ortaklığın pay dağılımının önemli ölçüde değişmesi sonucunu veren hisse senedi el değiştirmeleri, 4) sermaye arttırmaları, birleşme ve

⁷⁹ Seri:XII, No:1 sayılı tebliğ, 18.2.1992 tarihli ve 21146 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır. Bu tebliğ ile Sermaye Piyasası Kanunu’na tabi anonim ortaklıklar, aracı kurumlar, menkul kıymet yatırım ortaklıkları ve menkul kıymet yatırım fonlarının muhtelif tebliğlerle belirlenen mali tablo ve rapor düzenleme, bağımsız denetleme yaptırma ve kamuya duyurma yükümlülükleri tek bir genel Tebliğ halinde getirilmiştir.

⁸⁰ Bknz. ayrıntılar için Sermaye Piyasası Kurulu’nun Seri:XII, No:1 sayılı tebliği.

devirler, 5) menkul kıymet fiyatını etkileyebilecek önemli olay ve gelişmeler, 6) hisse senetleri borsada işlem gören ortaklıkların yönetici ve azınlık ortaklarının bildirimleri konularında Sermaye Piyasası Kurulu'na düzenleme yetkisi de verilmiştir.

Sermaye Piyasası Kurulu da tasarruf sahipleri, ortaklar ve diğer ilgililerin zamanında bilgilendirilmesini temin etmek suretiyle sermaye piyasasının açıklık ve dürüstlük içinde işleyişini sağlamak amacıyla da Özel Durumların Açıklanmasına ilişkin Esaslar Tebliği'ni (seri VIII No:38) çıkarmıştır⁸¹.

Anılan tebliğ uyarınca; a) Ortaklığın sermaye yapısına ve yönetimin kontrolüne ilişkin değişikliklerin; b) Maddi duran varlık alımı, satımı, kiralınması, kiraya verilmesi, aynı sermaye olarak konulmasının; c) ortaklığın faaliyetine, mali yapısına, yatırımlarına, finansal duran varlıklarına ve idari konularına ilişkin değişikliklerin, yatırım kararlarının ve sermaye piyasası araçlarını etkileyebilecek her türlü değişikliğin derhal, doğru, anlaşılabilir, dolaysız ve tam olarak kamuya duyurulması zorunlu hale getirilmiştir.

Yukarıda genel başlıklar altında verdiğimiz kamuya açıklanması gerekli özel durumlara aşağıdaki örnekleri verebiliriz;

- sermaye yapısında meydana gelen değişiklikler,

⁸¹ 06/07/1993 tarihli ve 21629 sayılı mükerrer Resmi Gazete'de yayımlanan, Seri: VIII, No: 20 Özel Durumların Kamuya Açıklanmasına İlişkin Esaslar Tebliği ile 19/2/996 tarihli ve 22559 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan, Seri: VIII, No: 29 Özel Durumların Kamuya Açıklanmasına İlişkin Esaslar Tebliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ, Seri: VIII, No: 39 Tebliğ ile yürürlükten kaldırılmıştır.

- hisselerin sahip olduğu oy haklarında veya ana sözleşme ile tanınan diğer haklarda meydana gelen değişiklikler,
- sermaye piyasası mevzuatı uyarınca vekalet toplanması veya bir sözleşme nedeniyle veya sair yollarla yönetim kontrolünün doğrudan veya dolaylı el değiştirmiş olması,
- ortaklığın faaliyetlerini önemli⁸² ölçüde etkileyebilecek yeni bir ürün üretilmesi ya da yeni bir teknoloji kullanılmasına ilişkin karar alınması,
- ortaklık tarafından veya ortaklık aleyhine açılan davaların⁸³ veya tahkim başvurularının, ortaklığın mali yapısını veya faaliyet sonuçlarını önemli ölçüde etkileyecek tutara ulaşması,
- patent, royalty, lisans, know-how, teknolojik işbirliği, marka devri, iş ortaklığı (joint venture) gibi konularda anlaşma yapılması, anlaşmaların iptal edilmesi veya daha önce kamuya açıklanmış koşullarının değişmesi,
- ortaklığın yönetim kurulunca başka bir ortaklığın devralınması ya da başka bir ortaklığa devrolması veyahut yeni bir ortaklık kurulması suretiyle birleşme hususunda karar alınması, Kurul Tebliğleri çerçevesinde kamuya açıklanan son bilançodaki aktif toplamının %10 veya daha fazlası tutarında yatırım kararı alınması, yatırıma başlanılması, vazgeçilmesi, ertelenmesi, durdurulması, tamamlanması, yatırımlarla ilgili teşvik belgesi alınması, süresinin uzatılması veya alınan teşvik

⁸²Seri VIII No:38 sayılı tebliğinin 10. maddesinde; tebliğde geçen ‘önemli kavramı’, sermaye piyasası araçlarının değerini ve yatırım kararlarını etkileyebilecek ve mevcut koşullar altında önemli olarak addedilebilecek olan veya bir varlık ya da ilgili mali tablo kaleminde %10 ve üzerindeki bir oranda değişiklik yaratabilecek bilgiyi ifade eder.

⁸³Ortaklıklar aleyhine açılan davaların özel durumlar kapsamında kamuya duyurulmasında uygulanacak esaslar, Sermaye Piyasası Kurulu’nun 08/03/2002 tarih ve 13/306 sayılı ilke kararı ile belirlenmiştir. Bu karara göre önemli davaların kamuya duyurulma zorunluluğu vardır.

belgesinin herhangi bir nedenle iptal edilmesi gibi bilgiler kamuya açıklanması zorunlu bilgilerdir⁸⁴.

Önceden yapılmış olan özel durum açıklamalarında meydana gelen gelişmelerin ve değişikliklerin de sürekli olarak güncellenerek kamuya duyurulması gerekmektedir.

Özel durumlara ilişkin açıklamalar, yanlış, yanıltıcı, mesnetsiz abartılı veya eksik olamayacağı gibi, ortaklıkların mevcut durumları hakkında yanlış kanaat uyandıracak nitelikte de olamaz.

B-Ticarî Sır ve Kamuyu Aydınlatma İlkelerinin Karşılaştırılması

Şirketlerin, işletmelerine ait, ekonomik değer taşıyan, gizli ve korunmaya elverişli bilgilerinin ticarî sır oluşturduğunu, şirketlerin ticarî sırlarının gizli kalması ve kamuya ifşa edilmemesi için gerekli tedbirleri almakla yükümlü olduklarını ancak bu şekilde ticarî sır has korumalardan yararlanabileceklerini ilk bölümde detaylı olarak incelemiştik.

Bu bölümde ise sermaye piyasası hukukuna tabi şirketlerin, sermaye piyasası hukukunun en önemli ilkesi olan kamuyu aydınlatma ilkesi çerçevesinde gerek birincil piyasada gerekse ikincil piyasada açıklamakla yükümlü oldukları bilgileri incelemiş bulunmaktayız. Şirketlerin Sermaye Piyasası Kanunu uyarınca açıklamakla

⁸⁴ Bknz. Ayrıntılar için Sermaye Piyasası Kurulu'nun Seri VIII No:38 sayılı tebliği.

yükümlü oldukları bilgiler nitelikleri itibariyle ticarî sır niteliğine haiz bilgiler olabilmektedir. Örneğin, şirketin yatırım kararları, birleşme ve devir planları, şirketin kar zarar durumu gibi mali bilgileri ticarî sır niteliği taşıyabilen ve kamuya açıklanması gereken bilgilerdendir.

İşte şirketler menfaatleri veya yasal yükümlülükleri gereği bir yandan ticarî sırlarını gizli tutmaları için gerekli tedbirleri almakla yükümlü tutulurken, diğer yandan sermaye piyasası hukukuna tabi iseler ticarî sırlarını kamuya açıklamakla yükümlü kılınmaktadırlar. İşte bu durum sermaye piyasasına tabi şirketler için bir çelişki yaratmaktadır. Şirketler, kamuyu aydınlatma yükümlülüğü gereğince ticarî sır niteliğindeki bilgiyi açıkladığında bilginin ticarî sır olma vasfı ortadan kalkacak ve ticarî sır has korumadan ve getirdiği avantajlardan daha fazla yararlanamayacaklardır. Dolayısı ile de hissedarların ve yatırımcının bilgi alma hakkı ve halka açık anonim şirketin kamuyu aydınlatma yükümlülüğü, halka açık anonim şirketin ticarî sırlarının kapsamını da mecburi olarak daraltacaktır⁸⁵.

Yukarıda anlatılanlar çerçevesinde bir şirket, halka açılmaya ve menkul kıymetlerini halka arz ederken iyi düşünmeli, kamuyu aydınlatma ilkesi gereğince belirli ticarî sırlarını kamuya açıklamak zorunda kalacağını bilerek karar vermelidir.

Sermaye Piyasası kanununun Kamunun aydınlatılmasına yönelik düzenlemelerine aykırı hareket eden şirket yetkilileri ya da diğer sorumlular, Sermaye Piyasası Kanununun 47. maddesi gereği cezalandırılmaktadırlar.

⁸⁵ TURANBOY(Ticarî Sır), age., s. 363.

III- TİCARÎ SİRRİN İNSİDER MUAMELELERİNE KONU OLMASI

A-İnsider Muameleleri Kavramı

Pek çok hukuk sisteminde olduğu gibi ülkemizde de İngilizce olarak “insider trading” ile anılan “insider muameleleri”, sermaye piyasasının temel sorunlarından birisi olarak uzun yıllardır tartışılmaktadır.

İnsider muameleleri, piyasada haksız rekabet ortamı yaratan, kamuyu aydınlatma ve yatırımcıların korunması ilkesi ve kurallarını bozarak, piyasadaki bazı kişilerin haksız çıkar sağlamasına yarayan, yatırımcının piyasaya olan güvenini zayıflatan işlemlerdir.⁸⁶

Sermaye piyasasında eşitlik ilkesinin sağlanması, halka açık anonim şirketlerde etik kuralların oluşturulması, borsa işlemlerinde dürüstlüğün ve sağlıklı fiyat oluşumunun temin edilerek, ortakların ve yatırımcıların korunması bakımından sorunlar yaratan insider muameleleri, sermaye piyasası hukuku’nun en temel konularından birisini oluşturmaktadır⁸⁷.

Sermaye piyasasında her geçen gün ortaya çıkan yeni işlemler, kurumlar ve sistemler, içeriden öğrenenlerin ticaretinin boyutunu değiştirmekte; yasa koyucular

⁸⁶ TEZCANLI, age., s. 3,

⁸⁷ MANAVGAT, “Türk Hukukunda İçeriden Öğrenen Kavramı”, BATİDER, Aralık 1998, C.XIX, S.4, s. 177.

ve yargı organları bu hızlı değişime ayak uyduramamaktadırlar⁸⁸. Bu tablo karşısında her ülke kendi hukuk düzenlerinde yeni yöntemler geliştirmeye çalışmaktadırlar.

Türk hukukunda insider muameleleri konusunda yapılan ilk düzenleme, 3794 sayılı Kanunla 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu’nun 47.A.1 hükmünde yapılan değişiklikle getirilmiştir. Bu hükümde, insider muamelelerinin tanımı, “sermaye piyasası araçlarının değerini etkileyebilecek, henüz kamuya açıklanmamış bilgileri kendisine veya üçüncü kişilere menfaat sağlamak amacıyla kullanarak, sermaye piyasasında işlem yapanlar arasındaki fırsat eşitliğini bozacak şekilde mameleki yarar sağlamak veya bir zararı bertaraf etmek” şeklinde yapılmıştır.

Konuyla ilgili ikinci yasal düzenleme, 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamalarının Düzenlenmesine ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 7. maddesinde yer almaktadır. Anılan hükümle, özelleştirme programında bulunan kuruluşlardan Sermaye Piyasası Kanunu kapsamına giren ve hisseleri borsada işlem gören kuruluşların hesap ve işlemleri ile işletmelerine ilişkin henüz kamuya açıklanmamış bilgilerin açıklanması, bu bilgilerin kişisel olarak veya üçüncü kişilere menfaat sağlanması amacıyla kullanılarak, sermaye piyasasında işlem yapanlar arasındaki fırsat eşitliğini bozacak şekilde mameleki yarar sağlamaya yönelik olarak borsa içinde ve dışında bu kuruluşlarla ilgili menkul kıymet alım satımı yapılması yasaklanmıştır.

⁸⁸ MANAVGAT, age., s. 177

İçeriden öğrenenleri ticaretine ilişkin düzenlemeler, iki ayrı kanunda düzenlenmekle birlikte, bu konudaki genel hükümler Sermaye Piyasası Kanunu'nda yer aldığından, çalışmada esas itibariyle Sermaye Piyasası Kanunu hükümleri dikkate alınacaktır.

Diğer ülkelerin yasal düzenlemelerine bakıldığında, geçmişten günümüze değin, insider muamelelerine yer verdiklerine, zaman içerisinde düzenlemelerini geliştirip, yenilediklerini görmekteyiz.

ABD, bu konuyu önce Mavi Gök Kanunları (Blue Sky Law) ile, ardından da 1933,1934 tarihli Securities Act ile düzenlemiştir. Sermaye piyasası alanında düzenleyici otorite olan Securities and Exchange Commission (SEC)'in düzenlemeleriyle yasadaki temel kavramlara açıklık kazandırılmış; bu hukukî altyapının oluşmasında ise yargı kararları önemli rol oynamıştır. Securities ve Exchange Commision'ca benimsenen biçimiyle insider muameleleri: halka açık anonim şirketlerde, şirketteki görevi ve pozisyonu sebebiyle, bir menkul kıymetin ileride teşekkül edecek kur değeri ile ilgili (material fact)bilgilere sahip kolan kişinin, bu bilgileri, kamuya açıklanmalarından önce, borsa içi ve dışı muamelelerde kullanarak kendisi veya bir başka kişi için menfaat sağlamasıdır.

İngiltere'de ise, Buble Act (1720) ve çeşitle tarihlerde çıkarılan Companies Act'lerde konuya ilişkin düzenlemeler yapılmışsa da bu kanunlarla insider

muameleleri engellenememiştir. Bu nedenle, 1985 tarihinde konuya ilişkin esas düzenleme olan Companies Securities (Insider Dealing Act) yürürlüğe konmuştur.

Avrupa Birliği'nde de içeriden öğrenenlerin ticaretine ilişkin 89/592/EEC no'lu direktif (Council Directive of 13 November 1989 coordinating Regulations on Insider Dealing) kabul edilmiş, AB üyesi ülkeleri konuyla ilgili harekete geçirmiştir.

Insider muameleleri kavramını daha belirgin hale getirmek için, dünyada emsal teşkil edebilecek bazı mahkeme kararlarına ve bunlara esas teşkil eden olaylara değinmekte fayda vardır.

(1) 1947 yılında Pennsylvania Bölge Mahkemesinde karar bağlanan Kardon v. National Gypsum davasında; şirketin malvarlığını iyi bir fiyatla başka bir şirkete satmayı planlayan şirket yönetiminde görevli bir ortak, yönetimde mutabakat sağlansa da, ortaklara haber vermeden hissedarların hisselerini satın almış, mahkeme, şirketteki görev ve pozisyonu sebebiyle edindikleri ve işleme taraf olanların kararlarını etkileyebilecek bilgiyi ortaklarına açıklamadan onların hisselerini alan idarecileri SEC 10(b) kuralına göre mesul tutmuş, şirket hisseleri satın alarak sağladıkları kârı, karşı tarafa iade etmekle yükümlü tutmuştur⁸⁹.

(2) ABD'da geniş yankılar uyandıran ve hukukçularla şirket yöneticilerini sarsıcı etki yapan SEC v. Texas Gulf Sulphur davasına konu olay; bir maden şirketinin Kanada'da yaptığı arama sırasında zengin maden yataklarına rastlaması,

⁸⁹ TURANBOY, age., s.39

fakat kamuya herhangi bir açıklama yapılmadan önce, şirket idarecilerinin, memurlarının, diğer çalışanların ve yakın arkadaşlarının şirket hisse senetlerinin büyük bölümünü satın alması olarak özetlenebilir. Mahkeme, kararında, “bir kimse şirkete ait gizli bir bilgiye sahipse, bunu ya diğer bütün yatırımcılara açıklamalı, yahut da bilgi gizli kalması gereken bir bilgi ise, kamuya açıklanmadan önce muamelede bulunmamalıdır” ilkesinden hareketle “Disclosure or Abstain”(ya bilgiyi açıkla ya da muamele yapmaktan kaçın)⁹⁰ prensibini kabul etmiştir. Bu kararla ilgili diğer önemli husus ise, şirkete ait gizli bilgiyi herhangi bir şekilde öğrenenlerin de sorumlu tutulabileceğinin kabul edilmiş olmasıdır.

Yukarıda verilen tanımların ışığı altında insider muamelelerinde bulunması gereken hususları şu şekilde sıralayabiliriz:

- Şirketteki pozisyonu ve görevi itibariyle önemli bilgilere sahip kişinin varlığı,
- Bilginin menkul kıymetin ileride kur değerini etkileyebilecek nitelik taşıması ve henüz açıklanmamış olması,
- Kişinin, bu bilgiyi kullanarak kendisine veya başkasına menfaat sağlaması

Kamuyu aydınlatma prensibi çerçevesinde şirketlere ilişkin bilgilerin zamanında, doğru, tam ve ayrıntılı olarak yayınlanması, yatırımcıların hak ve menfaatlerinin korunması açısından önemlidir. Kamuyu aydınlatma prensibinin

⁹⁰ Texas Gulf Sulphur, 401, F2d. At. 848.

uygulanmaması ve şirkete ait bilgilerin yatırımcılara açıklanmaması, bu bilgiye sahip insiderları avantajlı konuma geçirmekte ve insiderların bu bilgileri kullanarak menfaat temin etmelerine yol açmaktadır. Bu nedenle, kamuya açıklanmamış gizli bilgilerin, menfaat temin etmek amacıyla kullanılması olarak tanımlanan insider muameleleri yasaklanmış; “açıkla veya kaçın” prensibi ile gizli bilgilerin açıklanması ya da bilgi açıklanana kadar şirketin menkul kıymetleri ile muamelede bulunulmaktan kaçınılması kuralı getirilmiştir.

B- Ticarî Sırrın Insider Muamelelerine Konu Olmasının Şartları

1- Menkul Kıymet Fiyatlarına Etkili Olması

Ticarî bir sırrın insider muamelelerine konu olup, bu çerçevede korunabilmesi için, menkul kıymet fiyatlarına etki edebilecek niteliğe sahip olması gerekir. Ticarî sırrın, insider bilgisi sayılabilmesinin belirleyici unsuru, ticarî sırrın sermaye piyasasında işlem gören menkul kıymetlerin fiyatlarına olan duyarlılığıdır. Bir başka deyişle, ticarî sırrın açıklanması sonucunda menkul kıymetin fiyatında mutlak bir değişim oluşmalıdır. Bu nedenle, her ticarî sır, insider bilgisi vasfında değildir.

Hangi ticarî sırrın insider bilgisi olabileceği sorusuna cevap verebilmek için , öncelikle ticarî sır niteliğindeki bilginin etkinliğinin tespit edilmesi gerekir. ABD., ve İngiliz hukuk sistemlerinde, insider bilgisi olabilecek olgu ve olaylar numerus clausus olarak sayılmamış, genel bazı prensiplerden hareket edilmiştir⁹¹.

⁹¹ TURANBOY, age., s. 46.

ABD’de, insider muamelelerinin önlenmesi amacıyla kabul edilen Securities Exchange Act’in 10(b) (5) hükmünün 2.fikrası ve bu kanunun ilavesi olan Insider Trading Act Sactions of 1984’ün 21 (2) (B) ve 21 (d) (2) maddelerinde “önemli bilgi” (material fact) kavramına yer verilmiştir.

1968 yılında Securities and Exchange Commision ile Texas Gulf Sulphur arasında görülen dava, önemli bilgi kavramının vasıflarının ortaya konması bakımından büyük önem taşımaktadır. Bu davada; bir bilginin önemli bilgi olabilmesi ve dolayısıyla insider bilgisi sayılabilmesi için “fiyata etkili” veya “yatırımcının önemseddiği” bilgi olması gerektiği belirtilmiştir⁹². Bu dava menkul kıymet fiyatlarını etkileyebilecek nitelikte bilginin ise olağanüstü durumlara ilişkin olması gerektiği, olağan bilgilerin ise menkul kıymetlerin fiyatını etkileyemeyeceği, bir başka deyişle insider bilgisi olamayacağı ifade edilmiştir. Bu görüşün uzantısı olarak, Texas Gulf Sulphur davada, şirketin zengin maden yatakları bulması ile ilgili ticarî bilgilerin olağanüstü duruma ilişkin, fiyata etkileyebilecek nitelikte olduğu kabul edilmiştir.

Bu davada kabul edilen bir başka kriter ise, bilginin önem derecesidir. Mahkeme, bilginin, ilgili olduğu şirkete ait menkul kıymetlerin fiyatlarına olan etkisini saptarken, bilginin “şirketin büyüklüğü ve programlarının genişliği karşısındaki önemine” dikkat etmiş, bilginin haiz olduğu öneme göre bilginin niteliği konusunda karar vermiştir⁹³.

⁹² CLARK, age., s. 2.

⁹³ TURANBOY, age., s. 50.

Konu açısından büyük önemi olan TSC Industries Inc v. Northway^{94*} davasında ise üst mahkeme, önemli bilgiyi; “makul yatırımcının yatırım kararı verirken önemseydiği bilgi” olarak tanımlamıştır. Başka bir deyişle, önemli bilgi, makul bir yatırımcının yatırım kararına tesir edebilecek mahiyetteki bilgidir⁹⁵. Bu tanımlardan da anlaşılacağı üzere, bir bilginin fiyata etkisi “makul bir yatırımcı” ya göre tayin edilecek; makul ve basiretli her yatırımcının menkul kıymetlerin alımı ve satımında değer verdiği bilgi, menkul kıymetlerin fiyatına tesir edebilecek mahiyette sayılacaktır.

“Önemli bilgi” kavramı, İngiltere’de ise Company Securities (Insider Dealing Act) 1985’in çeşitli maddelerinde⁹⁶ düzenlenmiş olup, “unpublished price sensitive information” olarak ifade edilmiş, bu kavram ile “menkul kıymetin fiyatını etkileyebilecek, kritik ve kamuya açıklanmamış bilgi” veya “bu gibi bilgilere sahip olmak” kastedilmiştir⁹⁷.

Sonuç olarak, “material fact” veya “price sensitive information” olarak adlandırılan bilgiyi, şirkete ait menkul kıymetin piyasa fiyatını etkileyebilecek nitelikteki kamuya açıklanmamış bilgi olarak tanımlayabiliriz⁹⁸.

⁹⁴ TSC Indus., Inc. V. Northway, 426 U.S. 438, 1976.

⁹⁵ LANGEVOORT, age. s. 2.

⁹⁶ Company Securities Act’in 1.md. 3.f., 2.md. 3.f., 4.md. 1f., 10.md. gibi maddelerinde ifade edilmektedir.

⁹⁷ TURANBOY, age., s. 46.

⁹⁸ TURANBOY, age., s. 48.

Ticarî sırrın, fiyata etkili olup olmadığının takdiri mahkemelere aittir. mahkemeler, ticarî sırrın menkul kıymet fiyatlarına tesir edebilecek niteliğe sahip olup olmadığını saptarken, ticarî sırrın piyasaya olan etkisi ve sırrın insiderin yaptığı alım-satım işlemine esas oluşturup oluşturmadığı kanıtlarını temel almaktadırlar⁹⁹.

Yukarıda yapılan açıklamaların ışığı altında, menkul kıymet fiyatlarına etki edebilecek nitelikteki şirkete ait ticarî sırları şu şekilde sınıflandırabiliriz;

a- Şirketin Mali Durumu

Şirketin finansal yapısına ilişkin bilgiler, şirkete ait menkul kıymetlerin fiyatlarını etkileyebilecek niteliğe sahip ticarî sırlardır¹⁰⁰. Menkul kıymet fiyatlarını doğrudan etkileyebilen şirket bilgileri, menkul kıymet için “girdi” iken, bilginin yaptığı etki sonucu değişen yeni fiyat ise “çıktı” olarak ifade edilmektedir. Menkul kıymetlerin piyasa fiyatları, şirkete ait bilginin türü ve yaptığı etki nispetinde değişmekte, menkul kıymetin piyasa fiyatında meydana gelen bu değişim ise menkul kıymet işlemi yapan kişilerin menfaatinin de zarar görmesine yol açmaktadır¹⁰¹.

Şirketlerin mali durumu ile şirkete ait menkul kıymet fiyatları arasında mutlak bir ilişki vardır. Şöyle ki; şirket kâr edip temettü dağıttıkça artan menkul kıymet fiyatı, şirket zarar ettikçe düşmektedir¹⁰². Bu nedenle şirket kazançları, kayıpları, rezervleri, temettü ödeme kararları, bilanço durumu, büyüme hızı,

⁹⁹ LANGEWOORT, age., s.7.

¹⁰⁰ LANGEWOORT, age., s.9.

¹⁰¹ GUYENOT, “İmtiyazlı Bilgilere Sahip Olabilen ve Bu Bilgileri Borsada Kullanabilen Şahıslar: Fransa’da İçeriden Öğrenen veya Insider Trading”, BATİDER, Haziran 1984, C.XII, S.2-3, s.99.

¹⁰² TURANBOY, age., s. 51.

ihtiyatlarının durumu ve sermaye yapısındaki değişiklikler¹⁰³ gibi şirkete ait mali bilgiler, menkul kıymet fiyatlarını etkileyebilecek niteliğe sahip insider bilgileridir¹⁰⁴.

Şirketin gelir ve kazanç durumlarını gösteren raporlar, her halükarda menkul kıymet fiyatlarını etkileyebilecek niteliktedirler. Insider muameleleri ile ilgili bir çok dava, idarenin elindeki, piyasada umulandan daha iyi veya daha kötü çıkan, şirkete ait gelecekteki kazanç durumunu gösteren raporlara ilişkin bilginin kullanılmasından doğmuştur¹⁰⁵.

b- Şirkete Ait Plan ve Projeler

Şirkete ait plan ve projeler de menkul kıymet fiyatlarını değiştirebilen ticarî sırlardandır. San Leandro Emergency Medical Group Profit Sharing Plan ile Philip Morris Cos. arasındaki davada, Philip Morris şirketinin Malbora sigaraları için gireceği yeni pazar stratejisinden haberdar olan insiderlar, şirkete ait menkul kıymetleri satmaktan sorumlu tutulmuş ve cezalandırılmışlardır¹⁰⁶.

c- Şirket Birleşmelerine, Devirlerine ve Ele Geçirmelerine İlişkin Bilgiler

¹⁰³ SAMİ, “Hisse enetlerinin Piyasa Fiyatını Belirleyen Faktörler”, Sigorta Dünyası, 1973, s. 83

¹⁰⁴ GUYENOT, age., s. 99.

¹⁰⁵ LANGEWOORT, age., s. 9.

¹⁰⁶ San Leandro Emergency Medical Group Profit Sharing Plan v. Philip Morris Cos., Fed. Sec. L. Rep. 99, 017, 2dir. 1996.

Hisse senet fiyatlarını etkileyebilen, içeriden öğrenenlerin ticaretinde kullanılan önemli bilgi kaynaklarından bir diğeri ise şirket birleşmelerine, devirlerine ve ele geçirmelerine ilişkin bilgilerdir¹⁰⁷.

Hisse senetlerinin alımı suretiyle şirketlerin ele geçirilmesi faaliyetinde¹⁰⁸, ele geçirilmesi hedeflenen şirketin adının kamuya açıklanmadan önce öğrenilmesi ve bu bilgi kullanılarak işlem yapılması menkul kıymetlerin fiyatında ve miktarında aşırı artışlara sebep olmaktadır¹⁰⁹. Ele geçirilmesi planlanan şirketin adını öğrenen insider, tender offer kararı verilmesinden önce ona ait hisse senetlerini piyasadan ucuza toplamakta, ilandan sonra yükselen fiyatlarından satmak suretiyle da büyük kazançlar elde etmektedir.

Şirketlerin birleşeceğine dair bilgilerin konu olduğu insider muamelerine United States v. Reed davası örnek olarak verilebilir. Bu dava konusu olayda, babasının sahip olduğu şirkete birleşme teklif edeceğini öğrenmiş, birleşme sonrası piyasa fiyatlarında artış olacağını düşündüğü hisse senetlerini piyasadan satın alarak, kendisine menfaat temin etmiştir¹¹⁰.

¹⁰⁷ TEKİNALP, age., s. 313.

¹⁰⁸ Hisse senetlerinin alımı suretiyle şirketlerin ele geçirilmesi işleminde “hedef şirket”in yönetim kurulu ile birleşme görüşmeleri yapmadan, çoğu zaman onların arzuları hilafına, hedef şirket sahiplerine açık bir icap yapılmakta, ellerindeki hisse senetlerinin belli bir bedel karşılığında alınacağı açıklanmakta ve yönetim kurulu atlanarak doğrudan hisse senetleri sahiplerine hitap edilmektedir.

¹⁰⁹ TEZCANLI, age., s. 19.

¹¹⁰ TURANBOY, age., s. 53.

Bu olaydan da anlaşıldığı üzere şirket birleşmelerine ilişkin bilgilerin, şirketlere ait menkul kıymet fiyatlarını attırıcı etkisi olduğundan insider muamelelerinde kullanılmakta ve bu sayede menfaat temin edilmektedir.

Yine, United States ve Newman¹¹¹ davasına konu olayda, çalıştığı yatırım bankasında, şirket müşterileri tarafından işverenlerine güven ilişkisi içerisinde verilen şirket birleşmeleri ve ele geçirmelerle ilgili gizli bilgiyi öğrenen insider, bu bilgiyi birkaç aracı kuruma aktarmış, onların aracılığı ile hedef şirketlere ait hisse senetlerini almış ve haber açıklandıktan sonra hisse senet fiyatlarının yükselmesi sonucunda haksız kazanç sağlamışlardır. Dava ile ilgili olarak mahkeme, banka çalışanlarının görevlerinden dolayı emniyet ve itimadı kötüye kullandıklarına karar vermiştir.

d- Teknolojik Gelişmeler ve Yeni İcatlar

Şirketin kaydettiği teknolojik gelişmelere ve icatlarına ilişkin bilgiler de borsa rayiçlerine etki edebilecek nitelikteki ticarî sırlardandır¹¹². Bir şirketin yeni bir ürün bulması veya teknolojik gelişim göstermesi, kamuya açıklandığı takdirde şirkete ait hisse senetleri fiyatlarını arttıracaktır. Bu nedenle, bu bilgiye sahip kişinin, haber kamuya açıklanmadan önce menkul kıymet satın alıp, haber kamuya açıklandıktan sonra menkul kıymet fiyatlarının artması sonucu menfaat temin etmesi, insider muamelelerine bağlanan yaptırımlar çerçevesinde yasaklanmıştır.

¹¹¹ United States v. Newman, 664 F. 2d 12, 2d Cir 1981.

¹¹² GUYENOT, age., s. 113.

2 - İnsiderlar Tarafından Edinilmesi

Ticarî sırrın insider muamelelerine konu olup sermaye piyasası mevzuatı çerçevesinde korunabilmesi, ticarî sırrın menkul kıymet fiyatlarına etkili nitelikte olmasının dışında, ticarî sırrın “insider” denilen belli kişilerce edinilmesine bağlıdır. Çünkü, ticarî sırrın avantaj sağlayabilmesi, ancak sınırlı şahıslar tarafından bilinmesi ve kullanılması halinde mümkündür¹¹³.

Çeşitli ülke mevzuatlarında olduğu gibi Türk hukukunda da insiderlar kategorik olarak belirlenmiştir. Konuya ilişkin düzenlemenin yer aldığı Sermaye Piyasası Kanunu 47.A.1 hükmünün birinci cümlesinde insider muameleleri tanımlandıktan sonra ikinci cümlesinde insiderlar; “ Sermaye Piyasası Kanunu’nun 11.maddesi kapsamındaki ihraççılar, sermaye piyasası kurumlarının veya bunlara bağlı ve hakim işletmelerin yönetim kurulu başkan ve üyeleri, yöneticileri, denetçileri, diğer personeli ve bunların dışında meslekleri veya görevlerini ifa etmeleri sırasında bilgi sahibi olabilecek durumda olanlarla, bunlarla temasları nedeniyle doğrudan veya dolaylı bilgi sahibi olabilecek kişiler” olarak tanımlanmıştır.

Kanun tarafından tanımlanan insiderlara bakıldığında, insider olabilecek kişiler, önemli bilgiye ulaşma olasılığı yüksek olan kişiler ve bu kişilerle temas halindeki diğer kişiler olarak iki kategoride ele alınmıştır. Bu iki kategorideki

¹¹³ TURANBOY, age., s. 47.

insiderları, “birinci dereceden insiderlar” ve “ikinci dereceden insiderlar” olarak da adlandırmak mümkündür.

Kanunda insiderlara ilişkin yapılan kategorik belirleme iki husus açısından önem taşımaktadır. Birincisi, söz konusu kategorilerdeki kişilerin mameleki yarar sağlarken veya bir zararı bertaraf ederken, sermaye piyasası araçlarının değerini etkileyebilecek kamuya açıklanmamış bilgiye dayalı olarak hareket ettikleri yönünde bir karineden hareket edilmektedir. Bu nedenle bu bilgiye dayalı olarak hareket edildiğinin ayrıca ispatlanması gerekmemektedir¹¹⁴. Bununla birlikte insiderların bu karinenin aksini zor da olsa ispat edebilmeleri mümkündür.

Insiderların kategorik açıdan belirlenmesindeki diğer önemli husus ise yine ispatla ilgilidir; fakat, bu noktada iki kategori arasında ayrıma gidilmesi gerekir. “Birinci dereceden insiderlar” olarak adlandırılan birinci kategoride, kişilerin ortaklıktaki statüleri esas alındığından, bu kişiler yasal şartları oluştuğunda insider sıfatını kazanacaklardır. Söz konusu kişilerin insider muamelesini işlediği tespit edildiğinde ise, bu konuya ilişkin yaptırımların uygulanabilmesi için faille ilgili başka bir hususun ispatı gerekmeyecektir. Oysa ki, ikinci kategorideki kişiler tarafından anılan fiil işlendiği takdirde, fiilin unsurlarının dışında kişinin mesleğini veya görevini ifa ederken ya da temasları dolayısıyla bilgi sahibi olabilecek durumda olduğunun ispatı gerekmektedir¹¹⁵.

¹¹⁴ MANAVGAT, age., s. 186

¹¹⁵ MANAVGAT, age., s. 186

a- Birinci Dereceden İnsiderlar

Sermaye Piyasası Kanunu m.47.A.1. hükmünde sayılan birinci derece insiderları, belli ortaklık grupları olan ihraççıların, sermaye piyasası kurumlarının ve bunlara bağlı ve hakim durumda olan işletmelerin mensupları oluşturmaktadır. Bilginin kaynağını oluşturan ihcaççıların ve faaliyet alanları itibariyle bilgiye kamuya açıklanmadan önce ulaşma imkanına sahip sermaye piyasası kurumlarının yetkili ve görevlilerinin, ticarî sırrı kullanarak işlem yapıp, haksız menfaat elde etmeleri mümkündür. Bu nedenle söz konusu kişilerin birinci dereceden insiderlar kategorisine dahil edilmeleri son derece doğaldır¹¹⁶.

Menkul kıymet fiyatlarına tesir edebilecek bilginin kaynağı genellikle ihraççılardır. “Halka açık anonim ortaklıklar, mevzuata göre özelleştirme kapsamına alınanlar dahil kamu iktisadi teşebbüsleri, mahalli idareler ile bunlarla ilgili özel mevzuatlar uyarınca faaliyet gösteren kuruluş, idare ve işletmelere “ihraççı şirketler” denilmektedir¹¹⁷. Bu şirketlerin mensupları da birinci derecede insider sayılmaktadırlar.

Menkul kıymetlerin halka arzına aracılık ettikleri ortaklıklar hakkında bilgi sahibi olan aracı kurumların yanı sıra, bağımsız denetim kuruluşları, yatırım danışmanlığı ve portföy yönetim kuruluşlarının çalışanları da, sermaye piyasası kurumu olduklarından, bu kurumların çalışanları da insider sayılmaktadır. Çünkü,

¹¹⁶ MANAVGAT, age., s. 187.

¹¹⁷ İMKB Yayınları, “Sorularla Borsa ve Sermaye Piyasası”, İstanbul, 1999, s. 9.

ihraççı şirketler gibi bu sermaye piyasası kurumları da bilgiye ulaşma avantajına sahiptirler.

Yukarıda sayılan ortaklıkların mensubu olan birinci dereceden insiderlar, şirketle doğrudan bir ilişki içinde olup, mesleklerini ve görevlerini yerine getirirken şirkete ait ticarî sırları öğrenme imkanına sahiptirler. Bu kişilerin aynı zamanda, birinci dereceden “güvenilir olma” ve çalıştığı şirkette “sadakat” içerisinde çalışma yükümlülüğü de bulunmaktadır. Birinci dereceden insiderlar;

aa - Yönetim Kurulu Üyeleri ve Denetçiler

SPK m.47.A.1 hükmünde ilk olarak şirket yönetim kurulu üyeleri ve denetçileri insider olarak belirlenmiştir. Bunun nedeni, bu kişilerin şirkette işgal ettikleri mevki itibarıyla şirket içerisindeki her türlü bilgiden kolayca haberdar olabilmeleridir. Yönetim kurulu üyeleri ve denetçileri, ortaklığa karşı özen ve sadakat içerisinde bulunma yükümlülüğü olan kişiler olduklarından, şirkete ait bilgileri kullanarak, kendileri veya başkası adına menfaat temin etmeleri yasaklanmıştır.

Bu pozisyonda bulunan şahıslar kendiliğinden insider vasfını kazanmaktadırlar¹¹⁸. Bu nedenle, görev yaptıkları ortaklığa ait menkul kıymetler ile ilgili işlem yaparken maddi yarar sağlar veya bir zararı bertaraf ettikleri durumlarda, ancak, işlem yaparken kamuya açıklanmamış bilgiye sahip olmadıklarını

¹¹⁸ TURANBOY, age., s. 76.

kanıtlayarak sorumluluktan kurtulabilirler. Bu hususun ispatı yönetim kurulu üyeleri için zorluk arzetmektedir. Buna karşın, uygulamada şirkette pasif konumda bulunan, yönetimde karar alma sürecine katılmayan, olması gereken denetimi de yapamayan denetçilerin, menkul kıymet fiyatını etkileyebilecek nitelikteki önemli bilgiye sahip olmadıklarını kanıtlamaları güç olmayacaktır¹¹⁹.

ab - Yöneticiler ve Diğer Personel

Ortaklığın yönetim kademelerinde yer alan görevliler de insider bilgisine ulaşma ihtimali yüksek olan birinci derece insiderlardandır. TTK.'na göre şirket, yöneticiler tarafından hep birlikte idare olunmaktadır. (TTK.319)

Kanunda “yönetici” kavramının sınırları çok geniştir. Bu kavramın içine üst düzey yetkililer girdiği gibi küçük memurlar da de girmektedir¹²⁰. Örneğin; önemli bilgiye ulaşmada avantajı olan şirket genel müdürü, finansman müdürü gibi yöneticilerin yanısıra, böyle bir avantajı olmayan personel müdürü de idareci kavramına girmekte ve birinci dereceden insider olmaktadır.

Birinci derece insider kategorisinde yer alan diğer personelden kasıt ise, şirkette iş görme akti ile çalışan kimselerdir. Bunlar; şirketin muhasebecisi, sekreteri, mühendisi, teknisyeni ve şirket bünyesinde çalışan avukatı gibi şirkete ait bilgilere ulaşabilen kimselerdir¹²¹.

¹¹⁹ MANAVGAT, age., s. 189.

¹²⁰ TEKiNALP, age., s. 312.

¹²¹ TURANBOY, age., s. 133.

b- İkinci Dereceden Insiderlar

Şirkete ait menkul kıymetlerin fiyatını etkileyebilecek nitelikteki bilgilere doğrudan ulaşamayan; fakat, birinci derecedeki insiderlar aracılığıyla söz konusu bilgiyi öğrenmek suretiyle menkul kıymet işlemi yapabilme ve bu işleminden kazanç sağlayabilme potansiyeline sahip olanlar, ikinci dereceden insiderlar olarak kabul edilmektedir¹²².

İkinci dereceden insiderlar, meslekleri veya görevleri gereği bilgi edinen kişiler ile insiderlar'dan bilgi edinen kişiler olmak üzere iki gruptan oluşmaktadır. Bu kişiler, şirketin çalışanı olmadıkları halde, şirketle girdikleri özel ilişkiler sonucu şirket sırlarını öğrenen kişilerdir. Bu kişiler, birinci dereceden insiderlar gibi statüleri gereği değil, şirkete ait sırlara sahip olmaları nedeniyle insider gibi sorumlu tutulmuş ve ikinci dereceden insider kabul edilmişlerdir¹²³.

ba - Meslekleri veya Görevleri Gereği Bilgi Edinen Kişiler

Sermaye Piyasası Kanunu 47.A.1 hükmünde sayılan insiderlardan bir diğerini ise meslekleri veya görevleri gereği bilgi edinen kişiler oluşturmaktadır. Buna göre; birinci dereceden insiderlar kategorisinde açıklanan statüye sahip olmamakla beraber mesleklerini veya görevlerini ifa etmeleri sırasında bilgi edinebilecek durumda olanlar insider sıfatına haiz olacaklardır.

¹²² TEZCANLI, age., s. 15.

¹²³ TURANBOY, age., s. 86.

Konuya öncelikle meslek ve görev kavramlarını irdeleyerek başlamakta fayda vardır. Kanun koyucu tarafından böyle bir ayırım yapılarak, bağımsız meslek ifası ile yasal ya da iradî sebeplerle yüklenen görev gereği yapılan işlemin farkı vurgulanmaya çalışılmıştır¹²⁴. Örneğin avukatın işlemi meslek ifası iken, aracı kurum çalışanının işlemi ise görev ifası sayılmaktadır. Sermaye Piyasası Kanunu' nun ilgili maddesinde böyle bir ayırma gidilmişse de hükmün uygulanmasında bu ayırım önem taşımamaktadır¹²⁵.

Yatırım bankaları personeli, hukuk ve malî danışmanlık şirketlerinin çalışanları, aracılar ve komisyoncular v.s., ikinci dereceden insider grubuna girmektedirler¹²⁶. Bu kişiler devamlı bir iş görme akdiyle şirkette çalışmayan, şirketin belli amaçlarla ücret vererek tuttuğu, şirket dışındaki kişilerdir. Şirket bünyesinde çalışan kişiler ise, şirketle olan doğrudan ilişkileri dolayısı ile ikinci dereceden değil, birinci dereceden insider olmaktadır.

Şirketin itimat ederek sırlarını açıkladığı bu kişiler, şirkete verdikleri hizmet sırasında öğrendikleri sırları, sadece şirket amacı için kullanmalı, hiçbir şekilde kendilerine veya başkalarına menfaat sağlama yoluna gitmemelidirler¹²⁷. Aksi halde, yaptıkları işlemler insider işlemi sayıldığından bu kişiler, SPK hükümlerine göre cezalandırılmaktadır.

¹²⁴ MANAVGAT, age., s. 192.

¹²⁵ MANAVGAT, age., s. 193.

¹²⁶ TEZCANLI, age., s. 15.

¹²⁷ TURANBOY, age., s. 93.

Bu noktada değinilmesi gereken diğer husus da, mesleği ve görevi gereği bilgi edinen şahsın mesleğinin ve görevinin, bu bilginin edinilmesine elverişli olması gereğidir.¹²⁸ 5,194 SPK 47 A.1 hükmünde “...mesleklerini ve görevlerini ifa etmeleri sırasında bilgi sahibi olabilecek durumda olanlar...” denmektedir ki, bu ifade ile görevini yerine getirirken tesadüfen bilgiye ulaşan, örneğin, önemli bir bilgiyi okuyan temizlik görevlisi, bu kategorinin dışında tutulmakta ve dolayısı ile de insider sayılmamaktadır¹²⁹.

bb - İnsiderlar’dan Bilgi Edinen Kişiler

i - Genel Olarak

SPK m.47.A.1. hükmünde belirlenen diğer içerden öğrenenler, yukarıda açıkladığımız insiderlarla temasları nedeniyle doğrudan ve dolaylı olarak bilgi sahibi olabilecek durumdaki kişilerdir. Bu kişiler, bilgiye, statüleri gereği veya görev ya da meslek ifası vasıtasıyla değil, bilgiyi bu yollarla ulaşabileceği yasa ile öngörölmüş olan gruplarla kurdukları temaslar sonucu elde etmektedirler.

İnsiderdan bilgi edinen kişiye “tipee”, bilgiyi veren insider’a da “tipper”, denilmektedir¹³⁰. “Tipee” uygulama ve doktrinde, insider’ın şirketle ve hissedarların kendisine karşı itimadından doğan yükümlölüklerini ihlal ederek bilgi verdiği şahıs olarak yapılmaktadır¹³¹.

¹²⁸ MANAVGAT, age., s. 194.

¹²⁹ MANAVGAT, age., s. 194

¹³⁰ CLARK, age., s. 264

¹³¹ TURANBOY, age., 97.

Yatırımcılar arasında eşitliğin sağlanması ve güven ilişkisinin kötüye kullanılmasının önlemesi amacıyla kanun kapsamına alınan, ikincil dereceden içerden öğrenenler olarak da adlandırılan bu grup, zincirleme olarak bilgi alan birçok kişinin insider sayılmasına elverişli bir durum yaratmaktadır. Ancak, mali piyasaları düzgün şekilde işleyebilmesi; bilginin niteliğinin, bilgiyi alanın şirketle ve insiderlarla ilişkilerinin, bilgiyi alma fiilinin maddi ve manevi unsurlarının objektif ölçütlere bağlanması ve sonucunda bu grup kapsamına girebilecek kişilerin doğru olarak belirlenmesine bağlıdır¹³².

ii - Bilginin Verilmesi Şekli

SPK m.47.A.1. hükmünde, bilginin verilme şekline ilişkin bir belirleme yapılmamıştır. Bilgi, insiderin iradesi ile üçüncü bir şahsa aktarabileceği gibi insiderın bilgisi dışında, çoğunlukla da ihmali sonucunda, üçüncü şahsın tarafından edinilebilir. Bu nedenle, bilginin önceden açıklanan birincil dereceden insiderlardan ve meslek veya görevleri gereği bilgi edinen insiderlardan alınmış olması yeterli görülmüş; başka bir nitelik aranmamıştır¹³³.

iii - İradi Unsur

Bir kişinin “insiderlardan bilgi edinen şahıslar” grubu kapsamına girmesi ve insider muamelesinde bulunduğu gerekçesi ile cezalandırılabilmesi için, herşeyden

¹³² MANAVGAT, age., s. 196.

¹³³ MANAVGAT, age., s. 197.

önce bilginin, sermaye piyasası araçlarını etkileyebilecek, kamuya açıklanmamış nitelikte olduğunu bilmesi ve bu menfaat sağlama amacıyla kullanması gerekmektedir¹³⁴.

Bu nedenle, insiderdan edindiği bilginin, menkul kıymet fiyatlarına tesir edebilecek nitelikte bir ticarî sır olduğunu bilen bir kişi, bu bilgiye dayanarak işlem yaptığı taktirde, diğer unsurların da varlığı halinde ikincil dereceden insider sayılmalı ve cezalandırılmaktadır.

iv - Bağlantı

Türk hukuku açısından sorumluluğun doğabilmesi için insiderlardan bilgi edinen kişilerin sadece SPK m.47 A.1 hükmünde sayılan insider gruplarından herhangi birisi ile bağlantısının olması yeterlidir. Insiderlardan bilgi edinen kişilerin insiderlardan birisi ile temasının yeterli olması, bağlantı koşulu açısından yeterli bulunsa da, sorumluluğun doğması için yeterli olmamaktadır¹³⁵. Bunun nedeni SPK'nun 47. A.1 hükmünde temasları nedeniyle bilgi sahibi olanlar değil “temasları nedeniyle bilgi sahibi olabilecek durumundaki kişiler” ifadesi kullanılmasından kaynaklanmaktadır. Bu ifadeden, temasları nedeniyle bilgi sahibi olup da, konumu itibariyle bilgi sahibi olabilecek durumda olmayan kişilerin, insiderlardan bilgi edinen kişiler grubunda değerlendirilemeyeceği ve bu nedenle de yaptıkları insider işlemlerinden dolayı sorumlu tutulamayacağı anlaşılmaktadır. Çünkü bu noktada asıl

¹³⁴ MANAVGAT, age., s. 197.

¹³⁵ MANAVGAT, age., s. 198.

olan, söz konusu kişilerin bilgi sahibi olmaya elverişli konumda bulunup bulunmadıklarıdır.

Temasları nedeniyle bilgi sahibi olabilecek durumdaki kişiler, bilgiyi sosyal teması gerektiren görevleri nedeniyle elde edebilecekleri gibi, kişisel temasları nedeniyle de elde edebilirler. Şöyle ki; bir taksi şoförü, kuaförü veya garsonu müşterilerinin konuşmalarını dinleyerek elde ettiği bilgiye dayanarak gerçekleştirdikleri işlemde dolayı sorumlu tutulamaz¹³⁶. Buna karşılık, komşuluk veya akrabalık gibi nedenlerle insiderlardan öğrendikleri bilgiyi kullanarak menfaat elde eden kişiler “insiderlardan bilgi edinen kişiler” grubuna girerler; bu nedenle de edindikleri bilgileri kullanarak gerçekleştirdikleri insider işlemlerinden dolayı sorumlu tutulmaktadır.

v - Dolaylı Yoldan Bilgi Sahibi Olanlar

SPK m.47 A.1 hükmünde, dolaylı olarak bilgi sahibi olabilecek kişiler de insiderdan bilgi edinen kişiler olarak kabul edilmiş ve ikincil dereceden insider sayılmışlardır.

Dolaylı yoldan bilgi sahibi olmak, insiderlardan bilgi edinen kişilerin başka kişilere bilgi aktarması yoluyla gerçekleşebilir. Burada önemli olan nokta, bu bilgiyi alan kişilerin, yukarıda açıklandığı gibi bilgi sahibi olabilecek konumda olan kişiler olmasıdır. Bu yaklaşım, sorumluluk zincirinin tesadüfi olarak uzamasına engel

¹³⁶ TURANBOY, age., s. 101.

olmaktadır¹³⁷. Bu koşulun yanında, kişilerin, insiderlardan bilgi edinen kişiler olarak madde kapsamında değerlendirilebilmesi için bilginin sermaye piyasası araçlarını etkileyebilecek, henüz kamuya açıklanmamış nitelikte olduğunun bilinmesi ve menfaat sağlamak amacıyla kullanılması şeklindeki iradî unsurun da gerçekleşmiş olması gerekir.

Bu açıklamaların ışığında, dolaylı yoldan bilgi edinen kişiler zincirinin çok uzamayacağı ve böylece insider muamelelerinden sorumlu tutulabilecek kişilerin sayısının çok artmayacağı sonucuna ulaşılmaktadır.

3- Menfaat Temin Edilmesi

İnsider muamelesinin gerçekleşebilmesi için, ticarî sırrın sadece elde edilmesi yeterli olmayıp, ticarî sırrın kullanılması ve bunun sonucunda da menfaatin temin edilmiş olması gerekmektedir¹³⁸.

Ticarî sırrın kullanılması, ticarî sırrın kamuya ifşa edilmesinden önce yapılmalıdır. Ancak bu halde kullanılan ticarî sır, menkul kıymet fiyatlarına tesir edebilecek ve dolayısı ile de sahibine avantaj sağlayabilecek nitelikte olacaktır.

Ticarî sırrın kullanılması sonucu temin edilecek menfaat, hem kazanç temin etmek gibi olumlu, hem de zararı bertaraf etmek gibi olumsuz olabilir¹³⁹. Örneğin; bir leasing şirketinin kiraladıkları makinelerin bakımını yaptırdığı şirketin bakım

¹³⁷ MANAVGAT, age., s. 203.

¹³⁸ TAKİNALP, age., s. 313.

¹³⁹ TEKİNALP, age., s. 313

fiyatlarının yükselmesi ve bunun üzerine de leasing şirketinin maliyetlerinin yükselmesinden dolayı yükümlülüklerini yerine getirememesi ve pazarını kaybetmesi ihtimalinden doğduğu durumda, insiderların şirkete ait hisse senetlerini elden çıkarmaları ve durum ortaya çıktıktan sonra %40 düşen hisse senedi fiyatlarından doğacak zararlarını bertaraf etmeleri de bu kapsamda değerlendirilmiştir¹⁴⁰. Benzer şekilde, zengin maden cevherleri bulan ve bu bilgiyi rekabet nedeniyle kamuya açıklamayan şirketin çalışanlarının, hisse senetlerini piyasadan toplaması ve sırrın açıklanmasından sonra iki katına çıkan senetlerden dolayı kazanç temin etmeleri de örnek teşkil etmektedir¹⁴¹. Bu iki örnekte de görüldüğü üzere, kar edecek olma ile kayıptan kaçınma arasında fark gözetilmemiş¹⁴², her iki durumda da menfaat temin edildiği kabul edildiğinden işlemde bulunanlar sorumlu tutulmuşlardır.

IV - TİCARÎ SIRRIN HAKSIZ KULLANIMININ SERMAYE PİYASASI KANUNU'NUN 47. MADDEYE GÖRE SONUÇLARI

Gizli bilgilerin haksız kullanılması olarak da adlandırılan insider muameleleri, Sermaye Piyasası Kanunu'nun 47/A hükmü çerçevesinde bazı müeyyidelere bağlanmıştır.

Bu fiili işleyen 11'inci madde kapsamındaki ihraççılarla, sermaye piyasası kurumlarının veya bunlara bağlı veya bunlara hakim işletmelerin yönetim kurulu başkan ve üyeleri, yöneticileri, denetçileri, diğer personeli ve bunların dışında

¹⁴⁰ Texas Gulf Sulphur Co. olayı

¹⁴¹ TEKİNALP, age., s. 310.

¹⁴² TURANBOY, age., s. 64.

meslekleri veya görevlerini ifa etmeleri sırasında bilgi sahibi olabilecek durumda olanlarla, bunlarla temasları nedeniyle doğrudan veya dolaylı olarak bilgi sahibi olabilecek durumundaki kişiler, 2 yıldan 5 yıla kadar hapis ve 10 milyar liradan 25 milyar liraya kadar ağır para cezası ile cezalandırılırlar. Suçun işlenmesinde, A bendinde yazılı hallerden iki veya daha fazlası birleşirse, hapis cezasının asgari haddi 3, azami haddi 6 yıl olmaktadır.

İnsider muamelesinde bulunanlara verilecek ağır para cezaları üst sınırla bağlı olmaksızın suçun işlenmesi suretiyle temin edilen menfaatin üç katından az olmamalıdır.

Ü Ç Ü N C Ü B Ö L Ü M

BANKALAR BAKIMINDAN TİCARÎ SIRLAR

I- GENEL OLARAK

Önceki bölümde, Sermaye Piyasası Kanunu'nda kamuyu aydınlatma ilkesi ve bu ilke ışığında sermaye piyasası araçlarının değerini etkileyebilecek ticarî sırların, kamuya açıklanmadan önce belirli kişilerce kullanılmasının ve bu suretle menfaat temin edilmesinin yasaklandığı anlatılmış; yasağa uyulmaması halinde getirilen müeyyidelerden bahsedilmişti.

Bu bölümde ise, ticarî sırlar, bankalar bakımından incelenecektir. Öncelikle, ticarî sır niteliğindeki banka veya müşteri sırrının, sır sahibinden izin alınmaksızın açıklanması suretiyle menfaat teminini yasaklayan Bankacılık Kanunu'nun ilgili hükmü ayrıntılı olarak açıklanacaktır. İkinci başlıkta, kamuya aydınlatma yükümlülüğü altındaki halka açık bankalar açısından ticarî sırlar ele alınacak ve son olarak ticarî sırrın açıklanmasının hukuki ve cezai sonuçları anlatılacaktır.

II - TİCARÎ SIRRIN BANKACILIK KANUNU ÇERÇEVESİNDE KORUNABİLMESİNİN ŞARTLARI

A- Ticarî Sırrın Banka Sırrı Olması

Bankacılık Kanununun ticarî sırlara yönelik doğrudan bir düzenlemesi olmamakla beraber, bankacılık sırlarının saklanması başlıklı 73. maddesi ile ticarî sırlar arasında dolaylı bir ilişki vardır. Bankacılık Kanunu'nun 73. maddesi, banka ortaklarının, yönetim kurulu üyelerinin, mensuplarının ve bunlar adına hareket eden kişilerin, sıfat veya görevleri dolayısıyla öğrendikleri, bankaya ya da bankanın müşterilerine ait sırları, bu konuda açıkça yetkili kılınan merciilerden başkasına açıklayamayacaklarına ve bu yükümlülüklerinin görevden ayrılmaları halinde de devam edeceğine hükmetmiştir. Bankacılık Kanunu'nun aynı maddesinde; kredi kuruluşları ve finansal kuruluşların destek hizmeti kuruluşları ile aralarında akdedecekleri yazılı sözleşmeler çerçevesinde bu kuruluşların müşterilerinin risk durumlarının izlenmesi, değerlendirilmesi, kontrolü ve müşteri hizmetlerinin yerine getirilmesi nedeniyle yapılacak bilgi ve belge alışverişi ile hizmet temini ve ayrıca kredi kuruluşları ve finansal kuruluşların kendi aralarında doğrudan doğruya veya en az beş banka tarafından kurulacak şirketler vasıtasıyla yapacakları her türlü bilgi ve belge alışverişi ise bu hükmün dışında tutulmuştur.

Bankacılık Kanununun, bankacılık sırrının açıklanması suretiyle menfaat teminini yasaklayan bu maddesi, ticarî sırlara da uygulanabilmektedir. Çünkü, bankaya veya banka müşterisine ait ticarî sırlar, bankacılık sırları kapsamına girmektedir. Bu sırların açıklanması, bankacılık sırlarının açıklanması anlamına geldiğinden Bankacılık Kanununun ilgili maddesi uyarınca korunabilmektedir.

Bir ticarî sırrın Bankacılık Kanunu'nun 73. maddesi çerçevesinde korunabilmesi için, ticarî sırrın bankaya veya banka müşterisine ait olması, kısaca banka sırrı olması gerekir.

Banka sırrı, genel anlamıyla, bir bankanın veya bankacının mesleki faaliyeti sırasında öğrendiği sırlardır¹⁴³. Bankacı , banka ile müşterileri veya herhangi bir şahıs arasında bankacılık işlemlerine alt münasebetlerden doğan sırrı, gizli tutmalı; müşteri veya şahıstan izin almadıkça o sırrı bir başkasına açıklamamalıdır¹⁴⁴.

Banka sırrının varlığından söz edebilmek için öncelikle ortada bir sır olmalıdır. Başka bir deyişle, banka veya banka müşterisine ait bilgi, üçüncü kişiler tarafından bilinmeyen, gizli bir bilgi olmalıdır.

Banka sırrının hukukî niteliğini açıklayan iki görüş vardır. Bunlardan birincisi, bankanın sır saklama zorunluluğunu taraflar arasında yapılan sözleşmeye dayandırmaktadır¹⁴⁵. Bu görüşe göre banka ile müşteri arasındaki sözleşme, sırrın açıklanmamasını gerektirir

İkinci görüş ise banka sırrının hukukî temelini mesleki sırda dayandırmaktadır. Bu görüşü ileri sürenler, burada genişletilmiş bir meslek sırrının bulunduğunu, modern ekonominin temel esaslarının müşterinin sırrını saklamayı öngördüğünü, bunun da meslek sırrı ile açıklanabileceğini belirtmektedirler¹⁴⁶.

¹⁴³ DONAY, “Mesleki Sırrın Açıklanması Suçu”, İstanbul, 1978, s. 221.

¹⁴⁴ ARAL, “Bankalarda Mesleki Sır”, 1961, s. 5.

¹⁴⁵ ATABEK, “Banka Sırrı”, BATİDER, Aralık 1982, C.XI, S. 4, s. 100.

¹⁴⁶ DONAY, age., s. 223

Türk hukukunda banka sırrı, genel anlamı ile mesleki sırrının¹⁴⁷ bir çeşidi olarak kabul edilmiştir¹⁴⁸. Bizim hukukumuz gibi banka sırrının meslek sırrı olarak kabul edildiği sistemlerde, banka sırrının hukukî esası kamu düzenine dayandırılmakta; banka sırrının açıklanması eylemi bankacılık faaliyetine olan güveni sarstığı ve kamu düzenin bozduğu gerekçesiyle cezalandırılmaktadır¹⁴⁹.

Genel olarak banka sırlarının saklanması üç önemli amaca hizmet ettiği belirtilmektedir. Bunlar;

1-Ticarî muamelelerin gizli tutulması ile tüccar veya sanayicinin emek ve para harcayarak elde ettikleri bilgilerin, rekabet piyasasındaki rakip firmalarca ele geçirilmesi ve bu bilgi ve tecrübelerden haksızca yararlanılması engellenmiş olur.

2- Ticarî işletme, banka ile ilişkiye geçtiğinde, banka tarafından araştırılıp öğrenilen mali yapısının ve ticarî gücünün gizli kalmasını arzu eder ki, banka sırlarının saklanması ile bu istek yerine getirilmiş olur.

3-Kişilerin bankalarda muhafaza edilen varlıkları ile ilgili açıklama yapılmadığından bunların üzerinde yapılması olası müdahaleler önlenmekte,

¹⁴⁷ Sır teşkil eden bir hususun bir meslek sahibi tarafında, mesleğini icra sırasında öğrenilmesi meslek sırrın teşkil eder.DONAY, age., s. 7.

¹⁴⁸ EREM / ALTIOK / TANDOĞAN, “Bankacılık Kanunu Şerhi”, Ankara, 1975, s. 233.

¹⁴⁹ DONAY, age., s. 223.

varlıkları kullanma serbestisi sağlanmakta ve kaynaklarının açıklanması yükümlülüğü ortadan kaldırılmaktadır¹⁵⁰.

Bankacılık Kanunu'nun 73. maddesi, yukarıda belirtildiği üzere, banka sırrını, bankaya veya banka müşterisine ait sırlar olarak ikiye ayırmıştır. Bu düzenleme ile, sadece müşterilere ait sırlar değil; tek tek müşterileri ilgilendirmeyen, fakat banka açısından sır oluşturan konular da banka sırrı kapsamına alınmıştır.

Bankaya ait sır, bankacılık nitelik ve niceliğini taşıyan, bankanın mali gücünü ve itibarını ilgilendiren gizli hususlardır¹⁵¹. Örneğin, bir bankanın tümünde veya şubelerindeki toplam mevduatı, bankanın müşterileri, bankanın ekonomik politikası gibi hususlar banka sırrı niteliğindedir. Ayrıca bankanın belirli konularda uyguladığı, kendine has teknikler ve usuller de, banka için sır niteliği taşımaktadır.

Ticarî Sırlar Kanun Tasarısı'nın 2. maddesinde göre ise banka sırrı: Bankanın yönetim ve denetim organlarının üyeleri, mensupları ve diğer görevlileri tarafından bilinen malî, iktisadî, kredi ve nakit durumu ile ilgili bilgilerle, bankanın müşteri potansiyeli, kredi verme, mevduat toplama, yönetim esasları, diğer bankacılık hizmet ve faaliyetleri, risk pozisyonlarına ilişkin her türlü bilgi ve belgeler olarak ifade edilmiştir.

¹⁵⁰ ATABEK, age., s. 102,103.

¹⁵¹ REİSOĞLU, “3182 Sayılı Bankalar Kanunu Şerhi”, Ankara, 1988, s. 562

Banka, akdedeceği hizmet sözleşmeleri ile hazırlayacağı personel yönetmeliklerinde ve ayrıca personel dışı banka mensuplarından göreve başlamasından önce alacağı taahhütnamelerle, sırlarının ifşa edilmesi ihtimaline karşı kendini koruma olanağına sahiptir¹⁵².

Bankaya ait sırların dışında banka müşterilerine ait sırlar da banka sırrı oluşturmaktadır. Banka müşterilerine ait sırlar, bir başka deyişle müşteri sırları, geniş anlamıyla değerlendirilmesi gerekli bir konudur. Müşteri sırlarını anlatırken ilk olarak müşteri kavramı açıklığa kavuşturulacak; daha sonra, müşteriye ait sırlar ele alınacaktır.

Müşteri, herhangi bir nedenle banka ile ilişki kuran kimse olarak kabul edilmektedir¹⁵³. Şöyle ki, bankada mevduat hesabı bulunan, banka ile kredi ilişkisi içinde bulunan kimseler banka müşterisi oldukları gibi; bankaya hisse senedi, tahvilat tevdi eden, bir defalık döviz bozduran, havale nedeniyle para tahsil eden hatta tek bir hukukî işlem için başvuran kişiler de müşteri olmaktadır¹⁵⁴. Banka müşterisi gerçek kişi olabileceği gibi tüzel kişi de olabilir. Müşterinin vekili veya kanuni mümessilleri de müşteri durumundadırlar¹⁵⁵.

Banka müşterilerinin bankaya yaptıkları tüm açıklamalar ve banka nezdinde yaptıkları tüm işlemler, banka tarafından saklanması gereken müşteri

¹⁵² ATABEK, age., s. 104

¹⁵³ ATABEK, age., s. 105.

¹⁵⁴ REİSOĞLU, age., s. 562.

¹⁵⁵ ARAL, age., s. 11.

sırlarındandır¹⁵⁶. Ticarî sırlar tasarısında müşteri sırrı kavramı ayrıntılı olarak ele alınmış ve ticarî işletme ve şirketlerin, bankaların, sigorta şirketlerinin, sermaye piyasasında ve malî piyasalarda faaliyet gösteren aracı kurumların, kendi faaliyet alanlarıyla ilgili olarak müşteriyle ilişkilerinde, müşterinin şahsî, iktisadî, malî, nakit ve kredi durumuna ilişkin doğrudan veya dolayısıyla edindikleri tüm bilgi ve belgeler müşteri sırları olarak nitelendirilmiştir.

Müşteri sırlarına örnek olarak, tahsile ve teminata verilen senetler, teminat mektupları, firmalardan alınan ipotekler veya müşterinin mali durumu verilebilir¹⁵⁷.

Bir işlemin gerçekleşmesi amacıyla bankaya başvurulmuş, fakat, yapılan görüşmelerden sonra bu işlem gerçekleşmemiş olsa dahi, başvuruyu yapan gerçek veya tüzel kişinin görüşmeler sırasında yaptıkları açıklamalar da müşteri sırrı kapsamında değerlendirilmekte ve banka tarafından saklanmaktadır. Örneğin, bir şirket kredi almak için bankaya müracaat eder, ancak, anlaşma sağlanamazsa, bu şirketin temasları sonucu yaptıkları açıklamalar ve ibraz ettikleri bilgiler banka tarafından gizli tutulmalıdır. Bankanın bu durumdan menfaat sağlayıp sağlamamasının önemi yoktur¹⁵⁸.

Bir işlemin gerçekleşmemiş olması nasıl görüşmeler sırasında açıklanan bilgilerin banka tarafından gizli tutulmasını gerektiriyorsa, ilişkinin sonuçlanması olması da sır saklama yükümlülüğünü etkilememekte ve ortadan kaldırmamaktadır.

¹⁵⁶ ERMAN, "Ticarî Ceza Hukuku, İstanbul ,1984, s. 314.

¹⁵⁷ REİSOĞLU, age., s. 562

¹⁵⁸ ATABEK, age., s. 106

Müşterilerden öğrenilen fakat banka işlemleri ile ilgili olmayan sırlar, banka sırrı kavramına girmemekte; bu sırların açıklanması halinde banka mensuplarına Bankacılık Kanununun 73. maddesi uygulanamamaktadır¹⁵⁹. Örneğin, bir banka mensubunun müşterisinin özel hayatına giren bir hususu öğrenip açıklaması, açıklanan husus bankacılık tekniği ve mesleği ile ilgili olmadığından Bank.K.'nın 73. maddesi kapsamına girmemektedir.

Eğer bir ticarî sır yukarıda açıklanan özellikleri taşıyor, başka bir deyişle banka sırrı olarak nitelendirilebiliyorsa, bu sır, Bankacılık Kanununun 159. maddesi çerçevesinde ileride ayrıntılı olarak açıklanacağı şekilde korunabilmektedir.

B- Banka Mensupları Tarafından Açıklanması

Ticarî sırrın Bank.K. 73. maddesince korunabilmesi için, madde hükmünden de anlaşılacağı üzere, ticarî sırrın sıfatları ve görevleri dolayısıyla banka mensupları tarafından öğrenilmesi ve açıklanması gerekir.

Banka mensupları ve görevlilerinden; banka yönetim kurulu başkan ve üyelerinin, denetçilerin, genel müdür ve müdür yardımcılarının, diğer müdür ve yardımcılarının, memur ve müstahdemlerin anlaşılması gerekir. Genel kural olarak, bankada çalışan tüm personel, banka içinde görevi ve sıfatı ne olursa olsun hademedden müdüre kadar herkes banka mensubu olarak değerlendirilmelidir¹⁶⁰.

¹⁵⁹ EREM / ALTIOK / TANDOĞAN, age., s. 33.

¹⁶⁰ ATABEK, age., s. 105.

Banka mensuplarının sırları saklama yükümlülükleri vardır. Burada önemli olan nokta, banka mensubunun, sırrı, sıfat ve vazifesi nedeniyle öğrenmiş olmasıdır. Sırra sıfatı ve görevi sebebiyle değil de başka bir nedenle vakıf olan banka mensubunun Bank.K. 73. maddesine göre cezalandırılabilmesi mümkün değildir.

Ayrıca, sırrın yapılan işlem ve faaliyetlerle ilgili olması yeterli olup, banka mensubunun bunu öğreniş biçimi önemli değildir¹⁶¹. Şöyle ki, müşteri, sırrı, kendisi verebileceği gibi, banka mensubu gerçekleştirdiği işlemler sırasında kendiliğinden de öğrenebilir¹⁶². Hukukî neticeleri bakımından ikisi arasında da fark yoktur.

Banka mensubu öğrendiği sırrı gizli tutmalı, açıklamamalıdır. Sırrı açıkladığı takdirde Bank.K. 73. maddeye göre cezalandırılır. Suçun oluşmasında, açıklama şekli önemli değildir. Açıklama yazılı veya sözlü olabileceği gibi, bilgiyi ihtiva eden kayıtları başkalarına göstermek veya vermek gibi vasıtalar kullanılmış da olabilir.

Sonuç olarak, ticarî sırrın Bank.K.'ca korunabilmesi için, ticarî sırrın banka mensubu tarafından mesleğini veya görevini ifa ederken öğrenilmiş ve sonrasında herhangi bir yolla açıklanmış olması gerekmektedir. Bu şekilde ticarî sırrı açıklanan ticarî sır sahibi, ticarî sırrını açıklayan banka mensuplarına Bankacılık Kanununu 73. maddesinin uygulanmasını ve bu kişilerin cezalandırılmalarını sağlayabilir.

¹⁶¹ REİSOĞLU, age., s. 562.

¹⁶² ARAL, age., s. 10

C- Müşteri veya Bankanın Muvafakatinin Alınmamış Olması

Müşteriye ait sırrın yani müşteri sırrının, müşterinin muvafakati olmaksızın açıklanması suç oluşturmakta; bu suçu işleyen banka mensupları cezalandırılmaktadırlar. Oysa ki, sır sahibi açıklamada bulunulmasına muvafakat eder veya talep ederse, Bank. K. 73. maddesinin uygulanması söz konusu olamaz. Bu durumda müşteri, kendi sırrını – mali durumunu, hesap durumunu, vs- bazı kişilere veya genelde açıklanması konusunda bankasına yetki vermekte, bu nedenle de banka mensuplarının açıkladıkları sırlar nedeniyle sorumlulukları doğmamakta, eylemleri anılan madde kapsamına girmemektedir¹⁶³.

Bankanın, tüzel kişi olarak kendi sırları ile ilgili bilgi verilmesine yetki verdiği durumlarda, banka sırrının açıklanması hukuka uygun olmakta, yine madde kapsamına girmemektedir.

D– Kanunen Yetkili Kılınan Mercilerden Başkasına Açıklanmış Olması

Bank.K.'nun 73. maddesi, sıfat ve görevleri dolayısıyla öğrendikleri, banka ya da müşterilerine ait sırları, bu konuda yetkili kılınan mercilerden başkasına açıklayan banka mensuplarının cezalandırılacağını öngörmüştür. Bu maddeden kanun koyucunun sırrın yetkili makamlara açıklanabileceğini öngördüğü sonucu çıkmaktadır¹⁶⁴.

¹⁶³ REİSOĞLU, age., s. 564.

¹⁶⁴ DONAY, age., s. 228.

Bankaların, müşteri ve banka sırlarını yetkili merciilere açıklama yükümlülükleri, ilgili konularda sorulan soruların cevaplandırılması ve bilgilerin açıklanması ile sınırlı olup, banka kayıtları üzerinde inceleme izni vermek zorunda değildirler¹⁶⁵.

Kanunla açıkça yetkili kılınan merciiler, Türk Kanunlarına göre belirlenen merciilerdir. Bu merciilerden başlıcaları;

- Adalet Bakanlığı'nın teşkilat ve Görevleri Hakkında KHK. nin kabulü hakkındaki kanunun¹⁶⁶ 15/c maddesi uyarınca **Adalet Bakanlığı Teftiş Kurulu,**
- 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanununun 101. maddesi uyarınca **Adalet Müfettişleri,**
- **Adli makamlar,**
- **Avukatlar,**
- İİK. 367. maddesine göre **İcra ve iflas Daireleri,**
- **İçişleri Bakanlığı,**
- **Kamu görevlileri ile ilgili soruşturma yapmaya yetkili olanlar,**
- Vergi Usul Kanunun 148/1. maddesi uyarınca **Maliye Bakanlığı veya vergi incelemesi yapmaya yetkili olanlar,**
- **Meclis soruşturma komisyonları**¹⁶⁷
- **Sanayi ve Ticaret Bakanlığı,**
- SPK 24. madde uyarınca **Sermaye Piyasası Kurulu görevlileri,**

¹⁶⁵ REİSOĞLU, age., s. 563.

¹⁶⁶ RG. 7.4.1984 Sa: 18365

¹⁶⁷ EREM / ALTIOK / TANDOĞAN, age., s. 351

-T.C. Merkez Bankası Kanununun 43/2.,43/3.,44/2.,44/4. maddeleri uyarınca **T.C Merkez Bankası** dır.

Bankacılık sırrı, yukarıda sayılan ve kanunların yetkili kıldığı diğer merciilerden başkasına açıklandığı takdirde suç oluşmaktadır. Bu nedenle müşteriye veya bankaya ait ticarî bir sırrın Bank.K.73. maddeye göre korunabilmesi için bu merciilerin dışındaki kişilere açıklanmış olması gerekmektedir. Ancak bu halde, bu eylemi yapan banka mensupları cezalandırılabilir ve ticarî sır sahibi zararını giderebilir.

Ticarî Sırlar Kanun Tasarısında yine benzer düzenleme yapılmış ve ticarî sırların açıklanamayacağı, kullanılamayacağı ve verilemeyeceğine ilişkin emredici kurallar getirmiştir. Tasarının 3. maddesinde hangi hallerde ticarî sırların açıklanabilecekleri de düzenlenmiştir.

Bu düzenlemeye göre;

-Kamuya mal olmuş herkes tarafından bilinen veya kanunlarda hükme bağlanmış açıklık ilkesi uyarınca resmî sicillerde veya bilançolar ile faaliyet raporlarında yer alan,

-İlgili sır sahibinin açıkça muvafakati bulunan,

-Kanunî yükümlülüğün ifası için gerekli olan bilgi ve belgelerin açıklanması, kullanılması ve verilmesi kanuna aykırılık teşkil etmeyeceği öngörülmüştür.

Tasarının 4. maddesinde ise kanun kapsamına giren sırların hangi makamlar ve merciiler tarafından hangi hallerde talep edilebileceği ve 5. maddesinde ise sırların verilmesi yükümlülüğü düzenlenmiştir.

Sırların, yürütülen görev ve konuyla doğrudan bağlantılı ve sınırlı olmak kaydıyla,

- Türkiye Büyük Millet Meclisinin gizli olarak yapılması gereken meclis araştırması ve meclis soruşturması oturumları ile meclis araştırması ve meclis soruşturması komisyonları toplantılarındaki müzakerelerde,

- Mahkemeler ile Cumhuriyet başsavcılıklarınca yürütülen kovuşturma ve soruşturmalarda,

- Malî veya idarî konularda Devlet adına yapılan denetim faaliyetlerinde,

- Diğer kanunlarda gösterilen hallerde sırların yetkili merciilere verilmesi yükümlülüğü getirilmiş ve bu yükümlülüğe uymayanların fiilleri daha ağır bir cezayı gerektirmediği takdirde bir yıldan iki yıla kadar hapis ve adli para cezası ile cezalandırılmaları öngörülmüştür.

III- HALKA AÇIK BANKALARDA TİCARİ SIR

Yukarıda, ticari sırrın Bankacılık Kanunu çerçevesinde korunabilmesinin şartları anlatılmış, bankacılık sırrı açıklanarak, ticari sırrın hangi durumlarda banka sırrı sayıldığı incelenmiştir.

Bu başlık altında ise faaliyetleri açısından Sermaye Piyasası Kanunu hükümlerine tabi bankaların, başka bir deyişle halka açık bankaların, kamuyu aydınlatma yükümlülüğü çerçevesinde ticari sırları incelenecektir.

A- Halka Açık Bankaların Sermaye Piyasası Kanunu' na Tabi İşlemleri

Sermaye Piyasası Kanunu'nun 50. maddesinde, kendi menkul kıymetlerini halka arz eden bankalar ile Sermaye Piyasası Kanunu'nun V. Bölümünde öngörülen faaliyetlerde bulunan bankaların, bunlarla sınırlı olmak üzere Sermaye Piyasası Kanunu hükümlerine tabi olduğu, ancak kanun hükümlerinin, ortak sayısı bakımından bankalar hakkında uygulanamayacağı düzenlenmiştir. Başka bir deyişle, kendi menkul kıymetlerini halka arz etmemiş olan veya Sermaye Piyasası Kanunu'nun V. Bölümünde düzenlenmiş olan faaliyetlerde bulunmayan bankaların, gerçekleştirdikleri herhangi bir işlemten dolayı Sermaye Piyasası Kanunu hükümlerine tabi olmaları mümkün değildir. Bu nedenle, bankaların Sermaye Piyasası Kanunu'na tabi işlemlerini incelenirken, öncelikle Sermaye Piyasası Kanunu'nun V. Bölümünde yer alan sermaye piyasası faaliyetleri üzerinde durulacaktır.

Sermaye Piyasası Kanunu'nun V. Bölümü sermaye piyasası faaliyetleri ve kurumları ile ilgilidir. Kanunun V. Bölüm başlığı içerisinde yer alan 30. maddenin 1. fıkrasında, kanun kapsamına giren sermaye piyasası faaliyetleri sayılmıştır. Bunlar;

- Kurul kaydına alınacak sermaye piyasası araçlarının ihraç veya halka arz yoluyla satışına aracılık,
- Daha önce ihraç edilmiş olan sermaye piyasası araçlarının aracılık amacıyla alım satımı,
- Ekonomik ve finansal göstergelere, sermaye piyasası araçlarına, mala, kıymetli madenlere ve dövizde dayalı vadeli işlem ve opsiyon sözleşmeleri dahil her türlü araçların alım satımının yapılmasına aracılık,
- Sermaye piyasası araçlarının geri alım veya satım taahhüdü ile alım satımı,
- Yatırım danışmanlığı,
- Portföy işletmeciliği veya yöneticiliği,
- Diğer sermaye piyasası kurumlarının faaliyetleridir.

Yukarıda sayılan faaliyetlerde bulunan bankalar, Sermaye Piyasası Kanunu m. 50 uyarınca yaptıkları faaliyetlerle sınırlı olmak üzere Sermaye Piyasası Kanunu'na tabi olmaktadır.

Yukarıda sayılan sermaye piyasası faaliyetleri temel olarak, sermaye piyasası araçlarının ihracını, halka arzını ve ihraç ve halka arz edilmiş bulunan sermaye piyasası araçlarının yatırım amacıyla alım satımını ifade etmektedir¹⁶⁸. Bu faaliyetlerin tarafları alıcı ve satıcılardır. Bunun dışında, bu alım satım işleminin gerçekleşmesinde, alıcı ve satıcılara yardımcı olan kuruluşlar da vardır ki, bunlar Sermaye Piyasası Kanunu m.32'de “ Sermaye Piyasası Kurumları” olarak

¹⁶⁸ ÜNAL, “Aracı Kurumlar”, Ankara, 1997, s.58

adlandırılmaktadırlar. Sermaye Piyasası Kanunu m.32’de “Sermaye Piyasası Kurumları” başlığı altında sayılan kurumlar şunlardır;

- Aracı Kurumlar,
- Yatırım Ortaklıkları,
- Yatırım fonları,
- Sermaye Piyasasında Faaliyet Gösterilmesine İzin Verilen Diğer Kurumlardır.

Bankalar, esas itibariyle Sermaye Piyasası Kanunu açısından aracı kurum değildirler. Sermaye Piyasası Kanunu m.3 hükmü ve S.V no:19 sayılı “Aracılık Faaliyetleri ve Aracı Kuruluşlara İlişkin Esaslar Tebliğinin 2. maddesi, bankaları, “aracı kurumlarla” birlikte “aracı kuruluş” olarak tanımlamıştır. Bu düzenlemeyle, kanun bir taraftan aracı kurumu, sermaye piyasası kurumu olarak nitelendirmekte, diğer taraftan aracı kurum olarak sayılmadığından sermaye piyasası kurumu sayılmayan bankaların aracılık faaliyetinde bulunabilmesi için “aracı kuruluşlar” adını verdiği bir grup oluşturmaktadır. Bunun yanında, bir sermaye piyasası kurumu olarak kabul etmediği bankaları, Sermaye Piyasası Kanunu m.30 da öngörülen faaliyetlerde bulunduğu takdirde bu faaliyetleri ile sınırlı olmak kaydıyla Sermaye Piyasası Kanunu hükümlerine tabi kılmaktadır.

Mevzuatın bu tanımlamasına karşın, Sermaye Piyasası Kurulu, 15.8.1996 tarihinde aldığı “İlke Kararı” ile piyasada faaliyet gösteren bankalar ile aracı kurumlar arasındaki rekabet eşitliğinin sağlanması için halen sermaye piyasasında

faaliyette bulunan bankaların faaliyetlerini 2.1.1997 tarihinden itibaren mevcut aracı kurumlardan mevzuat çerçevesinde birini satın almak veya sahip oldukları yetki belgeleri ile bir aracı kurum kurarak bu araca devretmek suretiyle yürütmelerine karar vermiştir. Başvuru üzerine ilke kararını inceleyen Danıştay 10. Dairesi ise, 1996 yılında, Sermaye Piyasası Kurulu’nun böyle bir yetkisi bulunmadığı gerekçesiyle yürütmenin durdurulmasına, 1998 yılında da kararı 2499 sayılı yasaya aykırı bularak iptal etmiştir¹⁶⁹

Bu karara rağmen, bankalar, sermaye piyasası ile ilgili faaliyetlerini bankaları ile değil kendi kurdukları aracı kurumlar vasıtasıyla sürdürmeye devam etmiştir. Bu sebeple, günümüzde aracılık işlemleri sadece aracı kurumlar tarafından yapılmaya başlandığından “aracı kurum” deyimini geçerli olup, günlük terminolojide, “aracı kurum - banka kökenli aracı kurum” veya “aracı kurum - banka aracı kurumu” ayrımı kullanılmaktadır.¹⁷⁰

Bankalar, aracı kurumların Sermaye Piyasası Kanunu m.33’ deki kuruluş koşullarına istisnai bir düzenleme getiren “Bankalara İlişkin 15.08.1996 Tarihli Kurul Kararının Uygulama Esasları” başlığı altında yayınlanan karar doğrultusunda “aracı kurum” kurmaktadır. Bu aracı kurumlar, Kurulca belirlenecek esaslar çerçevesinde aldıkları izin ve yetki belgeleri ile faaliyette bulunmakta, bu sermaye piyasası faaliyetleri yönünden Sermaye Piyasası Kanunu hükümlerine tabi olmaktadır.

¹⁶⁹ Esas No:1996/9498, Karar No: 1998/5507

¹⁷⁰ TANÖR, “Türk Sermaye Piyasası”, İstanbul, 1999, s. 253

Ayrıca bankalar, tasarruf sahiplerinin menkul kıymetlere yatırım yapmasına yardımcı kuruluşlar olan Yatırım Ortaklıkları ve Yatırım Fonları da kurarak sermaye piyasası faaliyetlerinde bulunabilmektedirler.¹⁷¹

Bu noktada önemli bir diğer konu, Sermaye Piyasası Kanunu m.30' da düzenlenen sermaye piyasası faaliyetlerinden, 1. fıkranın (a), (b), ve (c), bentlerinde sayılan faaliyetler “aracılık faaliyetleri”, (d), (e) ve (f) bendindeki faaliyetler ise “diğer sermaye piyasası faaliyetleri” olarak kabul edilmektedir.¹⁷² Sermaye Piyasası Kanunu m.31, aracılık faaliyetlerinin münhasır olarak aracı kuruluşlar tarafından yürütüleceğini düzenlemiştir. Buna karşın, diğer sermaye piyasası faaliyetleri ise aracı kurumlar dışında diğer kurumlarca da yapılabilmektedir.

Ayrıca yukarıda değinildiği üzere Sermaye Piyasası Kanunu’nun V. Bölümünde yazılı faaliyetlerde bulunması durumunda SPK hükümlerine tabi olan bankalar, kendi menkul kıymetlerini halka arz etmeleri durumunda diğer halka açık anonim şirketler gibi Sermaye Piyasası Kanunu hükümlerine tabi olmaktadır.

B- Halka Açık Bankaların Sermaye Piyasası Kanunu’ na göre Kamuyu Aydınlatma Yükümlülüğü

Kendi menkul kıymetlerini halka arz etmeleri ve Sermaye Piyasası Kanunu V. Bölümünde düzenlenen faaliyetlerde bulunmaları sebebiyle Sermaye Piyasası Kanunu hükümlerine tabi olan bankalar, sermaye piyasası mevzuatının en önemli

¹⁷¹ TİKVEŞ, “Bankalar Kanunu ve Sermaye Piyasası Kanunu Şerhi”, İstanbul, 1992, s. 362-363

¹⁷² TANÖR, age.,

prensiplerinden biri olan kamuyu aydınlatma prensibinin gereklerini Sermaye Piyasası Kanunu gereğince yerine getirmek zorundadırlar.

Kamuyu aydınlatma prensibi, tezin önceki bölümde açıklandığı üzere, sermaye piyasasında yatırımcıların yatırım yapacakları şirketlerin ekonomik durumu hakkında doğru ve yeterli bilgiyi zamanında edinmeleri ve bu bilgilere dayanarak kendi değerlendirmelerini yapmasını sağlamaktır.¹⁷³ Bundan amaç, yatırımcıların bilgi alma hakkını, yöneticilerin bilgi verme yükümlülüğüne dönüştürerek bilgide eşitliği sağlamak, aynı zamanda, menkul kıymet sahiplerinin ve diğer ilgililerin aldatılmalarını önlemektir.¹⁷⁴

Bankalar, hem kendi menkul kıymetlerinin halka arzında hem de halka arzından sonra Sermaye Piyasası Kanunu ve ilgili tebliğlerde belirtilen çeşitli bilgileri açıklamak zorundadırlar

Kamuyu aydınlatma yükümlülüğünün gereklerini yerine getirmeye bankalar ve yetkililerine Sermaye Piyasası Kanunu m.47 çerçevesinde idari ve cezai yaptırımlar uygulanmaktadır.

¹⁷³ KÜÇÜKSÖZEN, age., s. 15

¹⁷⁴ TURANBOY, age., s. 187-188

B- Kamuyu Aydınlatma Yükümlülüğü Altındaki Halka Açık Bankaların Ticari Sırları

Bankalar, banka sırrı niteliğindeki ticarî sırlarını, Bank.K. m.73. maddesi gereğince gizli tutmak zorundadırlar. Bir ticarî sırrın banka sırrı sayılması için, daha önce değinildiği üzere, bu sırrın “bankaya veya banka müşterisine ait olması” gerekmektedir.

Bankaların müşterisine ait sırların gizli tutulmasını öngören düzenlemenin temelinde bankaların güven ve itibar kuruluşu olmaları yatmaktadır¹⁷⁵. Müşterinin bankaya olan güveni sadece bankanın yetenek ve deneyimine değil, özellikle sır saklamasına olan inançtan doğmaktadır¹⁷⁶. Bunun sarsılması, kamu düzenini bozucu nitelikte görüldüğünden, bu alandaki sırların açığa vurulmasının cezalandırılması yoluna gidilmiştir.

Bu başlık altında incelenen konumuz açısından daha büyük önem arz eden sırlar ise bankaya ait ticarî sırlardır. Bankaların kendilerine ait ticarî sırları, bir anonim ortaklık olmaları sıfatıyla veya Merkez Bankası, diğer bankalar ve resmi mercilerle olan ilişkileri itibarıyla banka tüzel kişiliğine ait olan sırlardır¹⁷⁷. Bunlara örnek olarak, bankanın mali yapısı, ekonomik politikası, çalışma şartları veya özel kar oranları verilebilir. Bu tür sırların korunması ile, bilgilerin rakip firmalarca ele geçirilmesi ve bu bilgi ve belgelerden haksızca yararlanılması engellenmiş olur. Bu nedenle, Bank.K. 73. maddesi bankalara ait sırların bankalarca ifşa edilmesini yasaklamaktadır.

¹⁷⁵ TİKVEŞ, age., s. 204.

¹⁷⁶ YÜKSEL, “Bankacılık Hukuku ve İşletmesi”, İstanbul, 1986, s.59

¹⁷⁷ ERMAN, age., s.313

Bank.K.'ndaki bu düzenlemeye karşı Sermaye Piyasası Kanunu, sermaye piyasası mevzuatının en önemli ilkelerinden biri olan “kamuyu aydınlatma ilkesini” getirmiş ve bu ilke çerçevesinde Sermaye Piyasası Kanunu’na tabii olan bankaları, bankaya ait bazı bilgileri kamuya açıklamakla yükümlü tutmuştur.

Sermaye Piyasası Kanunu, kamuyu aydınlatma ilkesi çerçevesinde bankaların, mali tabloları, bilançoları, yatırım kararları gibi bilgileri sır olarak saklayamayacağını, bankaların bu bilgileri zamanında, doğru, tam ve ayrıntılı olarak açıklaması gerektiğini düzenlemiştir. Bu düzenlemenin amacı, yatırımcıların hak ve menfaatlerini korumak, onların eksik ve yanlış bilgilere dayanarak hatalı karar vermelerine engel olmaktır.

Menkul kıymetlerini halka arz etmiş veya Sermaye Piyasası Kanunu V. Bölümde düzenlenmiş faaliyetlerde bulunmaları nedeniyle Sermaye Piyasası Kanunu hükümlerine tabi olan bankaların, Bank.K. 73. madde kapsamında saklamakla yükümlü oldukları bankaya ait ticarî sırlarının kapsamına, Sermaye Piyasası Kanunu hükümleri uyarınca açıklamakla yükümlü oldukları bilgiler girmemekte, bu bilgilerin ifşasından dolayı cezalandırılmaları söz konusu olmamaktadır. Kaldı ki, Bankacılık Kanununun ilgili maddesinde sırların kanunen yetkili mercilere açıklama yükümlülüğü getirilmiştir. Bu nedenle sermaye piyasası hukukuna tabi bankalar, kamunun aydınlatılması ilkesi çerçevesinde menkul kıymetlerin değerini etkileyebilecek bilgi ve olayları bildirecek, kamuyu aydınlatacaklardır. Bu çerçevede

d halka açık bankalarda banka sırrı kavramı kamuyu aydınlatma ilkesi çerçevesinde ele alınmalı, ileri sürülebileceği haller dar yorumlanmalıdır.¹⁷⁸

Sermaye Piyasası Kanunu hükümlerince açıklamakla yükümlü oldukları bilgileri doğru, tam ve zamanında açıklamayan bankalar ve yetkilileri, Sermaye Piyasası Kanunu m. 47/A ve B uyarınca para ve hapis cezasına çarptırılmaktadırlar.

IV - TİCARÎ SIRRIN AÇIKLANMASININ BANK.K. 159. MADDEYE GÖRE SONUÇLARI

Ticarî sırrın açıklanmasına Bank.K. 74. maddesinin uygulanabilmesi için gerekli şartlar önceki bölümlerde açıklanmıştı. Bu şartların varlığı halinde, müşteriye veya bankaya ait ticarî bir sırrın açıklanması Bank.K.'nun 159. maddesi uyarınca cezaî ve hukukî müeyyidelere bağlanmıştır.

Bu maddeye göre, bankaya veya müşteriye ait ticarî sırları açıklayan banka mensupları ve diğer görevlilere 1 yıldan 3 yıla kadar hapis cezası, bin günden iki bin güne kadar adli para cezası öngörülmektedir. Sırların menfaat temini amacıyla açıklandığı hallerde cezalar altıda bir oranında arttırılmaktadır.

Ayrıca, fiilin önemine göre sorumluların bu Kanun kapsamına giren kuruluşlarda görev yapmaları, iki yıldan aşağı olmamak üzere geçici veya sürekli olarak işten yasaklanmalarına neden olmaktadır.

¹⁷⁸ TURANBOY(Ticarî sır), age., s. 368.

Sorumluların bu madde uyarınca cezalandırılabilmesi için failin açıkladığı hususun bir banka sırrı olduğunu bilmesi ve bunu açıklamak istemesi yeterli olup, ayrıca sır sahibine zarar vermek gibi özel bir kastı aranmaz.¹⁷⁹

İlgili maddenin son fıkrasına göre, cezaî müeyyideler, banka mensubu ve diğer görevlilerin işlerinden ayrılmaları halinde de ayrıldıkları tarihten başlayarak 3 yıl süre ile uygulanmaktadır. Çünkü, banka mensubunun banka ile ilişkisi sona erse dahi 3 yıl süre boyunca sır saklama yükümlülüğü devam etmektedir.

Ayrıca, sırrın açıklanması halinde cezaî sonuçların yanında hukukî sonuçlar da doğmaktadır. Sırrı açıklanan müşteri veya banka, açacağı maddi ve manevi tazminat davası ile zararının giderilmesini talep edebilecektir. Hukuk davası, sırrın açıklanması ve sır ile ilgili işlemin sonuçlanmasından itibaren 10 yıllık zamanaşını süresi içine açılabilir¹⁸⁰.

Ticarî sırlar kanun tasarısının yasalaşması halinde ise sır saklama yükümlülüğüne aykırı hareket edenler, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 239. maddesi gereği cezalandırılacaklardır.

¹⁷⁹ REİSOĞLU, age., s. 563.

¹⁸⁰ ATABEK, age., s. 117.

TABLO 1
TİCARİ SIR İLE PATENTİN KARŞILAŞTIRILMASI

	PATENT	TİCARİ SIR
KONUSU	Kanun ile belirlenmiş ve sınırlandırılmıştır. (makineler, imalat maddeleri, yöntemler gibi)	Sınai ve fikri mülkiyetlerin konuları ve işletme bilgileri gibi geniş sahası vardır
ŞARTLARI	Yararlı, yeni ve açık olmalıdır.	Rekabete dayalı avantaj sağlamalı, yaygın olarak bilinmemeli, gizli olmalıdır.
AÇIKLANABİLİRLİĞİ	Açıklanması şarttır.	Sınırlı ve kontrollü olarak açıklanmalıdır.
KORUNMASI	Herhangi bir kimse tarafından kullanımı yasaklanabilir.	Koruma sadece “haksız” kullanıcılara karşıdır. Ticarî sırrı, bağımsız olarak veya tersine mühendislik yöntemiyle elde eden kişilere karşı korunabilmesi mümkün değildir.
KORUNMA DÖNEMİ	Yayımından itibaren 17 yıldır.	Gizli tutulduğu sürece sınırsızdır.
RİSK	Yok	Bağımsız olarak veya tersine mühendislik yoluyla ya da dikkatsiz açıklamalar sonucu ele geçirilebilir.
PAZARLANABİLME	Lisansının verilmesi kolaydır.	Lisansının verilmesi zordur, lisansını alanın gerekli güvenlik önlemlerini alması şarttır.

SONUÇ

Ticarî sır hukuku, dünyada ekonomik hayatın gelişmesi ile büyük önem kazanmıştır. Gelişen ekonomik hayatın içerisinde birbirleriyle rekabet içerisine giren şirketler, kendileri için büyük öneme sahip ticarî sırları korumak için çeşitli programlar geliştirirken diğer şirketlerin sahip oldukları ticarî sırları da ele geçirmeye çalışmışlardır. Bu gelişmeler karşısında ülkeler hukuk sistemlerinde çeşitli düzenlemelere gitmişler ve ticarî sır kavramına çeşitli mevzuatlarında yer vermişlerdir. Ülkelerin hukuk sistemlerinde ticarî sır kavramı farklı düzenlemelere konu olmuşsa da, çoğu, ticarî sırrın haksız olarak elde edilmesini, açıklanmasını, kullanılmasını veya hukuka uygun olarak elde edilen sırrın sonradan menfaat temini amacıyla açıklanmasını veya kullanılmasını yasaklayıcı hükümler getirmiştir.

Ülkemizde çeşitli hukuk dallarında kullanılmakla beraber yeterince açıklığa kavuşturulamamış olan ticarî sır kavramı, “bir işletmede kullanılan, o işletmeye, bu sırrı bilmeyen ve(ya) kullanmayan rakiplerine karşı avantaj sağlayan formül, alet, model veya bilgi derlemesi” olarak tanımlanmaktadır.

Ticarî sır kavramının, tezin de konusu olan sermaye piyasası hukuku açısından değerlendirilebilmesi için Sermaye Piyasası Kanunu ve Bank.K.’nın hükümlerinin incelenmesi gerekmektedir.

Ticarî sır, Sermaye Piyasası Kanunu’nda insider muameleleri için öngörülmüş olan yaptırımlar çerçevesinde korunmaktadır. Bunun sebebi, şirkete ait

gizli bilgilerin haksız kullanımı olarak tanımlanan insider muamelelerinin konusunu ticarî sır niteliği taşıyan bilgilerin oluşturmaktadır. Bir ticarî sırrın insider muamelelerine konu olabilmesi için, ticarî sırrın menkul kıymet fiyatlarını etkileyici nitelikte olması, insiderlar tarafından kullanılması ve menfaat temin edilmesi gerekmektedir. Bu şekilde insider muamelelerinin konusu oluşturan ticarî sır, Sermaye Piyasası Kanunu m. 47 çerçevesinde korunmaktadır.

Bank. K. da yine Sermaye Piyasası Kanunu gibi doğrudan ticarî sırlara yönelik bir düzenleme getirmemiş olmasına rağmen “Sırlarının Saklanması” başlıklı 73. maddesi ile ticarî sırlara dolaylı olarak koruma sağlamıştır. Şöyle ki; Bank. K. 73. maddesi ile banka sırrı niteliğindeki ticarî bir sırrın, müşteri veya bankanın muvafakati alınmaksızın banka mensupları tarafından kanunen yetkili merciiler dışındaki kimselere açıklanamayacağı düzenlenmiş, aksi taktirde Bank K. m.159. madde uyarınca sorumluların cezalandırılmasına hükmedilmiştir. Uygulanan bu hükme göre, bu fiili işleyen kimseler kanunun öngördüğü para ve hapis cezalarıyla cezalandırılmaktadırlar.

Sermaye Piyasası Kanunu Bölüm V de yer alan faaliyetlerde bulunmaları ve kendi menkul kıymetlerini halka arz etmiş olmaları nedeniyle Sermaye Piyasası Kanunu’na tabi bankalar ise, Sermaye Piyasası Kanunu’nun “kamuyu aydınlatma ilkesi” çerçevesinde mali durumları, bilançoları gibi bazı ticarî sırlarını kamuya açıklamak zorundadırlar. Bankaların Sermaye Piyasası Kanunu uyarınca açıklamak zorunda olunan sırlar, Bank.K.nun ifşa edilmesini yasakladığı sırların kapsamı dışında kalmaktadır.

ÖZET

Tîcari sırrın genel ve tek bir tanımı yapılamasa da tîcari sırrı, “bir işletmede kullanılan, o işletmeye, bu sırrı bilmeyen ve(ya) kullanmayan rakiplerine karşı avantaj sağlayan formül, alet, model veya bilgi derlemesi olarak” tanımlayabiliriz¹⁸¹.

Tîcari sır temel üç unsurdan oluşur. Bu unsurlar, korunmaya uygun olmak, gizli olmak ve değerli olmaktır. Eğer bir bilgi sayılan bu üç unsuru taşıyorsa, tîcari sır olarak nitelendirilebilir ve tîcari sır has korumadan yararlanabilir.

Buluşlar, formüller, birleşimler, yöntemler, metotlar, üretim biçimleri, müşteri listeleri, pazarlama, reklam ve stratejik planlar, personel ve iş kayıtları, veriler, teknikler ve çizimle, korunmaya uygun bilgilere örnek olarak verilebilir.

Gizlilik, tîcari sırrın en önemli unsurudur. Bir bilginin gizli olması için o bilginin kullanıldığı iş sahasında yaygın olarak bilinmemesi ve sırrı korumaya yönelik makul güvenlik tedbirlerinin sır sahibi tarafından alınmış olması gerekmektedir.

Tîcari sırrın diğer bir unsuru ise değerli olmasıdır. Kullanıldığı işletmede sahibine veya kullanıcıya, bu bilgiye sahip olmayan rakiplerine karşı güncel veya muhtemel fayda ya da rekabet avantajı sağlayan bilgi değerli bilgi sayılmakta ve tîcari sır olarak kabul edilebilmektedir¹⁸².

¹⁸¹ Restatement (First) of Torts, sect. 757, comment b, 1939

¹⁸² COHEN/GUTTERMAN, age., s. 95

Ticari sırra konu bilgileri sınıflandırırsak, bunlar; “ürünler”, “işlemler, makineler, aletler ve formüller”, “müşteri listeleri”, “fikirler” ve “işletme bilgileri”dir.

Yukarıda tanımı, unsurlar ve çeşitleri anlatılan ticari sırları Sermaye Piyasası Kanunu açısından değerlendirebilmek için ise, Sermaye Piyasası Kanunu’nun en önemli ilkelerinden biri olan kamuyu aydınlatma ilkesi ve insider muameleleri ile ilgili hükümlerini incelememiz gerekir. Bunun sebebi, kamuyu aydınlatma prensibi çerçevesinde kamuya açıklanması gerekli bilgilerin ticarî sırlar olması ve yine insider muamelesinin konusunu ticari sır niteliğindeki bilgilerin oluşturmastır.

Kamuyu aydınlatma ilkesi, sermaye piyasasında yatırımcıların yatırım yapacakları şirketlerin ekonomik durumu hakkında doğru ve tam bilgiyi zamanında edinmelerini ve bu şekilde risk-getiri değerlendirmelerini yaparak yatırım kararı almalarını sağlar.

Kamuyu aydınlatma ilkesi gereği sermaye piyasasına kayıtlı şirket, kurum ve kuruluşlar, kanun ve tebliğlerde belirtilen ticarî sırlarını birincil ve ikincil piyasaya açıklamak, kamunun bilgisine sunmak zorundadırlar. Bu de sermaye piyasasına tabi halka açık şirketlerin ticarî sırlarının kapsamını daraltmakta, ticarî sır sahibi olmanın avantajlarından ve ticarî sır korumasının getirdiği haklardan yararlanmalarını önlemektedir¹⁸³.

¹⁸³ TURANBOY (Ticarî Sır), age., s. 363.

Ayrıca, şirketler sermaye piyasası mevzuatı gereği açıklamakla yükümlü oldukları ticarî sırları açıklamadıkları takdirde de hukuki ve cezai yaptırımlara maruz kalmaktadırlar.

Ticarî sırlar ile ilişkili ikinci düzenleme olan insider muameleleri, Sermaye Piyasası Kanunu m. 47.A.1’de, “sermaye piyasası araçlarının değerini etkileyebilecek, henüz kamuya açıklanmamış bilgileri kendisine veya üçüncü kişilere menfaat sağlamak amacıyla kullanarak, sermaye piyasasında işlem yapanlar arasındaki fırsat eşitliğini bozacak şekilde mameleki yarar sağlamak veya bir zararı bertaraf etmek” şeklinde tanımlanmıştır.

Tîcari sırrın insider muamelelerine konu olup, Sermaye Piyasası Kanunu m. 47 çerçevesinde korunabilmesi için tîcari sırrın menkul kıymet fiyatlarına etkili olması, insiderlar tarafından edinilmesi ve tîcari sırrın menfaat temini amacıyla kullanılması gerekmektedir.

Tîcari sırlar bu şartların oluşması durumunda, insider muamelelerine konu olmakta ve bu fiili işleyen kişiler, Sermaye Piyasası Kanunu m. 47A/1 çerçevesine para ve hapis cezasına çarptırılmaktadırlar.

Ticarî sırrı bankalar bakımından değerlendirirken öncelikle Bankacılık Kanunu'nun ilgili hükümlerini incelemek gerekmektedir. Bank.K. nun benzer şekilde tîcari sırlara yönelik doğrudan bir düzenlemesi bulunmamakla beraber,

bankacılık sırrının saklanması başlıklı 73. maddesi ile tîcari sırlar arasında dolaylı bir ilişki vardır.

Banka sırrı, genel anlamıyla, bir bankanın veya bankacının mesleki faaliyeti sırasında öğrendiği sırlardır¹⁸⁴. Banka sırrı, müşteri sırları ve bankaya ait sırlar olmak üzere ikiye ayrılır.

Bir tîcari sırrın Bank.K. çerçevesine korunabilmesi için sırrın banka sırrı olması, banka mensupları tarafından müşteri veya bankanın muvafakati alınmaksızın kanunen yetkili mercilerden başkasına açıklanmış olması gerekmektedir.

Bu şartların varlığı halinde, müşteriye veya bankaya ait tîcari bir sırrın açıklanması Bank.K.’nın 159. maddesi uyarınca müeyyidelere bağlanmıştır.

Sermaye Piyasası Kanunu Bölüm V de yer alan faaliyetlerde bulunmaları ve kendi menkul kıymetlerini halka arz etmiş olmaları nedeniyle Sermaye Piyasası Kanunu’na tabi bankalar ise, Sermaye Piyasası Kanunu’nun “kamuyu aydınlatma ilkesi” çerçevesinde mali durumları ve bilançoları gibi bazı ticarî sırlarını kamuya açıklamak zorundadırlar. Bu nedenle sermaye piyasası hukukuna tabi bankalar, kamunun aydınlatılması ilkesi çerçevesinde menkul kıymetlerin değerini etkileyebilecek bilgi ve olayları bildirecek, kamuyu aydınlatacaklardır. Bu çerçevede halka açık bankalarda banka sırrı kavramı kamuyu aydınlatma ilkesi çerçevesinde ele alınmalı, ileri sürülebileceği haller dar yorumlanmalıdır.

¹⁸⁴

DONAY, age., s. 221

SUMMARY

A trade secret may consist of any formula, pattern, device or compilation of information which is used in one's business and which gives him an opportunity to obtain an advantage over competitors who neither know nor use it.

Trade secrets contain three basic elements. These elements are being eligible to protection, secrecy and value. If a piece of information has these 3 elements, it may be considered as trade secret and may make use of the trade secret protection.

Inventions, formulas, compounds, processes, manufacturing methods, customer lists, marketing, advertising and strategic business plans, personnel and employment records, data, techniques and drawings can be given as examples to trade secrets.

“Secrecy” is the most important element in determining whether information is to be considered a trade secret or not. In order for information to be considered secret, it is necessary that the information should not be widely known within the certain field of business it is used, and that security measures should be taken by the owner of the secret.

The other element of trade secrets is “value”. The value requirements for trade secret protection mean that the information must have sufficient value in the

operation of the business to provide the owner or user with an actual and potential economic or competitive advantage over others who don't have the information.

The types of trade secrets are “products”, “processes, machines devices and formulas”, “customer lists”, “ideas” and “business informations”.

We should look at the rules in the Capital Market Act related to the principle of public disclosure and insider tradings in order to evaluate trade secrets from the point of view of the Capital Market Law. Because, the informations which have to be disclosed under the principles of public disclosure, constitutes trade secrets and also the informations which are the subject of insider tradings constitutes trade secrets.

The principle of public disclosure provides the investors with the right and exact information about the company which is subject to investment.. In accordance with this principle, the joint stock corporations must disclose the required trade secret to the public. This, restricts the extend of the trade secrets of the joint stock corporations and prevent them from taking advantage of having trade secrets and making use of the rights under trade secret protections.

According to the article 47 A/1 of Capital Market Act, insider trading is “seeking to benefit or to eliminate a potential loss resulting in the rupture of equal opportunity among participants operating in the capital markets by making use of undisclosed information that may affect the values of the instruments of the capital market.”

In order for the trade secret to be a subject matter of insider training and to be protected under the Capital Market Act, the trade secret must be effective on the prices of securities, be obtained by insiders and be used for the purpose of making benefit. The ones who commit insider trading by using trade secret which carries these qualities are penalized by imprisonment and fine.

In evaluating trade secrets from the point of view of the Banks, we should examine the rules related to the Banks Act, since bank secrets, regulated under the article 73 of Banks Act, have a strong relationship with trade secrets.

The bank secret is generally defined as a secret which a bank or a bankers has obtained in the course of his professional activities. Bank secrets are divided into two as client's secrets and bank's secrets.

In order for a trade secret to be protected under the Banks Act, it has to be a bank secret and be disclosed by the bank workers, without the consent of the client or the bank, to people who don't have the legal right.

Disclosing a trade secret under these circumstances is prohibited and bounded by sanctions under the Article 159 of the Banks Act.

The Banks which are dependent on the Capital Market Act for having participated in the activities regulated in V. Part of Capital Market Act and having

issued their stocks through public offering, have to disclose certain information to public, such as financial situation and balance sheet in accordance with “disclosure principle”. The secrets which are banned from being disclosed as to Banks Act, do not comprise the secrets which banks are obliged to disclose as to Capital Market Act. In this frame, the bank secrets of the banks offering securities to the public, should be evaluated in accordance with the disclosure principle and be interpreted restricted.