

**İSVİÇRE FEDERAL MAHKEMESİ'NİN BİR
KARARI (BGE 125 III 263 ff) VE
DEĞERLENDİRİLMESİ**

*Yrd.Doç.Dr. M.Fadıl YILDIRIM**

Karar Başlığı: 125 III 263

Lobos Informatik A.Ş.'nin Debita A.Ş.'ne karşı açmış olduğu davada yapılan başvuru üzerine 1. Hukuk Dairesince verilen 29 Nisan 1999 Tarihli Karar.

ÖZET:

Sayfa: 263 (BGE 125 III 263).

Bilgisayar Program Lisans Sözleşmesi

Genel sözleşme şartları içerisinde öngörülen lisanslı programda değişiklik yapma hakkı, müzakere edilerek kararlaştırılmış ek sözleşme ile sınırlandırılmadığı takdirde mevcuttur. Lisans verenin aydınlatma yükümlülüğünün kapsamı, bu sözleşmeyi kaleme alanın sözleşme metninde kullandığı Elektronik Bilgi İşlem Sistemi (Elektronische Daten Verarbeitung=EDV) teknik kavramına göre belirlenir.

Şayet sözleşmede programın amaç (=Objekt) kodunun kurulacağı kararlaştırılmış ve fakat kaynak kodu da kurulmuş ise, lisans alan dürüstlük kuralı gereğince kaynak koddan ivazsız olarak yararlanabilmek ve dolayısıyla programda değişiklik yapma hakkına kavuşamaz.

OLAY:

A. Lobos Informatik Anonim Şirketi ve Debita Anonim Şirketi 19 Aralık 1988 tarihinde aktedilen bir muhasebe programı lisans sözleşmesinin taraflarıdır. Bu sözleşmeye ek olarak yapılan bir sözleşme ile programın amaç kodunda kurulacağı kararlaştırılmış iken, program hem amaç kodunda hem

* A.Ü. Erzincan Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Öğretim Üyesi.

de kaynak kodunda kurulmuştur.

25 Ocak 1996 yılında Debita A.Ş., Lobos A.Ş.'den modem desteği talep etmiştir. Bu sayede Lobos A.Ş., kendileri tarafından en son 3 Mayıs 1993'te gerçekleştirilen değişiklikten sonra, programın değiştirilmiş olduğunu tespit etmiştir. Bunun üzerine Debita A.Ş'den programı eski haline getirmesi istenmiş ancak bu talep reddedilmiş ve bir uzlaşma sağlanamamıştır.

B. 6 Kasım 1996 tarihinde Lobos Informatik A.Ş., Schwyz Kanton Mahkemesine müracaat ile Debita A.Ş.'nin, kaynak kodunda kayıtlı programı ve diğer program parçalarını geri vermeye mahkum edilmesini ve özellikle 4 Mayıs 1993 tarihinden itibaren gerçekleştirilen değişiklikleri eski haline getirmesini; yani programın 3 Mayıs 1993 tarihi itibarıyla kullanıma sunulduğu hale getirmeye mahkum edilmesini istemiştir. Kanton mahkemesi 4 Ağustos 1998 tarihli kararı ile davayı reddetmiştir.

Sayfa: 265 (BGE 125 III 263).

C. Davacı Kanton Mahkemesinin bu kararına karşı hem kanun hem de kamusal başvuru yoluna müracaat etmiştir. Federal Mahkeme davanın kısmen kabulüne karar vermiş, 4 Ağustos 1998 tarihli Schwyz Kantonu Mahkemesi kararını kaldırmış, davacının talebinin belirtilen gerekçelere uygun olarak yeniden değerlendirilerek karar verilmesi amacıyla, dava evrakı Kanton Mahkemesine geri gönderilmiştir.

GEREKÇELER:

Gerekçe 4:

İlk derece mahkemesi davalının, ek lisans sözleşmesinde kullanılan "programın amaç kodunda kurulacak olması" ifadesinin ne anlama geldiğini bilmek zorunda olmadığını, onun, lisans sözleşmenin 5.4 paragrafında anılan hükme dayanarak, lisans konusunda değişiklik yapabileceğini, bunun kaynak kodda da tasarruf edebilme hakkı sağladığını kabul etmiştir. Bu görüş davacının yıllardır kaynak kodu davalının nezdinde bulundurması vakıası ile desteklenmiştir. Bundan dolayı davalıya program üzerinde değişiklik yapma hakkının verildiği ve kaynak kodunun geri verilmesi yükümlülüğünün bulunmadığı haklı bulunmuştur.

Davacı ise, kaynak kodun ne lisans sözleşmesinde ne de ek sözleşmede bahis konusu olduğunu, dolayısıyla davalıya sağlanan hakkın kapsamında yer olmadığını ileri sürmüştür. İlk derece mahkemesinin karardaki görüşüne karşı davacı, davalının programda değişiklik yapma hakkının bulunmadığını, bunu "programın kurulması amaç kodunda gerçekleşecektir" ifadesinden anlaması gerektiğini, ayrıca bu ifadenin ne anlama geldiğini açıklamak zorunda olmadığını ileri sürmüştür. Diğer yandan davacı, lisans sözleşmeleri-

nin genel kural uyarınca dar yorumlanması, şüphe halinde tartışmalı mali hakkın karşı tarafa sağlanmadığı yönünde bir yorumun yapılması gerektiğini belirtmiştir. Bu kural, kaynak kodun üçüncü kişilere, ancak istisnai hallerde devredildiği vakıası karşısında daha da fazla önem taşımaktadır. Lisans sözleşmenin 5.1, 10.1 ve 10.5 paragraflarında, sonradan yapılacak tüm sözleşme değişikliklerinin yazılı yapılması gerektiği, zımni olarak kaynak kodun lisans sözleşmesine dercinin mümkün olmadığı ileri sürülmüştür. Lisans sözleşmesinde öngörülen değişiklik yapma hakkı bu yoruma aykırı düşmemekte, onu ortadan kaldırmamaktadır. Zira programda değişiklik yapılması, programın yalnızca amaç kod formunda kullanıma sunulduğu hallerde de mümkün olmaktadır. Buna göre davalının davacıya kaynak kod formundaki programı geri vermektan kaçınması için herhangi bir haklı gerekçe bulunmamaktadır; davacının sırf kaynak kodunu davalıya bırakması olgusu, hakkın davalıya geçişi için yeterli değildir.

Sayfa: 266 (BGE 125 III 263)

a) Bir bilgisayar programı üzerindeki yararlanma hakkı çeşitli hukuki sebeplere istinaden kazanılabilir. Kural olarak program nüshası üzerinde özellikle -sözleşme hükümleri ile sınırlandırılmış- bir mülkiyet hakkı veya programda yalnızca yararlanma hakkını veren ariyet benzeri devri sağlayan gerçek bir lisans sözleşmesi ile gerçekleşebilmektedir (Thomann, Grundriss des Softwareschutzes, Zürich 1992, S. 51 vd.). Programı devralanın yararlanma hakkının kapsamı, kural olarak herhangi bir şekil şartına tabi olmayan sözleşme hükümlerine göre belirlenir (Rehbinder, Schweizerisches Urheberrecht, 2. Aufl., Bern 1996, S. 132). Bu kural, lisans alanın kaynak koddan yararlanıp yararlanamayacağı sorunun çözümü için de esas alınmalıdır (Blickenstorfer, Der Sourcecode-Escrow, in: Thomann/Rauber (Hrsg.), Softwareschutz, Bern 1998, S. 213 vd.).

İlk derece mahkemesinin bağlayıcı tespitlerine ek olarak, davalının lisans sözleşmesine dayalı olarak kaynak koddan yararlanıp yararlanacağı, özellikle programda değişiklik yapıp yapamayacağı konusunda somut olarak tarafların mutabakatı yoktur. Böyle bir durumda tarafların farazi irade beyanlarının güven ilkesi uyarınca yorumlanması gerekir. Buna göre tarafların kullandıkları sözcüklere ve özellikle olayın tüm hal ve şartlarına göre anlamaya mezun ve anlamak zorunda oldukları hususlar dikkate alınır. Federal Mahkeme sözleşmenin bu objektifleştirilmiş yorumunu hukuki sorun olarak kanun yollarına başvuruda kontrol etmektedir (BGE 123 III 165 E. 3a S. 168; 121 III 118 E. 4b/aa S. 123 ve orada belirtilen diğer kararlar).

b) aa) Yorumlanması gereken taraf anlaşmaları 19 Aralık 1988 tarihli "Program için Lisans Sözleşmesi"nde ve hatalı olarak 13 Aralık 1988 tarihi

atılmış bulunan ek sözleşmede yer almaktadır. Lisans sözleşmesinin 1.3 ve 6.1 numaralı paragraflarında, lisans konusu program üzerindeki mülkiyet hakkının davacıda kalmak suretiyle davalının tasarrufuna ariyet temeline dayalı olarak bırakılması öngörülmüştür. Yararlanma süresi ek sözleşmenin 7. paragrafın 1. fıkrasına göre bir süre ile sınırlandırılmamış, buna karşın lisans sözleşmesine konulan bir hüküm ile (Paragraf 2.6) sözleşmenin feshi imkanı ön görülmüştür. Davalının kaynak kodun ve amaç kodun mülkiyetinin devri konusundaki talep hakkı, buna göre lisans sözleşmesinden ve bunun eki olan sözleşmeden kaynaklanmamaktadır.

bb) Lisans sözleşmesi genel sözleşme şartlarını içermektedir. Bu şartlar daha sonra yapılan ek sözleşme ile müzakere edilerek somutlaştırılmıştır. Sözleşmenin 1.2 paragrafında, genel şartlar ile müzakere edilen hükümler arasında çelişki olması durumunda, açıkça, özel hükümler ile genel hükümlerin ilişkisinde özel hükmün öncelikle uygulanması gerektiği şeklindeki genel esasa uygun olarak, ek sözleşme uyarınca değiştirilmiş hükümlerin öncelikle uygulanması gerektiği belirtilmiştir (BGE 123 III 35 E. 2c/bb S. 44 ve orada anılan kararlar; Kramer, Berner Kommentar, N. 210 vd. zu Art 1 OR; Gauch/Schlupe/Schmid/Rey, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Bd. I, 7. Aufl., Zürich 1998, S. 235 Rz. 1139; Bucher, Basler Kommentar, N. 54, zu Art. 1 OR).

Sayfa 267 (BGE 125 III 263)

Lisans sözleşmesinin 5.4 paragrafına göre davalı lisans konusunu tamamen veya kısmen değiştirme ve ihtiyaçlarına göre uyarlama hakkına sahiptir. Buna karşın ek sözleşmenin 2. paragrafının 2. fıkrasına göre programın amaç kodunda kurulacağı öngörülmüştür. Amaç kodunda yazılmış bir programın okunmasının çok güç olmasından dolayı pratik olarak değişiklik yapmak imkansızdır ve dolayısıyla lisans sözleşmesi ile öngörülen davalının programda değişiklik yapma hakkı önemli ölçüde (şiddetle) sınırlandırılmıştır. İlk derece mahkemesinin görüşünün aksine burada lisans sözleşmesinin 1.2 paragrafına nazaran "açıkça" farklı bir düzenleme söz konusudur ve buna göre programın değiştirilmesi hakkının sınırlandırıldığı, programın amaç kodunda kurulacağı ifadesine yer verilerek ki, bunun ne anlama geldiği herkesçe kolaylıkla anlaşılabilir, açık bir biçimde yer almıştır. Ek sözleşme ile müzakere edilen hususlardan, lisans konusunun değişiklik yapılabileceği yönünde karşı taraf için bir zikir ve vaad anlamına gelebilecek başkaca hal ve şart da tespit edilememektedir. Zira ek sözleşme ile müzakere edilen hükümlerin öncelikle uygulanması gerekmektedir. Esas itibariyle davalı lisans sözleşmesinin 1.2 paragrafına dayanarak genel sözleşme hükümlerinin ek sözleşme hükümleri ile tadil edildiğine (önceki sözleşme ile sağlanan hakların ortadan kaldırılmadığına) dayanmaktadır. İlk derece mahkemesinin görü-

şünün aksine davacı, ek sözleşmede belirtilen “programın amaç kodda kurulacak olması” ifadesinin ne anlama geldiği konusunda karşı tarafı dürüstlük kuralı gereğince aydınlatmak konusunda bir yükümlülüğü bulunmamaktadır. Bu yükümlülük, kendisi tarafından imza edilmiş sözleşme hükümlerinin içeriğinden bizzat kendisinin haberdar olması gerektiği için davalıya düşer. Taraflar arasında büyük bir bilgi uçurumunun bulunduğu durumlarda dahi, davalının (somut olayda davalı tüzel kişi olduğundan onun organlarının) amaç kodun ne anlama geldiğini kolaylıkla bilebileceğini kabul etmek gerekir. Bilmiyorlarsa örneğin imzadan önce davacıya sorup bu konuda bilgi alabilirlerdi. Buna göre davacı dürüstlük kuralı uyarınca davalı tarafça sorulmadıkça sözleşmede kullanılan bilgi işlem teknik kavramlarının ne anlama geldiğini karşı tarafa bildirmek yükümlülüğü altında değildir.

Sayfa: 268 (BGE 125 III 263)

Buna göre davalının programda değişiklik yapma hakkının sınırlandırıldığını bildiğini ve bunu onayladığını kabul etmek gerekir. Hülasa sözleşme bu anlamda her iki taraf için de bağlayıcıdır; davalının beyan hatasına düşüp düşmediğini araştırmaya gerek yoktur. Lisans sözleşmesinden ve 19 Aralık 1988 tarihli ek sözleşmeden kaynaklanan, davalının kaynak kodda değişiklik yapma ve ondan yararlanma konusunda bir hakkının bulunmadığını kabul etmek gerekir.

c. Tüm bu ifadelerden yola çıkarak, davacının kaynak kodu da kurmak suretiyle yerine getirdiği edim, esasen sözleşme ile yükümlü olmadığı bir edimdir. Davalının bunu sözleşmenin değiştirilmesi konusunda bir teklif olarak anlamaya mezun olup olmayacağı ve dolayısıyla kaynak koddan yararlanma hakkı verip vermeyeceği hususu, ilk derece mahkemesince de fiili irade uyuşmasının bulunmadığının tespiti vakıası karşısında, dürüstlük kuralına göre değerlendirilmelidir. Lisans sözleşmesinde her türlü değişikliğin ancak yazılı olarak yapılması gerektiği şeklindeki düzenleme, sonradan söz konusu şekil şartına ilişkin hükümde bir değişikliğinin yaratılmasına engel değildir, yani taraflar öngördükleri şekil şartından daha sonra zımnen vazgeçebilmektedirler (BGE 105 II 75 E. 1, S.78; Schmidlin, Berner Kommentar, N. 45 zu Art. 16 OR; Merz, Vertrag und Vertragsschluss, 2. Aufl., Freiburg 1992, S. 225, N. 422). İlk derece mahkemesinin görüşünün aksine davacının kaynak kodu yıllardır davalı nezdinde bulundurulması, dürüstlük kuralı uyarınca yapılacak yorumun, tarafların sözleşmenin kuruluşu esnasında (olayda ayrıca sözleşmenin değiştirilmesi esnasında) bilinen ve bilinmesi gereken hususları kapsamaması gerektiğinden, dikkate alınmaması gerekir (BGE 107 II 417 E. 6, S. 418).

Kaynak kodun devri programda değişiklik yapmayı önemli ölçüde ko-

laylaştırmakta ve programın içerdiği know-how'ın başkalarına devrine imkan sağlamaktadır. Kaynak kod, davacının sözleşmenin kuruluşu esnasında üstlendiği yükümlülüğe nazaran konu itibariyle taşkın bir edim teşkil etmektedir ve olsa olsa ek bir karşı edim mukabilinde söz konusu imkan sağlanabilir (Blickenstorfer, a.a.O., S. 213 vd.; Frei, Softwareschutz durch das Patentrecht, in: Thomann/Rauber, Softwareschutz, Bern 1998, S. 105). Bu hal ve şartlar altında davalı, davacının kendisine, kendi arzusuyla ve karşılığında ek bir karşı edim istemeksizin sözleşme ile üstlendiği edimi yerine getirdiğini iddia edemez. Davacının kaynak kodu hangi başka amaçla kurmuş olduğu hususu cevapsız kalmakla birlikte, davalının kaynak kodda değişiklik yapması ve ondan yararlanmanın davacının zararınadır; davalı tarafından anlaşılamayan bir sebeple gerçekleşen kurulum, kendisine bu hakları sağlamaz.

Sayfa: 269 (BGE 125 III 263)

d) Bu söylenenlere göre, davalının kaynak kod üzerinde tasarrufta bulunma hakkı yoktur. Davacı buna göre kaynak kodda kaydedilmiş programın geri verilmesini ve mevcut ihlale son verilmesini ve gelecekte de, şayet o bir program için fikri hukuk kurallarına göre istenebiliyorsa, muhtemel hak ihlallerinden kaçınmasını isteyebilir. Bilgisayar programları Fikri Haklar Yasasının 2/III maddesi gereğince eser olarak kabul edilmiştir ve yaratıcısının hususiyetini taşıması kaydıyla korunmaya layık olduğu belirtilmiştir (UrhG. Art. 2/I; BBl 1989 III 522; Thomann, Softwareschutz durch das Urheberrecht, in Thomann/Rauber, Softwareschutz, Bern 1998, S. 13). Federal Mahkemece, soruna ilişkin fiili delillerin yeterince değerlendirilmediği görüldüğünden, dava konusu uyuşmazlık hakkında yeni bir karar verilmesi için kararın ilk derece mahkemesine iadesine karar verilmiştir.

KARARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

Karar İsviçre Federal Mahkemesi Kararları Resmi Külliyyatı'nın 125. bandının özel hukuk ve usul hukuka dair kararlara tahsis edilmiş bulunan III. serinin (Heft) 263 vd. nda yayınlanmıştır. Özel hukuk ilişkileri 120 banda kadar (120. Band dahil) II nolu seride yer almakta iken bu banddan sonra III. seriye konulmaktadır.

Karar gerekçelerinin tümü yayınlanmamış, ilk üç gerekçe dışındaki gerekçelere yer verilmiştir.

Olayın nasıl geliştiği konusunda yeterli bilgi sunulduğunu söylemek zordur. Örneğin özetlenen olayda, taraflar arasındaki ilişkide ivaz unsuruna temas edilmemiştir. Kaynak koddan ek bir yükümlülük üstlenilmeksizin yararlanma mümkün değildir; sözleşme kapsamına kaynak koddan yarar-

lanma dahil değildir, denilmekle, aradaki ilişkinin ivazlı olduğuna işaret edilmekte midir? Bu husus açık değildir. Diğer yandan davalının kullanımına "leihweise" ariyet olarak bırakıldığından söz edilmektedir. Şayet gerçekten ivazsız olarak kullanımına sunulmuş ise bir ariyet unsurundan bahsedilir. Bununla birlikte "lisans konusunun sürekli olarak, zaman bakımından bir sınırlama olmaksızın devredildiği belirtilirken, fesih hakkının saklı tutulduğundan bahsedilmektedir. Bu hükümler çerçevesinde ilişkinin sürekli bir borç ilişkisi niteliğini taşıdığı kabul edilmelidir. Olay özetinde de belirtildiği gibi davacı şirket periyodik olarak programın bakımınıda üstlenmiştir. Davacı şirketin programda en son yaptığı bakımdan sonra, programın değiştirilmiş olduğu tespit edilmiştir. İrade özgürlüğü çerçevesinde taraflar bu türlü sözleşme yapıları yaratabilirler.

Federal Mahkemenin bilgisayar programından yararlanma imkanı veren sözleşmeler bakımından sınırlandırıcı bir tutum izlememiş, farklı sözleşme yapıları ile bilgisayar programlarından yararlanabilmenin mümkün olduğuna işaret etmiştir. Bir bilgisayar program nüshasının üzerindeki mülkiyet hakkının sözleşme hükümleri ile sınırlanmış bir biçimde devri yanında gerçek bir lisans sözleşmesi kapsamında programdan yalnızca "ariyet şeklinde" yararlanılmasının sağlanması mümkündür denilmektedir.

Kararda sözleşmenin niteliği konusunda ayrıntılı olarak durulmamıştır. Sürekli bir borç ilişkisi kuracak biçimde bir bilgisayar programı (standart veya özel bir program olabilir) ivazsız olarak sürekli veya süreli olarak bir başkasına devredilebilir (=überlassen); bu kişinin kullanımına sunulabilir. Böyle bir ilişkide ariyet unsurunun bulunduğu muhakkaktır. Böyle bir ilişkide (program fikri hukuk korumasından yararlanıyorsa ki, neredeyse % 99 gibi bir ihtimalle korunmaktadır) ayrıca programı yaratanın veya kanun gereğince mali hak sahiplerinin fikri hukuktan kaynaklanan mutlak hakları bulunmaktadır. Bu ilişkiye fikri haklardan yararlanma hakları da eklenmektedir. Bu haklardan nasıl yararlanılacağı lisans anlaşması ile ayrıca belirlenmiştir. Dolayısıyla ilişki kanunen düzenlenmemiş kendine özgü bir sözleşme niteliği taşımaktadır¹.

Burada temas edilmesi gereken önemli hususlardan birisi Federal Mahkemenin "aydınlatma yükümlülüğü" konusundaki tutumudur. Federal Mahkeme'ye göre, sözleşmeyi kaleme alanın sözleşmede yer alan hükümlerin ne anlama geldiği konusunda genel bir aydınlatma yükümlülüğü bulunmamaktadır. Bu külfet (Federal Mahkeme bunu bir külfet olarak değerlendirmekte-

¹ Bilgisayar program sözleşmeleri konusunda ayrıntılı bilgi için bkz., Yıldırım, M.F., Standart Bilgisayar Program Devir Sözleşmeleri (Paket Yazılım Sözleşmeleri), İstanbul 1999.

dir) böyle bir sözleşmeye imza koyan karşı tarafa düşmektedir; sözleşmede yer alan deyimlerin ne anlama geldiğini bilmiyorsa bunu karşı tarafa sorup öğrenmesi gereklidir. Bunu yapmamış ise daha sonradan kendisine bir kavramın ne anlama geldiğini bilmediğini ileri süremez ve bu sayede bir hakkı kazanamaz. Somut olayda davalı şirketin “amaç kod” kavramını araştırmadan imza koymasında kusurlu bulunmuştur. Diğer yandan iyiniyetli de olursa fikri bir hakkın iktisabının mümkün olmadığına yer verilmiştir.

Federal Mahkeme tarafların irade beyanlarının uygunluğunu tespitite objektifleştirilmiş yorum yöntemini benimsediği açıkça belirtmektedir. Objektifleştirilmiş yorum yönteminin somut bir olayda uygulanmasının güzel bir örneğini vermektedir. Diğer taraftan yapılacak yorum, sözleşmenin kuruluşu esnasında bilinen veya bilinmesi gereken hususları kapsar; sözleşmenin ifası aşamasında gerçekleşen olgular yoruma esas alınmaz. Bu düşüncenin sonucu olarak kaynak kodun davalının nezdinde bir kaç yıldır bulunması vakıası yorumda nazara alınmamıştır.

Lisans sözleşmesinin tabi olduğu şekil konusunda da karar önemli bir ip ucu sunmaktadır. Federal Mahkeme’ye göre lisans sözleşmesi kural olarak şekle tabi değildir. Bu tespit yerindedir².

Şayet taraflar arasında sözleşme hükümlerinin ancak yazılı şekle uyularak değiştirilebileceği konusunda bir anlaşma varsa Federal Mahkeme’ye göre, bu şekil şartı zımnen ortadan kaldırılmış olabilir; bir diğer ifade ile, sözleşme hükümlerinde gerçekleşecek her türlü değişikliğin yazılı olarak yapılmasından **zımnen** de feragat edilebilir. Bu düşüncenin sonucu olarak Federal Mahkeme, kaynak kodun da devri olgusunun zımnen sözleşme içeriğinde bir değişiklik anlamına gelip gelmediğini tartışmıştır. Ek sözleşmede kullanılan “programın amaç kodunda kurulacak” olmasının esas itibarıyla karşı tarafın programda değişiklik yapmasını ortadan kaldırmayacağı hususuna da temas edilmiştir. Zira amaç kodundaki bir program da da “tersine mühendislik” yöntemi ile elde edilecek kaynak kod sayesinde programda

² Bununla birlikte Türk Hukuku bakımından lisans sözleşmesine konu olan husus, fikri haklarca korunan eserlerde mali hakların devrine ilişkin sözleşme ve tasarruflar yazılı olarak yapılmalıdır (FSEK. m. 52). Bu hükümde yalnızca tasarruf işlemleri veya kullanım hakkının devrinin de şekil kapsamına girip girmediği konusunda bir ayırım yapılmaksızın genel bir ifade kullanılmıştır. Standart bir bilgisayar programı nüshasının asgari lisans kapsamıyla devredildiği hallerde sözleşme sui generis nitelik taşıdığından sözleşmenin yazılı olarak yapılmasına gerek yoktur. Asgari lisanstan sapan anlaşmaların yazılı olması gerekir. Bu konuda bkz., Yıldırım, 110 vd; Bilgisayar program sözleşmelerinin tüm devir biçimlerinde sözleşmenin yazılı olarak yapılmasının gerekli olmadığı yönündeki görüş için bkz., Eroğlu, S., Rekabet Hukukunda Bilgisayar Programlarının Korunması, İstanbul 2000, s. 116, dipn. 69.

değişiklik yapılabilir. Türk Kanunkoyucusu tersine mühendislik işlemlerine sınırlı hallerde ve hak sahibinin izni ile imkan tanımıştır (FSEK. m. 38/VI).

Kararda davacının, bilgisayar programlarının know-how unsuru içerdiği ve kaynak kodun devri halinde bu know-how'ın kolaylıkla anlaşılacağı iddiasına cevap verilmemiştir. Bilgisayar programları istisnaen sır niteliğinde teknik bilgiler içerseler dahi, standart bilgisayar program nüshasının devri bir know-how lisansı olarak nitelenemez³.

Son olarak temas edilmesinde yarar görülen husus, Federal Mahkeme'nin, genel işlem şartları ile müzakere edilmiş hükümler arasında ilişkinin tespitinde takip ettiği yoldur. Genel işlem şartları ile müzakere edilen hükümler arasında bir çelişki varsa, sorun müzakere edilen hükümler çerçevesinde çözümlenecek, müzakere edilmiş hükümler öncelikle uygulama alanı bulacaktır.

³ Yıldırım, 21-22.