

İSTANBUL BAROSU

FİKRİ VE SİNİ  
HAKLAR  
KOMİSYONU

2018-2020 FAALİYET YILI  
ÖZEL YAYINI



İSTANBUL BAROSU YAYINLARI



İSTANBUL BAROSU

**FİKRİ VE SİNİ  
HAKLAR  
KOMİSYONU**

2018-2020 FAALİYET YILI  
ÖZEL YAYINI



Yayıncı Sertifika No: 12457

**İstanbul Barosu Yayınları**

İstiklal Cad. Orhan Adli Apaydın Sok. No: 2 Beyoğlu-İst.

Tel: (0212) 393 07 00 Faks: (0212) 293 89 60

[www.istanbulbarosu.org.tr](http://www.istanbulbarosu.org.tr)

[dergi@istanbulbarosu.org.tr](mailto:dergi@istanbulbarosu.org.tr)

**Tasarım / Uygulama / Baskı**

Ege Reklam ve Basım Sanatları San. Tic. Ltd. Şti.

Esatpaşa Mah. Ziyapaşa Cad. No: 4 / 1

347047 Ataşehir-İstanbul

Tel: (0216) 470 44 70 / Faks: (0216) 472 84 05

[www.egebasim.com.tr](http://www.egebasim.com.tr)

Sertifika No: 45604

Yayımlanan yazılar yazarların kişisel görüşlerini yansıtmaktadır.

**İSTANBUL BAROSU**  
**FİKRİ VE SİNÂİ HAKLAR KOMİSYONU**  
**2018 – 2020 FAALİYET YILI ÖZEL YAYINI**

**İSTANBUL BAROSU**  
**FİKRİ VE SİNÂİ HAKLAR KOMİSYONU**  
AV. MUAZZEZ YILMAZ / Koordinatör  
AV. BURCU ASLAN / Koordinatör  
AV. DR. REMZİ TAMER PEKDİNÇER /Başkan  
AV. HASAN OĞUZ MÜFTÜOĞLU / Başkan Yardımcısı  
AV. DENİZ DİNAR UĞUR / Genel Sekreter  
DR. ÖĞR. ÜYESİ R. EDA GİRAY / Divan Kurulu Üyesi  
AV. DENİZ MERVE ERSOY PINAR / Divan Kurulu Üyesi

**EDİTÖRLER**

DR. ÖĞR. ÜYESİ R. EDA GİRAY  
AV. DENİZ MERVE ERSOY PINAR

**YÖNETİM YERİ**

İstiklal Cad. Orhan Adli Apaydın Sok. No: 2 Beyoğlu-İst.  
Tel: (0212) 393 07 00 Faks: (0212) 293 89 60  
[www.istanbulbarosu.org.tr](http://www.istanbulbarosu.org.tr)



## İÇERİK DİZİNİ

### Yazılar

<i>Eser Sahibinin Cayma Hakkı</i> Av. Meltem ARAS.....	5
<i>6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Madde 6/5 Kapsamında Ayırt Edicilik</i> Dr. Öğr. Görevlisi Gül BÜYÜKKILIÇ.....	19
<i>Koku Markalarının Tescil Edilebilirliğine İlişkin AB ve ABD Uygulamalarına Dair Bir İnceleme</i> Av. Özlem FÜTMAN Önder Erol ÜNSAL .....	45
<i>FSEK ve SMK Kapsamında Arabuluculuk</i> Dr. Öğr. Üyesi R. Eda GİRAY.....	65
<i>Fikri Ürün Yaratımı İle Bu Ürünler Üzerindeki Hakların Korunmasının Ülkemiz İçin Önemi</i> Av. M. Fatih GÜÇLÜ .....	83
<i>Marka Hukukunda Kullanma Yükümlülüğü ve Markanın Kullanılmamasının Hukuki Sonuçları</i> Av. Nil HACIMUSTAFAOĞLU ŞİŞMAN.....	105
<i>Marka Hukukunda Karıştırılma İhtimali ve Ters Yönde Karıştırılma İhtimali Kavramı</i> Av. Berk KARAYEL.....	121
<i>Kendiliğinden Ayırt Edici Olmayan İşaretlerin Marka Olarak Tescili ve Kamu Düzeni</i> Av. Nevin ÖNER .....	129

**6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Kapsamında Çalışan  
Buluşlarına İlişkin Uygulamada İhtilafa Yol Açabilecek Çelişkili  
Yasal Düzenlemeler ve Çözüm Önerileri**

*Av. Önder ÖZDEN*..... 145

**Sınai Mülkiyet Hukuku Alanında Tazminat Davalarının  
Tecavüzün Tespiti Talebiyle Beraber Açılması Halinde  
Arabuluculuğa Başvurmak Dava Şartı Olmaktan Çıkıyor Mu?**

*Av. Dr. R. Tamer PEKDİNÇER*

*Av. Deniz Merve ERSOY PINAR*..... 167

**Yayın Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıkların Arabuluculuk  
Yolu ile Çözümü**

*Av. İrem TOPRAKKAYA BABALIK*..... 177

**Geleneksel Olmayan Marka Kavramı ve Sınai Mülkiyet Kanunu  
ile Getirilen Yenilikler**

*Av. Mutlu YILDIRIM KÖSE*

*Canan TINAZ*..... 193

**Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda Eser Türleri Yönünden  
Benimsenen Sınırlı Sayı İlkesine Eleştirel Bir Yaklaşım**

*Av. Ozan Ali YILDIZ*..... 213

**Haksız Rekabet Hukuku Uygulamasında Genel İşlem Koşulu  
Kullanılması**

*Dr. Abdüssamet YILMAZ*..... 225

**Karar İncelemesi**

**Tasarımların Hükümsüzlüğü Hakkında EUIPO Vitrin Kararı  
İncelemesi**

*Av. Filiz ÖZDİLER*..... 239

**Karar Tercümesi**

**Adalet Divanı Genel Mahkemesi T-777/17 Sayılı Kararı**

*Av. Sevde Işıl ÜNAL*..... 253

**İSTANBUL BAROSU**

**FİKRİ VE SİNİ  
HAKLAR  
KOMİSYONU**

2018-2020 FAALİYET YILI  
ÖZEL YAYINI



## SUNUŞ

Fikri ve sınai mülkiyet haklarını oluşturan hukuk dalları 20. yüzyılın son çeyreğinden itibaren Dünya’da olduğu gibi ülkemizde de ön plana çıkmıştır.

Ülkemiz açısından sınai hakları gündeme getiren en önemli gelişme Avrupa Birliği ile Türkiye arasında imzalanmış olan Gümrük Birliği Anlaşması’dır. Zira bu Anlaşma uyarınca Türkiye’nin Gümrük Birliği’ne kabul edilmesinin ön şartlarından biri, fikri ve sınai hakların Avrupa Birliği ile eşdeğer şekilde korunmasıdır. Türkiye Cumhuriyeti, bu yükümlölüğünü ve Avrupa Birliği’ne girme amacını yerine getirebilmek için ilk önce 27.06.1995 tarihinde bir dizi Kanun Hükmünde Kararname’yi yürürlüğe sokmuştur.

Avrupa Birliği’nin çıkartmış olduğu direktif ve yönergeler çerçevesinde hazırlanan bu KHK’ların uygulama yönünden büyük önem arz eden çeşitli maddeleri aradan geçen 22 yılda birçok kez Anayasa Mahkemesi’nin vermiş olduğu kararlar ile iptal edilmiştir. Özellikle Anayasa Mahkemesi’nin iptal kararlarının temel gerekçesini teşkil eden “sınai hakların bir gayrimaddi mülkiyet hakkı olduğu, bunun da Kanun Hükmünde Kararnameler ile düzenlenemeyeceğine ilişkin gerekçesi uygulamada son derece ciddi bir hukuki sorun teşkil etmesi üzerine kanun koyucu tarafından 10.01.2017 tarihinde 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. Her ne kadar bazı çelişkiler bulunsa da bu düzenlemede yaklaşık 20 yıllık uygulamanın da dikkate alındığını söyleyebiliriz.

Sınai Mülkiyet alanında bu gelişmeler olurken maalesef Fikir ve Sanat Eserleri alanında aynı olumlu gelişmelerden bahsetmemiz mümkün değildir. Günümüzün ihtiyaçlarını karşılamaktan son derece uzak olan 5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu zaman içerisinde yapılan onlarca değişiklik ile de uygulama da ciddi sıkıntılar yaşatmaktadır.

İstanbul Barosu'nun Fikri Sınai Haklar Komisyonu olarak yıllardan beri son derece ilgi ile izlenen birçok etkinliğe ve yayına imza atılmıştır. Bu süreçte emeği geçen bütün komisyon başkanlarına ve üyelerine teşekkürü bir borç biliriz.

Bu dönemde aynı geleneğin devamını sağlamak amacıyla, 2018 yılında almış olduğumuz komisyon kararı uyarınca meslektaşlarımızın hazırlamış olduğu makalelerin bir kitap olarak yayınlanmasına karar verilmiştir. Bu makalelerin derlenmesi, düzenlenmesi ve gerekli organizasyonların yapılması için ise çok ciddi bir emek harcanmıştır.

Bu değerli eserin hazırlanmasının her safhasında emeği geçen değerli komisyon üyelerime ve yazıları ile katkı sağlayan bütün değerli meslektaşlarımıza çok teşekkür ederim.

Komisyon olarak çalışmalarımıza her türlü desteği veren İstanbul Barosu Başkanı Sayın Av. Mehmet DURAKOĞLU'na, komisyonumuz koordinatörleri olan Av. Muazzez YILMAZ'a ve Av. Burcu ASLAN'a da özellikle şükranlarımı sunarım.

Ciddi harcanan emekler neticesinde ortaya çıkan bu değerli eserin konuya ilgi duyan bütün meslektaşlarımıza faydalı olmasını dilerim.

**İstanbul Barosu**  
**Fikri ve Sınai Haklar Komisyonu adına**  
**Av. Dr. R. Tamer PEKDİNÇER**

**YAZILAR**



## ESER SAHİBİNİN CAYMA HAKKI

Av. Meltem ARAS\*

### ÖZET

5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 58.maddesi “cayma hakkı” başlığı altında düzenlenmekte olup “cayma hakkı” ve “caymaya itiraz davası” söz konusu maddede bir arada düzenlenmektedir.

Maddenin ilk fıkrasında cayma hakkı ve kullanımı için gerekli esasa ilişkin koşullar, iki ve üçüncü fıkralarında ise şekle ilişkin koşullar yer almaktadır. Maddenin üçüncü fıkrasının son cümlesinde ise caymaya itiraz davasından bahsedilmekte, dördüncü fıkroda ise cayma hakkının yöneltildiği kimseler bakımından tazminat taleplerine ilişkin düzenleme getirilmektedir. Hükmün son fıkrasında ise cayma hakkından önceden vazgeçmenin ve iki yıldan fazla menedilmesinin hükümsüz olduğu düzenlenmiş bulunmaktadır.

Çalışmanın ilk bölümünde 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu kapsamında cayma hakkı kavramı, hukuki niteliği ve cayma hakkından önceden vazgeçilememesi hükmünün açıklamalarına yer verilmiştir.

Çalışmanın ikinci bölümünde ise cayma hakkının kullanılması kapsamında cayma hakkının kullanılması için gerekli şartlar açıklanmıştır. Maddede düzenlendiği üzere bu şartlardan şekli bir şart olan mehilin, verilmesine gerek bulunmadığı haller de çalışmamızda incelenmiştir. Çalışmanın bu bölümünde son olarak cayma hakkı sahiplerinin kimler olabileceği, bu hakkı kullanabilecek

---

\* Avukat - İstanbul Barosu

kimseler izah edilmiş, caymanın tamamlanması için gereklilik arz eden ihbar şartı incelenmiştir.

## **GİRİŞ**

5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu anlamında eser olarak kabul edilen fikir ürünleri üzerinde eser sahibinin mali ve manevi hakları bulunmaktadır. Eser sahibi bu haklarını her zaman kendisi kullanmak isteyebilir. Bu sebeple Kanunda öngörülen şekil ve şartlar altında mali hakların veya kullanım yetkisini başkalarına devredebilir. Eser sahibine bu işlemde cayma yetkisi veren cayma hakkı, FSEK madde 58’de düzenlenmektedir.

Maddenin ilk fıkrasında cayma hakkı ve kullanımı için gerekli esasa ilişkin koşullar, iki ve üçüncü fıkralarında ise şekle ilişkin koşullar yer almaktadır. Maddenin üçüncü fıkrasının son cümlesinde ise caymaya itiraz davasından bahsedilmekte, dördüncü fıkrada ise cayma hakkının yöneltildiği kimseler bakımından tazminat taleplerine ilişkin düzenleme getirilmektedir.

Hükmün son fıkrasında ise cayma hakkından önceden vazgeçmenin ve iki yıldan fazla menedilmesinin hükümsüz olduğu düzenlenmiş bulunmaktadır.

## **I. CAYMA HAKKI KAVRAMI**

5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu<sup>1</sup> (FSEK) kapsamında eser sahibi sayılan kimselerin, yine aynı kanunda düzenlendiği üzere ortaya çıkardığı eser, icra ve yapımlar üzerinde mali hakları bulunmaktadır. Eser sahipleri bu mali haklarını çoğu zaman kendisi kullanamaz veya kullanmak istemez.<sup>2</sup> Bu nedenle FSEK madde 48 ile de açıkça düzenlendiği üzere eser sahibi, mali haklarını üçüncü kişilere lisans verebilir ya da devredebilir.

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nun “cayma hakkı” başlığı altında düzenlenen 58.maddesi ile eser sahibine, vermiş olduğu lisans veya devirden belirli koşullar altında cayma imkanı verilmiştir. Cayma hakkı, kendisine bir mali hak veya ruhsat verilen kişinin bu hakkı belirli bir süre içerisinde hiç veya gereği gibi

---

<sup>1</sup> RG, 13 Aralık 1951, Sayı 7981.

<sup>2</sup> ÇOLAK, UĞUR; Cayma Hakkı ve Caymaya İtiraz Davası, FMR Dergisi, Ankara 2017, s. 114.

kullanmaması durumunda, menfaatleri esaslı surette ihlal edilen eser sahibinin, bu kişi ile yaptığı sözleşmeyi tek taraflı olarak sona erdirmesini sağlayan bir haktır<sup>3</sup>. Hükümün, Alman yasası örnek alınarak öngörüldüğü doktrinde belirtilmektedir.<sup>4</sup>

Cayma hakkı, FSEK sistematüğinde eser sahibinin mali ve manevi hakları arasında sayılmamakla birlikte ayrı olarak düzenlenmiş bulunmaktadır. Cayma hakkı, mali ve manevi karakter taşımakla birlikte manevi yönü ağır basan bir hak türü olduğu, doktrinde bazı yazarlar tarafından belirtilmektedir.<sup>5</sup>

### **A. Cayma Hakkının Hukuki Niteliğı**

Cayma hakkının kullanılması ile birlikte taraflar arasındaki devir ya da ruhsat sözleşmesi sona erer ve eser sahibi tarafından devredilen ya da lisans verilen hak kendiliğinden eser sahibine geri döner<sup>6</sup>. Bu sebeple cayma hakkının, bozucu yenilik doğuran nitelikte bir hak olduğu doktrinde belirtilmektedir.<sup>7</sup>

Doktrinde cayma hakkının bozucu yenilik doğuran niteliğı sebebiyle cayma beyanının ileriye etkili hüküm doğuracağı görüşünün<sup>8</sup> yanı sıra, cayma beyanının gerçekleştiğı duruma göre dönme ya da fesih niteliğinde olabileceğı görüşü<sup>9</sup> de savunulmaktadır.

### **1. Cayma Hakkından Önceden Vazgeçilememesi**

Cayma hakkını düzenleyen FSEK madde 58'in 5.fikrasında cayma hakkından önceden vazgeçmenin hükümsüz olduğu açıkça düzenlenmiş bulunmaktadır. Kanun koyucu böylelikle cayma hakkından önceden sözleşme ile vazgeçmeyi engellemektedir.<sup>10</sup>

---

<sup>3</sup> BAK, Başak; Fikri Haklarda Sözleşmeden Cayma, Ankara 2016, s. 8.

<sup>4</sup> BEŞİROĞLU, Akın; Fikir Hukuku Dersleri, İstanbul 2006, s. 557.

<sup>5</sup> SULUK, Cahit / KARASU, Rauf / NAL, Temel, Fikri Mülkiyet Hukuku, Ankara 2017, s. 103, BAK, s. 155.

<sup>6</sup> YAVUZ, Levent / ALICA, Türkey / MERDİVAN, Fethi, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu, Cilt II, 2.Baskı, Ankara 2014, s. 1782.

<sup>7</sup> BAK, s.13, ÖZTAN, Fırat; Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, Ankara 2008, s. 582.

<sup>8</sup> BAK, kural olarak cayma beyanının sözleşmeyi ileri etkili olarak sona erdireceğini savunmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. BAK, s.26.

<sup>9</sup> ÇOLAK, s.115.

<sup>10</sup> ÖZTAN, s. 589.

Cayma hakkından sonradan yani hakkın doğumundan sonra vazgeçmek ise imkan dahilindedir.<sup>11</sup>

Fıkranın devamına göre cayma hakkının kullanımını iki yıldan fazla sınırlayan koşullar hükümsüzdür. Hüküm sonucunda, cayma hakkının kullanımının iki yılı aşmayan süreler ile sınırlanması mümkün olup geçerli kabul edilmektedir.<sup>12</sup>

## II. CAYMA HAKKININ KULLANILMASI

FSEK madde 58’de “*Mali bir hak veya ruhsat iktisap eden kimse, kararlaştırılan süre içinde ve eğer bir süre tayin edilmemişse icabı hale göre münasip bir zaman içinde hak ve salahiyetlerden gereği gibi faydalanmaz ve bu yüzden eser sahibinin menfaatleri esaslı surette ihlal edilirse eser sahibi sözleşmeden cayabilir.*” şeklinde düzenlendiği üzere, cayma hakkının kullanımı bazı koşulların varlığına bağlanmıştır. Cayma hakkının şartları, çalışmamızın bu bölümünde ayrı ayrı ele alınarak incelenmektedir. Cayma hakkının hukuka uygun olarak kullanılabilmesi için belirtilen şartların tamamının bir arada gerçekleşmiş olması aranmaktadır.

Cayma hakkının kullanımı için gerekli şartların yanında kusur aranmamaktadır.<sup>13</sup> Eser üzerinde hak iktisap edenin kusuru bulunmasa dahi cayma için FSEK madde 58 hükmünde belirtilen gerekli koşullar oluşmuş ise cayma hakkı kullanılabilir. Bunun yanı sıra, hak iktisap eden kişinin kusuru yoksa ya da eser sahibinin kusuru daha fazla ise hakkaniyet gerektirdiği hallerde eser sahibinden uygun bir tazminat istenebilir.<sup>14</sup>

### A. Cayma Hakkını Kullanma Şartları

Eser sahibinin FSEK madde 58 ile düzenlenen cayma hakkını kullanabilmesi için eser üzerinde mali bir hak veya ruhsatın mevcut olması, iktisap edenin hak ve yetkilerden gereği gibi faydalanmaması, faydalanmama durumunun belirli bir süre devam

<sup>11</sup> YAVUZ/ ALICA/ MERDİVAN, s. 1795, ÖZTAN, s. 589.

<sup>12</sup> ÖZTAN, s. 590.

<sup>13</sup> SULUK/ KARASU/ NAL, s. 104.

<sup>14</sup> ERDİL, Engin; İçtihatlı ve Gerekçeli Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Şerhi, Cilt II, İstanbul 2009, s.1090, ÖZTAN, s. 589,

etmesi, menfaatlerin esaslı suretle ihlal edilmesi, münasip bir mehil verilmesi şartlarının birlikte gerçekleşmesi gerekmektedir.

### **1. Mali Bir Hak veya Ruhsatın Mevcut Olması**

Cayma hakkını düzenleyen FSEK madde 58’de mali bir hak veya ruhsat iktisap eden kimsenin cayabileceği düzenlenmiş bulunmaktadır. Öncelikle belirtmek gerekir ki, eğer ortada bir eser yok ise bir mali hak devri ya da ruhsat verilmesinden bahsedilemeyeceğinden cayma hakkı kullanımı söz konusu olmayacaktır.<sup>15</sup>

Madde hükmüne göre cayma hakkının ilk şartı, bir mali hakkın ya da kullanma yetkisinin usulüne göre iktisap edilmiş olması gerekmektedir. Yani, FSEK 52.maddeye uygun bir sözleşme ile iktisap gerçekleşmiş olmalıdır.<sup>16</sup> Yargıtay 11.Hukuk Dairesi’nin sözleşmenin geçerli olması gerektiğine yönelik emsal bir kararında da geçersiz bir sözleşmeye dayanarak yapılan devir geçersiz olduğundan, cayma hakkından bahsedilemeyeceği belirtilmiştir.<sup>17</sup>

### **2. Hak ve Yetkilerden Gereği Gibi Faydalanılmaması**

Cayma hakkının kullanımı için gerekli ikinci şart, bir mali hakkı ya da kullanımını iktisap eden kimsenin hakkın kendisine sağladığı hak ve yetkilerden gereği gibi faydalanmamasıdır. Bu şartın aranması ile mevcut olan cayma, “dar anlamda cayma” olarak adlandırılmaktadır.<sup>18</sup>

Gereği gibi faydalanmama hali göreceli olup<sup>19</sup> bu şart yorumlanırken objektif standartlara göre değerlendirme yapılmalıdır. Objektif değerlendirme yapılırken her iki tarafın

---

<sup>15</sup> YAVUZ/ ALICA/ MERDİVAN, s. 1783.

<sup>16</sup> ÇOLAK ayrıca “sözgelimi taraflar arasında sözlü bir anlaşma yapılmış fakat FSEK 52.maddeye uygun olarak, yani yazılı biçimde ve sözleşmeye konu mali hakların tek tek gösterileceği şekilde bir sözleşme imzalamamış ise” bu sözleşmenin geçersiz olacağını ve caymaya gerek olmadığını belirtmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. ÇOLAK, s. 116.

<sup>17</sup> Y. 11.HD. E.2016/4937 K.2017/7145 sayılı, 2.12.2017 tarihli ilamı. Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası.

<sup>18</sup> ÇOLAK, s.118.

<sup>19</sup> ÇOLAK, s. 119.

menfaatlerini dengeleme imkanı<sup>20</sup> ve sözleşme ile ulaşılmak istenen amaç<sup>21</sup> gözetilerek sonuca varılmalıdır.

İktisap edilen hak ve yetkilerden gereği gibi faydalanmama durumu, hak ve yetkilerden “hiç faydalanmama” halinde ortaya çıkabileceği gibi “gereği gibi faydalanmama” şeklinde de ortaya çıkabilir. Hiç faydalanmama hali açık olup hak ve yetkilerin hiç kullanılmaması veya faydalanılmamasını işaret ettiğinden somut olayın yargıya intikal etmesi halinde hakim tarafından re’sen belirlenebilecektir. Ancak hak ve yetkiler kullanılmakla birlikte belirtilen “gereği gibi faydalanmama” durumunun tespiti detaylı bir araştırma gerektirmektedir. Bu halin incelemesinde objektif değerlendirme yapılmakla birlikte sektöre ait özel koşullara da dikkat edilmesi gerektiğinden o alanda uzman bir kişiden görüş alınmasını gerektirebilir.<sup>22</sup>

Eser üzerinde iktisap olunan hak ve yetkilerden gereği gibi faydalanılmadığı iddiasını içeren bir davada verilen karar ile Yargıtay; somut olayda hakkı iktisap eden kişinin fiilleri ve çabasının incelenmesinin yanı sıra esere ilişkin piyasanın içerisinde bulunduğu koşulların da incelenmesi gerektiğini belirterek söz konusu koşulları incelemeyen hüküm kuran ilk derece mahkemesi kararını bozmuştur.<sup>23</sup> Yine başka bir olayda Yargıtay, müzik eseri sahibine yapılan ödemelerin az olmasının sadece hakkı iktisap edenin çaba ve emeklerinin yetersiz olması nedenine bağlanamayacağını belirtmiş, bu nedenle cayma hakkının şartlarının oluştuğu yönünde kurulan mahkeme kararının müzik piyasasının içerisinde bulunduğu koşulların da incelenerek hüküm kurulması gerektiğinden bahisle bozulmasına karar vermiştir.<sup>24</sup>

---

<sup>20</sup> BAK, s.139.

<sup>21</sup> ÇOLAK, s. 119.

<sup>22</sup> ÇOLAK, s. 120.

<sup>23</sup> Y.11.HD. E.2005/8761 K.2006/9911 sayılı,.9.10.2000 tarihli ilamı. Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası.

<sup>24</sup> Y. 11. HD, E.2005/8761 K.2006/9911 sayılı, 9.10.2006 tarihli ilamı. Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası.

### 3. Süre

FSEK madde 58 ile cayma hakkının kullanımı bakımından mali bir hakkı veya kullanımını iktisap eden kimsenin *kararlaştırılan süre içinde veya münasip bir süre içerisinde* sahip olduğu hak ve yetkilerden gereği gibi faydalanmaması aranmaktadır.

Eser üzerinde hakkın devri veya kullanımının devrini içeren sözleşmeye konu hakkın kullanımı için açıkça bir sürenin belirlenmiş olduğu hallerde kararlaştırılan sürenin geçmiş olması ve hak ve yetkilerden gereği gibi faydalanılmaması halinde cayma hakkı ileri sürülebilir.

Taraflar arasında hakkın devri ya da kullanımının devrine ilişkin yapılan sözleşmede hakkın kullanımı için bir süre açıkça belirtilmemiş fakat belirli bir tarihe dek kullanılacağı ön görülmüş ya da en geç belirli bir süre içerisinde kullanılacağı yönünde hüküm belirtilmişse, mehil verilmesine gerek kalmaksızın cayma bildirimini gönderilerek cayma hakkı kullanılmış sayılmalıdır.<sup>25</sup>

Taraflar arasında akdedilen sözleşmede hak ve yetkilerin kullanımı için bir süre öngörülmemiş olabilir. Bu durumda FSEK madde 58/1 hükmünde düzenlendiği üzere, duruma göre münasip bir sürenin geçmiş olması aranmaktadır. Münasip sürenin belirlenmesinde ise madde hükmünde *“icabı hale göre münasip bir zaman içinde”* şeklinde açıkça belirtildiğinden somut olayın koşullarına göre değerlendirme yapılmalıdır. Münasip süre tespit edilirken sözleşme konusu mali hakkın niteliği, kullanılma şekli, ilgili sektörün ve piyasanın içerisinde bulunduğu koşullar, eserin hacmi, ağırlığı, teknik problemler, sektörde yerleşmiş teamüller<sup>26</sup> ve birçok kriterden yararlanılması gerekmektedir.

### 4. Menfaatlerin Esaslı Suretle İhlali

Mali bir hakkının ya da kullanımının devrini gerçekleştiren eser sahibi, icracı sanatçı ya da bağlantılı hak sahibinin menfaatlerinin, hakkı iktisap eden kimse tarafından esaslı suretle ihlali, cayma hakkının bir diğer koşulunu oluşturmaktadır. İhlal

---

<sup>25</sup> ÇOLAK, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 124.maddesinden bu hususun açıkça anlaşıldığını belirtmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. ÇOLAK, s. 117.

<sup>26</sup> ÖZTAN, s. 585.

edilecek menfaat, manevi ya da maddi nitelikte menfaat olması mümkündür.<sup>27</sup>

Menfaatlerin “esaslı suretle” ihlali madde hükmünde açıkça belirtilmiş olduğundan, esaslı surette olmayan ihlaller, bir menfaat ihlali kabul edilse dahi cayma hakkının kullanımını şartlarını yerine getirmeyecektir.<sup>28</sup> Madde hükmünün amacı, hak ile tanınan yetkilerin kötüye kullanılmasını engellemektir.<sup>29</sup> Diğer koşullar yerine gelmekle birlikte menfaatleri esaslı suretle ihlal edilmemiş bir kişi tarafından cayma hakkının ileri sürülmesi halinde bu cayma bildirimini geçersiz olacaktır. Yargıtay tarafından verilen bir kararda<sup>30</sup> menfaatlerin hangi gerekçe ile esaslı suretle ihlal edildiğinin ve tehlikeye düştüğünün mahkeme ilamının gerekçesinde belirtilmesi gerektiği yönünde hüküm kurmuştur.

## **5. Münasip Bir Mehil Verilmesi**

Cayma hakkını kullanmak isteyen kişi, mali hakkı veya kullanımını iktisap eden kimseye karşı sözleşmedeki hakların kullanımını için münasip bir mehil vermek zorundadır. Bu koşul FSEK madde 58’in 2.fıkrasında açıkça belirtilmektedir.

Madde metninde verilecek mehilin noter vasıtasıyla yapılması gerekliliği de açıkça düzenlenmektedir. Bu husus, geçerlilik şartı teşkil etmektedir.<sup>31</sup> Sözelimi, elektronik posta veya kısa mesaj yolu ile cayma beyanı bildirimini, şekil şartı eksikliği sebebiyle geçersiz olacaktır. Nitekim İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi’nce verilen bir kararda mehil vermeksizin ileri sürülen cayma bildirimini geçersiz kabul edilmiştir.<sup>32</sup>

Hükümde münasip bir mehil verilmesi gerektiği düzenlenmiş, belirli bir süre ön görülmemiştir. Münasip mehilin belirlenmesinde somut olayın koşullarına göre objektif bir

---

<sup>27</sup> YAVUZ/ ALICA/ MERDİVAN, s. 1787.

<sup>28</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. BAK, s. 156 vd.

<sup>29</sup> ÖZTAN, s. 586.

<sup>30</sup> Y. 11. HD, E.2005/8761 K.2006/9911 sayılı, 9.10.2006 tarihli ilamı. Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası.

<sup>31</sup> ERDİL, s. 1090-1091.

<sup>32</sup> İstanbul BAM 16. HD E.2018/3704 K.2019/105 sayılı, 17.1.2019 tarihli ilamı. Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası.

değerlendirme yapılmalıdır. Sözleşmede yer alan mali hakkın türü, eserin ilgili olduğu sektör ve piyasa koşulları belirlemede göz önünde bulundurulmalıdır.<sup>33</sup>

## **B. Mehil Verilmesine Gerek Olmayan Haller**

Cayma hakkını düzenleyen FSEK madde 58'in 2.fıkrasının ilk cayma hakkının kullanımı için mehil verilmesi gerektiği şartı düzenlenmiş, aynı fıkranın ikinci cümlesinde ise bazı hallerde mehil verilmesine lüzum olmadığı düzenlenmiştir. Mehil verilmesine gerek olmayan haller olarak; hakkın kullanılmasının iktisap eden için imkansız olması, iktisap eden tarafından reddedilmesi ve mehil verilmesi halinde eser sahibinin menfaatlerin esaslı surette tehlikeye düşmesi durumları madde hükmünde gösterilmektedir.

### **1. İmkansızlık**

Cayma hakkının kullanılmasında mehil verilmesini gerektirmeyen hallerden ilki, hakkın kullanımının iktisap eden için imkansız olmasıdır. Söz konusu imkansızlık fiili ya da hukuki imkansızlık olabileceği gibi<sup>34</sup>, kusurlu ya da kusursuz imkansızlık da olabilir.<sup>35</sup>

### **2. Ret**

Hakkın kullanımının, iktisap eden tarafından reddedilmesi hali de mehil verilmesine gerek olmayan hallerden birini oluşturmaktadır. Buradaki reddin mali bir hakkı ya da ruhsatı iktisap eden kimse tarafından eser sahibine karşı açıkça bildirilmesi gerekmektedir.<sup>36</sup> Aksi takdirde ret beyanı açıkça kendisine bildirilmeyen eser sahibi tarafından cayma hakkının ileri sürülmesi geçersiz hal alacaktır.

### **3. Menfaatlerin Esaslı Surette Tehlikeye Düşmesi**

Mehil verilmesine gerek olmayan hallerden sonuncusu, eser sahibinin menfaatlerin esaslı surette tehlikeye düşmesi halidir. Hakkı ya da kullanma yetkisini iktisap eden kimse, çok uzun süre geçmesine rağmen hakkı kullanmamış ise bu durumda menfaatlerin

---

<sup>33</sup> ÇOLAK, s. 121.

<sup>34</sup> ÇOLAK, s. 122.

<sup>35</sup> ERDİL, s. 1091.

<sup>36</sup> ÇOLAK, s. 122, ERDİL, s. 1091.

esaslı surette tehlikeye düşeceği kabul edilerek mehil verilmesine gerek bulunmamaktadır.<sup>37</sup>

### **C. Cayma Hakkı Sahipleri**

Cayma hakkı, eser sahibi tarafından kullanılabilmesi gibi FSEK madde 19 gereği manevi hakları kullanma yetkisine sahip mirasçılar tarafından da kullanılabilir.<sup>38</sup>

İştirak halinde eser sahipliği durumunda cayma hakkı, iştirak halinde eser sahipleri tarafından ancak birlikte kullanılabilir.<sup>39</sup> Müşterek eser sahipliğinde ise, eserler ayrıca değerlendirilebiliyorsa bu eserlerin sahipleri cayma haklarını tek başlarına kullanabilirler.<sup>40</sup>

FSEK’te açıkça düzenlenmemekle birlikte, bağlantılı hak sahiplerinin de doktrin<sup>41</sup> ve yargı kararlarında<sup>42</sup>, cayma hakkını kullanabilecek kimselerden olduğu belirtilmektedir.

### **D. İhbar**

Verilen mehilin sonuçsuz kalması halinde noter aracılığıyla cayma hakkının kullanıldığına dair gönderilen ihbarın tebliği ile<sup>43</sup> cayma tamamlanmış olur. Söz konusu ihbarın yapılmaması<sup>44</sup> ya da geçersiz bir ihbar yapılması caymanın geçersizliği sonucunu doğuracaktır.<sup>45</sup>

Mehil tanınırken gönderilecek ihtarnameye, açık ve kesin bir süre belirtilerek bu süre içerisinde hakkın kullanılmaması halinde, açık bir ifade ile caymanın tamamlanacağı bildirilmişse, yeni bir ihtarname gönderilmesine gerek kalmayacaktır.<sup>46</sup>

---

<sup>37</sup> ÇOLAK, s. 123.

<sup>38</sup> ÖZTAN, s. 582, ÇOLAK, s. 124, YAVUZ/ ALICA/ MERDİVAN, s. 1788,

<sup>39</sup> ÇOLAK, s. 124-125, BAK, s. 179. Ayrıca ayrıntılı bilgi ve doktrinde yer alan tartışmalar için bkz. BAK, s. 177 vd.

<sup>40</sup> BAK, s. 183.

<sup>41</sup> BAK, s. 190,

<sup>42</sup> Y.11.HD. E.2015/15759 K.2017/3200 T.30.05.2017, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

<sup>43</sup> YAVUZ/ ALICA/ MERDİVAN, s. 1791.

<sup>44</sup> ERDİL, s. 1091.

<sup>45</sup> BAK, s. 168.

<sup>46</sup> ÖZTAN, s. 587, ÇOLAK, s. 124, YAVUZ/ ALICA/ MERDİVAN, s. 1791, BAK, s. 169-170.

İhbarın tebliğinden itibaren maddede belirtilen caymaya itiraz davası, 4 haftalık süresi içerisinde açılmamış ise, cayma kesinleşerek<sup>47</sup> haklar eser sahibine geri dönecektir.<sup>48</sup>

## SONUÇ

5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu anlamında eser sahibinin eseri üzerindeki mali haklarını veya kullanma yetkisini devretme yetkisi bulunmaktadır. Eser sahibinin söz konusu mali haklarını yahut kullanma yetkisini başkasını devretmesi halinde, FSEK madde 58 ile eser sahibine bu işlemde bazı koşullar altında cayma hakkı tanınmıştır.

Maddede düzenlenen cayma hakkının kullanılabilmesi için belirtilen şartların bir arada mevcut olması gerekmektedir. Cayma hakkının kullanılabilmesi koşulları; “*mali bir hak veya ruhsatın mevcut olması*”, “*iktisap edenin hakkı münasip bir süre kullanmamış olması*”, “*hak ve yetkilerden gereği gibi faydalanılmaması*”, “*menfaatlerin esaslı suretle ihlali*”, ve “*münasip bir mehil verilmesi*” şeklindedir. Söz konusu koşullardan münasip süre koşulu, gereği gibi faydalanmama, esaslı suretle ihlal ve mehilin münasip olması halleri yargılamada objektif kriterler göz önünde bulundurulurken tespit edileceğinden hakka konu sektörde uzman kişilerin görüşü alınarak hüküm kurulması gerekmektedir.

Mehil olmayan haller de maddenin ikinci fıkrasında düzenlenmiştir. İşbu haller; “*imkansızlık*”, “*red*” ve “*menfaatlerin esaslı surette tehlikeye düşmesi*” şeklindedir.

Cayma hakkının kullanımını hususunda maddede sayılan koşulların gerçekleşmesi halinde, eser sahibinin hak iktisap eden kimseye karşı cayma hakkını kullandığına dair noter vasıtasıyla bir ihbarda bulunması ile cayma tamam olur. Mehil verilirken gönderilecek ihtarnamede hak iktisap kimseye açık ve kesin bir süre verilerek verilen süre içerisinde hakkın kullanılmaması halinde açık

---

<sup>47</sup> ÖZKAN, Hasan; Eser Sahibinin Cayma Hakkı, FSHD, Cilt 9, Sayı 36, İstanbul 2013, s. 63.

<sup>48</sup> Y.11.HD. . E.2015/15759 K.2017/3200 sayılı, 30.05.2017 tarihli ilamı. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

olarak caymanın tamamlanacağı bildirilmesi halinde, ayrıca ihbar gönderilmesine gerek olmadığı düşünülmektedir.

Son olarak cayma hakkının sadece eser sahibi değil, mirasçılar ve bağlantılı hak sahiplerince de kullanılabilir bir hak olduğu doktrinde haklı olarak kabul edilmektedir.

## **KAYNAKÇA**

- BAK, Başak** ; “Fikri Haklarda Sözleşmeden Cayma, Ankara 2016.
- BEŞİROĞLU, Akın** ; Fikir Hukuku Dersleri, İstanbul 2006.
- ÇOLAK, Uğur** ; Cayma Hakkı ve Caymaya İtiraz Davası, FMR Dergisi, Ankara 2017.
- ERDİL, Engin** ; İçtihatlı ve Gerekçeli Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Şerhi, Cilt II, İstanbul 2009.
- ÖZKAN, Hasan** ; Eser Sahibinin Cayma Hakkı, FSHD, Cilt 9, Sayı 36, İstanbul 2013.
- SULUK, Cahit / KARASU, Rauf / NAL, Temel** ; Fikri Mülkiyet Hukuku, Ankara 2017.
- YAVUZ, Levent / ALICA, Türkay / MERDİVAN, Fethi** ; Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu, Cilt II, 2.Baskı, Ankara 2014.
- Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası**



## 6769 SAYILI SINAİ MÜLKİYET KANUNU MADDE 6/5 KAPSAMINDA AYIRT EDİCİLİK

**Dr. Öğr. Görevlisi Gül BÜYÜKKILIÇ\***

### GİRİŞ

Uluslararası ticaretin gün geçtikçe arttığı günümüz küresel ekonomisinde, ulusal sınırları aşan pazar anlayışı, özellikle tanınmış markalar bakımından bazı tehlikeleri de beraberinde getirmiş, bu tür markaların üçüncü kişilerce tercih edilme, dolayısıyla ihlale maruz kalma olasılığını artırmış ve bu durum tanınmış markalara genişletilmiş marka koruması sağlanmasını zorunlu hale getirmiştir. Nitekim gerek 2015/2436 sayılı Direktif<sup>49</sup> gerek bu Direktif'i esas alan SMK'da<sup>50</sup> tanınmışlığa sahip markalara, alelade markalardan daha yüksek düzeyde koruma sağlanarak bu tür markaların maruz kaldığı tehlikelerin asgari düzeye indirilmesi hedeflenmiştir.

Genişletilmiş koruma hükümlerinde<sup>51</sup>, tanınmış markalar dört tür ihlal haline karşı koruma altına alınmıştır. Bunlar; ayırt edici karakterin zarar görmesi, itibarın zarar görmesi, ayırt edici karakterden haksız avantaj sağlanması ve itibardan haksız avantaj sağlanmasıdır. Tanınmış markalara sağlanan genişletilmiş korumanın öngörülme amacının gerçekleştirilebilmesi, söz konusu ihlal hallerinin kapsam ve sınırlarının net bir şekilde tespit edilmesini gerekli kılmaktadır.

---

\* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku AnaBilim Dalı Öğretim Görevlisi  
<sup>49</sup> Directive (EU) 2015/2436 of the European Parliament and of the Council of 16 December 2015 to Approximate the Laws of the Member States Relating to Trade Marks, OJ L 336/1, 23.12.2015 (2015/2436 sayılı Direktif).

<sup>50</sup> 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu, RG, 10.01.2017, S. 29944 (SMK).

<sup>51</sup> Nispi ret sebeplerine ilişkin SMK m. 6/5, 2015/2436 sayılı Direktif m. 5/3-a ve tecavüz hallerine ilişkin SMK m. 7/1-c, 2015/2436 sayılı Direktif m. 10/2.

Bu çalışmada, nispi ret sebepleri kapsamında genişletilmiş korumayı düzenleyen SMK m. 6/5 çerçevesinde zarar ve haksız avantaj sağlamaya karşı korumaya değer bulunan tanınmış markanın sahip olduğu “ayırt edicilik” inceleme konusu yapılmış olup, bu çerçevede ilk olarak teori ve uygulamada korumaya konu “ayırt edicilik”in ne şekilde yorumlandığı ele alınmış, ardından “ayırt edicilik”in benzer kavramlarla karşılaştırılması yapılmış ve son olarak koruma için gerekli ve yeterli ayırt edicilik düzeyine ilişkin tespitlere yer verilmiştir.

Belirtmek gerekir ki çalışmada zarar görme halini temel alan bir anlatım tercih edilmiş ise de gerek zarar gerek haksız avantaja karşı korunan ayırt edicilik aynı şekilde yorumlanmak gerektiğinden, yapılan açıklamaların ayırt edicilikten haksız avantaj sağlandığı durumlar için de geçerli olduğundan tereddüt edilmemelidir.

## **I. KORUMAYA KONU AYIRT EDİCİLİK HAKKINDAKİ GÖRÜŞLER**

Tanınmış markanın sahip olduğu ayırt ediciliğın zarar görmesi, bu tür markalara sağlanan genişletilmiş koruma kapsamındaki ihlal hallerinden, tarihsel olarak en uzun geçmişe sahip olanıdır. Nitekim, markanın ayırt ediciliğini esas alan bir koruma modelinin geliştirilmesi fikri ilk olarak 1927 yılında Frank I. Schechter tarafından ileri sürülmüş<sup>52</sup> ve “sulandırmaya karşı koruma” olarak da ifade edilen<sup>53</sup> bu yeni koruma anlayışı ile yüksek

---

52 Schechter, Frank Isaac: “The Rational Basis of Trademark Protection”, Harvard Law Review, April 1927, Vol. 40, No. 6. Esasen Schechter, sulandırmaya karşı korumayı önerdiği 1927 tarihli eserinde “sulandırma” kelimesine yer vermemiş, ancak bu kelimenin geçtiği Alman Federal Mahkemesi’nin Odol kararına atıfta bulunmuştur (Schechter, s. 831-834). Söz konusu karar, davacının ağız sağlığı ürünlerinde kullanmakta olduğu “Odol” markasının, davalı tarafından çelik ürünlerinde kullanımını konu almaktadır. Mahkeme, davacının, markasının sulandırılmadığını görmekte önemli düzeyde menfaatinin bulunduğunu, herkesin bu markayı kendi mal/hizmetlerini belirtmek amacıyla kullanması durumunda markanın sahip olduğu satış gücünü kaybedeceğini ifade ederek davacı lehine hüküm tesis etmiştir [(Landgerichts Elberfeld vom 14. Sept. 1924 13. O. 89/24, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR) 204 (1924); Harvard Law Review, 1927, Vol. 40 (Odol davası/kararı), para. 204)].

53 Beebe, Barton: “The Suppressed Misappropriation Origins of Trademark Antidilution Law: The Landgericht Elberfeld’s Odol Opinion and Frank Schechter’s the Rational Basis of Trademark Protection,”, New York University School of Law, Public Law Pesearch

düzeyde ayırt ediciliğe sahip markalara sağlanan yetersiz korumanın iş ve ekonomik hayat üzerinde ortaya çıkardığı olumsuz etkiler giderilmeye çalışılmıştır.

Sulandırmaya karşı koruma, ileriye sürülmesinden yaklaşık 70 yıl sonra kanuni temelini bulmuş ve 16 Ocak 1996 tarihinde yürürlüğe giren ABD Federal Kanunu<sup>54</sup> ile Lanham Kanunu'nun<sup>55</sup> § 43 (15 USC § 1025) ve 45 (15 USC § 1027) hükümlerinde değişiklikler yapılarak, federal düzeyde sulandırmaya karşı korumaya ilişkin ilk düzenlemeler sevk edilmiştir. Kanun'da sulandırma, “ünlü bir markanın, ünlü marka sahibi ve diğer taraflar arasında rekabet ilişkisinin veya karıştırma, yanıltma ve aldanma ihtimalinin varlığı veya yokluğuna bakılmaksızın, mal/hizmetlerini belirtme ve ayırt etme kapasitesinin azalması” olarak tanımlanmıştır (§ 45). Sulandırmaya karşı korumanın temelini, markanın sahip olduğu ayırt edicilik oluşturmakta iken, Kanun'da markanın ayırt ediciliğinin açıkça zikredilmemiş olması, mahkemeler arasında yorum farklılıklarına sebebiyet vermiştir. Uygulamadaki bu sorunların aşılabilmesi ve yargıda yorum birliğinin sağlanabilmesi amacıyla ABD Revizyon Kanunu'nda<sup>56</sup> söz konusu ihlal hali, “ünlü marka ile sulandıran marka arasındaki benzerlikten doğan ve ünlü

---

Paper, 2013, No. 13-36, s. 8 ve 16; Dinwoodie, Graeme B.: “Dilution As Unfair Competition: European Echoes”, Legal Research Papers, 2013, No. 37/2013, s. 10 ve 12; Fhima Simon, Ilanah: Trade Mark Dilution in Europe and the United States, Oxford (UK): Oxford University Press, 2011, s. 111; Franklyn, David J.: “Debunking Dilution Doctrine: Toward A Coherent Theory of the Anti-Free-Rider Principle in American Trademark Law”, Hastings Law Journal, 2004, Vol. 56, No. 1, s. 131; Gielen, Charles: “Trademark Dilution Under European Law”, Trademark Reporter, May-June 2014, Vol. 104, No. 3, s. 718; Gruson, Sebastian: Die Verwässerungsschutzwürdige Marke, Stämpfli 2003, s. 2; Li, Yougen: “Analysis on the Impact of the “Dilution Theory” on Ruling of Trademark Cases: Research on 100 Judgments of Well-Known Trademark Cases”, Frontiers of Law in China, 2010, Vol. 5, No. 1, s. 27; Long, Clarissa: “Dilution”, Columbia Law Review, June 2006, Vol. 106, No. 1029, s. 1036 ve 1073; Münch, Fred: Rufbeeinträchtigung - Rufausnutzung - Verwässerung von Marken Der Erweiterte Schutz Bekannter Marken in Frankreich und Deutschland in Rechtsvergleichender Perspektive, Hamburg 2007, s. 128; Welkowitz, David S.: “Reexamining Trademark Dilution”, Vanderbilt Law Review, 1991, Vol. 44, No. 3, s. 28, 31 ve 57.

54 United States of America Federal Dilution Act of 1995, Public Law 104-98, 109 Stat. 985 (ABD Federal Kanunu).

55 Lanham (Trademark) Act (Pub.L. 79-489, 60 Stat. 427, July 5, 1946 (Lanham Kanunu).

56 Trademark Dilution Revision Act of 2006, Public Law 109-312, 06 October 2006, 120 Stat. 173 (ABD Revizyon Kanunu).

markanın ayırt ediciliğinin zedelenmesine sebebiyet veren ilişkilendirmenin sonucu” şeklinde tanımlanmış ve koruma konusunun markanın sahip olduğu ayırt edicilik olduğu hususundaki tereddütler giderilmiştir.

AB ve Türk marka mevzuatlarında markanın “ayırt edici karakterinin” (ayırt ediciliğinin) zarar görmesi”<sup>57</sup> bir ihlal hali olarak düzenlenmiş, ancak ABD’den farklı olarak ihlal haline ilişkin bir tanım yapılmamıştır.

Görülmektedir ki gerek ABD gerek AB ve Türk marka hukukunda, belirli düzeyde tanınmışlığı bulunan bir markanın sahip olduğu ayırt edicilik korunmaya değer bulunmuş, ancak “ayırt edicilik”ten ne anlaşılması gerektiği hususuna ilişkin bir açıklık sağlanmamıştır.

Konuya ilişkin kanuni düzenlemeler bu konuda sessiz kalmış ise de doktrinde ayırt ediciliğin zarar görmesi haline ilişkin çok sayıda tanım yapılmış ve bu tanımlarda koruma için gereken ayırt ediciliğe farklı anlamlar yüklenmiştir. Bu kapsamda ilk olarak, sulandırmaya karşı koruma fikrini ortaya atan Schechter tarafından yapılan tanıma göz atmak gerekir<sup>58</sup>. Bu tanıma göre, markanın ayırt ediciliğinin zarar görmesi, bir markanın rekabet halinde olmayan mal/hizmetler üzerinde kullanılması sebebiyle markanın kimliğinin ve halkın zihninde tuttuğu yerin kademeli olarak kaybolması veya dağılmasıdır<sup>59</sup>. Aynı doğrultuda diğer bir tanıma göre ayırt ediciliğin zarar görmesi, markanın, doğrudan ve münhasır olarak tüketicinin zihninde belirli bir mal/hizmet veya teşebbüsü hatırlatma kabiliyetini kaybetmesi ve dolayısıyla marka ve mal/ hizmet arasındaki münhasır zihinsel bağlantının kaybolmasıdır<sup>60</sup>. Benzer

---

57 ABD Revizyon Kanunu’ndan farklı olarak, AB ve Türk marka mevzuatında “ayırt edicilik” yerine, “ayırt edici karakter” ifadesi kullanılmıştır [2015/2436 sayılı Direktif m. 5/3-a ve 10/2-c; Regulation (EU) 2017/1001 of the European Parliament and of the Council of 14 June 2017 on the European Union Trade Mark, OJ L 154/1, 16.06.2017 (2017/1001 sayılı Tüzük) m. 8/5]. Yine, ABD Revizyon Kanunu’nda [§ 43/c-2 (B)] ve SMK’da (m. 6/5, 7/2-c) “zedelenme” ifadesi kullanılmış iken, 2015/2436 sayılı Direktif (m. 5/3-a ve 10/2-c) ve 2017/1001 sayılı Tüzük’te (m. 8/5) “zarar görme” ifadesi tercih edilmiştir.

58 Yazar, eserinde (Rational Basis) dört farklı tanıma yer vermiş ise de sıklıkla atıfta bulunulan tanım budur (Diğer tanımlar için bkz. Schechter, s. 823, 825, 829-831.

59 Schechter, s. 825.

60 Gruson, s. 221.

yönde bir diğer tanıma göre, söz konusu ihlal hali, markanın tescilli olduğu mal/hizmetler için sahip olduğu ayırt ediciliğin zayıflaması neticesinde marka ile iletilen psikolojik mesajın bozularak değiştirilmesidir<sup>61</sup>.

Bir diğer yaklaşım, ayırt ediciliğin zarar görmesi halini, tanınmış markanın satış gücü (reklam gücü veya reklam değeri) esas olarak açıklamayı tercih etmiştir. Bu yaklaşımı esas alanlardan bazıları, ayırt ediciliğin zarar görmesine karşı korumanın, benzer veya benzer olmayan ürünlerde yetkisiz bir şekilde kullanılması sebebiyle markanın eşsizliğinin<sup>62</sup>, dolayısıyla satış gücünün ve ticari çekiciliğinin zayıflayabilecek olması endişesiyle getirilmiş olduğunu savunmaktadır<sup>63</sup>. Diğer bazıları, markanın pazarda sahip olduğu münhasır pozisyonunu kaybettiği ve reklam gücünün, buna bağlı olarak da satış gücünün azaldığı durumları, markanın ayırt edici karakterinin zarara uğraması olarak nitelendirmiş<sup>64</sup> ve özellikle

---

60 Ingerl, Reinhard/Rohnke, Christian: Markengesetz, 3. Auflage, Münschen 2010, § 14 sn. 1272.

61 Bailey, Andrew: "Trademark Functions and Protection for Marks with Reputation", Journal of Intellectual Property Law and Practice, 2013, Vol. 8, No. 11, s. 872; Dirikkan, Hanife: Tanınmış Markanın Korunması, Ankara: Seçkin, 2003, s. 225; Fhima Simon, s. 1; Ladas, Stephen P.: Patents, Trademarks and Related Rights: National and International Protection, Cambridge 1975, s. 1088; McCarthy, J. Thomas: McCarthy on Trademarks and Unfair Competition, 5th Edition, New York, Rochester 2017, § 24:69; Mostert, Frederick W.: "Well-Known and Famous Marks- Is Harmony Possible in the Global Village?", Trademark Reporter, 1996, Vol. 86, No. 103, s. 134; Senftleben, Martin: "The Trademark Tower of Babel - Dilution Concepts in International, US and EC Trademark Law", International Review of Intellectual Property and Competition Law, February 2009, Vol. 40, No. 1 s. 45-77, s. 60; Tekinalp, Ünal: Fikri Mülkiyet Hukuku, İstanbul: Vedat, 2012, s. 426.

62 Eşsizlik" ten ne anlaşılması gerektiğine ilişkin olarak bkz. II. C. Eşsizlik ile.

63 Bently, Lionel/ Sherman, Brad: Intellectual Property Law, Oxford (UK): Oxford University Press, 2014, s. 1003; Klerman, Daniel: "Trademark Dilution, Search Costs, and Naked Licensing", Fordham Law Review, 2006, Vol. 74, No. 4, s. 1764-1765; Long, s. 1058; Swann, Jerre B.: "Dilution Redefined for the Year 2002", Trademark Reporter, 2002, Vol. 92, s. 610-611; Martino, Tony: Trademark Dilution, Oxford (UK): Clarendon Press, 1996, s. 32; Tushnet, Rebecca: "Gone In Sixty Milliseconds: Trademark Law and Cognitive Science", Texas Law Review, February 2008, Vol. 86, No. 507, s. 3.

64 Nitekim söz konusu ihlal halinin; markanın birden çok farklı markada kullanılması sebebiyle tanınmış markanın gücünün ve etkileme alanının azalması olduğu yönünde bkz. Yasaman, Hamdi (Altay, Sıtkı Anlam/ Ayoğlu, Tolga/ Yusufoglu, Fülürya/ Yüksel, Sinan): Marka Hukuku 556 sayılı KHK Şerhi, C. 1, İstanbul: Vedat, 2004, s. 414. Aynı yönde bkz. Bozbel, Savaş: Fikri Mülkiyet Hukuku, İstanbul: On İki Levha, 2015, s. 430-431.

parazit markaların sayısının birden çok olduğu durumlarda, tanınmış marka sahibinin markasının ayırt edici karakterinden ve dolayısıyla reklam etkisinden mahrum kalacağını belirtmiştir<sup>65</sup>. Benzer şekilde bir grup yazar ise, markanın ayırt etme gücünün zarar görmesinin yavaş, fakat kesin bir şekilde markanın eşsizliğinin ya da teklığının yok olması ile sonuçlanan bir aşınma süreci olduğunu, ticari herhangi bir alanda, bir markayı taşıyan mal/hizmetlerin kopyalarının bulunmasının ister istemez orijinal markanın reklam gücünü zayıflatacağını ileri sürmüştür<sup>66</sup>.

Görülmektedir ki, bu yaklaşımı benimseyenler birbirine açıklamalar ile esasen ayırt ediciliğin zarar görmesine karşı korumanın temel amacının, önceki tanınmış markanın sahip olduğu satış gücünün (reklam gücü veya reklam değeri) zarara karşı korunması olduğunu savunmaktadır. Ancak markanın satış gücünden bahsederken markanın eşsizliğinin veya münhasırlığının da zikredilmesi, söz konusu ihlal halinin eşsizlik düzeyinde ayırt ediciliğe sahip markalar ile sınırlı olarak yorumlandığı şeklinde yanıltıcı bir izlenim yaratmaktadır.

Markanın ayırt ediciliğinin zarar görmesi haline ilişkin doktrinde bir diğer tanım, markanın kaynak gösterme kabiliyetini esas almaktadır. Bu görüşü benimseyenler, bir markanın o markayı içeren mal/hizmete işaret etme kabiliyetinin azaldığı durumlarda

---

Markanın teklığı, ticari çekiciliği ve satış gücünün zayıfladığı, markanın sıradanlaştığı ve zaman içerisinde reklam ve ayırt edici gücünün aşındığı bir ihlal hali olduğu yönünde bkz. Çolak, Uğur: Türk Marka Hukuku, 6762 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'na Göre Hazırlanmış 4. Baskı, İstanbul: On İki Levha, 2018, s. 388.

65 Münch, s. 66.

66 Bone, Robert: "Schechter's Ideas in Historical Context and Dilution's Rocky Road", Santa Clara Computer & High Tech. L.J., 2008, Vol. 24, No. 3, s. 475; Callmann, Rudolf: "Unfair Competition Without Competition?", University of Pennsylvania Law Review, 1947, Vol. 95, s. 448; Roncaglia, Pier Luigi/Sironi, Giulio Enrico: "Trademark Functions and Protected Interests in the Decisions of The European Court of Justice", Trademark Reporter, January-February 2011, Vol. 101, No. 1, s. 166. Yargıtay da konuya ilişkin yakın tarihli bir kararında, davacıya ait tanınmış markanın davalı şirket adına farklı sınıf mal ve hizmetler yönünden tescil edilmesinin, markanın ayırt edici karakterine, tanınırlık düzeyine ve sahip olduğu yüksek reklam gücüne büyük zarar vereceğini, diğer bir anlatımla bu markanın artık sadece davacının çakmak emtiasını çağrıştırmayacağını ve markanın sulanmasına yol açacağını ifade etmiştir [Y.11.HD'nin 04.10.2017 tarih ve E. 2016/2324, K. 2017/5016 sayılı kararı (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 25.04.2020)].

ayrıt ediciliğinin zarara uğradığını kabul etmektedir<sup>67</sup>. Ayrıt ediciliği zarar gören bir markanın, markanın belirli bir kaynağı gösterme gücünün de zayıfladığını kabul eden, ancak bu yaklaşımdan farklı olarak, söz konusu ihlal halinin sadece markanın belirli kaynağı gösterme gücünün değil, aynı zamanda markasal özelliklerini belirtme kabiliyetinin de zarar gördüğü (ya da görebileceği) halleri ihtiva etmesi gerektiğini savunmaktadır<sup>68</sup>.

Bu bilgiler ışığında, markanın ayrıt ediciliğinin zarar görmesi hali kapsamında “ayrıt edicilik”in ne şekilde yorumlanması gerektiğine ilişkin olarak şu tespitlerde bulunmak mümkündür:

Markanın ayrıt ediciliğini “markasal özellikleri belirtme kabiliyetinin zarar gördüğü ya da görebileceği halleri de kapsayacak şekilde” yorumlayan görüşün yanıtıcı olduğu düşüncesindeyim. Zira “markasal özellikler” ifadesi, ayrıt edicilikten ziyade markanın itibarını (tüketici nezdinde sahip olduğu olumlu imajı)<sup>69</sup> akla

---

67 Oytaç, Kutlu: Karşılaştırmalı Markalar Hukuku, İstanbul: Nobel, 2002, s. 146; Kayıhan, Şaban: “Yargıtay Kararları Işığında Tanınmış Marka”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2003, C. 7, S. 1-2, s. 444. ABD Mahkemeleri de konuya ilişkin bazı kararlarında, ayrıt ediciliğin zarar görmesini, markanın tek bir kaynağı gösterme kabiliyetinin zarara uğraması olarak tanımlamış ve bu durumda hukuken korunan değer, ünlü bir markanın özel olarak tek bir kaynağı belirtme kuvveti olduğunu ifade etmiştir [Louis Vuitton Malletier S.A. v. Haute Diggity Dog, LLC, 507 F.3d 232, 263 (CA4 2007); The New York City Triathlon, LLC v NYC Triath-Lon Club, 704 F.Supp 2d 305, 322 (SDNY, 2010); Tiffany (NJ) Inc and Tiffany and Company v eBay Inc., 600 F.3d 93, 112 (CA2 2010)]. Yine Adidas davasında Hukuk Sözcüsü Jacobs, önceki markanın ayrıt ediciliğinin zarara uğraması halinin, önceki markanın, tescilli olduğu ve kullanıldığı mal veya hizmetleri gösterme kabiliyetinin azalması tehlikesi anlamına geldiğini ifade etmiş, ancak bu sonucun sonraki markanın kullanımı sebebiyle önceki markanın kimliği ve halkın zihninde tuttuğu yerin dağılmasına bağlı olduğunu belirterek ayrıt ediciliği açıklayan görüşlerden ilkinde benzer bir yaklaşım ortaya koymuştur [Adidas-Salomon AG v Fitnessworld Trading Ltd, Case C-408/01, ECR I-12537 [2003], 1 CMLR 14 [2004], para. AG 37. Aynı yönde bkz. Intel Corporation Inc. v. CPM United Kingdom Ltd, CJEU Case C-252/07, 27 November 2008 (Intel kararı), para. 29].

68 Gundelfinger, Testimony, 2005 WL 408, 425 (Intel şirketine ait “Premium” markasını örnek göstererek, söz konusu markanın “üstün teknoloji, ayrıcalıklı performans ve bütünlük” özelliklerine sahip olduğunu ve bu markanın aynıısının veya benzerinin ileri bir teknoloji ihtiva etmediği tartışmasız olan emlak hizmetlerinde kullanılmasının “Premium” markasının sahip olduğu özelliklere gölge düşüreceğini ileri sürmüştür.).

69 Esasen “olumlu marka imajı”, “itibar” a nazaran daha geniş bir kavram olup, sadece marka sahibinin markasını bilinir hale getirmek için yaptığı reklam ve tanıtım faaliyetlerinin tüketiciler üzerindeki etkisi değil, aynı zamanda bunlardan bağımsız olarak tüketiciler nezdinde marka hakkında herhangi bir yolla oluşan olumlu ya da olumsuz her

getirmekte olup, markanın sahip olabileceği bu iki farklı özellik ayrı hükümler kapsamında korunmaktadır. Şöyle ki ileride “ayırt edicilik ile itibarın” karşılaştırıldığı başlık altında değinileceği üzere, “itibar” tüketicinin bir mal/hizmete ve/veya teşebbüse ilişkin olumlu düşüncelerini ifade etmekte iken, “ayırt edicilik”, tüketicinin zihninde markayı taşıyan mal ve hizmetler ile marka arasındaki bağlantıya dayanır. Her ne kadar çoğu durumda bir markanın ayırt ediciliği arttıkça tüketici nezdinde sahip olduğu itibar da yükselmekte ise de bu durum, itibar ile ayırt ediciliğin aynı anlama gelecek şekilde yorumlanabileceği anlamına gelmemektedir. Nitekim yüksek düzeyde ayırt ediciliği bulunan bir markanın tüketicisi nezdinde olumsuz bir imaja sahip olması da ihtimal dahilindedir<sup>70</sup>. Böyle bir durumda, marka tanınmışlığa ve belirli düzeyde ayırt ediciliğe sahip iken, itibara (olumlu imaja) sahip değildir. Kaldı ki markanın itibarının veya ayırt ediciliğinin zarar görmesi (ve bu değerlerden haksız avantaj sağlanması) SMK m. 6/5 kapsamında ayrı ihlal halleri olarak düzenlenmiştir. Bundan ötürü, ayırt edicilik yorumlanırken, markanın itibarını akla getiren bir yaklaşımın benimsenmesi, farklı koruma halleri arasındaki sınırları belirsiz hale gelmesine, bu belirsizlik tanınmış markalara gerekli ve yeterli seviyede koruma sağlanamamasına, bu markaların sahip oldukları olumlu imajın gittikçe azalmasına ve nihayetinde markanın mal/hizmet kalitesinin düşmesine sebep olabilecek, tüm bunlar ise büyük ölçekte ekonomiyi ve toplumu olumsuz yönde etkileyecektir.

Markanın reklam gücü ve bu kavram kapsamında değerlendirilen markanın ticari çekiciliği, satış gücü vb. değerleri esas alan yaklaşım ise kısmen kabul edilebilir nitelikte olduğu kanaatindeyim. Zira, söz konusu ihlal halinin konusunu, belirli düzeyde bilinirliğe sahip markalar oluşturmakta ve bu bilinirliğin kazanılması çoğunlukla büyük çaplı yatırımların yapılmasını

---

tür kanaat marka imajının kapsamında değerlendirilmektedir (Bently/Sherman, s. 1006). Bu çalışmada “itibar” kavramı, “olumlu imaj” da kapsayacak şekilde kullanılmıştır.

70 Gruson, s. 224; Zollner, Bernward: Der Schutz berühmter Marken gegen Verwässerungsgefahr im Deutschen und US-Amerikanischen Recht, Diss. Berlin, 1996, s. 342.

gerektirmekte<sup>71</sup>, bu yatırımların sonucu olarak markanın kazanmış olduğu ayırt edicilik ile belirli bir ürünü gören tüketicinin aklına sadece ilgili marka gelmekte, bu sayede tüketicinin dikkatini belirli bir mala çekebilmek mümkün olabilmekte ve bu da en nihayetinde markanın satış gücünü artırmaktadır<sup>72</sup>. Dolayısıyla, markanın sahip olduğu ayırt edicilik ne kadar yüksek olursa, markanın, tüketicinin aklına belirli bir mal/hizmeti getirebilme kabiliyeti de o denli kuvvetli olmaktadır.

Ancak bu, koruma için eşsiz nitelikte bir markanın sahip olabileceği düzeyde bir satış gücünü gerektirdiği şeklinde yorumlanmamalıdır. Aksi yönde bir düşüncenin kabulü, markanın ayırt ediciliğinin muhafaza edilmesi için öngörülen korumanın kapsamını oldukça daraltacaktır. Yine satış gücünü esas alan yaklaşımın kabulü, markanın ayırt ediciliğinin zarar görmesine karşı korunmasının, önceki tanınmış markanın reklam gücünün korunması amacına özgülendiği anlamına da gelmemektedir. Zira söz konusu ihlal halinde, önceki tanınmış marka, birden fazla teşebbüs ile ilişkilendirir hale de gelmekte, bu durum markayı taşıyan malların kaynağına ilişkin belirliliğin zamanla azalmasına sebep olmakta ve sonuç olarak da markanın ayırt ediciliği zarar görmektedir. Bu çerçevede, ayırt ediciliği zarar gören bir markanın sadece bu reklam gücü değil, aynı zamanda markanın kaynak gösterme ve iletişim fonksiyonları da zarara uğramaktadır. Hatta bu sebeplerdir ki markanın ayırt ediciliğini, kaynak gösterme kabiliyeti şeklinde yorumlayan görüşün de kısmen kabul edilebilir niteliktedir.

Markanın ayırt ediciliğinin zarar görmesi hali kapsamında “ayırt edicilik”in anlamı bağlamında zikredilen görüşler arasında, kanaatimce en makul olanı, markanın ayırt ediciliğini, tüketici nezdinde marka ile markayı taşıyan mal/hizmetler arasındaki bağlantı” şeklinde yorumlayan görüştür. Gerçekten de tüketici, aynı veya benzer marka altında sonradan sunulan mal/ hizmeti

---

71 İstisnaen, yoğun reklam kampanyaları ile bir markaya kısa sürede tanınmışlık kazandırılabilir. 72 Mostert, Frederick W.: “Trademark Dilution and Confusion of Sponsorship in United States, German and English Law”, International Review of Industrial Property and Copyright Law, 1986, Vol. 17, s. 86. Ayrıca bkz. Schechter, s. 829.

görmesinin marka sahibi açısından ortaya çıkardığı ekonomik zarar, tüketicinin zihninde önceki marka ile kurulan bağlantının zayıflaması ve bu zayıflamanın önceki markayı taşıyan mal/hizmetleri satın alma ihtimalini düşürmesinden ileri gelmektedir. Markanın sahip olduğu satış gücü ve kaynak gösterme kabiliyeti de tüketicinin kurmuş olduğu bu zihinsel bağlantının bir sonucudur. Bu sebeptendir ki zihinsel bağlantıyı temel alan yaklaşım, ayırt ediciliği açıklamaya çalışan görüşleri de kapsayıcı bir nitelik taşımaktadır.

## II. BENZER KAVRAMLARLA KARŞILAŞTIRILMASI

### A. İtibar ile

Markanın ayırt ediciliği, tüketicinin zihninde markayı taşıyan mal ve hizmetler ile marka arasındaki bağlantıya dayanmakta, önceki tanınmış markanın aynı veya benzerinin sonradan kullanılması sebebiyle tüketiciler nezdinde marka ve markayı taşıyan mal/hizmetler arasında mevcut olan bağlantının zayıflaması halinde markanın ayırt ediciliği de zarara uğramaktadır.

İtibar ise “iyi şöhret (ün) sahibi olma” anlamına gelmektedir<sup>73</sup>. Diğer bir ifade ile markanın iyi bir şöhrete sahip olması tüketicinin bir mal/hizmete ve/veya teşebbüse ilişkin olumlu düşüncelerini ifade eden bir kavramdır. Nitekim, markaya yapılan reklam yatırımları sonucu markanın, örneğin, gençlik, lüks, hayat stili, eşsizlik, maceraperestlik, dinamizm gibi değerler ile özdeşleştirildiği durumlarda bir itibara sahip olduğu kabul edilmektedir<sup>74</sup>.

İtibar ve ayırt ediciliğin birbirinden farklı oluşundan ötürüdür ki, ABD hukukunda her iki hal ayrı hükümlerde, AB ve Türk hukukunda ise aynı hükümde altında ve fakat ayrı ihlal halleri

73 Dirikkan, s. 147-148. SMK m. 6/5 kapsamında “itibar” kavramına ilişkin değerlendirmeler için bkz. Büyükkılıç, Gül: Tanınmış Markanın Sulandırmaya Karşı Korunması, Oniki Levha, İstanbul 2019, s. 466-471.

74 Örneğin, “Tiffany” mücevherat markasının, tüketici nezdinde seçkin ve kaliteli bir imaj oluşturduğu yönünde bkz. Ty Inc. v. Perryman, 306 F.3d 509, 511 (7th Cir. 2002); Christian Dior’un “J’ADORE” isimli parfümünün, ilgili kesim nezdinde gösteriş ve eşsizlik imajıyla ilişkilendirildiği yönünde bkz. EUIPO, Decision of 29 July 2008, R-1890/2007-1, J’adore / J’ADORE, para. 14.

olarak düzenlenmiştir. Öte yandan, markaya ilişkin bu iki özelliğin birbirinden tam anlamıyla bağımsız olduğunu söylemek de yerinde olmayacaktır. Zira, ayırt ediciliği yüksek bir marka, çoğu durumda aynı zamanda itibar sahibi de olmaktadır. Ancak, bu gibi bağlantılar söz konusu kavramların teorik olarak birbirinden farklı olduğu sonucunu değiştirmemektedir.

### **B. Tanınmışlık ile**

Tanınmışlık, en genel ifadesiyle, markanın tüketiciler nezdinde belirli düzeyde bilinirliğe sahip olmasını ifade eden bir kavramdır. Tüketiciler nezdinde oransal olarak bilinirliği gösteren tanınmışlık, nicel (kantitatif, quantitative) tanınmışlık; markanın, tüketiciler nezdinde, sahip olduğu belirli olumlu özellikleri çağrıştırdığı durumlarda kabul edilen tanınmışlık, nitel (katiatif, qualitative) tanınmışlık olarak ifade edilmektedir<sup>75</sup>. Markanın nitel anlamda tanınmış olması markanın itibara da sahip olduğu şeklinde yorumlanmaktadır<sup>76</sup>.

Markanın ayırt ediciliği ise, -daha önce de ifade edildiği üzere- tüketiciler nezdinde marka ile markayı taşıyan mal/hizmetler arasındaki bağlantının kuvvetini ifade etmektedir. Yüksek derecede ayırt ediciliğe sahip bir markanın aynı zamanda tanınmış bir marka olma ihtimali de oldukça fazladır. Ancak bu durum sadece, “ayırt edicilik” ve “tanınmışlık” kavramlarının birbirine yakın olduklarını gösterir. Buna karşılık, bahsi geçen farklılıklar karşısında, bu kavramların aynı anlama geldiğini söylemek mümkün değildir.

### **C. Eşsizlik ile**

Markanın eşsiz nitelikte olması, marka sahibi nezdinde korunmaya muktedir bir değer mevcut olup olmadığının tespiti bakımından önem arz eder. Markanın eşsizliği esasen, ayırt edicilik ile yakın bir ilişki içerisindedir. Nitekim, bir marka ne kadar eşsiz

---

75 Nicel ve nitel tanınmışlık hakkında detaylı bilgi için bkz. Dirikkan, s. 143-155.

76 Dirikkan, s.143; Kur, Annette: “Die ‘Notorsich Bekannte Marke’ im Sinne von 6 bis PVÜ und die ‘Bekannte Marke’ im Sinne Der Markenrechtsrichtlinie”, GRUR, 1994, s. 330.

olursa, markayı taşıyan mal/hizmetleri gösterme kapasitesi de o derece fazla olacaktır<sup>77</sup>.

Bu noktada ayırt edicilik ve eşsizlik kavramlarının teknik olarak ne anlama geldiğine değinmek faydalı olacaktır. Marka ve bu markayı taşıyan ürün/hizmetler arasındaki ilişkiyi temel alan ayırt edicilik, tespiti tüketici algısına yönelik bir değerlendirmeyi gerektirmektedir. Buna karşılık, eşsizlik değerlendirmesi yapılırken, pazardaki mevcut markalar dikkate alınarak objektif bir durum tespiti yapılmakta, tüketici algısına yönelik bir değerlendirme yapılmasına ise gerek bulunmamaktadır.

“Eşsizlik” ifadesinden ne anlaşılması gerektiğine ilişkin olarak bir görüş, markanın eşsizliğinin, başka kimse tarafından kullanılmaması anlamına geldiği ve eşsiz bir marka sahibinin, sonradan ortaya çıkan tüm aynı veya benzer marka kullanımları önleyebilme hakkına da otomatik olarak sahip olacağını savunmaktadır<sup>78</sup>. Diğer bir görüş ise, eşsizlik kavramının objektif bir şekilde yorumlanmasının hatalı olacağını, diğer bir ifade ile bir markanın eşsizliğe sahip olmasının, aynı işaretin herhangi başkaca bir ulusal teşebbüs tarafından kullanılmaması anlamına gelmediğini ileri sürmektedir<sup>79</sup>. Bir diğer görüş, pahalı ürünlerin alıcısı olan özel bir kesime hitap eden ve kitlenin ötesinde bir bilinirliğe sahip bir markanın, küçük veya bölgesel öneme sahip işletmeler tarafından kullanılmamasının eşsiz nitelikte olduğunun kabulü için yeterli

---

77 Senftleben, s. 66; Beebe, Defense, s. 1161-1162; Münch, s. 37; Gruson, s. 23. Bu yönde bkz. Visa International Service Ass'n v. JSL Corp., 533 F.Supp. 2nd 1089, 1095 (D. Nev. 2007) affirmed 610 F.3d 1088 (CA9 2010); Nabisco, Inc v. PF Brands, Inc, 191 F.3d 208, 216 (2nd Cir. 1999) (Nabisco kararı); TCPIP Holding Co. Inc. v. Haar Comme'n Inc., 244 F.3d 88, 93 (2nd Circuit 2001); The Body Shop International v OHMI - Spa Monopole (SPA WISDOM) (Case T-201/14) (16.03.2016), para. 12. Buna karşılık, önceki markanın bıraktığı etki ne kadar derin olursa, tüketicilerin zihninde edindiği yerin o denli kuvvetli olacağı ve dolayısıyla söz konusu markanın, tüketiciler nezdinde o markayı taşıyan mal/hizmetler ile eskiden olduğu gibi doğrudan bağlantı kurulamayacak bir seviyeye gelmesinin de o denli zor olacağı görüşü de savunulabilir.

78 Gielen, Trademark Dilution, s. 713; Fhima Simon, Trade Mark Dilution, s. 111; Münch, s. 10 ve 119; Beebe, Defense, s. 1169. Gielen, s. 713; Fhima Simon, s. 111; Münch, s. 10 ve 119; Beebe, Barton: “A Defense of the New Federal Trademark Antidilution Law”, Fordham Intellectual Property, Media & Entertainment Law Journal, February 2006, Vol. 16 (Defense), s. 1169. Aynı yönde bkz. SALOMON, BGH, GRUR 465 [1991].

79 MAGIRUS, BGH, 11 November 1955, GRUR 172 [1956].

olduğunu ileri sürmüştür<sup>80</sup>. Son bir görüş, ayırt ediciliğin zarar görmesi bakımından, önceki markanın eşsiz olmasının gerekli olmadığını ifade etmiş, ancak böyle bir durumun markanın ayırt ediciliğinin zarar görmesinin tespiti bakımından faydalı olacağını da altını çizmiştir<sup>81</sup>. Zira, pazarda tek bir mal/hizmeti işaretleyen bir marka, tüketicilerin daha çok dikkatini çekecek, eşdeyişle daha yüksek düzeyde ayırt ediciliğe sahip olacaktır<sup>82</sup>. Buna karşılık, pazarda markayı kullanan birçok kişinin bulunması durumunda, markanın ayırt ediciliği daha düşük olacak ve sadece istisnai durumlarda, söz konusu markanın ayırt ediciliğinin zarara uğradığı ya da uğrayabileceği sonucuna varılacaktır<sup>83</sup>.

Şunu da belirtmek gerekir ki, ayırt edicilik ve eşsizliğin farklı şekillerde değerlendirilmesi sebebiyle bir marka ayırt edici olduğu halde, eşsiz nitelikte olmayabilir. Örneğin, “Apple” markası, bilgisayar ürünleri bakımından ayırt edici bir markadır. Ancak, markanın ihtiva ettiği ibarenin meyve ürünleri bakımından tasviri

---

80 ROSENTHAL, OLG Düsseldorf, 17 September 1981, GRUR 389, 390 [1983] (ROSENTHAL kararı/davası). Önemli nitelikteki ikincil kullanımların markanın eşsizliği ve reklam gücü üzerinde herhangi bir etkiyi haiz olmadığı, sonraki kullanıcının, uzak bir çevrede ya da sınırlı bir bölgede bulunduğu durumlarda, markanın hâlihazırda başka kullanıcılar tarafından da kullanılıyor olduğu iddiasına dayanılmayacağını yönünde bkz. KUPFERBERG, BGH, 10 November 1965, GRUR 623, 624 [1966]. Markanın uzak bir bölgede bir kez kullanılmış olmasının, markanın eşsizliğine ilişkin tüketicinin algısı üzerinde herhangi bir etkisinin bulunmadığı ve bu kullanımın dikkate alınmaması gerektiği yönünde bkz. Fhima Simon, s. 98 dn. 151.

81 Intel kararı, para. 72-73. Ayrıca bkz. para. 54. Diğer bir ifade ile, markanın eşsizliğini, markanın ayırt ediciliğinin tespiti bakımından bir kısa yol olarak değerlendirmek mümkündür. Nitekim eşsiz olduğu tespit edilen bir marka evleyle ayırt ediciliğe sahiptir. Buna karşılık, aksinin her durumda doğru olduğu söylenemez. Özellikle sonradan kazanılmış ayırt ediciliğe sahip bir markanın, pazarda eşsiz olarak kullanılma ihtimali oldukça düşüktür.

82 Fhima Simon, s. 129. Bu markaların sahip oldukları ün, rasgele seçilmiş yapıları ve bu markalar ile yan bağlar kurulmasının kolay oluşu sebepleriyle, söz konusu markaların, potansiyel sonraki kullanıcılar bakımından daha çekici hale geldiği ve bunun da ihlale maruz kalma ihtimallerini artırdığı yönünde bkz. Gielen, s. 693. Öte yandan, ünlü ve ayırt edici markaların karıştırmaya maruz kalma ihtimali oldukça düşüktür. Zira halkın zihninde, marka ile mal/hizmet arasında kurulan bağlantı eşsiz ve iyi yapılandırılmıştır.

83 Münch, s. 66; Luepke, Marcus: “Taking Unfair Advantage or Diluting a Famous Mark: A 20/20 Perspective on the Blurred Differences Between U.S. and E.U. Dilution Law”, Trademark Reporter, 2008, Vol. 98, No. 3, s. 801.

nitelikte olması<sup>84</sup> ve “Apple” markasını kullanan bir plak şirketinin bulunması sebebiyle markanın eşsiz olduğunu söylemek mümkün değildir.

Tüm bu bilgiler ışığında, ayırt edicilik ile eşsizliğin karşılaştırılmasında üç farklı yaklaşımın bulunduğu tespit edilmektedir. Bunlardan ilkinde göre, markanın mutlak anlamda eşsiz olması gerekmektedir. İkincisine göre, markanın eşsiz olarak kullanıldığının gösterilmesi, markanın ayırt ediciliğinin zarara uğradığı sonucuna doğrudan varılmasını sağlamayacağı gibi, markanın eşsizlik düzeyinde ayırt ediciliğe olmaması da ayırt ediciliğin zarara uğradığı iddiasına dayalı bir davanın reddedileceği anlamına gelmemektedir. Üçüncü görüş ise, bu iki görüşü uzlaştırmakta ve ihlal değerlendirmesinde markanın eşsizliğinin dikkate alınmasını, ancak bunun mutlak eşsizlik olarak yorumlanmaması gerektiğini savunmaktadır.

Kanaatimce, markanın eşsizlik ve ayırt edicilik düzeyinin yüksekliği, pazara yeni girecek olan teşebbüslerin dikkatini çekme ve dolayısıyla ihlal tehlikesine maruz kalma ihtimaline paralel olarak markanın korumadan yararlanma ihtimalini de artırmaktadır. Diğer bir ifade ile, önceki markanın kullanım alanı ne kadar geniş ve kullanımı ne kadar fazla ise, marka sahibinin zarar iddiasını ispatı da o denli kolay olmaktadır. Öte yandan şu da ifade edilmelidir ki, markanın ayırt ediciliği ne kadar yüksek olursa tüketicilerin zihninde edindiği yer o denli kuvvetli, özdeş ya da benzer bir marka pazara girdiğinde tüketicinin zihninde kurulan bu sağlam bağlantıya zarar verilmesi ihtimali de o derece zayıf olacaktır. Ancak, eşsiz bir markaya sağlanan korumanın kapsamı ile bu markanın zarara uğrama ihtimalinin birbirinden farklı hususlar olduğu da göz ardı edilmemelidir. Sonuç olarak, markanın ayırt ediciliğinin zarara uğraması hali kapsamında eşsizlik seviyesinde ayırt ediciliğin gerekli olmayıp, ayırt edicilik seviyesi söz konusu ihlal halinin tespitinde sadece dolaylı bir kriter olarak dikkate alınmalıdır. Aksi

---

84 ROSENTHAL davasında Alman Federal Mahkemesi, marka ile aynı olan sokak isimlerinin olması ya da markanın tasviri nitelik taşımasının, eşsizliği etkilemediğini, zira ilgili kesim nezdinde bunun bir öneminin bulunmadığını ifade etmiştir [ROSENTHAL kararı, GRUR 389, 391 (1983)].

halin kabulü durumunda korumanın sınırları oldukça daralacak ve korumanın amacını aşan bir durum ortaya çıkacaktır.

### **III. KORUMA İÇİN GEREKLİ VE YETERLİ AYIRT EDİCİLİK DÜZEYİ**

SMK m. 6/5 kapsamında ayırt ediciliğin ne şekilde yorumlanması gerektiğinin koruma için gerekli ve yeterli olan ayırt edicilik düzeyinin tespiti de yol gösterici niteliktedir. Konuya ilişkin kanuni düzenlemelerde bu hususta bir açıklık bulunmamakta ise de bazı karşılaştırmalardan faydalanmak suretiyle bu seviyeye ilişkin genel bir belirleme yapabilmek mümkündür. Bu karşılaştırmalardan ilki, markanın tescili ve genişletilmiş koruma kapsamında sağlanan koruma bakımından gereken ayırt edicilik düzeyine ilişkindir. Diğer, doğuştan ve sonradan kazanılan ayırt edicilik arasında yapılacak olan karşılaştırmadır. Bir diğeri ise, eşsizlik düzeyinde ayırt edicilik ile koruma için gereken ayırt ediciliğin karşılaştırılmasıdır.

Sonuncusu hakkında değerlendirmelere bir üst başlıkta yer verilmiş olduğundan, tekrardan kaçınmak adına koruma için eşsizlik seviyesinde ayırt ediciliğe gerek olmadığı ve - korumadan mahrum kalmayacak -asgari düzeyde bir ayırt ediciliğe sahip olmak kaydıyla, piyasada sadece sahibince kullanılmayan markaların da eşsiz nitelikte olduğu kabul edilmesi gerektiği belirtilmekle yetinilmiştir.

Bir diğer karşılaştırma, markanın tescili ve markanın ayırt ediciliğinin zarara karşı korunması bakımından gerekli ve yeterli “ayırt edicilik” in eşdeğerde olup olmadığını konu almaktadır.

Marka mevzuatı kapsamında “ayırt edicilik”, sulandırmaya karşı korumanın yanı sıra, marka olabilecek işaretlerin tespiti bakımından da belirleyici role sahiptir. Nitekim SMK m. 4 uyarınca, bir işaretin marka olarak tescil edilebilmesi için söz konusu işaretin, “...bir teşebbüsün mallarının veya hizmetlerinin diğer teşebbüslerin mallarından veya hizmetlerinden ayırt edilmesini sağlaması ve marka sahibine sağlanan korumanın konusunun açık ve kesin olarak anlaşılmasını sağlayabilecek şekilde sicilde gösterilebilir olması...” gerekir<sup>85</sup>. Bu çerçevede, bir markanın ayırt edici olup olmadığı

---

85 Aynı yönde bkz. 2015/2436 sayılı Direktif m. 3 ve 2017/1001 sayılı Tüzük m. 4.

değerlendirilirken, markanın uydurulmuş bir kelime veya ilgili ülkede ikincil bir anlama sahip olup olmadığına bakılmamaktadır. Bunun yerine, öncelikle işaretin herhangi bir mal/hizmetle bağlantısı olmaksızın, bir teşebbüsün mal/hizmetlerini bir başka teşebbüsün mal/hizmetlerinden ayırt etme kabiliyetini haiz olup olmadığı<sup>86</sup>, sonrasında ise markanın kullanıldığı mal/hizmetler bakımından ayırt ediciliğinin bulunup bulunmadığı değerlendirilmektedir<sup>87</sup>.

Tanınmış markalara sağlanan genişletilmiş koruma kapsamında yapılan ayırt edicilik değerlendirmesi de markanın tescilli ve tanınmışlığa sahip olduğu mal/hizmetlerle bağlantılı bir inceleme yapılmasını gerekli kılmakta, zararın tespitinde sonraki kullanımın önceki markanın tescilli olduğu ve kullanıldığı mal/hizmetleri gösterme kapasitesini etkileyip etkilemediği dikkate alınmaktadır.

Öte yandan, ayırt ediciliği zarar görebilecek nitelikteki markalar, sahip oldukları ayırt edicilik gücü sayesinde tescilli oldukları ve kullandıkları mal/hizmet gruplarından oldukça farklı mal/hizmet gruplarında dahi ön plana çıkabilmektedir<sup>88</sup>. Dolayısıyla, markanın ayırt ediciliğinin zarar görmesi bakımından gerekli olan ayırt edicilik düzeyi, markanın tescili için gerekli olan ayırt edicilik düzeyinden daha yüksektir<sup>89</sup>.

EUIPO Temyiz Kurulu da konuya ilişkin SUPERSOL kararında, markanın ihtiva ettiği “süper” ve “sol” ibarelerinin markalarda genel olarak kullanılan temel ibareler oldukları, “Supersol” markasının tescil edilebilecek düzeyde ayırt ediciliğe sahip olduğu, ancak bu ayırt edicilik düzeyinin uyumsuzluk konusu markanın ayırt ediciliğinin zarar gördüğü sonucuna varılabilmesi

---

86 Ayırt ediciliğin bu hali, “soyut ayırt edicilik” olarak ifade edilmektedir Arkan, Sabih: Marka Hukuku, C. 1, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1997, s. 74; İmirlioğlu, Dilek: Marka Hukukunda Ayırt Edicilik ve Markanın Ayırt Ediciliğinin Zedelenmesi, Ankara: Adalet, 2018, s. 21-22; Çolak, s. 26.

87 Ayırt ediciliğin bu hali, “somut ayırt edicilik” olarak ifade edilmektedir (İmirlioğlu, s. 21-22; ayrıca bkz. s. 256-258).

88 Gruson, s. 221.

89 Hasselblatt, Gordian N. (ed.): Community Trade Mark Regulation (EC) No 207/2009, A Commentary, Oxford (UK): Hart Publishing, 2015, s. 290.

bakımından yeterli olmadığı kanaatine varmıştır<sup>90</sup>. Bununla birlikte markaların, yüksek düzeyde ayırt ediciliğe sahip olduğu durumlarda AB Mahkemeleri, sadece dosyaya sunulan dolaylı delillere dayanarak markanın ayırt ediciliğinin zarar gördüğü yönünde hüküm vermek eğilimindedirler. Nitekim konuya ilişkin BOTUMAX kararında, Genel Mahkeme, önceki “BOTOX” markasının, fantastik ve hayali bir anlama sahip olması sebebiyle, sonraki “BOTUMAX” markasının kullanımının, tartışmasız bir şekilde önceki markanın ayırt ediciliğini zarara uğratacağı kanaatine varmıştır<sup>91</sup>. Benzer şekilde EUIPO da Lancôme kararında parfüm ürünleri için tescilli Lancôme şirketine ait “Ô” ibaresinin marka sahibinin ürün grubu bakımından ayırt edici niteliğe sahip olması sebebiyle, sonraki “Oh!” markasının kullanımı sonucu önceki markanın ayırt ediciliğinin zarara uğradığı sonucuna varmıştır<sup>92</sup>.

Sonuç olarak, bir işaretin marka olarak tescilinde, tescile konu markanın soyut olarak yani işaret olarak ayırt ediciliği ve somut olarak yani tescil başvurusunda bulunduğu mal/hizmet bakımından ayırt ediciliğinin incelenmektedir. Yapılan bu incelemelerde tüketici algısı dikkate alınmamaktadır. Buna karşılık, markanın ayırt ediciliğinin zarar görüp görmediğinin yönelik değerlendirmelerde, her iki tarafın da mal/hizmetleri dikkate alınmakta, bununla beraber tüketicinin markaya ilişkin algısının hem önceki hem sonraki kullanıcının mal/hizmetleri bakımından incelenmesi gerekmektedir. Dolayısıyla, markanın tescili ve ayırt ediciliğinin zarara karşı korunması bakımından gerekli ve yeterli olan ayırt edicilik düzeyleri birbirinden farklıdır.

Gerekli ve yeterli ayırt edicilik düzeyinin tespiti bakımından önem arz eden bir diğer değerlendirme, koruma bakımından

---

90 EUIPO, Decision of 22 April 2009, R-339/2008-1, SUPERSOL / supersol, para. 52.

91 Farmeco AE Dermokallyntika v. Office for Harmonisation in the Internal Market (Trade Marks and Designs) (OHIM), GC Case T-131/09, 28 October 2010 (BOTUMAX kararı), para. 99..

92 EUIPO, Decision of 08 July 2010, R 1254/2009-1, Oh! / Ô (Lancôme kararı), para. 58. “RED BULL” markasının içecek ürünleri için orijinal bir marka ve belirli bir ürün ile güçlü bir bağlantı içinde olması sebebiyle, benzer ürünlerde “RED DOG” markasının kullanılmasının markanın ayırt ediciliğinin zarar görmesine sebep olduğu yönünde bkz. UK IPO, Decision of 8 May 2009, O/121/09, RED BULL / BULLDOG, affirmed, 16 February 2010, O/068/10), para. 26.

doğuştan ayırt ediciliğın gerekli olup olmadığı, bu çerçevede sonradan kazanılan ayırt ediciliğın de koruma kapsamında kabul edilip edilemeyeceğine ilişkindir.

Sonradan ayırt edicilik kazanan marka, ilk etapta tasviri özelliklere sahip iken süreç içerisinde yapılan yatırım ve reklam harcamaları neticesinde, malı sunan veya hizmeti sağlayan teşebbüs ile ilişkilendirilir hale gelen markadır<sup>93</sup>. Doğuştan ayırt edici marka ise ilk kullanımından itibaren, işaretlediği mal/hizmet sınıfından bağımsız bir anlama sahip olan markadır<sup>94</sup>. Çoğunlukla rastgele seçilmiş veya hayali ibareleri içeren bu markaların, işaretlediklerinden başka bir ürün ile ilişkilendirilmemekte, ilişkilendirilse bile bu önemsiz düzeyde olmaktadır<sup>95</sup>. Örneğın, “Vestel” markası doğuştan ayırt ediciliğe sahiptir. Nitekim “Vestel” ibaresinin herhangi bir anlama sahip değildir ve bu durum tüketicinin markayı marka sahibi ile ilişkilendirilmesini kolaylaştırmaktadır. Buna karşılık, “Mercedes”, sıkça kullanılan bir isim olması sebebiyle, doğuştan ayırt ediciliğe sahip değil ise de bu ibareyi içeren marka 1900’lerin başından bu yana otomobil sektöründe kullanılmakla ayırt edicilik kazanmış güçlü bir markadır. Yine Mercedes’e ait olan, iki harften oluşan ve ayırt ediciliği oldukça düşük “SL” markası sonradan ayırt edicilik kazanan markalar grubunda yer almaktadır.

Konuya ilişkin olarak ABAD, Intel kararında, ayırt ediciliğın zarara karşı korunmasından faydalanabilmek için, markanın eşsiz nitelikte olmasına gerek olmadığını, ancak en azından kullanım yoluyla kazanılmış ayırt ediciliğe sahip olması gerektiğini ifade etmiş<sup>96</sup> ve fakat bu görüşüne ilişkin herhangi bir gerekçe sunmamıştır.

EUIPO ise Lemon & Soda kararında, tam tersi yönde bir yaklaşım benimsemiş ve ayırt ediciliğe zarar verilmesinin koşulu

---

93 Konuya ilişkin detaylı bilgi için bkz. EUIPO Kılavuz Kuralları, Part 5, Section C, 2.2, s. 6.

94 <https://definitions.uslegal.com/i/inherent-distinctiveness/> (Erişim Tarihi: 20.04.2020). Konuya ilişkin detaylı bilgi için bkz. EUIPO Kılavuz Kuralları, Part 5, Section C, 2.2, s. 9.

95 Hacking, John E.: “Setting the Dilution Standard Under the Federal Trademark Dilution Act”, Tulane Journal of Technology & Intellectual Property, 2003, Vol. 5, s. 126.

96 Intel kararı, para. 73. Ayrıca bkz. para. 54.

olarak, önceki markanın doğuştan güçlü bir ayırt ediciliğe sahip olmasını aramıştır<sup>97</sup>. Benzer şekilde bazı ABD Mahkemeleri de (mülga) Federal Kanun döneminde korumanın sadece doğuştan ayırt ediciliğe sahip markalar bakımından uygulanabileceği görüşündeydi<sup>98</sup>. Federal Kanun, markanın doğuştan sahip olduğu ya da sonradan kazandığı ayırt ediciliğin, markanın bilinirlik seviyesinin tespitinde dikkate alınması gerektiğini düzenlemekteydi [§ 43/c-1(A)]. Ancak Revizyon Kanunu görüşmelerinde bu yaklaşım terk edilerek, bir markanın doğuştan sahip olduğu ayırt edicilik ne kadar fazla ve marka ne kadar akılda kalıcı ise, söz konusu markanın ayırt ediciliğinin sonraki kullanımlar sebebiyle zarar görmesi ihtimalinin o denli yüksek olacağı, tam tersi önceki marka ne kadar tasviri nitelikte ise, bu markanın ayırt ediciliğinin zarar görme ihtimalinin de o denli düşük olacağı kabul edilmiştir<sup>99</sup>. Buna paralel olarak Revizyon Kanunu'nda doğuştan veya sonradan kazanılan ayırt edicilik, sadece markanın ayırt ediciliğinin zarar görüp görmediğinin tespitinde dikkate alınacak kriterler arasında sayılmıştır.

Markanın ayırt ediciliğinin zarar görmesinin sadece doğuştan ayırt ediciliğe sahip markalarla mı sınırlı olduğu, yoksa sonradan ayırt edicilik kazanan markaların da mı bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiğine ilişkin tartışmanın diğer bir boyutu da tanımlayıcı (tasviri) nitelikteki markaların ihlal kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceğine ilişkindir.

AB Hukukunda da önceki markanın ayırt ediciliğinin düşük olması durumunda ayırt ediciliğin zarara uğrama ihtimalinin de düştüğü kabul edilmektedir. Nitekim, SPA-FINDERS kararında, Genel Mahkeme, mineral suları için kullanılan önceki “SPA” markası bakımından ayırt ediciliğin zarara uğramasının söz olup olmayacağı hususunda tereddüt yaşamıştır. Zira, markayı oluşturan kelime aynı zamanda, sonraki kullanıcı tarafından sunulan su ile

---

97 EUIPO, Decision of 19 November 2007, R 38/2007-2, LEMON & SODA / LÉMON SODA, para. 26-27 (Lemon & Soda kararı).

98 Nabisco kararı, 191 F.3d 208, 216 (2d Cir. 1999).

99 Gundelfinger, Testimony, 2005 WL 408, 425.

tedavi hizmetlerine ilişkin tasviri bir anlama sahiptir<sup>100</sup>. Benzer şekilde SIGLA kararında, Genel Mahkeme, “VIP” ibaresinin “Very Important Person” (Çok Önemli Kişi) ifadesinin kısaltılmış hali olduğundan bahisle, önceki markanın ayırt ediciliğine zarar verme tehlikesinin sınırlı olduğu kanaatine varmıştır<sup>101</sup>.

Tasviri nitelikteki markaların koruma kapsamına alınması, özellikle ABD uygulamasında, sadece soyadından oluşan markaların tasviri nitelikte kabul edildiği düşünüldüğünde, daha da önemli bir hal almaktadır<sup>102</sup>. Korumanın sadece doğuştan ayırt ediciliğe sahip olan markalar bakımından uygulanması durumunda, “KRAFT”, “GALLO”, “CHRYSLER” ve “PIRELLI” gibi aslen ve sadece soyadından oluşan ve fakat bilinirliği oldukça yüksek olan bu markaların korumadan yararlanması mümkün olmayacaktır. Böyle bir kabul, Revizyon Kanunu’nda benimsenen yaklaşım ile uyumsuzdur. Zira Kanun’da markanın sahip olduğu doğuştan veya sonradan kazanılan ayırt edicilik seviyesinin, markanın sahip olduğu bilinirliğin değil, ihlal halinin tespitinde dikkate alınacak kriterler arasında sayılması da kanunkoyucunun korumayı tanımlayıcı markaları da kapsayacak şekilde genişlettiği şeklinde yorumlanabilir<sup>103</sup>.

Sonuç olarak, SMK m. 6/5 kapsamında koruma bahşedilirken bir markanın, ayırt ediciliğinin doğuştan sahip olduğu ya da sonradan kullanım yolu ile kazanılmış olup olmadığı arasında bir ayırımı gidilmeksizin, her iki tür ayırt ediciliğin de dikkate alınması gerekir. Diğer bir ifade ile, korumadan yararlanabilmek için bir markanın doğuştan ayırt ediciliğe sahip olması gerekli olmayıp, baştan tasviri bir nitelik taşımakla beraber sonradan yapılan reklam çalışmaları vasıtasıyla ayırt edicilik kazanan bir marka da korunmaya muktedirdir. Böylece baştan tasviri olmakla birlikte sonradan kullanımla yüksek düzeyde ayırt edicilik kazanan

---

100 Spa Monopole, compagnie fermière de Spa SA / NV v. Office for Harmonisation in the Internal Market (Trade Marks and Designs) (OHIM)- Spa-Finders Travel Arrangements Ltd., GC Case T-67/04, 25 May 2005, para. 44).

101 SIGLA SA v OHIM – Elleni Holding BV, GC Case T-215/03, 22 March 2007, para. 38 ve 62.

102 Lanham Kanunu § 2/e-4 (15 U.S.C.A. § 1052).

103 Luepke, s. 799.

markaların da koruma kapsamı dışında kalması önlenmiş olacaktır. Her ne kadar yaratılmış, rastgele seçilmiş veya hayali markaların, toplumun ilgili kesiminin zihninde edindikleri yerin daha sağlam olabileceği ileri sürülebilir ise de bu durum, korumanın doğuştan ayırt ediciliğe sahip markalara inhisar edilmesi için haklı bir gerekçe olarak kabul edilemez. Zira, yapılan yoğun reklam ve tanıtım faaliyetleri ile neredeyse doğuştan ayırt ediciliğe sahip bir marka ile eşdeğer düzeyde ayırt ediciliğin sağlanabilmesi mümkündür. Konuya ilişkin kararlar değerlendirildiğinde de tasviri nitelikteki markaların değerlendirme dışı bırakıldığı, markanın ayırt edicilik düzeyi ne kadar yüksek olursa, ihlalin varlığının o denli kolay ispatlanabildiği, dolayısıyla markanın ayırt ediciliğinin zarar görmesi bakımından, yüksek düzeyde bir ayırt ediciliğin arandığı sonucuna varılmaktadır.

### **SONUÇ**

Markanın ayırt ediciliğinin zarar görmesi hali, belirli düzeyde tanınmış markalara sağlanan genişletilmiş koruma kapsamında düzenlenen ihlal hallerinden biridir. İlk olarak 1920’lerde ortaya atılmış ise de geçen uzun zaman, koruma konusu “ayırt edicilik”in nasıl yorumlanması gerektiğine ilişkin netliğin sağlanması konusunda yetersiz kalmıştır.

Bu çalışmada yapılan incelemeler çerçevesinde, gerek ilgili kanuni düzenlemeler gerek söz konusu ihlal haline ilişkin doktrindeki tanımların ışığında, markanın ayırt ediciliğinin zarar görmesi hali kapsamında “ayırt edicilik”in, “tüketici nezdinde marka ile markayı taşıyan mal/hizmetler arasındaki bağlantı” şeklinde yorumlanabileceği sonucuna ulaşılmıştır.

“Ayırt edicilik”in kapsam ve sınırlarının anlaşılabilmesi bakımından benzer kavramlarla yapılan karşılaştırmalar sonucunda, markanın ayırt ediciliğinin, tüketicinin zihninde markayı taşıyan mal ve hizmetler ile marka arasındaki bağlantıya dayanmakta olduğu, bu özelliği itibarıyla, markanın tüketiciler nezdinde belirli düzeyde bilinirliğe sahip olmasını ifade eden tanınmışlıktan ve tüketicinin bir mal/hizmete ve/veya teşebbüse ilişkin olumlu düşüncelerini ifade eden itibardan (olumlu imaj) farklılaştığı sonucuna ulaşılmıştır. Ancak bu durum, bahsi geçen kavramların birbirinden tamamen

bağımsız olduğu anlamına da gelmemektedir. Zira, ayırt ediciliği yüksek bir marka, çoğu durumda aynı zamanda tanınmışlığa da sahip olmaktadır. Yine, yüksek derecede ayırt ediciliğe sahip bir markanın itibar (olumlu imaja) sahip olması da kuvvetle muhtemeldir.

Son olarak, markanın ayırt ediciliğinin zarar görmesi bakımından hem tanınmış markalara özgü bir ihlal hali olması hem taraf işaretlerine yönelik tüketici algısının dikkate alınmasından ötürü gerekli ve yeterli ayırt edicilik düzeyinin, marka tescili için gerekenden yüksek olması gerektiği, ancak eşsizlik veya doğuştan ayırt edicilik düzeyinde bir ayırt ediciliğin aranmaması, aksi halde korumanın sadece sınırlı sayıda markaya sağlanabilecek olacağı ve bunun da korumanın kapsamını oldukça daraltacağı kanaatine varılmıştır.

## **KAYNAKÇA**

1. Arkan, Sabih: Marka Hukuku, C. 1, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1997.
2. Bailey, Andrew: “Trademark Functions and Protection for Marks with Reputation”, *Journal of Intellectual Property Law and Practice*, 2013, Vol. 8, No. 11, s. 868-875.
3. Beebe, Barton: “A Defense of the New Federal Trademark Antidilution Law”, *Fordham Intellectual Property, Media & Entertainment Law Journal*, February 2006, Vol. 16, s. 1144 vd. (Defense).
4. Beebe, Barton: “The Suppressed Misappropriation Origins of Trademark Antidilution Law: The Landgericht Elberfeld’s Odol Opinion and Frank Schechter’s the Rational Basis of Trademark Protection,”, *New York University School of Law, Public Law Research Paper*, 2013, No. 13-36 s. 1-21.
5. Bently, Lionel/Sherman, Brad: *Intellectual Property Law*, Oxford (UK): Oxford University Press, 2014.
6. Bone, Robert: “Schechter’s Ideas in Historical Context and Dilution’s Rocky Road”, *Santa Clara Computer & High Technology Law Journal*, 2008, Vol. 24, No. 3, s. 469-506.
7. Bozbel, Savaş: *Fikri Mülkiyet Hukuku*, İstanbul: On İki Levha, 2015.
8. Büyükkılıç, Gül: *Tanınmış Markanın Sulandırmaya Karşı Korunması*, Oniki Levha, İstanbul 2019.
9. Callmann, Rudolf: “Unfair Competition Without Competition?”, *University of Pennsylvania Law Review*, 1947, Vol. 95, s. 443 vd.
10. Çolak, Uğur: *Türk Marka Hukuku*, 6762 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu’na Göre Hazırlanmış 4. Baskı, İstanbul: On İki Levha, 2018.
11. Dinwoodie, Graeme B.: “Dilution As Unfair Competition: European Echoes”, *Legal Research Papers*, 2013, No. 37/2013, s. 1-20.
12. Dirikkan, Hanife: *Tanınmış Markanın Korunması*, Ankara: Seçkin, 2003.
13. Fhima Simon, Ilanah: *Trade Mark Dilution in Europe and the United States*, Oxford (UK): Oxford University Press, 2011.
14. Franklyn, David J.: “Debunking Dilution Doctrine: Toward A Coherent Theory of the Anti-Free-Rider Principle in American Trademark Law”, *Hastings Law Journal*, 2004, Vol. 56, No. 1, s. 117-167.
15. Gielen, Charles: “Trademark Dilution Under European Law”, *Trademark Reporter*, May-June 2014, Vol. 104, No. 3, s. 693-730.
16. Gruson, Sebastian: *Die Verwässerungsschutzwürdige Marke*, Stämpfli 2003.

17. Hacking, John E.: "Setting the Dilution Standard Under the Federal Trademark Dilution Act", *Tulane Journal of Technology & Intellectual Property*, 2003, Vol. 5, s. 115-130.
18. Hasselblatt, Gordian N. (ed.): *Community Trade Mark Regulation (EC) No 207/2009, A Commentary*, Oxford (UK): Hart Publishing, 2015.
19. Ingerl, Reinhard/Rohnke, Christian: *Markengesetz*, 3. Auflage, München 2010.
20. İmirlioğlu, Dilek: *Marka Hukukunda Ayırt Edicilik ve Markanın Ayırt Ediciliğinin Zedelenmesi*, Ankara: Adalet, 2018.
21. Kayıhan, Şaban: "Yargıtay Kararları Işığında Tanınmış Marka", *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2003, C. 7, S. 1-2, s. 423-448.
22. Klerman, Daniel: "Trademark Dilution, Search Costs, and Naked Licensing", *Fordham Law Review*, 2006, Vol. 74, No. 4, s. 1759-1774.
23. Kur, Annette: "Die 'Notorsich Bekannte Marke' im Sinne von 6 bis PVÜ und die 'Bekannte Marke' im Sinne Der Markenrechtsrichtlinie", *GRUR*, 1994, s. 330-340.
24. Ladas, Stephen P.: *Patents, Trademarks and Related Rights: National and International Protection*, Cambridge (UK), 1975.
25. Li, Yougen: "Analysis on the Impact of the "Dilution Theory" on Ruling of Trademark Cases, Research on 100 Judgments of Well-Known Trademark Cases", *Frontiers of Law in China*, 2010, Vol. 5, No.1, s. 27-55.
26. Long, Clarissa: "Dilution", *Columbia Law Review*, June 2006, Vol. 106, No. 1029, s. 1029-1078.
27. Luepke, Marcus: "Taking Unfair Advantage or Diluting a Famous Mark: A 20/20 Perspective on the Blurred Differences Between U.S. and E.U. Dilution Law", *Trademark Reporter*, 2008, Vol. 98, No. 3, s. 789-833.
28. Martino, Tony: *Trademark Dilution*, Oxford (UK): Clarendon Press, 1996.
29. McCarthy, J. Thomas: *McCarthy on Trademarks and Unfair Competition*, 5th Edition, New York, Rochester 2017.
30. Mostert, Frederick: "Well-Known and Famous Marks- Is Harmony Possible in the Global Village?", *Trademark Reporter*, 1996, Vol. 86, No. 103, s. 103-141.
31. Mostert, Frederick: "Trademark Dilution and Confusion of Sponsorship in United States, German and English Law", *International Review of Industrial Property and Copyright Law*, 1986, Vol. 17, s. 80-95.
32. Münch, Fred: *Rufbeeinträchtigung - Rufausnutzung - Verwässerung von Marken Der Erweiterte Schutz Bekannter Marken in Frankreich und Deutschland in Rechtsvergleichender Perspektive*, Hamburg 2007.

33. Oytaç, Kutlu: *Karşılaştırmalı Markalar Hukuku*, İstanbul: Nobel, 2002.
34. Roncaglia, Pier Luigi/ Sironi, Giulio Enrico: “Trademark Functions and Protected Interests in the Decisions of The European Court of Justice”, *Trademark Reporter*, January- February 2011, Vol. 101, No. 1, s. 147-185.
35. Senftleben, Martin: “The Trademark Tower of Babel - Dilution Concepts in International, US and EC Trademark Law”, *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, February 2009, Vol. 40, No. 1 s. 45-77.
36. Schechter, Frank Isaac: “The Rational Basis of Trademark Protection”, *Harvard Law Review*, April 1927, Vol. 40, No. 6.
37. Swann, Jerre B.: “Dilution Redefined for the Year 2002”, *Trademark Reporter*, 2002, Vol. 92, s. 585 vd.
38. Tekinalp, Ünal: *Fikri Mülkiyet Hukuku*, İstanbul: Vedat, 2012.
39. Tushnet, Rebecca: “Gone in Sixty Milliseconds: Trademark Law and Cognitive Science”, *Texas Law Review*, February 2008, Vol. 86, No. 507, s. 507-568.
40. Welkowitz, David S.: “Reexamining Trademark Dilution”, *Vanderbilt Law Review*, 1991, Vol. 44, No. 3, s. 531-588.
41. Yasaman, Hamdi (Altay, Sıtkı Anlam/ Ayoğlu, Tolga/ Yusufoglu, Fülürya/ Yüksel, Sinan): *Marka Hukuku 556 sayılı KHK Şerhi*, C. 1, İstanbul: Vedat, 2004.
42. Zollner, Bernward: *Der Schutz berühmter Marken gegen Verwässerungsgefahr im Deutschen und US-Amerikanischen Recht*, Diss. Berlin, 1996.



# **KOKU MARKALARININ TESCİL EDİLEBİLİRLİĞİNE İLİŞKİN AVRUPA BİRLİĞİ VE AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ UYGULAMALARINA DAİR BİR İNCELEME**

**Av. Özlem FÜTMAN\***  
**Önder Erol ÜNSAL\*\***

## **I- GİRİŞ**

Parfümör Vedat Ozan'ın hem çok bilgilendirici hem de okuyanın koku kavramıyla ilgili algısını, anlayış ve farkındalığını değiştiren ve ufkunu genişleten son derece ilginç bir kitap serisi var. Seri, “Kokular Kitabı” adlı birinci ciltten sonra yine Kokular Kitabı ana başlığı altında Parfümler, Kültürler ve Lezzetler şeklinde dört ayrı kitaptan oluşuyor.<sup>104</sup> Birinci kitapta Vedat Ozan kokunun fizyolojisine ve psikolojisine, koku konusunda yapılmış araştırmalara, kokunun güncel yaşamımızı nasıl etkilediğine ve temel koku bilgilerine değinerek meseleye kapsamlı bir genel giriş yapıyor. Parfümler kitabında ise, adından da anlaşılacağı gibi, spesifik olarak parfüm dünyasına odaklanıyor. Kültürler isimli üçüncü kitap kokunun toplumlar ve kültürler üzerindeki etkisine, değişik toplumlarda koku kavramıyla sosyal sınıf ve statülerin nasıl

---

\* Avukat - İstanbul Barosu - ve Patent ve Marka Vekili

\*\* Sınai Mülkiyet Uzmanı, Türk Patent ve Marka Kurumu

104 Kokular Kitabı, Vedat Ozan, Everest Yayınları, 4. Basım, Kasım 2017. Kokular Kitabı II Parfümler, Vedat Ozan, Everest Yayınları 3.Basım, Mayıs 2018. Kokular Kitabı III Kültürler, Vedat Ozan, Everest Yayınları 2. Basım, Aralık 2018. Kokular Kitabı IV Lezzetler, Vedat Ozan, Everest Yayınları 2. Basım Temmuz 2019.

eşleştirildiğine, toplumların kokusal alışkanlıklarına dair farklılıklara, kokunun sanatta kullanımına vs eğiliyor. En son yayınlanan Lezzetler kitabının teması ise yiyecek-içecekler ile koku ilişkisi.

Bahsi geçen kitaplar beş duyumuzdan biri olan kokunun yaşamımızda ve algımızda nasıl bir etkisi olduğunu, kolay okunur akıcı bir dille ve derli toplu bir biçimde gösterdiği gibi, iş dünyasının koku hadisesini nasıl da ticari olarak kullandığını ve ürün satışında kokular bazında nasıl çok dallı, ama çoğu yapay segmentler oluşturduğunu da okuyucuya anlatıyor ve hatırlatıyor.

Farkında olsak da olmasak da koku yaşamımızın her alanını, karar mekanizmalarımızı ve kültürümüzü etkileyen bir unsur. Elbette bu durumun ticaretle de yakından bağlantısı bulunması hasebiyle Markalar Hukuku alanında koku markalarının kendine özgü bir kulvar açtığı izahıta varest. Örneğin, bir markaya ait tüm mağazalarda ortama aynı koku veriliyorsa, yani siz o markaya ait hangi mağazaya girerseniz girin aynı koku ile karşılaşıyorsanız ve dahi o kokuyu duyduğunuzda aklınıza bahsi geçen mağazalar geliyorsa bu durumda algıladığımız koku da mağazaların sahibine ait bir markadır diyebilir misiniz? Evet, bu da bir markadır diyorsanız, bunu tescil ettirebilir misiniz peki?

Ticari anlamda koku dediğimizde ilk akla gelen parfümler ve hatta koku “giydirilmiş” bakım-güzellik ve kozmetik ürünleri olmakla beraber, meselenin böylesine dar bir kalıp içine sığdırılamayacak kadar büyük olduğunu akılda tutmak uygun olacaktır. Kokuların, farkında olmasak da, aklımıza gelmeyecek kadar fazla türde ticari üründe kullanılıyor olması, koku kavramının fizyoloji ve psikoloji yanında pazarlama-reklam gibi değişik sektörler tarafından farklı açılardan incelenmesi sonucunu doğurmaktadır. Bu noktada elbette ki geleneksel olmayan markalar klasmanı içinde değerlendirilen koku markaları kategorisi Markalar Hukuku’nun hemen her zaman ihtilaflara konu olan bir alanını oluşturmaktadır.

Bu çalışmada Avrupa Birliği ile Amerika Birleşik Devletleri’nde, ilgili mevzuat ve içtihat hukuku çerçevesinde koku markalarının tescil edilebilir olup olmadığı, bu konuda halihazırda

kabul gören yaklaşımlar ve bu coğrafyalardaki yaklaşım farklılıkları incelenerek mesele hakkında bir perspektif oluşturulmaya çalışılacaktır.

## II- AVRUPA BİRLİĞİ UYGULAMASINDA KOKU MARKALARI

Avrupa Birliği (AB) marka mevzuatının temel çatısını oluşturan 2015/2436 sayılı AB Marka Direktifi<sup>105</sup> ve 2017/1001 sayılı Avrupa Birliği Markası Tüzüğü<sup>106</sup> hükümlerine göre bir işletmenin mal veya hizmetlerinin diğer işletmelerin mal veya hizmetlerinden ayırt edilebilmesini sağlayacak **her tür işaret sicilde gösterilebilir olmak şartıyla** marka olarak tescil edilebilir.

Sicilde gösterilebilir olma şartının anlamı; yetkili otoriteler ve kamunun, korumanın konusunu açık ve kesin biçimde belirleyebilmesini sağlayacak şekilde işaretin sicilde gösterilmesidir.

Dolayısıyla, AB marka mevzuatına göre, diğer işaretler gibi kokuların marka olabilmesinin de ön şartı koruma talebine konu olacak kokunun sicilde gösterilebilir olmasıdır. Bu noktada karşımıza çıkan soru şudur; bir koku sicilde gösterilebilir olma şartını nasıl sağlayacaktır veya hangi tip bir gösterim kokular için bu şartı yerine getirebilecektir? Sorunun yanıtı Türkiye için de önemlidir çünkü 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu da, tıpkı AB marka mevzuatı gibi, sicilde gösterilebilir olma ön şartını içermektedir.

Sicilde gösterilebilir olma şartının yerine getirilip getirilmediği incelenirken kullanılacak kriterler, AB Adalet Divanı'nın (ABAD) 12/12/2002 tarihli C-273/00 sayılı Sieckmann kararında<sup>107</sup> yer bulan işaretin “*açık, kesin, müstakil, kolaylıkla erişilebilir, anlaşılır,*

105 Bkz. Direktif madde 3; <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1506428973494&uri=CELEX:32015L2436>

106 Bkz. Tüzük madde 4; <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1506417891296&uri=CELEX:32017R1001>

107

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=767855A8084D18793A57F9035C16D6CD?text=&docid=47585&pageIndex=0&doclang=EN&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=3773079>

*kalıcı, objektif*” olması halleridir. Bir işaretin, ancak bu hususları yerine getirmesi durumunda yetkili otoriteler ve kamu açısından korumanın konusunu açık ve kesin biçimde gösterebildiği kabul edilecektir.

Teknolojinin mevcut durumunun, geleneksel olmayan marka türlerine dair çoğu gösterim biçimi dahil olmak üzere, birçok işaret tipi bakımından yukarıda sayılan Sieckmann kriterlerini yerine getirdiği kabul edilmekle birlikte, AB açısından koku markaları için halen Sieckmann kriterlerinin karşılanmadığı düşünülmektedir. Kokular, bu yazının hazırlandığı tarihte, mevcut teknolojik koşullar altında AB’de halen Sieckmann kriterlerini yerine getiremeyen işaretler olarak kabul edilmektedir ve dolayısıyla marka olarak tescil edilmeleri mümkün değildir. Örneğin, bir koku numunesi kalıcı ve sabit bulunmadığından, açıklık ve kesinlik şartlarını yerine getiremeyen bir gösterim biçimi olarak değerlendirilecektir. Buna ilaveten Marka Tüzüğüne İlişkin Yönetmelik madde 3(9), marka numunesinin sunulmasının uygun bir gösterim biçimi olmadığı yönünde düzenleme içermektedir.<sup>108</sup> Bu bağlamda, bir kokunun numunesinin gönderilmesi suretiyle sicilde gösterim şartının sağlandığının öne sürülmesi de mümkün değildir.

AB Fikri Mülkiyet Ofisi (EUIPO) marka inceleme kılavuzunun koku markalarıyla ilgili kısmında aşağıda sayılacak hallerin koku markaları açısından sicilde gösterilebilir olma şartını sağlayamadığı açık olarak belirtilmiştir<sup>109</sup>:

- Kimyasal formüller. (Kimyasal formülü ancak kimya konusunda uzmanlaşmış kişiler anlayabilecek ve bu yolla kokuyu tanıyabilecektir.)
- Kelimelerle veya şekillerle gösterim, tarif veya bunların kombinasyonları.

---

108 Article 3(9): The filing of a sample or a specimen shall not constitute a proper representation of a trade mark. [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.L\\_.2018.104.01.0037.01.ENG&toc=OJ:L:2018:104:TOC](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.L_.2018.104.01.0037.01.ENG&toc=OJ:L:2018:104:TOC)

109 <https://euipo01app.sdlproducts.com/1004922/906413/trade-mark-guidelines/2-1-----2-9-2-smell-olfactory-marks>

Bunlara ilaveten, renklerin uluslararası sınıflandırması veya müzik notaları gibi örneklerin aksine, kokuların genel kabul görmüş uluslararası bir sınıflandırması bulunmamaktadır. Bu tip bir sınıflandırmanın yokluğunda, her kokuya özel bir isim veya kod verilerek, bir kokunun objektif ve kesin biçimde ifade edilmesi de mümkün değildir.

ABAD Birinci Derece Mahkemesi tarafından 27/10/2005 tarihinde verilen T-305/04 sayılı “Olgun Çilek Kokusu” kararı<sup>110</sup> AB yargısının koku markalarına ilişkin uygulamasını ortaya koyduğu en önemli karardır. Karar aşağıda ana hatlarıyla aktarılacaktır:

Fransız “EDEN SARL” firması aşağıda görseline yer verilen “olgun çilek kokusu” olarak tanımlanmış koku markasının tescili talebiyle EUIPO’ya (o dönemdeki kısaltmasıyla OHIM) başvuruda bulunur. Başvurunun kapsamında parfümler ve kozmetikler de dahil olmak üzere 3.,16.,18. ve 25. sınıflara dahil mallar bulunmaktadır.



EUIPO başvuru, koku markasının grafik gösteriminin sağlanamaması ve ayırt edici nitelikten yoksunluk gerekçeleriyle reddeder. Karara karşı yapılan itiraz EUIPO Temyiz Kurulu tarafından başvurunun grafik gösterim koşulunu sağlamadığı gerekçesiyle reddedilir. Başvuru sahibi bu karara karşı dava açar ve dava ABAD Birinci Derece Mahkemesi’nce 27/10/2005 tarihinde T-305/04 sayılı kararla sonuçlandırılır.

Başvuru sahibi, başvurunun “çilek şeklinin çizimi” ve “olgun çilek kokusu” biçimindeki kelime tanımlamasıyla Sieckmann kriterlerini yerine getirdiğini ve dolayısıyla grafik gösterim şartını sağladığını iddia etmektedir.

---

110

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=58068&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=3775893>

Başvuru sahibi olgun çilek kokusunun bir tipten diğerine göre değişmediğini ve dolayısıyla açık, kesin ve objektif olduğunu öne sürse de, Mahkeme dosyaya sunulan delillerin bunu göstermediği görüşündedir. Davacı tarafından sunulan bir çalışmanın sonuçlarına göre değişik tip çilekler değişik tipte kokuya sahiptir. Dolayısıyla, Mahkeme'ye göre, olgun çilek kokusu tabirinin değişik tipteki çilekler arasında ayırım yapılmasına izin vermesi mümkün değildir. Bu bağlamda olgun çilek kokusu biçimindeki kelime tanımlaması açık ve kesin olmadığı gibi objektif de değildir.

Başvurudaki şekil unsuru Mahkeme'ye göre, tıpkı kelime unsurunda olduğu gibi tipi, ne şekilde koktuğu belli olmayan, yani tipleri arasındaki ayırım belli olmayan, genel bir çilek kokusunu işaret edecektir ve bu nedenle açıklık ve kesinlik şartlarını karşılamamaktadır. Buna ilaveten, başvurudaki çilek şekli, tescili talep edilen kokuyu değil varsayılan bir kokuyu yaydığı düşünülen bir meyveyi göstermektedir, bu nedenle de tescili talep edilen koku markasının grafik gösterimi olarak kabul edilmesi mümkün değildir.

Kelimelerle tanımlama ve şeklin kombinasyonunun grafik gösterim şartını karşılayıp karşılamadığı hususunda Mahkeme'nin yorumu şöyledir; her iki gösterim biçimi tek başlarına grafik gösterimi sağlamadığından, bunların kombinasyonunun da grafik gösterim şartını yerine getirdiği kabul edilemez.

Yukarıda belirtilen nedenlerle Mahkeme; olgun çilek şekli kelime tanımlamasının veya çilek şekli çiziminin veya bunların kombinasyonunun Sieckmann kriterlerinin tümünü sağlayamadığı, grafik gösterim şartının sağlandığının kabul edilmesi için Sieckmann kriterlerinin tümünün karşılanmasının gerektiği, incelenen vakada bu durumun söz konusu olmadığı gerekçeleriyle, başvurunun grafik gösterim koşulunu sağlayamadığı sonucuna ulaşmış ve davayı reddetmiştir.

ABAD kararları ve bu kararlar çerçevesinde şekillenen EUIPO uygulaması incelenirken göz ardı edilmemesi gereken en önemli husus, bu kararların tamamının artık mevzuatta yeri olmayan “grafik gösterim” kavramı üzerinden yapılan değerlendirmelere dayanmasıdır. “Grafik gösterim” şartının yerini artık “Sicilde gösterilebilir olma” şartı almıştır ve kimi alan uzmanlarına göre bu

yeni şart koku markaları bakımından eskisinden daha düşük standartların aranmasını beraberinde getirecektir. Fikri Mülkiyet dünyasının önemli internet bloglarından IPKat'te Guido Noto La Diega tarafından yayımlanmış bir yazıda bu yaklaşım dile getirilmektedir.<sup>111</sup>

La Diega'nın temel argümanı; "sicilde gösterilebilir olma" şartının "grafik gösterim" şartından daha düşük yükümlülükler getirmesi ve teknolojideki gelişmeler nedeniyle de koku markalarının AB'de artık tescil edilebilir hale geleceğidir.

2015/2436 sayılı yeni AB Marka Direktifi, yetkili otoriteler ve kamunun, korumanın konusunu açık ve kesin biçimde belirleyebilmesini sağlayacak biçimde sicilde gösterilebilir olma şartını getirmiş olsa da, Direktif'in giriş bölümünün 13. maddesinde Sieckmann kriterlerine (*işaretin "açık, kesin, müstakil, kolaylıkla erişilebilir, anlaşılır, kalıcı, objektif" olması*) halen atıfta bulunmaktadır. Buna karşın La Diega, işaretin sicilde gösterilebilir olması yönündeki yeni ifadenin temel bir yaklaşım değişikliği getirdiği ve işaretin gösterimine ilişkin "**nasıl**" sorusunun yerini "**kim**" sorusunun aldığı görüşündedir. Bir diğer deyişle, marka olabilecek işaretlerin değerlendirilmesinde Sieckmann kriterleri incelenirken, gösterimin nasıl olması gerektiği tartışmalarının yerini, gösterim biçimini yetkili otoriteler ve kamunun korumanın konusunu açık ve net biçimde belirleyip belirleyemediği tartışmaları alacaktır. Bu bağlamda, önceki dönemde Sieckmann kriterlerini karşılayamadığı düşünülen gösterim biçimleri yeni Direktifin getirdiği yaklaşım esasında sicilde gösterim şartını karşılayan işaretler olarak kabul edilebilecektir.

La Diega yeni Direktifle getirilen koşulun koku markalarına yönelik olumlu bir adım olmasına ilaveten, teknolojideki gelişmelere de işaret etmekte ve yeni teknolojilerle harmanlanacak gaz kromotografisi ve koku ekranı gibi yöntemlerin sicilde gösterim şartını sağlamak için kullanılabileceğini öne sürmektedir.

---

111 <http://ipkitten.blogspot.com/2018/01/scents-and-trade-marks-eu-reform-of.html>  
(Guido Noto La Diega, erişim Temmuz 2019)

Gaz kromatografisi, uçucu bileşenlerin ayrıştırılmasını ve analizini sağlayan eskiden beri kullanılan bir tekniktir. La Diega'ya göre, bu teknik analitik kimya araştırmalarındaki son gelişmeler ve yapay zeka ile birlikte kullanıldığında kokuların yüzde yüze yakın bir kesinlikle tanımlanabilmesini sağlayabilecektir.

Koku ekranı isimli teknoloji ise iki boyutlu bir görüntü ekranına koku dağıtımını sağlayabilecek yeni bir koku görüntüleme sistemidir. Bu sistemin geliştirilecek versiyonlarının kullanımı yoluyla koku markalarının örneklerinin oluşturulması ve tekrarlanması her birey bakımından mümkün olabilecek ve kolaylıkla erişim şartı sağlanabilecektir.

La Diega'ya göre; yeni Direktifle "nasıl" yaklaşımından "kim" yaklaşımına geçilmesi ve gaz kromatografisi, koku ekranı teknolojilerinde ve diğer araçlarda (elektronik burun, nesnelere interneti, vd.) öngörülen gelişmeler, kamunun ve yetkili otoritelerin korumanın konusunu açık ve kesin biçimde belirleyebilmesi şartının koku markaları bakımından sağlanmasını ilerleyen günlerde mümkün kılacaktır.

Kokuların ticari değeri ve henüz tam anlamıyla kullanıl(a)mamış potansiyeli düşünüldüğünde, ticaret erbabının kokuları tescille koruma altına alarak hak elde etmeye yönelik bitip tükenmez arzusunu anlamlandırmak kolaydır. Günümüz kabulleri çerçevesinde AB Markalar Hukuku'nun koku markalarına tescil yolunu kapatmış olması hak talep edenleri alternatif koruma arayışlarına yöneltmektedir. Çalışmamızın konusu kokuların marka olarak tesciliyse de, kokuların telif hakkıyla korunabileceği yönündeki argümanlar ile bu konuda verilmiş bazı kararlara kısaca değinilmemesi halinde yazının eksik kalacağını düşünmekteyiz. Her ne kadar günümüzde parfüm endüstrisinde liderlik bayrağını başka ülkelerle paylaşıyor olsa bile yine de ağırlığını ciddi biçimde sürdüren ve parfüm-kokular üzerine devasa bir sektör inşa etmiş olan Fransa'nın durduğu nokta kanaatimizce önem taşımaktadır. O sebeple bu coğrafyada verilen bazı önemli kararlardan bahsetmek uygun olacaktır.

1970'lerde parfüm üreticisi De Laire sipariş üzerine ünlü Rochas şirketi için birçok parfüm numunesi üretir ve bu

numunelerden bir ikisini seçip karar verebilmesi için Rochas'a teslim eder. Rochas teslim edilen numunelerin hiçbirini için üretim siparişi vermez, ancak akabinde piyasaya (yeni) bir parfüm sürer. Bunun üzerine De Laire, Rochas'a dava açarak telif hakkı ihlali iddiasında bulunur. Fransız Mahkemesi parfümlerin ancak patentle korunabileceğini, ayrıca bu ürünlerin koklayanın subjektif değerlendirmesine tabi olduğunu ve dahi telifle korunabilecek yaratıcılıkta olmadığını belirterek davayı reddeder; karar onanarak kesinleşir.<sup>112</sup>

Aradan yaklaşık 30 yıl geçtikten sonra ünlü modacı Thierry Mugler yerleşik bir parfüm üreticisi olan Molinard'ı Angel markalı parfümünün taklidini yaparak kendisinin telif hakkını ihlal ettiği gerekçesiyle dava eder. Davalı Molinard savunmasında, yukarıda bahsi geçen, Rochas kararına dayanır ve parfümlerin telifle korunan eser vasfında olmadığını iddia eder. Lakin bu kez, Rochas kararının aksine, 1999 tarihli *Mugler v Molinard*<sup>113</sup> dosyasında Fransız Mahkemesi davayı kabul ederek ortada bir telif hakkı ihlali olduğuna hükmeder.

2000'li yıllara gelindiğinde Avrupa'da parfüm sektöründe telif hakkı ihlali yönünden de görülen iki önemli dava dikkati çeker. Bunlardan birisi Fransa'da L'oreal şirketinin Belçika menşeli Bellure şirketi aleyhine açtığı telif hakkı ihlali talepli dava iken<sup>114</sup>, diğeri ise yine bir L'oreal şirketi olan Lancome'un Kecofa aleyhine aynı gerekçeyle Hollanda'da açtığı davadır<sup>115</sup>. Her iki dava da davacılar lehine sonuçlanmıştır. Hollanda'da görülen *Lancome/Kecofa* kararının İngilizce çevirisine erişememekle beraber bu karar hakkında Margreet Groenenboom'un değerlendirmesi<sup>116</sup> esas alınarak (çoğunlukla tercüme edilerek) aşağıda paylaşılmaktadır:

112 Rochas v. de Laire, Paris Bölge Temyiz Mahkemesi, 4e ch.,3 Temmuz 1975, Gaz. Pal. 1976.

113 Mugler v. Molinard, Paris Ticaret Mahkemesi, 15e ch.,24 Eylül 1999, Gaz. Pal. 2001, 17-18.01,

114 Bellure v. L'Oréal, Paris Bölge Temyiz Mahkemesi, 4e ch. A, 25 Ocak 2006, D. 2006, at 580, J. Daleau, aff'g Bellure v. L'Oréal, Paris, 26 Mayıs 2004, D. 2004, at 2641.

115 NL: HR: 2006: AU8940, 16 Haziran 2006.

116 <http://merlin.obs.coe.int/iris/2006/7/article27.en.html>

“Davada, davacı Lancome, Kecofa firmasını diğer iddialarının yanısıra ünlü “Trésor” parfümüne ilişkin telif hakkına tecavüz ile de suçlamaktadır.

Hollanda Yüksek Mahkemesi, 2006 yılında verdiği kararla Hertogenbosch Temyiz Mahkemesi'nin kararını onayarak, bir parfüm kokusunun telif hakkıyla korunabileceği yönünde görüş bildirmiştir. Karara göre, bir parfüm kokusuna ilişkin olarak telif hakkı korumasının ortaya çıkabilmesi için kokunun orijinal olması gereklidir. Buna ilaveten korunan husus kokunun kaynaklandığı sıvı değil, kokunun kendisi olacaktır. Hollanda Telif Hakkı Yasası'nın tüm hükümlerinin kokulara uygulanabilir olmaması, bir kokunun yaratıcısının taklitlere karşı telif hakkı korumasını öne sürmesini engellememelidir. Ayrıca, bir parfümün belirli bir koku geleneği veya stili içine girmesi onun telif hakkı korumasından dışlamayacaktır.

Yüksek Mahkeme, Temyiz Mahkemesi'nin Lancome tarafından sunulan fizikokimyasal bir rapora dayanarak verdiği, Kecofa'nın “FemaleTreasure” isimli parfümünün Lancome'un “Trésor” parfümünün telif haklarının ihlali olduğu yönündeki tespiti de onaylamıştır. Belirtilen fizikokimyasal raporda her iki kokunun bileşenleri karşılaştırılmış ve “Trésor” parfümünün 26 koku bileşeninden 24'ünün aynısının “FemaleTreasure” parfümünde de yer aldığı tespit edilmiştir. Bu çerçevede raporu hazırlayanlar bu durumun bir tesadüf olamayacağı görüşüne ulaşmıştır. Raportörlere göre, her iki parfümün 24 koku bileşenini ortak olarak içermesi piyangoyu 100 yıl boyunca her gün kazanma olasılığına benzemektedir. Kecofa, Temyiz Mahkemesi'nin bu rapora dayanmasına Yüksek Mahkeme önünde itiraz etse de, Yüksek Mahkeme söz konusu rapora dayanılmasını yerinde bulmuş ve Kecofa'nın bu yöndeki itirazlarını Temyiz Mahkemesi önünde yapmış olması gerektiğini belirtmiştir.”

### **III- AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ UYGULAMASINDA KOKU MARKALARI**

Amerika Birleşik Devletleri (A.B.D) Federal Marka Kanunu, Lanham Act, Bölüm 45, 15 U.S.C. § 1127 markayı “ birinin mallarını veya hizmetlerini başkalarının mal veya hizmetlerinden

ayrıt etmeye yarayan ve bunların ticari kaynağını gösteren *her türlü* kelime, isim, sembol veya *şekil* veya bunların kombinasyonu” olarak tanımlanmaktadır.

İşte koku, tat gibi geleneksel olmayan markalar da kaynağını yukarıdaki tanımlamada yer alan “şekil” (device) kelimesinde bulmaktadır. Kanuni tanımlamada geçen “şekil” ibaresi Amerikan Mahkemeleri’nce sözlük anlamından çok daha geniş biçimde değerlendirilerek geleneksel olmayan markaları da kapsar biçimde yorumlanmıştır. Lanham Act’e uygun olarak A.B.D. Patent ve Marka Ofisi (USPTO) uygulaması uyarınca da “kelimeler, isimler, semboller, şekiller veya bunların kombinasyonları” malların veya hizmetlerin ticari kaynağını gösterebilme fonksiyonunu yerine getirdikleri takdirde tescil edilebilecektir.

Hayatın bir çok alanında Eski Kıta ile Yeni Dünya arasında var olan yaklaşım farklılığı koku markaları konusunda da kendini göstermektedir. A.B.D’de koku markalarının tescil edilebilirliğine engel bir hüküm bulunmadığı gibi, AB’nin aksine, koku markalarının tescil edilmesi için sicilde gösterilebilir olma veya grafik gösterim gibi şartlar da aranmamaktadır. Bir diğer anlatımla, A.B.D’de sadece kokudan oluşan markaların bir şekille gösterimi zorunluluğu yoktur ve görsel olmayan markanın detaylı bir tarifnamesinin sunulması yeterlidir.

Ancak yukarıda işaret edilen hususlar A.B.D’de koku markalarının tescili konusunda sınırsız bir özgürlük olduğu anlamına da gelmemektedir. USPTO Marka İnceleme Kılavuzu’nun “Kokular veya Tatlar” başlıklı 1202.13 sayılı bölümünde bir ürünün kokusu fonksiyonellik içermiyorsa marka olarak tescil edilebilir denmektedir.<sup>117</sup>Bir diğer anlatımla koku markası başvurularının tescil edilebilmesi konusunda başvuru sahibinin geçmesi gereken en önemli test başvuruya konu kokunun fonksiyonel olup olmadığı, sonrasında da kullanımla ayrıt edicilik kazanıp kazanmadığıdır. Bu noktada hemen belirtelim ki, USPTO Marka İnceleme Kılavuzu’nda

---

117

<https://tmap.uspto.gov/RDMS/TMAP/current#/result/TMAP-1200d1e2882.html?q=scent&ccb=on&ncb=off&icb=off&fcb=off&ver=current&syn=adj&results=compact&sort=relevance&cnt=10>

bir parfümün veya hava temizleyicinin kokusu gibi kokular fonksiyoneldir ve tescile konu edilemez denmiştir.

A.B.D’de ilk koku markası 1990 yılında tescil edilmiştir.<sup>118</sup> Başvuru sahibi “dikiş iplikleri ve nakış iplikleri” (sewing thread and embroidery yarn) emtiasında kullanmak üzere tescil ettirmek istediği koku markasını şu şekilde tanımlamıştır: "Yüksek etkili, taze, plumeria çiçeğini hatırlatan floral bir koku". USPTO nezdinde dosyayı inceleyen uzman başvuruyu reddederken; fonksiyonel değilse koku markalarının tescil edilebilmesi için ortada kanuni bir engel bulunmadığını belirtmekle beraber, başvuruya konu kokuyu başvuru sahibinin dikiş ve nakış ipliklerinde duyan/duyumsayan tüketicilerin burada ürünlerin kaynağının başvuru sahibi olduğunu düşünmeyecekleri gerekçesiyle başvurunun reddine karar vermiştir. Bu ret kararına karşı başvuru sahibi son derece kapsamlı biçimde hazırlanmış ve ciddi sayıda delille desteklenmiş bir dosyayla itirazda bulunmuştur. Neticeten dosya USPTO Trademark Trial and Appeal Board (TTAB), yani USPTO Temyiz Kurulu önüne gittiğinde itirazın kabulüne ve markanın tesciline karar verilmiştir.

Clarke dosyasında başvuru sahibi lehine karar verirken TTAB şu hususlara özellikle vurgu yapmıştır:

- i. Başvuru sahibi piyasada kokulu dikiş ve nakış iplikleri satan yegane kişidir.
- ii. İpliklerin doğal yapısında koku mevcut değildir, bu özelliği onlara katan başvuru sahibidir.
- iii. Başvuru sahibi bu koku özelliğini reklam ve promosyonlarla duyurmuştur.
- iv. Başvuru sahibi tüketicilerin ürünleri satın alırken ürünlerdeki kokunun kaynağı olarak kendisini tanıdıklarını ispat etmiştir.

Başvuru sahibi TTAB’ye yaptığı temyiz başvurusunda ayrıca şu hususu net bir biçimde ifade etmiştir; başvuru sahibi kokulu iplik üretme/satma konusunda tekel oluşturmak gibi bir gaye içerisinde

---

118 In re Celia, dba Clarke’s Osewez, 17 USPQ2d 1238 (TTAB 1990)

değildir ve başkalarının da, kendisinin başvurduğu kokudan farklı olmak kaydıyla, kokulu iplikler üretmesi fikrine saygı duymaktadır.

TTAB konu koku markasının tesciline izin vermiştir, ancak bu kararda yapılan değerlendirmelerin de normalde kokulu olarak sunulmayan veya kokulu olmaları beklenmeyen ürünlere ilişkin olduğunun özellikle altını çizmiştir.

Başvuru sahibi lehine verilen kararda “sadece Amerika’da olur” diye düşünmemize sebep olan ve bizi gülümseten ufak bir detayı da belirtmeden geçemeyeceğiz; bunun ilk koku markası tescili olmasından dolayı TTAB kararında esprili bir biçimde “tescil belgesi kazı-kokla biçiminde hazırlanmayacaktır” diyerek marka için verilecek tescil belgesinin kokmayacağını /kokulandırılmayacağını işaret etmiştir(!).

Her ne kadar Clarke kararı koku markaları için bir yol açmış olsa da, fonksiyonellik bariyeri ve kullanımla ayırt ediciliğin ispatında ciddi ve güçlü deliller sunulmasına yönelik talepten dolayı A.B.D’de de halen sınırlı sayıda koku markası başvurusu ile karşılaşılmaktadır. Clarke’dan sonra USPTO nezdinde aşağıdaki koku markaları da tescil edilmiştir;

- i. Sentetik yağlar için 26/06/2001 tarih ve 2,463,044 tescil numaralı kiraz kokusu tescili.
- ii. Ayakkabılar, sandallar, flipflop terlikler ve flipflop çantalar için 16/06/2015 tarih ve 4,754,435 tescil numaralı sakız kokusu tescili.

Ancak bu arada bazı koku markası tescil başvuruları da reddedilmiştir elbette. Reddedilen markalardan en bilinen ve içtihat oluşturarı “nane kokusu” başvurusudur. Pohl-Boskamp GmbH & Co. KG” firması, 2010 yılında USPTO’ya “bahçe nanesi kokusu” (peppermint scent) olarak tanımlanan kokunun “İlaçlar, yani nitroglicerinin tıbbi formülasyonları” için marka olarak tescil edilmesi talebiyle başvuruda bulunur. Başvuruyu inceleyen USPTO uzmanı, başvuruyu konu kokunun markanın kaynak gösterme işlevini yerine getirmediği, yani ayırt ediciliğe sahip olmadığı gerekçesiyle reddeder. Başvuru sahibi karara itiraz eder ve itiraz TTAB tarafından incelenir. TTAB 25/02/2013 tarihinde verdiği

kararda başvuruyu reddeden uzman ile aynı görüşü paylaşır, yani başvurunun reddine dair kararı doğru bulur<sup>119</sup>

Başvuru kapsamında bulunan ve başvuru sahibince kullanılan mallar “Nitrolingual Pompalı Sprey” olup, spreyli bir şişe içerisinde piyasaya sürülen bir nitrogliserin formülasyonudur. Ürün, anjin hastalığının akut tedavisinde kullanım amaçlıdır ve spreyin hastanın diline uygulanması yoluyla kullanılmaktadır. TTAB kararında koku markalarının A.B.D.’deki tescil edilebilirliği hususunu içtihat çerçevesinde açıklayıp önceki kararlara da referans verdikten sonra koku markalarının ürün tasarımlarından oluşan markalara uygulanan kriterlerle aynı düzlemde değerlendirilebileceği görüşünü ifade etmiştir; *“Tatlar, marka olarak algılanmaktan ziyade, tıpkı renk ve kokular da olduğu gibi, ürünlerin bir özelliği olarak görüldüğünden, hiçbir zaman kendiliğinden ayırt edici niteliğe sahip olamazlar.”* Esasen TTAB bu ifadesiyle ürün tasarımlarına ilişkin içtihadı takip etmektedir: *“Ürün tasarımlarında, tıpkı renklerde olduğu gibi, şekli kaynakla özdeşleştirme yönündeki tüketici eğiliminin ortaya çıkmadığını düşünüyoruz. Tüketiciler neredeyse her durumda, en sıradışı ürün tasarımlarının dahi (örneğin penguen biçiminde bir kokteyl karıştırıcı), kaynak gösterme amacıyla değil, ürünü daha kullanışlı veya cazibeli hale getirme niyetiyle oluşturulduğunun farkındadır.”*<sup>120</sup>

TTAB’ye göre *“Önümüzdeki kritik soru, tüketicilerin kokuyu kaynak gösteren bir unsur olarak mı yoksa başvuru sahibinin farmasötik ürününün fiziksel bir özelliği olarak mı algılayacağıdır. Wal-Mart kararında yer alan kural ve bunun dayandığı mantık, incelenen vakaya doğrudan ve etkili biçimde uygulanabilecek içeriktedir.”*

TTAB’ye göre bir tat veya kokunun marka işlevini yerine getirebilmesi için kullanım sonucu kazanılmış ayırt ediciliğin güçlü biçimde gösterilmesi şarttır. Bunun ötesinde kullanım sonucu kazanılmış ayırt ediciliğin ispatlanabilmesi için gerekli olan kanıtlar, inceleme konusu markanın ayırt edici nitelikten yoksunluğunun

119 <http://ttabvue.uspto.gov/ttabvue/ttabvue-85007428-EXA-11.pdf>

120 Wal-Mart Stores, Inc. v. Samara Brothers, 529 U.S. 205, 54 USPQ2d 1065, 1069 (2000)

derecesiyle orantılıdır. Bu çerçevede başvuru sahibi kullanım sonucu kazanılmış ayırt ediciliği oldukça güçlü biçimde ispatlamak zorunluluğu altındadır.

Başvuru sahibinin kullanıma ilişkin olarak sunduğu delilleri tek tek ve detaylı biçimde değerlendiren TTAB bunların kullanım sonucu kazanılmış ayırt ediciliği ispatlamak için yeterli olmadığı sonucuna ulaşır.

Özetle TTAB'ye göre, tüketiciler kokuları ürünün kaynağıyla özdeşleştirme eğiliminde değillerdir, dahası ve aksine tüketiciler kokuları esasen ürünün bir özelliği olarak algılama eğilimindedirler. Tüketicilerin kokuları kaynak gösterir biçimde algıladıklarını gösterebilmek için başvuru sahibi yukarıda belirtilen engellerin pazarlama çalışmaları ile ortadan kaldırdığını oldukça güçlü ve somut delillerle ispatlamak yükümlülüğündedir. Nane kokusu vakasında, başvuru sahibi bu tip güçlü kanıtlar sunarak kullanım sonucu kazanılmış ayırt ediciliği ispatlayamamıştır, dolayısıyla Kurul başvuru sahibinin koku markasının ticari kaynak gösterme işlevine sahip olmadığı sonucuna varır ve başvurunun reddine dair verilmiş olan kararı yerinde bulur.

Nane kokusu diye bilinen ve yukarıda ana hatlarıyla bahsedilen karardan sonra koku markaları konusunda verilmiş en önemli ve güncel karar ise PLAY-DOH kararıdır.<sup>121</sup> PLAY-DOH, Hasbro Inc. (Rhode Island Cooperation) şirketi tarafından üretilen bir oyun hamurudur ve bu oyun hamuru, eminiz ki bu yazıyı okuyan sayısız kişinin çocukluğundan hatırladığı, bir kokuya sahiptir. Hasbro şirketi 14/07/2017 tarihinde PLAY-DOH markasıyla üretilen oyun hamurunun kokusunun tescili için USPTO nezdinde başvuruda bulunur. Başvuru 28.sınıfta “oyun hamuru” emtiası için yapılmıştır ve başvuru koku şu şekilde tanımlanmıştır:

*“Unique scent formed through the combination of a sweet, slightly musky, vanilla-like fragrance, with slight overtones of cherry, and the natural smell of a salted, wheat-based dough.” (Tatlı, hafif miskimsi, vanilya benzeri rayihali, hafifçe kirazı anımsatan bir*

---

121 <http://tsdr.uspto.gov/documentviewer?caseId=sn87335817&docId=OOA20170526142952#docIndex=10&page=1>

*koku ile tuzlu, buğday esaslı hamurun doğal kokusunun kombinasyonundan oluşan benzersiz bir koku)*

Başvurunun yapılması esnasında Hasbro, PLAY-DOH markalı bir adet ürün örneği ile başvuru konusu kokuya haiz oyun hamurlarının çok uzun süredir piyasada bulunduğu dair bir takım delilleri de dosyaya sunar. Buna rağmen başvuruyu inceleyen USPTO uzmanı tescil talebini aşağıdaki dört gerekçeyle reddeder:

- i. Ayırt edicilikten yoksunluk.
- ii. Kullanımla kazanılmış ayırt ediciliğin ispatı için halihazırda sunulmuş delillerin yetersizliği.
- iii. Başvuruya konu mallara ilişkin bilgi sorulmasına dair talepler.
- iv. Koku markasının tarifinde değişiklik yapılması.

Uzman ret kararını verirken, piyasada başka kokulu oyun hamurları bulunduğu dair görselleri de kararına ekleyerek başvuru sahibine gönderir.

Uzman, yukarıdaki (i) gerekçesinde, o esnada kullanıma ilişkin dosyada mevcut deliller çerçevesinde, başvuru sahibini ana sicil yerine ek sicile tescil yaptırmaya da davet eder. Uzmana göre oyun hamurlarına koku eklenmesi pazarda ayırt edicilik sağlayan bir unsur değildir ve tüketiciler başvuru sahibinin ürünü ile karşılaştığında bunu muhtemelen bir kaynak göstergesi olarak değil malların tesadüfi bir özelliği olarak algılayacaklardır. Nitekim piyasada birçok başkaca kokulu oyun hamuru da mevcuttur zaten.

Yukarıda (ii) altında belirtilen ret gerekçesi konusunda Uzmanın belirttiği hususlar genel hatlarıyla şöyledir:

- Başvuru sahibi konu kokunun tüketiciler tarafından marka olarak algılandığını ispat etmelidir ve bu konuda ispat yükü başvuru sahibinin üzerindedir.
- Kullanımla kazanılmış ayırt ediciliğin ispat edilmesi için ciddi-önemli miktarda güçlü deliller sunulması gerekmektedir.
- Kullanımla ayırt edicilik kazanıldığının kabulü için içtihat hukuku ile belirlenmiş faktörlerin tümünün birden ispatı

gereklidir. Yoksa, başvuru sahibinin yaptığı gibi, çok uzun zamandır piyasada var olduğunun ispatı tek başına yeterli değildir.

(iii) başlıklı ret gerekçesi altında uzman Hasbro'nun oyun hamurları konusunda birçok hususu açıklamasını talep etmiş ve başvuru sahibine 15 adet soru ve talep yöneltmiştir. Uzmanın sorduğu hususlardan ve taleplerinden bazıları şöyledir: Başvuruya konu koku veya bunun herhangi bir özelliği tasarım- faydalı model ve/veya patent başvurusuna/tesciline konu olmuş mudur, başvuru konusu kokunun tanıtımını yapan veya ona referansta bulunan reklam veya promosyon malzemeleri nelerdir, başvuru konusu kokunun içeriğinin alternatif kompozisyonları var mıdır ve bu alternatif kompozisyonlar eşit derecede etkili ve rekabetçi midir, bu kokunun içeriği oyun hamurunda doğal olarak bulunmakta mıdır yoksa başvuru sahibi bu içerikleri ürüne kendisi mi eklemektedir, başvuru sahibi eğer katkı maddesi eklediyse bu katkı maddesi olmadan ürünün verdiği kokunun tanımı yapılmalıdır veya ürünün o halinden bir numune dosyaya ibraz edilmelidir, başvuruya konu koku diğer kokulara kıyasla ürüne işlevsel avantaj sağlamakta mıdır?

(iv) başlıklı ret gerekçesinde uzman başvuruya konu koku tarifinin aşağıdaki biçimde değiştirilmesini tavsiye etmiştir:

*“The mark is a scent of a sweet, slightly musky, vanilla fragrance, with slight overtones of cherry, combined with the smell of a salted, wheat-based dough.” (Marka; tuzlu, buğday esaslı hamurun doğal kokusunun tatlı, hafif miskimsi, vanilya rayıhalı, hafifçe kirazı anımsatan bir koku ile birleştirilmesinden oluşmuş bir kokudur.)*

Derhal belirtelim ki, başvuru sahibi karara karşı verdiği cevapta kokunun tarifini uzmanın önerdiği biçimde değiştirmeyi kabul etmiştir.

Sair ret gerekçeleri konusunda ise başvuru sahibi kendisinden talep olunan tüm hususları dosyaya güçlü deliller sunarak ispat etmiş ve gerekli açıklamaları da yapmıştır. Dosyaya sunulan yazılı delilleri ve açıklamaları inceleyen USPTO uzmanı başvuru konusu kokunun ayırt edici olduğu ve tüketicilerce ticari kaynak gösteren bir koku

olarak algılandığı konusunda ikna olarak başvurunun tescil edilmesi yönünde karar vermiştir. Neticeten Hasbro adına yapılan PLAY-DOH oyun hamuru kokusu 5,467, 089 numarasıyla USPTO nezdinde tescil edilmiştir.

#### **IV- SONUÇ**

Kokunun subjektif doğasından ve zamana müteallik olarak değişebilir olmasından dolayı, bugünkü mevcut teknolojiler çerçevesinde, AB'nin koku markalarına ilişkin başvurulara tescil yolunu açması halihazırda pek mümkün görünmemektedir. Her ne kadar AB'de grafik gösterim şartı yeni mevzuat ile kaldırılmış olsa ve yukarıda ifade ettiğimiz gibi aksi yönde görüşler mevcut olsa da, bu mevzuat değişikliğinin doğrudan koku markalarının tescil edilmesinin önünü açtığını söylemek için henüz erkendir.

A.B.D'de ise koku markalarının tescili konusunda yasal veya içtihat yönünden bir engel mevcut olmamakla beraber, fonksiyonellik doktrini adeta Demokles'in Kılıcı gibi başvuru sahiplerinin başının üzerinde sallanmaktadır. Bunun yanında kullanımla ayırt ediciliğin sağlandığının ispatına dair koyulmuş olan çıtanın yüksekliği başvuru yapmak isteyenleri ürkütmektedir. Tüm bu hususların mevcudiyeti A.B.D'de koku markası başvurularının bir elin parmaklarını geçmemesi neticesini doğurmaktadır.

Kokunun ürün satışlarının artmasındaki yadsınamaz pozitif etkisi göz önüne alındığında, önümüzdeki zamanlarda her halükarda yeni koku markası ihtilaflarına hazır olmamız gerektiği ise kanaatimizce ortadadır.

## KAYNAKÇA

- 1- Kokular Kitabı, Vedat Ozan, Everest Yayınları, 4. Basım, Kasım 2017. Kokular Kitabı II Parfümler, Vedat Ozan, Everest Yayınları 3.Basım, Mayıs 2018. Kokular Kitabı III Kültürler, Vedat Ozan, Everest Yayınları 2. Basım, Aralık 2018. Kokular Kitabı IV Lezzetler, Vedat Ozan, Everest Yayınları 2. Basım Temmuz 2019.
- 2- Bkz. Direktif madde 3;<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1506428973494&uri=CELEX:32015L2436>
- 3- Bkz. Tüzük madde 4; <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1506417891296&uri=CELEX:32017R1001>
- 4- <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=767855A8084D18793A57F9035C16D6CD?text=&docid=47585&pageIndex=0&doclang=EN&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=3773079>
- 5- Article 3(9): The filing of a sample or a specimen shall not constitute a proper representation of a trade mark. [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.L\\_.2018.104.01.0037.01.ENG&toc=OJ:L:2018:104:TOC](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.L_.2018.104.01.0037.01.ENG&toc=OJ:L:2018:104:TOC)
- 6- <https://euipo01app.sdlproducts.com/1004922/906413/trade-mark-guidelines/2-1-2-9-2-smell-olfactory-marks>
- 7- <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=58068&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=3775893>
- 8- <http://ipkitten.blogspot.com/2018/01/scents-and-trade-marks-eu-reform-of.html> (Guido Noto La Diega, erişim Temmuz 2019)
- 9- Rochas v. de Laire, Paris Bölge Temyiz Mahkemesi, 4e ch.,3 Temmuz 1975, Gaz. Pal. 1976.
- 10- Mugler v. Molinard, Paris Ticaret Mahkemesi, 15e ch.,24 Eylül 1999, Gaz. Pal. 2001, 17-18.01,
- 11- Bellure v. L'Oréal, Paris Bölge Temyiz Mahkemesi, 4e ch. A, 25 Ocak 2006, D. 2006, at 580, J. Daleau, aff'g Bellure v. L'Oréal, Paris, 26 Mayıs 2004, D. 2004, at 2641.
- 12- NL: HR: 2006: AU8940, 16 Haziran 2006.
- 13- <http://merlin.obs.coe.int/iris/2006/7/article27.en.html>
- 14- <https://tmep.uspto.gov/RDMS/TMEP/current#/result/TMEP-1200d1e2882.html?q=scent&ccb=on&ncb=off&icb=off&fcb=off&ver=current&syn=adj&results=compact&sort=relevance&cnt=10>
- 15- In re Celia, dba Clarke's Osewez, 17 USPQ2d 1238 (TTAB 1990)
- 16- <http://ttabvue.uspto.gov/ttabvue/ttabvue-85007428-EXA-11.pdf>

- 17- Wal-Mart Stores, Inc. v. Samara Brothers, 529 U.S. 205, 54 USPQ2d 1065, 1069 (2000)
- 18- <http://tsdr.uspto.gov/documentviewer?caseId=sn87335817&docId=OOA20170526142952#docIndex=10&page=1>

## FSEK VE SMK KAPSAMINDA ARABULUCUK

Dr. Öğretim Üyesi R. Eda Giray\*

### I. GİRİŞ

2019 tarihinde Kadir Has Üniversitesi bünyesinde düzenlenen “*Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk*” konulu sempozyumda sunulan Fikri Mülkiyet Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk isimli tebliği, önemine binaen İstanbul Barosu Fikri ve Sınai Haklar Komisyonu bünyesindeki bu eserde de yayınlanmasını istedik. “Ticari Uyuşmazlıklar” niteliği itibariyle çoğu zaman, birçok uyuşmazlığın iç içe geçtiği, karışık bir yapıdadır. Her ne kadar Fikri Mülkiyet Uyuşmazlıkları TTK md. 4 gereğince mutlak ticari dava olarak nitelendiriliyor olsa da Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu ve Sınai Mülkiyet Kanunu’nda yer alan özel düzenlemeler nedeniyle konunun özel olarak ele alınması gerekmektedir. Bu konunun arabuluculuk kapsamındaki diğer bir özelliği ise, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu ve Sınai Mülkiyet Kanunu kapsamından doğan uyuşmazlıkların arabuluculuğa en elverişli uyuşmazlık türleri arasında olmasıdır. Hatta dava şartı olmadan önceki arabuluculuk istatistikleri incelendiğinde, örneğin 2016 yılına ilişkin istatistiklerde, FSEK telif haklarından doğan uyuşmazlıkların ihtiyari arabuluculuk yoluyla anlaşma ile çözümlenen uyuşmazlık türlerinde ikinci sırada yer aldığı görülmektedir. Birincisi ise malum olduğu üzere, işçi-işveren uyuşmazlıklarıydı. Telif uyuşmazlıklarında arabuluculuğun bu kadar yaygın olmasını sağlayan ise şüphesiz meslek birliklerinin

---

\* Marmara Üniversitesi Adalet MYO – Ticaret Hukuku; Öğretim Üyesi

uyuşmazlıkları arabuluculukla çözmek için ciddi emek sarf etmeleridir.



Ticaret Kanunu md. 4/d bendinde, fikri mülkiyet hukukuna dair mevzuattan doğan uyuşmazlıklar mutlak ticari davalar arasında sayılmıştır. Madde gerekçesinde de fikri mülkiyet hukukuna dair mevzuat çok geniş olarak “*fikir ve sanat eserlerine, markalara, patentlere, faydalı modellere, endüstriyel tasarımlara, coğrafi ad ve işaretlere, bitki çeşitleri ve ıslah haklarına, elektronik devrelerin topografyalarına, açıklanmamış bilgilere ilişkin mevzuat*” olarak belirtilmiştir. Bu mevzuattan doğan uyuşmazlıklar TTK md. 5/A’da belirtilen şartları taşımakla dava şartı arabuluculuk kapsamında olup 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu (“HUKAK”) md. 1 kapsamında arabuluculukla çözülebilecektir. Böylelikle karşımıza çok geniş bir uyuşmazlık alanı çıkmaktadır. Konuya ilişkin sözleşmeden doğan uyuşmazlıklar, alacak davaları, tecavüz davaları, tazminat davaları, haksız rekabet davaları örnek olarak verilebilir. Uyuşmazlıkların geniş bir kapsamda olmasının yanında, fikri mülkiyet uyuşmazlıkları nitelikleri itibarıyla arabuluculuğa en yakın alanlardan biridir. Konuya ilişkin mevzuat çeşitliliği dikkate alındığında sadece kişiler arasında değil, ülkeler arasında da ciddi ihtilaflara konu olmaktadır. Özellikle büyük ölçekli davalarda, mahkemelerde dava açmak yerine alternatif çözüm yöntemleri olan tahkimin ve arabuluculuğun tercih edildiğini görülmektedir. Demek ki burada özellikle istenen ve talep edilen, kendi iradesini ortaya koyma arzusu, gizlilik ve tarafsızlıktır. Özellikle yargı sürecindeki belirsizliğin ve hakimnin iradesinin yerine, arabuluculukta tarafların kendi iradelerinin ön planda olması;

tahkimde ise kısa sürede, gizli olarak uzman tarafından uyuşmazlığın çözümü tarafları tatmin etmektedir.

## **II. FİKİR VE SANAT ESERLERİ KANUNU'NDAN DOĞAN UYUŞMAZLIKLARDA ARABULUCULUK**

FSEK'den doğan uyuşmazlıklar TTK md. 4 kapsamında ifade edilen fikri mülkiyet hukukuna ilişkin mevzuatlardan biri olması ve buradan yola çıkarak TTK md. 5/A bendindeki şartların oluşması ile mutlak ticari dava olarak sayılabileceği düşünülebilecek ise de TTK md. 4/son cümlesinin fikir ve sanat eserlerine ilişkin haklarla ilgili bir istisna getirdiğini unutmamak gerekmektedir. Bu nedenledir ki, yukarıdaki şema FSEK kapsamındaki uyuşmazlıklar açısından da önemlidir. Bir kısım FSEK uyuşmazlıkları mutlak ticari dava olarak görülecek ve dava şartı arabuluculuk kapsamına girecek olmakla birlikte, bundan çok daha geniş kapsamda yer alan uyuşmazlıklar ihtiyari arabuluculuğun kapsamına girecektir. TTK md. 4/son cümle gereğince FSEK'den doğan herhangi bir uyuşmazlığın mutlak ticari dava olarak değerlendirilmesi için uyuşmazlığın taraflarından birinin ticari işletmesini ilgilendirmesi gerekmektedir. Bu şartın karşılanması ile dava mutlak ticari dava sayılacaktır. Bu uyuşmazlıkların dava şartı arabuluculuk kapsamına girmesi için ise, şüphesiz TTK md.5/A düzenlemesi ise konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında olması gerekmektedir. Ancak bu konu FSEK 83 vd. maddeleri dikkate alınarak aşağıda özel olarak incelenecektir.

FSEK Kapsamındaki uyuşmazlıkları incelediğimizde; FSEK md. 68 vd. düzenlenen tazminat taleplerinin, FSEK md. 10 vd. kaynaklı eser birlikteliğine ilişkin davalarda adi şirket hükümlerine atıf nedeniyle konusu alacak olan davaların, FSEK md. 12, BK md. 502 ve md. 510 kaynaklı sahibinin adı belirtilmeyen eserlerde yetkili kişilerle asıl hak sahipleri arasındaki münasebetlerde adi vekalet hükümleri kapsamında ücret ödenmesine ilişkin davaların, FSEK md. 77 hükmü ile ihtiyati tedbir -gümrüklerde el koyma- neticesinde açılacak tazminat talepli esas hakkında davaların ve hatta FSEK md. 58 gereğince cayma hakkı kapsamında iktisap edenin mali hakkı kullanmamakta kusuru yoksa veya eser sahibinin kusuru daha ağır ise hakkaniyet gerektiği hallerde iktisap edenin, münasip bir

tazminat talebini içeren davaların arabuluculuk ile çözümü mümkündür. Burada bir uyuşmazlık türü daha bulunmaktadır ki özel olarak görüşümüzün açıklanması gerekmektedir. FSEK md. 83 vd. düzenlenen taleplerin arabuluculuk ile çözülebilecek uyuşmazlıklardan olduğuna şüphe bulunmamakla birlikte, bu uyuşmazlıkların dava şartı arabuluculuğa girip girmediği belirlenmesinde TTK 4/son cümlesinin **dikkate alınmaması** gerektiği kanaatindeyiz.

FSEK'in 83. ve 84. maddelerinde yer alan düzenlemenin taraflardan birinin ticari işletmesi ile ilgili olup olmadığına bakılmaksızın mutlak ticari dava olarak sayılıp sayılmayacağı, diğer bir deyişle dava şartı arabuluculuk kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği özellikle incelenmesi gereken bir konudur. Daha önce hiç düşünülmeyen veya düşünülmesine ihtiyaç da duyulmayan bu konu, ticari uyuşmazlıklarda dava şartı konusu kapsamında TTK 4. maddesinin iki cümlesini karşı karşıya getirmektedir. Sorunun çıkış noktası da budur.

TTK md. 4/1-a "*bu kanunda*" öngörülen hususlardan doğan davaları tarafların ticari işletmesi ile ilgili olup olmadığını incelemeksizin mutlak ticari dava olarak değerlendirmiştir. Dolayısıyla TTK md. 54. vd. hükümlerinden doğan haksız rekabet uyuşmazlıkları da mutlak ticari davadır ve tarafların ticari işletmesinin olması ve uyuşmazlığın bu işletmelerin faaliyetlerinden doğması şart değildir. Buna karşılık TTK 4/son cümle FSEK'den doğan uyuşmazlıkların ise bir tarafının ticari işletme olması şartıyla mutlak ticari dava sayılacağını belirtmiştir. Ancak FSEK'den doğan davalar asıl olarak eser hakkından doğan ihtilafları düzenlemekle birlikte, uyuşmazlık konusu ürün eser sayılmasa da kanun koyucu FSEK kapsamında da özel olarak dava açılabilceğini ve bu davaya haksız rekabet hükümlerinin uygulanacağını belirtmiştir. FSEK 83 vd. maddelerinde "*haksız rekabet hükümlerine*" dolayısıyla da TTK md. 54 vd. maddelerine yapılan atıf, bu uyuşmazlıkların tarafların niteliğine bakılmaksızın mutlak ticari dava sayılıp sayılmayacağı sorusunu gündeme getirmektedir. Zira uyuşmazlığı tarafları dikkate almadan mutlak ticari dava olarak nitelendirirsek, alacak ve tazminat talepli davalar dava şartı arabuluculuk kapsamına girecektir.

Dolayısıyla soru; haksız rekabet eyleminden kaynaklanan tazminat talepli davaların mutlak ticari dava olduğu düşünüldüğünde, FSEK ile yapılan bu yollama FSEK md. 83 ve 84 kapsamındaki davaları mutlak ticari dava olarak değerlendirmemize ve taraflardan birinin işletmesi ile ilgili olma şartını aramamamıza yol açacak mıdır?

İlgili düzenlemeler şöyledir;

**FSEK md. 83:** “...*Bu maddenin uygulanması kanununun 1 inci, 2 nci ve 3 üncü bölümlerindeki şartların tahakkukuna bağlı değildir.*

.....

***Tecavüz eden tacir olmasa bile, birinci fıkra hükmüne aykırı hareket edenler hakkında haksız rekabete mütaallik hükümler uygulanır***”

**FSEK md. 84 md.** (İşaret, resim ve sesler): 84/2: «***Tecavüz eden tacir olmasa bile birinci fıkra hükmüne aykırı hareket edenler hakkında haksız rekabete mütaallik hükümler uygulanır.***»

Görüldüğü üzere FSEK’in ilgili düzenlemeler ne ürünün eser olmasına ne de taraflarının tacir olmasına bağlanmamıştır. Burada salt eylem haksız rekabet sayılmıştır. Dolayısıyla kanaatimiz FSEK md. 83 ve 84 kapsamında yapılan yollama ile gerçekleştirilen eylemlerin TTK kapsamında haksız rekabet sayılacağı ve mutlak ticari dava olarak değerlendirilmesi gerektiği şeklindedir. Ayrıca FSEK kapsamında böyle bir düzenleme olmasaydı bile, bu eylemlerin TTK kapsamında haksız rekabet hükümleri kapsamında olduğunu da belirlemek isteriz. Dolayısıyla eylem TTK md. 4/1-a gereğince haksız rekabet ve mutlak ticari davadır. Bu eylem özelinde TTK 4/1-d’nin istisnası olan 4/1 son cümle uygulanmayacaktır.

Fikri mülkiyet uyuşmazlıkları hukukun diğer alanları gibi, uzmanlık gerektiren bir alandır. Şüphesiz arabulucu tarafından hukuki yönlendirme yapılamayacak olmakla birlikte, soruların ve çözümlerin üretilmesi noktasında arabulucu tarafından kanuna aykırı bir çözüm önerisinde bulunulmaması gereklidir. Bu nedenledir ki, FSEK kapsamında bir sözleşme ile vazgeçilebilecek

veya devredilebilecek hakların bilinmesi, konuya ilişkin yasal düzenlemelere vakıf olunması gereklidir.

Örnek olarak, mali haklarla ilgili gerçekleştirilecek arabuluculuk anlaşma metinlerinde, FSEK md. 58 cayma hakkının önemi gösterilebilir. Bu hüküm açısından da HUAK md. 18/5 maddesi ile FSEK'in 58. maddesi karşı karşıya gelmektedir. HUAK md. 18/5 gereğince arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılması hâlinde, üzerinde anlaşılan hususlar hakkında tarafların dava açamayacağı düzenlenmiştir. Kanun koyucunun düzenleme ile amacı anlaşılır olmakla birlikte, HMK açısından bu hükmün geçerli olmadığı konusunda öğretide görüş birliği bulunmaktadır ki konu incelememiz kapsamında değildir. Ancak FSEK hükümleri dikkate alındığında ise olası bir arabuluculuk anlaşma belgesinin HUAK md. 18/5'den doğan gücüne ilişkin istisnaların yer aldığı unutulmamalıdır. FSEK'in 58. maddesi mali hak devri sözleşmeleri açısından cayma hakkını düzenlemiştir. Bu nedendir ki tarafların anlaşılan hususlar ile ilgili dava açamayacağı düşüncesi ile anlaşma belgesinin denetime tabii tutulmayacağını zannetmesi hatalı bir tutum olacaktır. Hatta uygulamada icra edilebilirlik şerhinin Sulh Hukuk Mahkemesi'nden alınıyor olmasının, çekişmesiz yargı işi olarak dosya üzerinden incelenecek ve esasa girilmeyecek olması da taraflara bu konuda cesaret vermemelidir. Zira bilindiği üzere, HUAK md. 18/5 hükmüne rağmen anlaşılan hususlarla ilgili olarak dava açılması mümkündür ve bu durumda anlaşma belgesi sonrasında açılacak davanın hangi mahkemede açıldığının da gözden kaçırılmaması gereklidir. Artık Sulh Hukuk mahkemesinde değil, uyuşmazlığın esasına bakmakla görevli olan mahkemede dosya duruşmalı olarak inceleyecektir. İlk derece mahkemesinin kararından sonra ise İstinaf ve Yargıtay denetiminde de anlaşma belgesinin incelenmeyeceğini söylemek mümkün değildir.

Bu nedendir FSEK uyuşmazlıklarının özellikle mali hak devir ve lisans sözleşmesi niteliğindeki anlaşma belgeleri ile çözümünü noktasında cayma hakkına dikkat çekmek gerekmektedir. Mali bir hak veya lisans hakkı kazanan kimse, kararlaştırılan süre içinde ve eğer bir süre tayin edilmemişse halin icabına göre münasip bir zaman içinde hak ve yetkilerden gereği gibi faydalanmaz ve bu yüzden eser

sahibinin menfaatleri esaslı surette ihlal edilirse eser sahibi sözleşmeden cayabilecektir. Dolayısıyla hak devirlerinin anlaşma belgesi çerçevesinde düzenlenmiş olması durumunda bile eser sahibinin cayma hakkı varlığını korumaktadır. Gerçekleştirilen arabuluculuk anlaşma belgesinde bu haktan vazgeçilmesi düşünülebilirse de FSEK md. 58 bu konuda açıkça “*Cayma hakkından önceden vazgeçme caiz olmadığı gibi bu hakkın dermeyeranını iki yıldan fazla bir süre için meneden takyitler de hükümsüz*” olacağını düzenlemiştir. Arabulucunun konusunda uzman olması ve tarafların gerçek iradelerini ortaya çıkarması, yapılan anlaşma belgesinin uygulama imkanı bulmasını sağlayacaktır.

FSEK kapsamında özetle, neredeyse bütün uyuşmazlıkların ihtiyari arabuluculuğa uygun olduğunu, taraflardan birinin ticari işletmesi ile ilgili olan ve talebin alacak veya tazminat olduğu ihtimalde dava şartı arabuluculuk kapsamında yer alacağını, FSEK md. 83 ve 84’in haksız rekabet yollaması nedeniyle bu konudaki tazminat davalarının mutlak ticari dava olduğu kanaatinde olduğumuzu belirtiriz. Her şeyden önemlisi ise, süreç içerisinde ortaya konulacak çözüm ve sonrasındaki anlaşma şartlarının belirlenmesinde arabulucunun uzman kişi olmasının önemini vurgulamak isteriz. Son olarak da tazminat dışındaki anlaşma şartlarında mali hak devrine ilişkin hükümlerin bulunması ihtimalinde şartları varsa FSEK md. 58 kapsamında cayma hakkının kullanılabilceği konusunun da incelenmesi gerekeceğini de ifade ederiz.

### **III. SINAI MÜLKİYET KANUNU KAPSAMINDA ARABULUCULUK**

Sınai Mülkiyet Kanunu kapsamındaki uyuşmazlıkların herhangi bir istisnaya tabii olmaksızın TTK md. 4/d gereğince mutlak ticari dava olacağı ve TTK md. 5/A şartlarının oluşması ile dava şartı arabuluculuk kapsamında yer alacağı sabittir.

Örnek vermek gerekirse, markanın hükümsüzlüğü ve iptali davalarının dava şartı arabuluculuğa girmemesine rağmen, hükümsüzlük ve iptal davalarının etkisinin düzenlendiği 27/3,4 kapsamında tazminat veya alacak talepli davaların, çalışanların

tasarımlarında bedel tespiti, zorunlu lisans bedeli, bedelde artış (SMK md. 132 vd.), patent hakkının devrinden ve lisans vermeden doğan sorumluluk davası (SMK md. 127), tecavüz davaları neticesinde tazminat taleplerinin (fiili zarar/yoksun kalınan kazanç/itibar tazminatı- SMK md. 149 vd.), el konulan ürün ve araçlar üzerinde mülkiyet hakkı / tazminattan bedel indirimi / tazminatı aşkın bedelin davalıya ödenmesi davası (SMK md. 149) dava şartı arabuluculuk kapsamındadır.

Bunlar dışında da hemen hemen tüm uyuşmazlıkların ihtiyari arabuluculuk ile çözülmesi mümkündür. Ancak belirtmek gerekir ki Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Kurulu kararlarının iptali davaları – taraflardan birisinin Türk Patent ve Marka Kurumu (TürkPatent-Kurum) olması nedeniyle ve davanın özellikleri dikkate alındığında – bu kapsamda değildir. Ancak bu davada bile TürkPatent dışarıda tutularak marka başvuru sahibi ve itiraz sahibi arasında arabuluculuk kullanılarak iradelerine uygun farklı bir çözüm yolu bulunabilir. Bu ve SMK mutlak red nedenlerinden doğan uyuşmazlıklar dışında, SMK uyuşmazlıklarında arabuluculuk uygulama alanı bulacaktır. ***Diğer düzenlemelerden farklı olarak bunun nedeni sadece HUAK md. 1 değil, aynı zamanda sınai mülkiyet haklarına ilişkin özel kanun olan SMK kapsamında ihtiyari arabuluculuğun özel olarak düzenlenmiş olmasıdır.***

Öğretide konunun incelenmediği de düşünerek, SMK kapsamındaki arabuluculuk düzenlemelerinden ve doğrudan HUAK'na atıf olmasa da, SMK md. 5/son kapsamındaki muvafakatname istisnasının arabuluculuk ile ilgisi incelenerek görüşümüz belirtilecektir.

**a. TürkPatent Nezdinde İtiraz Prosedürü Arabuluculuğu (SMK md. 19/2,21,40)**

TürkPatent nezdindeki arabuluculuk düzenlemesi ilk olarak SMK ile getirilmemiştir. Mülga 551 sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkındaki KHK'nın md. 104 ve devamı maddelerinde arabuluculuk düzenlemesi yer almaktaydı. Hatta 104. Maddenin kenar başlığı “*Arabuluculuğun Talep Edilmesi*”; 105. Maddenin kenar başlığı ise “*Enstitü'nün Arabuluculuğu*” şeklindeydi. Maalesef KHK ile düzenlenen ve tercüme ile alınan bu düzenlemeler

1995’lerde KHK’ların Türkiye için yeni olması, kriterlerinin tam olarak oluşturulmaması nedeniyle ne uygulama alanı bulmuş ne de öğretinin dikkatini çekmiştir.

Bugün ise söz konusu düzenlemeler mülga nitelikte olup, SMK ile yeni arabuluculuk düzenlemeleri gelmiştir. Hükümler kıyaslandığında madde sayısının azaldığı görülmektedir ancak kanaatimce kapsamının daraltıldığından bahsetmek mümkün değildir. En büyük fark ise SMK ile Kurumun arabuluculuk yapma yetkisinin bulunmamasıdır. SMK kapsamında arabuluculuk düzenlemeleri dava şartı arabuluculuk kapsamında olmayan, tamamen ve istisnasız ihtiyari arabuluculuk ile çözülebilecek uyuşmazlıklardır.

İlgili hükümler incelendiğinde;

**SMK md. 19 -(4)** Kurum gerekli görmesi hâlinde tarafları **uzlaşmaya teşvik edebilir. Uzlaşma ile ilgili hususlarda 7/6/2012 tarihli ve 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu hükümleri uygulanır.**

**SMK md. 21-(3)** Kurul, 19 uncu maddenin üçüncü fıkrası uyarınca verilen kararlara karşı yapılan itirazlarda, gerekli görürse, tarafları 19 uncu maddenin dördüncü fıkrasına göre **uzlaşmaya teşvik edebilir.**

**SMK md. 40/(5)** Kurum gerekli görmesi hâlinde tarafları **uzlaşmaya teşvik edebilir. Uzlaşma ile ilgili hususlarda 6325 sayılı Kanun hükümleri uygulanır.**

şeklindedir.

Konunun en sık uygulanma şekli marka hukukuna ilişkin olduğu için, incelememizi marka üzerinden gerçekleştirmeyi uygun bulduk. Öncelikle belirtilmelidir ki, SMK’nın konuya ilişkin düzenlemeleri ile terminolojik bir sorun ortaya çıkmaktadır. SMK konuyu UZLAŞMA başlığı ile ele almakta, HUAK’a atıf yapmakta ve sürecinin ARABULUCULUK olduğunu belirtmektedir. Birbirinden bu kadar farklı kavramın kullanılmasını doğru değildir. KHK’lar zamanındaki düzenlemelerde de UZLAŞMA ifadesi yer almakla birlikte, mülga düzenlemeden bahsedilerek herhangi bir karşılaştırma yapılmayacak, doğrudan SMK’da yerini bulan

arabuluculuk süreci incelenecektir. Bunun iki nedeni bulunmaktadır. Birinci nedeni mülga düzenlemeye rağmen, TürkPatent bünyesinde uzlaşmanın düzenlemeye rağmen neredeyse hiç uygulanmamış olması; diğer nedeni ise odak noktasını arabuluculuk sürecinde tutma isteğimizdir.

### **b. İtiraz Sebeplerinin Arabuluculuğa Uygunluğu- Tasarruf Serbestisi**

Tescil sürecinde gerçekleşen itiraz neticesinde, marka başvuru sahibi ile itiraz sahibi arasında bir uyuşmazlık doğmaktadır ve bu uyuşmazlık önce TürkPatent tarafından nihai olarak çözümlenir, arkasından da tarafların iradesi ile Ankara Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi nezdinde iptal davası ile denetlenebilir. SMK'nın yukarıdaki düzenlemeleri ile arabuluculuk sürecinin marka itiraz prosedürü içerisinde tercih edilebileceği açıkça belirtilmiştir. Oluşan uyuşmazlığın arabuluculuk yolu ile çözülebileceğinin belirtilmesi, aslında TürkPatent'in tarafların ortak iradeleri ile oluşturdukları anlaşma belgesine uygun işlem yapacağını taahhüt etmesi anlamındadır. Ancak madde metninde açıklık olmadığı için; sürecin değerlendirilmesinden önce tescil prosedürü içerisinde hangi itiraz sebeplerinin varlığı durumunda arabuluculuk yolunun tercih edilebileceğinin belirlenmesi gerekmektedir.

Bilindiği üzere marka tescil sisteminde; SMK md. 18 gereğince iki maddeye dayanılarak itiraz edilmesi mümkündür. SMK md. 18-*«(1) Bültende yayımlanmış bir marka başvurusunun, 5 inci veya 6 ncı maddelere göre tescil edilmemesi gerektiğine ilişkin itirazlar ilgili kişiler tarafından marka başvurusunun yayımından itibaren iki ay içinde yapılır»* şeklindedir. Ancak her iki maddeye dayanılarak gerçekleştirilen itirazlar neticesi doğan uyuşmazlıkların arabuluculuk yoluyla çözülmesi mümkün değildir. Bir kısım itiraz sebepleri açısından uyuşmazlığa karar vererek çözüme yetkisi sadece TürkPatent nezdinde olmakla birlikte, asıl olarak bu tip uyuşmazlıklar tarafların tasarruf serbestisi içinde olmadığı için arabuluculuğa da uygun değildir.

Gerçekten de SMK md. 5 Mutlak Red Nedenlerini düzenlemiştir. Kamu düzenine ait olan, her zaman herkes tarafından *kural olarak*

ileri sürülebilen bu red nedenleri ile korunan menfaat kamunun menfaatidir. Tarafların bu konuda tasarruf serbestisi bulunmamaktadır. Bu durumda da HUAK md. 1 kapsamında arabuluculuğa uygun değildir. Her ne kadar SMK hem md. 5'i hem de md. 6'yı itiraz sebebi olarak düzenlemiş olsa da, her iki maddeye dayanılarak yapılan itirazlardan doğan uyuşmazlıkların arabuluculuğuna uygun olup olmadığı ayrıca incelenmelidir. SMK md. 5/ç "*Aynı veya aynı türdeki mal veya hizmetlerle ilgili olarak tescil edilmiş ya da daha önceki tarihte tescil başvurusu yapılmış marka ile aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzer işaretler.*" şeklinde. Bununla birlikte – konu ileride daha ayrıntılı açıklanacak olmakla birlikte- md. 5/son tarafların bu konuda anlaşmalarına izin verilmiştir. Diğer bir deyişle tarafların bu konuda *tasarruf serbestisi* bulunmaktadır. Yine SMK md. 6/1 fıkrası 5/ç bendini tekrar etmiş ve böylelikle aynı zamanda nisbi bir red nedeni olduğunu ve tasarruf serbestisi içerisinde olduğunu belirtmiştir. Bütün hükümler bir arada değerlendirildiğinde SMK 5/ç bendinin arabuluculuğa uygun olduğunu, diğer mutlak red nedenlerinin ise arabuluculuk ile çözümünün mümkün olmadığını söylemek gerekecektir.

SMK md. 6'da düzenlenen Nisbi Red Nedenlerine dayanılarak gerçekleştirilen itirazlardan doğan uyuşmazlıklar ise arabuluculuğa (Kanunun terimi ile uzlaşmaya) uygundur.

### **c. İtiraz Prosedürü İçerisinde Arabuluculuk Süreci**

TürkPatent nezdindeki itiraz ile oluşan uyuşmazlığın çözümünde gerçekleştirilecek arabuluculuk prosedürüne ilişkin düzenlemeler, HUAK ile benzer hükümler içermekle birlikte, farklılıklar da taşımaktadır. Sınai Mülkiyet Kanununu Uygulanmasına Dair Yönetmeliğin (SMK Uygulama Yönetmeliği) 32 vd. maddeleri başvuru ve sürece ilişkin prosedürleri belirtmiştir. Buna göre;

- SMK hükümleri gereğince tarafları arabuluculuğa davet edecek kurum TürkPatent'tir. TürkPatent, *gerekli görmesi halinde* tarafları arabuluculuğa davet edecektir. "*Gerekli görmesi*" ifadesi açıklamaya muhtaçtır. Kanaatimiz itirazın SMK md. 6 gereğince yapıldığı durumda TürkPatent'in "*gerekli göreceği*", itirazın md. 5 gereğince yapıldığı

durumda ise konunun arabuluculuğa uygun olmaması nedeniyle davetin yapılmayacağı şeklindedir. Diğer bir deyişle, Kurum burada tarafların konuya ilişkin tasarruf serbestisi olup olmadığını inceleyerek karar verecektir. Kurum tarafından arabuluculuğa davet edilmemiş olursa dahi, tarafların arabuluculuğa başvurma imkanı bulunmaktadır. Genellikle TürkPatent tarafından yapılan itirazın marka başvuru sahibine bildirildiği belge üzerinde “uzlaşmaya davetin” matbu olarak yer aldığı görülmektedir.

- TürkPatent tarafından yapılan davetin tebliğinden itibaren *bir ay* içinde, tarafların beyanlarını yazılı olarak Kuruma iletilmesi gereklidir. Taraflardan birinin teklife süresi içinde olumlu cevap vermemesi halinde davet reddedilmiş sayılır ve Kurum itiraz incelemesini kaldığı yerden devam ettirir.
- Ayrıca marka vekili, arabuluculuk davetini ve uyuşmazlığın arabuluculuk yoluyla çözüme elverişli olduğunu asile derhal bildirmekle yükümlüdür. Bu yükümlülük marka vekiline SMK Uygulanma Yönetmeliği md. 32/II ile açıkça yüklenmiştir.
- Hem SMK hem HUAK açısından aynı tabirle “*davetten*” bahsedilmiş olsa da hem süreler hem de davetin içeriği açısından SMK ve HUAK düzenlemelerini *karıştırmamak* gerekmektedir. HUAK md. 13/2 kapsamında davete cevap için verilen 30 günlük süre, arabulucunun davet mektubunun karşı tarafa ulaşması ile başlamaktadır. Bu davet mektubu arabulucu tarafından gönderilirken, SMK kapsamında TürkPatent tarafından davet yapılmaktadır. Yine HUAK kapsamındaki davet mektubu için verilecek cevap, arabuluculuğun kabul edilmesi ve kendisinin arabulucu olmasına rıza gösterip göstermediğinin öğrenilmesi için verilen bir süredir. Buna karşılık SMK kapsamında taraflara verilen 1 aylık süre sadece arabuluculuk sürecini seçip seçmediklerini öğrenmek amacıyla, yoksa burada bir arabulucu tayini ve bu arabulucunun tarafların onayına sunulmamaktadır. Tarafların bu süre sonunda olumlu cevap

vermeleri durumunda, arabulucunun belirlenmesi taraflarca olacaktır.

- Hemen burada konuyla doğrudan ilgili olmasa da belirtmek isteriz ki, marka vekilleri tarafından önceden marka vekili olarak yürütülen tescil dosyasında sonradan arabulucu olarak görev alınabilip alınamayacağı veya arabulucusu olunan dosyanın sonradan marka vekilliğinin alınıp alınamayacağı sorusu akla gelmektedir. HUAK ve ilgili mevzuat arabulucunun uyuşmazlık konusu ile ilgili daha sonra avukatlık yapamayacağını düzenlemekle birlikte, marka vekilleri özelinde bir düzenleme bulunmamaktadır. Muhtemelen özel bir konu olduğu için, marka vekillerinin büyük kısmının hukukçulardan oluştuğu, hem avukat hem de arabulucu oldukları gözden kaçırılmıştır. Ancak açık bir düzenleme olmasa da, arabulucunun tarafsız olması gerektiği, taraflarla menfaat ilişkisi veya çatışması bulunmaması gerektiği, hatta iyiniyetli üçüncü kişi nazarında tarafsızlığından şüphe edilmemesi gerektiği, bu ifadelerinin Etik Kurallarda açık şekilde düzenlemiş olduğu düşünüldüğünde, bu soruya olumsuz cevap vermek gerekecektir. Öncesinde marka vekili olarak yürütülen marka tescil prosedürüne ilişkin dosyanın arabuluculuğunun yapılabilmesinin tek şartı buna açıkça onay alınmasıdır. Aynı dosyanın sonradan marka vekili olarak yürütülmesi ise kanaatimizce tarafsızlığın açıkça ihlali niteliğinde olacaktır.
- Arabuluculuğun seçimi ve arabulucunun tayininin akabinde arabuluculuk süreci HUAK'na uygun olarak gerçekleştirilmektedir. Arabuluculuk süreci HUAK'na uygun olarak devam ederken, diğer yandan sürecin sonucunu bekleyen bir marka itirazı, diğer bir deyişle bu uyuşmazlığın TürkPatent tarafı bulunmaktadır. Bu konuya ilişkin düzenlemeler ise SMK Uygulama Yönetmeliği 32 vd maddelerinde yer almaktadır.
- TürkPatent tarafından itiraz incelemesi üç ay ertelenmektedir. Ancak, bu süre içinde tarafların birlikte talepte bulunması halinde süre üç aya kadar uzatılabilir.

Burada kanun koyucunun HUAK md. 15/5'deki düzenlenen dava sırasındaki arabuluculukta, arabuluculuğun sona ermesi için mahkemenin davayı 3 aya kadar bekletebileceğine ilişkin düzenlemesine paralel bir düzenleme yaptığı anlaşılmaktadır.

- SMK kapsamında arabuluculuğun sona erme şeklinin belirlendiği son tutanak ve anlaşma belgesine ilişkin özel düzenlemeler yer almaktadır. HUAK'dan farklı olarak, arabuluculuk faaliyetinin nasıl sonuçlandığına ilişkin düzenlenen tutanağın aslının veya noter onaylı örneğinin arabuluculuk faaliyetinin sona ermesinden itibaren **bir ay** içinde Kuruma verilmesi gereklidir. Ayrıca taraflar arasında anlaşma sağlandıysa, anlaşma belgesinin 6325 sayılı Kanuna göre **ilam niteliği** kazandırılması gereklidir. Ancak bu şekilde Kuruma verilen anlaşma belgesi ile uyuşmazlığın konusu marka başvurusuna ilişkin işlemler arabuluculuk (uzlaşma) sonucuna uygun şekilde devam ettirilir. Bu süre içinde tutanağın teslim edilmemesi veya tarafların anlaşmaya varamaması halinde Kurum itiraz incelemesini kaldığı yerden devam ettirir. Düzenlemelerde son tutanak ve anlaşma belgesi kavramlarının birbirine karıştırıldığı belirtmek isteriz. Ayrıca anlaşma sağlanması durumunda, 1 ay içinde icra edilebilirlik şerhi alınması ve bu süre içinde TürkPatent'e belgenin teslim edilmesi, tüm bunların üç ay içinde tamamlanması da pek mümkün görünmemektedir. Ayrıca SMK'da sürecin tamamlanması için belirlenen üç aylık süreye ilişkin düzenleme ile, hem SMK Uygulama Yönetmeliğinde hem de HUAK'da geçen "*Arabuluculuk sürecinin başlamasından sona ermesine kadar geçirilen süre, hak düşürücü sürenin hesaplanmasında dikkate alınmaz.*" düzenlemesi ile uyumlu olduğu söylenemeyecektir.
- Yine HUAK md. 18/III de anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi alınmadan resmi işlemlerde kullanılabileceği düzenlenmiş iken, SMK Uygulama Yönetmeliğinde TürkPatent nezdinde kullanılabilmesi için

mutlaka icra edilebilirlik şerhi almasının zorunlu olduğunun belirtilmiş olması da eleştirilebilir. Ayrıca HUAK md. 18/IV gereğince Taraflar ve avukatları ile arabulucunun birlikte imzaladıkları anlaşma belgesi, icra edilebilirlik şerhi aranmaksızın ilam niteliğinde belge sayılacağına da unutulmaması gereklidir.

- Burada son olarak marka itiraz prosedürü içerisinde arabuluculuğun en son hangi aşamada tercih edileceği de belirtilmelidir. SMK Uygulama Yönetmeliği md 32'nin ifadesi “*Kurum, gerekli görmesi halinde, yayıma itirazlar ile Kanununun 19 uncu maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca verilen kararlara karşı yapılan itirazların incelenmesi sırasında tarafları uzlaşmaya davet edebilir.*” şeklindedir. Dolayısıyla Kurum nezdinde arabuluculuk, başvurunun yayına itiraz veya bu itiraz karşı Kurum tarafından verilen karar sonrasında, diğer bir deyişle Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Kurulu tarafından karar verilmeye kadar mümkündür.

#### **d. Muvafakatname- Arabuluculuk önerisi:**

Son olarak üzerinde durulması gereken konu, SMK'da yer alan ve çok tartışılan “muvafakatname”dir. İncelememiz kapsamında bu konudaki tartışmalardan arabuluculuk önerimiz özelinde bahsedilecektir.

İlgili düzenlemeler;

*SMK 5/ç «ç) Aynı veya aynı türdeki mal veya hizmetlerle ilgili olarak tescil edilmiş ya da daha önceki tarihte tescil başvurusu yapılmış marka ile aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzer işaretler»*

*SMK 5/son «(3) Bir marka başvurusu, önceki marka sahibinin başvurunun tesciline açıkça muvafakat ettiğini gösteren noter onaylı belgenin Kuruma sunulması hâlinde birinci fıkranın (ç) bendine göre reddedilemez. **Muvafakatnameye** ilişkin usul ve esaslar yönetmelikle belirlenir.»*

Maddelerde de görüldüğü üzere her ne kadar mutlak red nedenleri arasında sayılmış olsa da, tarafların tasarruf serbestisi olan,

bu kapsamda da aralarında anlaşabilecekleri bir konudur. Hatta muvafakatname ile marka hukukunun *bir markanın sadece bir tescilli hak sahibi olur* ilkesinin de çokça tartışıldığı görülmektedir. Muvafakatname ile ilgili olarak tartışılan konuların başında, onay verme işleminin şekli gelmektedir. Zira SMK Uygulama Yönetmeliği muvafakatnamenin imzalı form şeklinde düzenlenmesi ve noter tarafından onaylanması zorunluluğunu düzenlemektedir. Yine Muvafakat, kayıtsız ve şartsız olmalıdır. Bu düzenleme eleştirilmektedir; taraflar arasında verilen onay ile bir ücret veya bölge paylaşımı yapılmak istenebilir. Ancak SMK buna izin vermemekte, matbu bir formun doldurulması gerektiğini belirtmektedir. Genellikle TÜRKPATENT tarafından, taraflara aralarında ayrı bir anlaşma ile ek yükümlülükler getirebilecekleri, ancak bu anlaşmanın marka siciline şerhinin mümkün olmadığı belirtilmektedir. TürkPatent sadece bu şartlarda verilen muvafakatname formunu işleme almakta ve marka tescil iznini vermektedir. TürkPatent tarafından da önerilen muvafakatnameye ek sözleşme *birarada var olma sözleşmesidir*. Ek bir sözleşme yapma ihtiyacı içinde olan taraflar, marka siciline tescil edilmeyecek, hatta TürkPatent'e sunulmayacak bu sözleşmeyi tarafları bağlayıcılığı en güçlü olacak şekilde nasıl yapabilecekleri önerimizin çıkış noktasındadır. En başta muvafakatnameyi hem taraflar açısından bağlayıcı hem de TürkPatent tarafından kabul edilmek zorunda kılan hukuki bir imkan var mıdır? Tarafların bu aşamada arabuluculuk yolunu seçmeleri durumunda, söz konusu şekil şartları arabuluculuk anlaşma belgesi içerisinde gerçekleştiğinde geçerli belge haline gelecektir. Bilindiği üzere, arabuluculuk anlaşma belgeleri için Türk Hukukundaki sınırlamalara uygun olarak sözleşme serbestisi bulunmaktadır. Bu nedenledir ki ücret, bölge paylaşımı gibi çok önemli maddelerin arabuluculuk anlaşmasına yazılması mümkündür.

Burada bir ihtimal TürkPatent'in, SMK md. 5/son'da muvafakatnamenin açıkça düzenlendiğini ve burada arabuluculuğun uygulanamayacağını belirterek arabuluculuk anlaşmasına uygun işlem yapmayı reddetmesi olabilir. Ancak hem HUAK'nın açıkça anlaşma belgesinin icra edilebilirlik şerhi alması ile ilam niteliğinde

belge sayılacağı, resmi dairelerde kullanılabilmesi hem de SMK md. 19 gereğince arabuluculuğa (uzlaşmaya) uygun olduğunun düzenlemesi ile kanaatimizce bu itiraz yerinde olmayacaktır. Kanaatimiz, hem başlangıçta muvafakatname niteliğinde *arabuluculuk anlaşma belgesi* hazırlanması hem de muvafakatnameye ek bir sözleşme olarak *bir arada var olma sözleşmesi* niteliğinde bir *arabuluculuk anlaşma belgesi* hazırlanması ihtimallerinde, anlaşma şartlarının uygulanması için gerekiyorsa TÜRKPATENT’e belgenin sunulabileceği ve Kurumun da bu belgeye uygun işlem yapması gerektiği şeklindedir. Zira bu ihtimallerde arabuluculuk anlaşma belgesi, aynı zamanda muvafakatnamedeki içeriğe uygun şekilde “*aynı veya ayırt edilemeyecek derecede benzer markanın*” tescili için onay niteliği taşıyacaktır.

#### IV. SONUÇ

Yukarıdaki açıklamalar ışığında, TTK ve SMK hükümlerinin arabuluculuğun gelişmesine büyük katkı sağlayacağı sabittir. Fikri Mülkiyet Uyuşmazlıklarının arabuluculuk süreci ile çözümü TürkPatent nezdinde itirazlarla oluşan iş yükünü de azaltacaktır. Uzman arabulucularca tarafların gerçek iradeleri ortaya çıkartılarak sağlanacak kalıcı çözümler, ileriye yönelik başka uyuşmazlıkların doğmasını da engelleyecektir. Bununla birlikte HUAK ve SMK’nın arabuluculuk hükümleri arasında yeknesaklığın sağlanması önemlidir. Hem terminolojik olarak hem de süreç açısından farklılıkların ortadan kaldırılması gerekmektedir. Özellikle SMK düzenlemelerinde yer alan uzlaşma tabirinin arabuluculuk olarak değiştirilmesi ve süreler arasındaki farkların giderilmesi gerekmektedir.

## **KISALTMALAR CETVELİ**

BK	: Borçlar Kanunu
FSEK	: Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu
HMK	:Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HUAK / 6325 sayılı Kanun	: Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu
KHK	: Kanun Hükmünde Kararname
Kurum / TürkPatent	: Türk Patent ve Marka Kurumu
Kurul	: Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Kurulu
md.	:Madde
SMK	: Sınai Mülkiyet Kanunu
SMK Uygulama Yönetmeliği Dair Yönetmelik	: Sınai Mülkiyet Kanununun Uygulanmasına
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
vd.	: ve devamı

# FİKRİ ÜRÜN YARATIMI İLE BU ÜRÜNLER ÜZERİNDEKİ HAKLARIN KORUNMASININ ÜLKEMİZ İÇİN ÖNEMİ

Av. M. Fatih GÜÇLÜ\*

## I. Giriş

Ülkemizde fikri ürünler üzerindeki fikri ve sınai hak korumasına yönelik düzenlemelerin geçmişi Osmanlı İmparatorluğu dönemine dayanmasına ve 1994 yılından sonra özellikle sınai haklarla ilgili olarak yayınlanan, aynı zamanda Türk Patent ve Marka Kurumu'nu da kuran 4 adet kanun hükmünde kararnameyi müteakip üç büyük ilde özel yetkili mahkemelerin yapılandırılması ile de yoğunlaşan bir uygulamaya sahip olmasına rağmen işbu hakların ve konusunu oluşturan fikri ürünlerin ülkemiz için öneminin ayırdına, gerek toplum bünyesinde ve gerekse hukuk camiası nezdinde yeterince varılmadığı gözlemlenmektedir. Oysa yapılan eylemdeki motivasyonun gücünü veren, o eyleme duyulan anlam kat sayısının yüksekliğidir, bu sayede o eylemi yaparken katlanılacak zorlukların verdiği acı, içinde barındırdığı anlam ile katlanılabilir bir hal alır.<sup>122</sup>

Bugün, dördüncü sanayi devriminin, işletmeleri dolayısıyla da ülke ve toplumları ne şekilde etkilediğinin ve gelecekte nasıl etkileyeceğinin konuşulduğu, birçok işletmenin kendini bu devrime adapte etme yolunda önemli adımlar attığı, devletlerin bu devrime uygun sanayi politikalarını bünyeleri içerisine kattıkları, teknolojik gelişmenin dur durak tanımadığı bir zaman diliminde yaşamaktayız. Dijitalleşmenin hemen hemen her alanda yaygın olarak kullanıldığı,

---

\* Avukat - İstanbul Barosu – Patent ve Marka Vekili

<sup>122</sup> Victor Frankl – İnsanın Anlam Arayışı – Okuyan Us Yayınları

bilginin tartışılmaz en değerli kaynak olarak görüldüğü günümüzde, özellikle batılı işletmelerin mal varlıklarının büyük bir çoğunluğunu artık fiziki olmayan mal varlıklarının oluşturduğu tartışılmaz bir gerçektir.<sup>123</sup> Dolayısıyla fikri bir yaratım ve emek süreci sonucu oluşturulan fikri ürünler ile işbu ürünler üzerindeki hakların korunmasının ülkemiz bakımından öneminin iyi bir şekilde anlaşılması için meseleyi tarihsel veriler ışığında siyasi, toplumsal, ekonomik ve hukuki yönden de ele almak gerekmektedir. Bu sebeple işbu çalışmada hukuki açıklamalar yanında bahsedilen diğer alanlar ile ilgili de açıklamalara da yer verilmiş olup okuyucuya konunun önemi farklı perspektiflerle aksettirilmeye çalışılmıştır.

## **II. Konunun Tarihsel, Siyasi ve Sosyo Ekonomik Yönden Gelişim Çizgisi**

İnsanlık tarihinde üç büyük devrim vardır; Tarım Devrimi, Sanayi Devrimi ve şu an başlangıcında olduğumuz İletişim/Bilgi devrimi. Önceden avcı toplayıcı olan toplumlar tarım devrimi ile yerleşik düzene geçmişler, dinlerin ortaya çıkışı ile de din–tarım toplumları oluşmuştur. Avcı toplayıcı ve göçebe toplumlarda sözlü yasa denen töre esastır ve töreyi koyan bir lidere ya da lider grubuna ihtiyaç vardır. Yerleşik düzene geçildiğinde dinlerin de etkisi ile yazılı kurallar oluşmaya başlamıştır, fakat orta çağa doğru yaklaştıkça dinler etkisini daha da arttırmış şeriat<sup>124</sup> dediğimiz dini uygulamalar yasaların yerini almıştır ve din-tarım toplumları ortaya çıkmıştır. Bu toplumlarda din ya da mezhepler bugünkü partilerin siyasi kişiliği gibidir, her yeni din ya da mezhep iktidara karşı bir tehdit oluşturmaktadır. Şeriat, toprağa ve tek tanrılı dinlere dayalı feodal imparatorlukların değerler sistemini, kurallarını yansıtır.<sup>125</sup> Din – Tarım toplumlarında sanayileşme öncesi hâkim ekonomik faaliyet tarımdır. Sanayi devriminden önce sanayi, evlerin dışında zanaatkarlar tarafından yapılmaktadır. Zanaatkarlar da iş ahlakının ve manevi eğitimin teşvik edildiği ve sektörün ortak sesi sayılan

---

<sup>123</sup> <http://www.webandmacros.net/assets-Balanced-Scorecard.htm>

<sup>124</sup> Şeriat Arapça “yol” anlamına gelmektedir.

<sup>125</sup> Prof. Dr. Emre Kongar – Toplum Bilim Açısından Töre, Şeriat, Evrensel Hukuk – <http://www.kongar.org/aydinlanma/2000/aydin206.php>

loncalara bağılı çalışmakta olup lonca teşkilatı ancak ustabaşlarına kendi iş yerlerini açma yetkisi veren bugünün ticaret odaları gibi o dönemin ticari teşkilatlarıdır.<sup>126</sup>

Daha sonraki aşama sanayi devrimi aşamasıdır ki Batı'da Fransız ihtilali ile başladığı kabul edilir. Birinci sanayi devrimi 18. yüzyılın ikinci yarısında (Özellikle İngiltere'de) tekstil sanayi ile başlamıştır. Kumaş imalatındaki yeni icatlar ile pamuk fabrikaları, evlerde ve küçük atölyelerde yapılan iplik eğirme ve dokumanın yerini almıştır. İlk sanayi devriminde su ve buhar güçleri ana enerji kaynakları olarak kullanılmıştır.<sup>127</sup> Sanayi devrimi ile bir önceki dönemdeki yönetici sınıf toprak ağaları, din adamları ve onların kölesi köylü halkın yerini toprak ağalarının kalıntıları olan asiller ve din adamlarının yanında yönetime el koyan sermaye sınıfı ve özgür vatandaşlığa doğru hızla yürüyen kentli işçiler ve öteki kentliler alır.<sup>128</sup> 19. yüzyıl Avrupa'sında sanayi devrimi, yazılı basının gelişimi ve öğretimin kurumlaşması gibi etkenlere bağılı olarak ortak dil, kültür ve değerlerin yaygınlaşmasının önu açılmıştır. Bunlar da ulus devletin oluşumunu hızlandıran etmenlerdir. Sanayi devrimi fabrika adı verilen büyük ölçekli üretim hanelerin açılmasına yol açarken imalattaki eski tarzları ortadan kaldırmıştır. Birinci ve ikinci sanayi devrimi ile birlikte bir taraftan iş bölümüne dayalı üretim derinleşirken diğere yandan da loncalar ortadan kalkmış ve işçilerin manevi meselelerinden çok maddi hak ve faydalarının korunmasını hedefleyen seküler sendikalar kurulmuştur.<sup>129</sup>

Üretim/montaj hattının devreye sokulması ve elektrik enerjisinin kullanılmaya başlanması ile Batılı ülkeler ikinci sanayi devrimine geçiş yapmış, elektronik ve bilgi teknolojilerinin imalat sürecini otomatikleştirmesi ve kontrol etmesi üçüncü sanayi devrimini ortaya çıkarmıştır. Günümüzde imalatta bilgi teknolojilerinin ve siber fiziksel sistemlerin (sanal gerçeklik, bulut, robot, büyük veri vb. gibi teknolojilerle) imalatı yönetir, analiz eder

---

<sup>126</sup> Prof. Dr. Murat Yülek – Ulusların Yükselişi – Kronik Yayınevi

<sup>127</sup> Prof. Dr. Murat Yülek – Ulusların Yükselişi – Kronik Yayınevi

<sup>128</sup> Prof. Dr. Emre Kongar – Toplum Bilim Açısından Töre, Şeriat, Evrensel Hukuk

<sup>129</sup> Prof. Dr. Murat Yülek – Ulusların Yükselişi – Kronik Yayınevi

ve anlamlı verilere dönüştürür bir hale gelmesi neticesinde dördüncü sanayi devriminin gerçekleşmiş olduğu beyan edilmektedir.

İşte bugün ülkemizin “Gelişmiş Ülkeler” kategorisinde yer alamamasının asıl nedenini; Batı’da Rönesans sayesinde bilimsel düşüncenin gelişimi ve yaygınlaşmasının da etkisi ile 18. yüzyılın ikinci yarısında teknolojik ilerleme temelinde başlayan ve bugüne kadar dört farklı fazda etkisini sürdüren *sanayi devrimini kaçırmış* olması oluşturmaktadır.<sup>130</sup> Keza sanayileşmiş ülkeler, yeni teknolojileri içeren makinelerini yüksek katma değerle ihraç ederek -bu süreç zarfında- gelir temin etmişler, hem uzun yıllar boyunca süren “fabrika öğrenmesi” (yaparak öğrenme) ve üretim AR-GE’si birikimi elde etmişler, hem de dört safhadan oluşan sanayileşme döngüsünü az gelişmiş ya da gelişmekte olan ülkelere nazaran önce tamamlamışlardır. Sanayileşmenin dört evresinden ilki (ithal) makine kullanımında yetkinleşme olup bu da iş gücündeki saat başına verimliliğin başlangıçta hızla artmasına sebep olmaktadır. Ancak işçilerin makineleri daha verimli kullanmayı öğrenmeleri zaman alacağından makinelerden tam olarak fayda sağlamak da zaman alacaktır. İkinci aşama teknolojinin benimsenmesi/adaptasyonu aşamasıdır. Bu aşamada (ithalatçı) ülke işletmeleri ve iş gücü sayesinde makinelerin daha verimli işletilmesi için gereken beceriler geliştirilir, yerli iş gücü makineleri tamir edebilir veya makineler için gereken servisi verebilir bir hale gelir, daha az girdiyle daha çok çıktı üretilir dolayısıyla emek verimliliği yükselmeye devam eder. Sanayileşmenin üçüncü aşamasında ise diğer ülkelerin ürettiği karmaşık ürünler – tersine mühendislik ile-taklit edilir<sup>131</sup>, yerel markaya sahip sanayi ürünleri ortaya çıkar, üretim teknolojileri gelişir. Sanayileşme sürecindeki dördüncü ve son aşama sürekli yenilikçilik/yeni ürün gelişimi aşamasıdır. Bunlar

<sup>130</sup> Prof. Dr. Emre Kongar – 21. Yüzyılda Türkiye – Remzi Kitabevi

<sup>131</sup> Temelde, taklidin teknolojik bilgiye katkısı azdır ve ayrıca küresel teknolojik bilgiye de ciddi bir katkıda bulunmaz. Ayrıca ileri şirketi yakalamak tam olarak mümkün olmayabilir; çünkü tersine mühendislik makine içinde saklı gelen teknolojik bilginin ancak belli bir bölümünün anlaşılmasını sağlar. Ancak bu aşamada şirketler için sınırlı olsa da oldukça değerli yeni öğrenme potansiyeli mevcuttur. Taklit sektöre geç giren şirketler kadar geç kalkınan ülkelere de fayda sağlamıştır. Gelişmekte olan ülkelerin önekileri yakalamasında taklit değerli bir kısa yol olmuştur. (Prof. Dr. Murat Yülek – Ulusların Yükselişi)

sürekli bazda devam eden formal ya da enformel AR-GE ile veya üretim sürecindeki kademeli küçük yenilikler yoluyla gerçekleşir. Bu aşama AR-GE becerilerine sahip insan gücü gerektirir. Bu aşamadaki ülkeler ticari ürünleri olan firmalara sahiptir. Küresel rekabette ayakta kalmak için maliyeti yüksek ancak aynı zamanda belirli bir fiyatlandırma gücü sağlayan yeni ürünler geliştirmeleri gerekmektedir. Sanayi devrimini kaçırmaması nedeniyle ülkemiz batılı ülkelerin yaşamış olduğu bu dört evrelik sanayileşme sürecinin bütününe tamamlayamamış olup ithal ekipmanla sanayileşmiş, sanayi ürünlerini bu makineleri kullanarak üreten bir ülke sıfatını taşımaktadır. Ürünleri çoğunlukla standart (farklılaşmamış) ve orta seviye teknoloji içerikli ürünlerdir. Ülkenin ihracatı büyük oranda sanayi ürünlerinden oluşmakla birlikte düz ekran, akıllı telefon, tomografi cihazı ya da CNC makinesi gibi yüksek teknolojili ürünlerin taklit edilmesi veya geliştirilmesinde yeteri kadar mesafe alamamıştır. Ayrıca -tümüyle- yerel teknolojiyle ya da markayla ürettiği otomobil ve uçağa da sahip değildir.<sup>132</sup> Bu sebeple Türkiye, ihracatının önemli bir kısmı sanayi mallarından oluşsa da üretimini ağırlıklı olarak ithal makinelerle gerçekleştirmesinden ve ürettiği sanayi malları genellikle standart, farklılaştırılmamış, orta seviye teknolojiye sahip ürünlerden oluşmasından dolayı, sanayileşmenin ancak ikinci aşamasında yer alan bir ülke olarak konumlanabilir. Bu sanayi yapısıyla Türkiye, ancak düşük katma değerli ürünler üretip ihraç edebildiğinden, yüksek oranda cari açık veren ekonomisinin dış şoklara karşı kırılma eğilimini azaltamamakta ve orta gelir tuzağından<sup>133</sup> kurtularak milli gelirini arttıramamaktadır.<sup>134 135</sup>

Yukarıda yapılan tüm bu açıklamalardan anlaşılmaktadır ki ülkemiz bugün, Batı'daki Rönesans gibi bilginin gelişimini ve yaygınlaşmasını sağlayan bir hareket yaşayamaması temelinde

<sup>132</sup> Prof. Dr. Murat Yülek – Ulusların Yükselişi – Kronik Yayınevi

<sup>133</sup> **Orta Gelir Tuzağı:** Gelişmekte olan ülkelerin milli gelirleri 10 Bin – 15 Bin Dolar seviyesine ulaştıktan sonra (dışa bağımlılık ve düşük üretim hacmi nedenleriyle) ekonomik büyüme hızlarının düşerek milli gelirlerinin uzunca bir süre bu seviyede seyretmesi ve gelişmiş ülke gelir seviyelerine ulaşamamaları anlamına gelmektedir.

<sup>134</sup> Prof. Dr. Murat Yülek – Dr. Öğr. Üyesi Mete Han Yağmur – Uluslararası Tecrübeler Işığında Türkiye İçin Sanayi Politikaları (Makale) – İ.T.Ü. – Küresel Ekonominin Dinamikleri ve Türkiye – İ.T.Ü. Vakfı Yayınları

<sup>135</sup> Prof. Dr. Selçuk Şirin – Yol Ayırımındaki Türkiye – Doğan Kitap

sanayi devrimini kaçırmaması nedeniyle ithal makineler ile sanayileşme çizgisini ancak ikinci evre ile (bazı sektörler bakımından) üçüncü evrenin başlangıcı seviyelerine kadar geliştirebilmiş, yüksek katma değerli ürünler üretememesi yüzünden cari açık vererek orta gelir tuzağından bir türlü kurtulamayan bir ülke konumunda bulunmaktadır. Söz konusu katma değeri yüksek ürünlerin büyük bir çoğunluğunu da yenilikçi düşünce ve bilgiye dayalı olarak üretilen (markalaşmış ve fikri haklarla koruma altına alınmış) fikri ürünler oluşturmaktadır. Dolayısıyla bugün itibarıyla ülkemizin ekonomisini geliştirmiş ülkeler seviyesine çıkartamamasının en önemli nedenini; katma değeri yüksek ürünler üretemeyerek geliştirmiş ülkelerle rekabet edememesi ve bu minvalde Gayrı Safi Yurt İçi Hasılasını geliştirmiş ülkeler seviyesine yükseltmemiş olması olarak tespit etmek mümkündür. Bu noktada konunun öneminin daha iyi idrak edilebilmesi babında katma değer ve yüksek katma değer kavramlarını izah etmek gerekmektedir.

### III. Katma Değer ve Yüksek Katma Değer

Çok basit tanımıyla *katma değer*; bir firmanın satın aldığı mal ve hizmetleri, satın alınabilir ürünlere dönüştürerek elde ettiği değerdir. Yani bir ihtiyaca cevap verecek ürün üretilecek olsa o ürünü üretmek için alınan toplam hammadde ve kullanılan işçilik maliyetinden üretilen ürün satıldığında elde edilecek kar, yaratılacak katma değer olacaktır. Söz gelimi bir plastik kova üretiliyor ise, bu kovayı üretmek için işçilik ve hammadde dâhil tüm maliyet kalemlerine harcanılan bedelden sonra elde bir para kalıyorsa ve bu ürün piyasada kalitesiyle, sağlamlığıyla, garantisi ile tüketici kitlesi nezdinde bir güven oluşturmuşsa katma değer oluşmuş demektir. Çünkü katma değer, yalnızca üretimin etkinliğini yansıtmaz, aynı zamanda firmanın yarattığı ek refahın da ölçüsüdür. Yani katma değer ayrıca etkililiği ve kaliteyi de ölçer.<sup>136</sup> Bu sebeple de katma değer yaratılacak ise üretilen ürünün kaliteli olması ve bir fark yaratması da elzemdir ki hem etkili olsun hem de refah yaratsın. Klasik bakış açısı ile maliyetler ne kadar düşürülürse elde edilecek

<sup>136</sup> <https://nenedir.com.tr/katma-deger-value-added-nedir/>

karın kat sayısı o derece yüksek olacaktır, fakat bu yüksek katma değer demek değildir, o halde yüksek katma değer ne demektir?

İsminden de anlaşılacağı üzere Yüksek Katma Değer elde edilen katma değer daha da yükseltilecek maliyetleri kısaksızın **üretilen üründen daha fazla gelir elde edilmesi** demektir. Yüksek katma değer, ürünlerin iç piyasada üretilmesinden beklenen maliyetlerin düşürülmesiyle değil, nihai ürün ve hizmetlerin **yüksek fiyatlandırılması** ile sağlanır. Yani yüksek katma değere sahip ürün üreten bir üretici maliyetleri kısmadan ürününü normal rayicinin çok üstünde satarak rakiplerinden daha fazla kar elde edecek demektir. Bu noktada önemli olan; tüketicilerin zihinlerinde “yüksek fiyatlandırma ve yeni ürün geliştirme” kredisi açılmış markalara, tasarımlara, teknolojilere sahip olunmasıdır. Katma Değeri Yüksek ürünlerin bugün itibarıyla tüm dünyada genelini de doğru bir strateji ile yaratılan, korunan, yönetilen ve dolayısıyla fark yaratan markalaşmış fikri ürünler oluşturmaktadır. Yukarıda verdiğimiz plastik kova örneğinden gidecek olursak, plastik kova sektöründe ürün üretmeyi planlayan bir şirketin piyasaya girdiğinde plastik kova ürünü yıllardır piyasada bulunduğu ve bu yönüyle bilinir olduğundan etrafında aynı ürünü üreten birçok rakibinin olması doğal ve öngörülebilir olacaktır. Dolayısıyla bu şirket rekabet gücü yaratarak ürününü satmak için ya maliyetlerden ya da karından kısarak başta bir fiyat rekabeti yaratıp ürününü piyasada tutundurmaya çalışacaktır ya da yeterli sermayesi varsa yıllara dayalı bir strateji uygulayarak rakiplerine oranla daha kaliteli ürünler üretilip tüketici nezdinde kendisini tanıtmaya (yani markalaşmaya) çalışacaktır. İster bu alanda piyasaya yeni giren bir şirket olsun isterse de bu ürünü yıllardır üretmekte olan bir şirket, ürününü anılan şartlar altında durduk yere piyasa rayicinden çok yüksek bir fiyatla satabilmesi mümkün değildir, keza piyasada daha uygun fiyatta aynı kalitede -ve hatta markalaşmış- ürün satan birçok rakibi bulunmaktadır, tüketici böyle bir tavrın sergilenmesi halinde diğer firmaların ürünlerini seçecektir. Fakat bahse konu şirket, ürettiği kovaya mesela sensörler yerleştirip içine konan ısıyı ölçer bir hale getirir, içine temizleyici sıvının yerleştirildiği ayrı bir hazne koyup her temizlikte otomatik olarak gereken temizlik maddesini, konan

suyun içine uygun miktarda akıtan ve suyun temizleme etkisini arttıran bir sistem yaratırsa ürettiği ürünü bir ileri teknoloji ürünü haline getirmiş olacaktır. Bu ürünün tanıtımı doğru bir şekilde yapıp, ürüne eklenen fikir doğru bir şekilde koruma altına alınarak süreç doğru bir biçimde yönetilirse, şirketin piyasadaki rakiplerine oranla ürününü maliyetleri kısmaksızın çok daha yüksek fiyatta satma imkânı ortaya çıkacaktır.

Farklı tarihlerde Bilim Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı ve Kalkınma Bakanlığı tarafından yayınlanan Strateji Belgesi, Strateji Planı ve X. Kalkınma Planı'nda Türkiye'nin gelecek dönem imalat sanayi yapısı için *"yüksek katma değerli ve ileri (yüksek) teknolojiye dayalı ürünlerin üretiminde yoğunlaşmak ve bu ürünleri üreten sektörlerin payını artırmak"* genel ilkesinin belirlendiği görülmektedir.<sup>137</sup> Örneğin;

*"İlgili taraflarla iş birliği içinde, geliştirilen politikalar, stratejiler ve bu politika ve stratejiler doğrultusunda verilen desteklerle sanayinin planlı gelişimini sağlamak ve yüksek teknolojiye dayalı, dışa bağımlılığı azaltan ve yüksek katma değerli bir sanayi yapısının oluşumuna öncü olmak."* **Bilim Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı (BSTB), 2013-2017 Strateji Planı, Aralık 2012, Stratejik Amaç 1**

*"Türk sanayisinin rekabet edebilirliğinin ve verimliliğinin yükseltilerek, dünya ihracatından daha fazla pay alan, ağırlıklı olarak yüksek katma değerli ve ileri teknolojili ürünlerin üretildiği, nitelikli işgücüne sahip ve aynı zamanda çevreye ve topluma duyarlı bir sanayi yapısına dönüşümünü hızlandırmak"* **BSTB, Türkiye Sanayi Strateji Belgesi (2011-2014, AB Üyeliğine Doğru), Aralık 2010, Genel Amaç**

Dr. Oktay Küçükkiiremitçi'ye göre; *"Türkiye'de yüksek teknolojili sektörlerin üretimi (iç ya da dış talep artışı neticesinde)*

---

<sup>137</sup> Dr. Oktay Küçükkiiremitçi - Yüksek Katma Değer, İleri Teknoloji ve 2023 Hedefleri – "Ankara Üniversitesi Rektörlüğü ve Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Kamu Yönetimi Araştırma ve Uygulama Merkezi (KAYAUM) işbirliği ile 23-24 Ocak 2014 tarihlerinde gerçekleştirilen "Planlama Kurultayı-III"de yapılan sunumun bildirileri kitabındaki makalesi.

artsa dahi, genel olarak ekonomik çoğaltan mekanizması<sup>138</sup> daha düşük olduğundan ülke ekonomisindeki diğer sektörler üzerindeki uyarıcı etkisi daha sınırlı kalmaktadır. Daha yüksek katma değer oranlarına sahip olursa bile, üretim zincirinin tetiklediği toplam katma değer artışı daha düşük düzeyde kalmaktadır. Ayrıca ithal girdi kullanımının yoğunluğu nedeniyle yüksek teknoloji sektörlerinin üretiminin artması neticesinde ithal girdi talebi artmaktadır. Ülkemizdeki yüksek teknoloji sektörlerine girdi tedarik edecek yerli sektörler yerine, yurtdışında bu üretimi yapan ülkelerin sektörleri gelişmekte, uzmanlaşmakta ve katma değer zincirinin önemli bir bölümü de yurtdışında kalmaktadır. Nihai ürünün yüksek katma değer oranına sahip olması bu nedenle belirleyici değildir, önemli olan nihai ürünün üretilmesi için gerekli, mümkün olduğunca çok aşamanın yurtiçinde kalarak, ülkedeki “yurtiçi katma değer zinciri”nin oluşmasını sağlamaktır.” Küçükiremitçi meseleye sadece yüksek katma değer açısından değil katma değer zinciri yönünden de bakmakta ülkemizde yüksek katma değerli ürünler bugüne nazaran daha fazla üretilebilse dahi bu ürünlerin yaratımında ithal ürünlerin kullanımının azaltılması halinde oluşacak yurt içi katma değer zinciri oluşumunun sağlanmasının yüksek katma değerli ürün üretmekten daha önemli olduğunu dile getirmektedir.

Dr. Reşat Sinanoğlu ise meseleye farklı bir açıdan yaklaşarak şu açıklamalarda bulunmaktadır; “*Ekonomide yüksek*

<sup>138</sup> (Multiplier) Yatırım, tüketim, ihracat ve kamu harcamaları gibi toplam talebi oluşturan faktörlerin birindeki bir değişimin milli gelir üzerindeki etkisini göstermeye yarayan bir kavramdır. Talep yetersizliğinden kaynaklanan işsizlik içinde bulunan bir ekonomide, firmalar yatırım harcamalarını (makine, donatım ve tesis giderleri) herhangi bir nedenle artırmış olsunlar. Bu durumda, milli gelir ilk aşamada bu miktar kadar artmış olur. Yatırım harcamaları, yatırım malları endüstrilerinde çalıştırılan faktörlere ücret, maaş ve kar şeklinde ödenmiştir. Dolayısıyla bu gelirlerin sahipleri, kazandıkları gelirin bir kısmını tasarruf edecek (Marjinal Tasarruf eğilimlerine bağlı olarak) geri kalan kısmını ise mal ve hizmet alımlarına harcayacaklardır. Bu ikinci aşamada milli gelirdeki toplam artış, yatırım harcamalarındaki ilk artış + bu gelirlerin harcanan kısmı olacaktır. Ondan sonraki aşamalarda da her yaratılan yeni gelirlerin bir kısmı tasarruf edilip, kalan kısımları harcanacak ve toplam harcamalardaki artışlar, adeta suya atılan bir taşın doğurduğu dalgalar şeklinde giderek genişleyecek ve zayıflayacaktır. Bu mekanizmaya *çoğaltan mekanizması* adı verilir. Çoğaltan mekanizmasının sonucunda milli gelirdeki toplam artış, yatırımlardaki ilk artışın birkaç katma ulaşır, yani yatırımın bir katsayı ile çarpımına eşit olur. / <https://www.nedir.com/%C3%A7o%C4%9Faltan>

*katma değer yaratmak demek, ürün ve hizmet sektörlerinde Katkı Marjı daha yüksek fiyatlı ürün ve hizmetler üretmek demektir. Başka bir deyişle, üretilen ürün ve hizmetlerin değişken giderlerine görece daha yüksek fiyatlandırılmaları demektir. Ürün ve hizmetleri daha yüksek fiyatlandırmak ve bu sayede yatırımı daha verimli kılmak için ileri teknoloji gerektiren ürün veya hizmetleri üretmek gerektiği yanılıgısı genellikle bilgisizlikten kaynaklanmaktadır. Gelişen ya da gelişmekte olan ülkeler, gelişmiş ülkelerin başarılarını kıskanırken, nasıl elde ettiklerinden çok ne yaptıklarıyla ve sonuçlarıyla ilgilenirler. Çoğu kez, aynı sonuçları süratle elde etmek için yapılanları taklit ederek hem zamanlarını hem paralarını kaybederler. Çakma silikon vadileri, teknoloji parkları, kısa yol zannedilen teşviklerle sözde desteklenen ve ürettikleri satılmadığı için kapanan ya da ülkeye yük olan yatırımlar gibi sayısız sonuç vermeyen denemelerden de ders almazlar. Çok azı, gelişmiş ülkelerin başarılarının birer sonuç olduğu bilinciyle, nasıl elde edildiklerini açıklayan öyküleri ile ilgilenirler. Uzun süre öyküleri etüt ederler ve kendi ülke konumları, yetenekleri ve kaynakları ile ilişkilendirilmiş akılcı hedeflere yönelik bir planlama içerisinde sürdürülebilir ilerleme kaydederler. Başarılı sonuçların nasıl elde edildiğine ait öyküleri çalışarak ev ödevlerini doğru yapabilen ülkeler, yapay kısa yollar aramadan ülke içerisindeki reformları adım, adım yaparak ekonomilerinin yarattığı katma değeri sürekli yükseltirler. **Açık toplum ve açık ekonomiden yana davranışlarla ülke içerisindeki rekabet ortamını iyileştirerek, evrensel hukuk normlarını ve demokrasi kriterlerini geçerli kılarak, çağdaş eğitim seviyesini her düzeyde var etmeye çalışarak, piyasa ekonomisinin gerektirdiği rolleri doğru algılayan bir devlet yönetimi ile özerk regülasyon kurumlarının verimli çalışacağı ortamları yaratarak ve bilgiye erişim açısından olası hiçbir engele izin vermeyerek ülke kaldıracına (Marka Kaldıracı) yatırım yaparlar. Ve giderek globalleşen tüketicilerin zihinlerinde ürün ve hizmetlerinin daha yüksek fiyatlandırılmasıyla ilgili kredinin açılmasını sağlarlar. Yukarıda sözünü ettiğimiz ev ödevini doğru yapmayan bir ülkenin yüksek teknolojiye yatırım yapması, ileri teknoloji ile üreteceği ürün veya hizmetlerin yüksek katma değer yaratmasını sağlamaz. Diğer***

*yandan, ev ödevini doğru yapan ülkelerin de yüksek katma değer yaratan bir ekonomiye sahip olmaları için yüksek teknolojiye yatırım yapmaları gerekmez.”<sup>139</sup>*

Sayın Sinanoğlu'nun yorumlarından anlaşılmaktadır ki bir ülkenin yüksek katma değer yaratabilmesi ve GSYH'nı arttırabilmesi için sadece sanayileşme evrelerinin üst sıralarında olması veyahut ileri teknoloji ürünleri üretebilmesi ya da yurt içi katma değer zincirini yaratabilmiş olması tek başına yeterli olmayıp evrensel hukuk normlarını ve demokrasi kriterlerini geçerli kılarak, çağdaş eğitim seviyesini her düzeyde var etmeye çalışarak, piyasa ekonomisinin gerektirdiği rolleri doğru algılayan bir devlet yönetimi ile özerk regülasyon kurumlarının verimli çalışacağı ortamları yaratabilmesi ve bilgiye erişim açısından olası hiçbir engele izin vermeyerek ülke kaldırıcına (Marka Kaldırıcı) yatırım yapması da gerekmektedir.

Prof. Dr. Murat Yülek durumu bir örnekle şu şekilde açıklamaktadır; *“Aynı nüfusa sahip biri zengin, diğeri fakir iki ülke düşünün. Her ülke sadece bir (ve aynı çeşit) ürünü basit bir sırt çantasını üretsin. Böylece fazla teknoloji gerektirmeyen ve aynı kalitede bir ürün üretiyor olsunlar. Her iki ülke ürünlerini ihraç etsin ve ihracatla gelir elde etsin. Aynı ürün olsalar da zengin ülkenin ürettiği sırt çantaları (örneğin taşıdıkları marka sebebiyle) dünya pazarlarında, mesela fakir ülkenin sırt çantalarından on kat daha pahalıya satılsın.*

---

<sup>139</sup> Dr. Reşat Sinanoğlu – Yüksek Katma Değer Yaratmak İçin İleri teknoloji Gerekmez <http://resatsinanoglu.com/189/yuksek-katma-deger-yaratmak-icin-yuksek-teknoloji-gerekmez.html>

	Ülke - I	Ülke - II
Nüfus	100	100
Yıl içinde çalışılan toplam saat	1.000	1.000
Bir yılda üretilen sırt çantası adedi	1.200	1.000
Reel iş gücü verimliliği (çalışılan saat başına üretilen sırt çantası)	1.2	1.0
Üretilen sırt çantasının dünyadaki ortalama fiyatı (₺)	1	10
GSYH (₺)	1.200	10.000
Çalışılan saat başına GSYH (iş gücü verimliliği)	1.2	10
Kişi başı GSYH	12	100

Tablodaki rakamlardan fakir ülkenin (Ülke I) fiziki verimliliğinin çok daha yüksek olduğu görülmektedir; zengin ülkeye göre birim zamanda %20 daha fazla sırt çantası üretmektedir. Buna rağmen zengin ülkenin kişi başı GSYH'sı fakir ülkenin sekiz katına denk gelmektedir, çünkü zengin ülkenin ürünlerini sattığı fiyat (esasen aynı ürünün fiyatı) çok daha (10 kat) yüksektir. Fakir ülke, halkının refahını arttırarak zengin ülkeyle arayı kapatmak istemektedir. Bunun için fakir ülkeden (daha fazla) verimliliği arttırmasını istemek yanlış olmasa da uygun olamayan bir politikadır; fakir ülkenin verimliliği zengin ülkeden daha yüksek olmasına rağmen bunu (daha da) arttırıp arayı kapatması (saat başı 1.2. dolara karşılık 10 Dolar) için çok uzun süreler boyunca verimlilik fazlaları yaşaması gerekecektir. Kişi başına geliri 5.000 Dolar olan bir ülke, 20.000 Dolarlık bir ülkeye yetişebilmek için her

yıl düzenli olarak yüzde 2 daha verimlilik artışı sağlamak kaydıyla 60 yıla ihtiyaç duyacaktır. Oysa -OECD ülkelerinin Almanya'ya göreceli verimlilikleri karşılaştırıldığında- sadece Güney Kore bu tür bir verimlilik artışı gerçekleştirebilmiştir. Kıssadan hisse bellidir. Gerçek hayatta geliri sadece fiziki verimlilik belirlemediği gibi verimlilik yetiştirme hızını da belirlemez. **Kişi başı GSYH'de ülkeler arasında fark yaratan şey üretilen ürünlerin dünya fiyatlarıdır.**<sup>140</sup> Sayın Yülek'in verdiği bu örnek üzerinden gidildiğinde anlaşılmaktadır ki; yüksek katma değer yaratmak bakımından sadece ileri teknoloji ürünü üretmek yeterli olmayıp bu aynı zamanda *bir markalaşma ve bilinç işidir*. O halde yüksek katma değer yaratımının temeli, ileri teknoloji yaratımı ve markalaşma dahil olmak üzere evrensel hukuk normları ve demokrasi kriterlerinin geçerli kılınması, çağdaş bir eğitim seviyesinin oluşturulması, piyasa ekonomisinin gerektirdiği rollerin iyi algılanması, bilgiye erişim, doğru sanayi politikalarının yaratımı gibi önemli dinamikleri de aynı zamanda içerisinde barındırmaktadır. Keza yukarıda verilen örnekten gidilecek olursa doğru markalaşabilmek, ayırım gücü güçlü doğru markalar yaratabilmek, bu markaları doğru bir şekilde koruyabilmek, teknik ve hukuki yönden oluşacak marka portföyünü doğru bir biçimde yönetebilmek, kısacası bu anlamda doğru bir fikri haklar stratejisine sahip olmak anlamına da gelmektedir. Söz konusu bakış açısı, içinde stratejik yönetim, iş birliği, vizyoner ve yaratıcı düşünceleri de barındıran bir bilinç yapısını da ister istemez gerektirmektedir.<sup>141</sup> *Bu aynı zamanda da bir kültürdür.*

Dr. Güven Sak bu durumu bir makalesinde samimi bir dille şu şekilde açıklamaktadır; “Bizim yöneticilerimiz, bir ARGE projesine aynı bir inşaat projesine yaklaştıkları gibi yaklaştıkları için bir AR-GE projesinin gerektirdiği sabra sahip değiller. Ne demek bu? Bir inşaat projesinin başı ve de sonu bellidir. Birincisi, ihtiyaç bellidir. İkincisi, ihtiyacın karşılanması planlandığı zaman bellidir. Üçüncüsü, projenin aşamaları önceden bellidir.

<sup>140</sup> Prof. Dr. Murat Yülek – Ulusların Yükselişi – Kronik Yayınevi

<sup>141</sup> Prof. Dr. John Palfrey – Intellectual Property Strategy – The MIT Press Essential Knowledge Series

*Dördüncüsü, her bir aşamanın aşağı yukarı ne kadar zaman alacağını önceden kestirmek mümkündür. Beşincisi, açılışın ne zaman yapılacağı bellidir. Böyle bakarsanız, bir inşaat projesi başlar ve hakkeşler zamanında ödeniyorsa, aşağı yukarı söylendiği zamanda biter. Hatta daha hızlı para öderseniz, projeyi çabuklaştırmak bile mümkündür. Ama bir ARGE projesi asla böyle değildir. Araştırma sürecinin nereye takılacağı belli olmaz. Parayı harcarsınız, attığınız füze havada patlar gider. Hata ile ilgili olsa olsa tahmininiz vardır. Yenisi için para harcarsınız, atarsınız yanlış hesap devam eder, yine patlar. Her başarısızlıktan sonra yeniden para harcamak için süreci baştan başlatmak gerekir. Öyle olur ki, 28 füze patlatırsınız, 29'uncuyu denemeye sabırlı yöneticilere ihtiyacınız vardır. "Seçimler yaklaşıyor, açılış yapacak bir şey lazım" dersiniz AR-GE olmaz. AR-GE sabrınız ve azminiz yoksa memlekette milli teknoloji olmaz. Mühendis ve temel bilimciye ihtiyaç da olmaz."*<sup>142</sup>

Buraya kadar yapmış olduğumuz açıklamalardan yüksek katma değer yaratımının sadece ileri teknolojiye havi ürünler ile elde edilemeyeceği net bir biçimde anlaşılmaktadır. Belirtmek isteriz ki; *tüketiciler sadece ürünler ya da hizmetler için belirlenmiş olan bedeli ödemezler, asıl o ürün ya da hizmetin kendilerine sağlayacağı fayda için para öderler.* Bu nedenle birbirleriyle rekabet eden şirketlerin rekabeti temelinde, tüketici faydası temini yatmaktadır. Bu sebeple yaratılacak ürün ya da oluşturulacak hizmetin ve aynı şekilde bu ürün ya da hizmetin müşteri kitlesine benimsetilmesi için belirlenecek iş ve fikri haklar stratejilerinin de özellikle dijitalleşen dünyada **değer odaklı** olması gerekmektedir.<sup>143</sup> Yenilikçi düşünce ile tüketici için temin edilecek faydayı içeren her ürün ve hizmet içinde birer değer barındırmaktadır, söz konusu değer aynı zamanda bir fikri ürün ise tabii ki geleceğe yönelik doğru bir iş ve fikri haklar stratejisi ile yaratılması, korunması ve yönetilmesi gerekmektedir. Bunun için de değer yaratan şirketin üst kademe yöneticileri dahil

<sup>142</sup> Dr. Güven Sak - Biz onun ne işe yaradığını anlamak için tam 28 füze patlattık – Radikal Gazetesi – 25.02.2014 - <https://www.tepav.org.tr/tr/blog/s/4612>

<sup>143</sup> Beat Weibel & Rudolf Freytag – Why Digitalization Needs Value-Driven Intellectual Property Strategies? – Les Nouvelles – December 2019

olmak üzere strateji, inovasyon yönetimi, AR-GE, pazarlama, imalat, finans ve fikri haklar birimlerinin koordineli olarak aynı amaç altında bir araya gelerek anılan stratejileri ve alternatiflerini işbirliği içinde üretmeleri zaruridir.<sup>144</sup> Yaratılan fikri ürün gerek marka gerek patent gerekse tasarım olsun öncelikle belirlenen geleceğe yönelik değer odaklı iş ve fikri hak stratejileri bakımından faaliyet serbestisi (Freedom to Operate) analizlerinin yapılması, taklide karşı koruyucu önlemlerinin alınması da günümüz dijital-bilgi çağında kaçınılmaz bir gerçek olarak karşımızda durmaktadır. Bu nedenle fikri haklar bir şirkete, geleceğe yönelik olarak belli ve fakat uzun sayılabilecek süreler ile koruma ve bir nevi tekel hakkı sağlayan, şirketin ürün ve/veya hizmet bazında yarattığı değerlere ayrıca değer katarak rekabet gücü kazandıran, bu sayede de yüksek katma değer getirisi yaratan haklar olup stratejik olarak ve koordineli bir biçimde oluşturulmaları, korunmaları ve yönetilmeleri gerekmektedir. Bu açıklamalarımız babında, yüksek katma değer yaratımı için hem şirket üst kademesinin hem şirket içinde farklı departmanlarda çalışan teknik kişilerin hem de şirket içinde ya da dışında şirket adına hizmet veren marka, patent ve tasarım vekilleri ile avukatların stratejik bir bakış açısıyla koordineli olarak birlikte aynı amaç için çalışmalarının elzem olduğu ortaya çıkmaktadır ki bunun, bugüne kadarki alışılmış uygulamaların dışında **bir bilinç ve kültür gerektirdiği** aşikardır. Keza stratejik bakış açısı ile koordineli olarak yaratılmayan, korunmayan ve yönetilmeyen fikri ürünlerin bırakınız yüksek katma değer yaratmayı her an bir toz bulutu haline gelebilecekleri de akıldan çıkartılmamalıdır. Bu nedenle fikri ürünleri ve üzerlerindeki fikri hakları, bakımına özen gösterilmesi gereken ve fakat sonrasında göz alıcılığı yüksek olacak “**Nadide Bir Çiçek**” gibi görmek gerekmektedir. Bu bakış açısı ülkemizde olacağı gibi tüm dünyada iş birliği ile yenilikçi değer yaratımının ve dolayısıyla yüksek katma değer oluşmasını sağlayacaktır. Oysa meseleye Dr. Güven Sak’ın makalesinde bahsettiği gibi bir bilinç yapısı ile yaklaşıldığında yüksek katma değer yaratılabilmesinin ve

---

<sup>144</sup> Beat Weibel & Rudolf Freytag – Why Digitalization Needs Value-Driven Intellectual Property Strategies? – Les Nouvelles – December 2019

bu değerin tüketici kitlesine kabul ettirilebilmesinin kanaatimizce imkânı bulunmamaktadır.

Bu bölümü tamamlamadan önce konu ile ilgili olarak son yıllarda popüler olan bir bilgisayar oyununu üreten ve gelirin %80'ni bu oyundan temin eden bir yazılım firmasının 5,9 milyar Dolar gibi çok yüksek bir bedelle 2015 yılında el değiştirmesi örneği verilebilir. Gazetelerde yer alan haberlere göre şirketin değeri 53 ülkeden büyük olup İstanbul Borsası'nın da yüzde dördüne, değeri en büyük sanayi şirketlerimizden Ereğli Demir Çelik ve Tüpraş'ın da iki katına denk gelmektedir. Hızla büyüyen yazılım sektörünün dünyada ulaştığı büyüklük ise 3,5 trilyon dolara ulaşmış bulunmaktadır.<sup>145</sup> <sup>146</sup> Oluşturulacak doğru stratejilerle yüksek katma değer yaratmanın sonucunun nerelere varabileceğini zannımızca bu örnek en iyi şekilde gözler önüne sermektedir.

#### IV. Sonuç

Şu an içinde olduğumuz dijitalizasyon ve bilgi çağında Endüstri 4.0 devriminin de etkisi ile fikri ürün yaratmanın ve doğru bir biçimde koruyarak üretmenin ülkelerin GSYH oranlarını ve kişi başına düşen milli geliri arttırdığı artık yadsınamayacak bir gerçek haline gelmiştir. Katma değeri yüksek ürünlerin büyük bir çoğunluğunu fikri ürünler oluşturduğuna göre bu ürünlerin yaratımı ve ülkemizin sanayileşmenin bazı sektörler hariç üçüncü ve dördüncü basamaklarına daha çabuk geçerek Endüstri 4.0 devrimine ayak uydurabilmesi öncelikle devlet kanadında doğru sanayi politikalarının oluşturulabilmesine<sup>147</sup> <sup>148</sup> ve şirketlerimizin fikri hak kültürünü içlerine doğru bir biçimde yerleştirebilmelerine bağlıdır. Bu çerçevede uygulanacak politika örnekleri içinse şunlar sıralanabilir;

<sup>145</sup> <https://www.sabah.com.tr/teknoloji/2014/03/26/candy-crushin-halka-arz-fiyati-belli-oldu>

<sup>146</sup> [https://www.bbc.com/turkce/ekonomi/2015/11/151103\\_candy\\_crush\\_nelere\\_bedel](https://www.bbc.com/turkce/ekonomi/2015/11/151103_candy_crush_nelere_bedel)

<sup>147</sup> Detaylı bilgi için Bkz.: Prof. Dr. Murat Yülek – Ulusların Yükselişi – Kronik Yayınevi

<sup>148</sup> Dr. Oktay Küçükiremitçi - Yüksek Katma Değer, İleri teknoloji ve 2023 Hedefleri

- i. Sağladığı katma değer seviyesi, geri bağlantılarının<sup>149</sup> yüksekliği, sağlayacağı öğrenme potansiyeli ve teknolojik derinleşme göz önünde bulundurularak ülke için stratejik sektörlerin belirlenip desteklenmesi,
- ii. Öncü/öncelikli sektörlerde yerli sanayi şirketlerini dışlayan kamu alım politikalarının terk edilmesi,
- iii. Öncü/öncelikli sektörlerde markalaşma ve AR-GE çalışmalarının desteklenmesi ve eğitim sisteminin sanayi sektörünü destekleyecek şekilde düzenlenmesi,
- iv. Yeni nesil sınai müteşebbislerin ortaya çıkarılması, bunun için gayri menkul sektörü gibi, (yüksek katma değerli üretim modeli ile bu üretim şeklinin taşıdığı risklerden uzak ve) ülke için uzun dönemli getirileri düşük olan, ancak düşük riskli olduğu için müteşebbislerin ve ülkenin kısıt tasarruflarının/sermayesinin kolay aktığı sektörlerin ortaya çıkardığı haksız rekabetin ortadan kaldırılması.<sup>150</sup>

Türkiye'nin sanayileşme yolunda yaşadığı başarısızlıklarda sanayi politikalarının tasarım ve uygulama hataları önemli rol oynamıştır. Türkiye'de karar alıcılar, akademisyenler, gazeteciler gibi önemli kesimler sanayileşme ve kalkınma süreç ve politikalarını anlayamamıştır. Yaklaşım farkları ve politik istikrarsızlık da sanayileşme sürecini baltalamıştır. Bu noktadan sonra Türkiye'de sanayileşme sürecinde başarılı olmak için geniş çerçeveli (eğitimden alt yapıya) bir kalkınma politikası içinde, odaklanmış bir sanayi politikasına ihtiyaç bulunmaktadır.<sup>151</sup>

<sup>149</sup> Girdi-çıkıtı analizi bir ekonomide sektörler arası ilişkilerin görülmesini sağlar. Bir sektörün üretim sürecinde diğer sektörlerden girdi kullanması o sektörün *geri bağlantısını* yansıtır. Öte yandan, bir sektörün diğer sektörlerle girdi sağlaması o sektörün ileri bağlantısını gösterir. Aslında, geri ve ileri bağlantılar bir ekonomideki endüstriler arası ilişkilerin büyüklüğünü ortaya koyan ölçütlerdir ve bir ülkenin sektörel düzeyde yatırım ve teşvik stratejilerinin belirlenmesinde kullanılır. Güçlü geri ve ileri bağlantıları olan sektörler kilit sektör olarak adlandırılır. / <http://www.acarindex.com/tisk-akademi/turk-imalat-sanayiinde-geri-ve-ileri-baglantilar-girdi-cikti-tablosuna-dayali-yapisal-bir-cozumleme-24462#.XhwrDxtS-00>

<sup>150</sup> Prof. Dr. Murat Yülek – Dr. Öğr. Üyesi Mete Han Yağmur – Uluslararası Tecrübeler Işığında Türkiye İçin Sanayi Politikaları (Makale) – İ.T.Ü. – Küresel Ekonominin Dinamikleri ve Türkiye – İ.T.Ü. Vakfı Yayınları

<sup>151</sup> Prof. Dr. Murat Yülek – Ulusların Yükselişi – Kronik Yayınevi

Doğru sanayi politikalarının inşası da yukarıda da dile getirmeye çalıştığımız üzere ileri teknoloji yaratımı ve markalaşma dahil olmak üzere evrensel hukuk normları ve demokrasi kriterlerinin geçerli kılınması, çağdaş bir eğitim seviyesinin oluşturulması<sup>152</sup>, piyasa ekonomisinin gerektirdiği rollerin iyi algılanması, bilgiye erişim, doğru sanayi politikalarının yaratımı gibi dinamikleri de içerisinde barındırmakta olduğundan ortak aklın hüküm sürdüğü üst bir bilinç yapısını zaruri kılmaktadır.

Kaldı ki sanayi politikalarının tasarım ve uygulamasını devlet tek başına başaramaz. Bir yandan geniş halk kesimlerinin (özellikle kanaat önderlerinin) görüş birliğinin sağlanması, diğer yandan ise sanayi politikasının sadece sanayi şirketlerini değil, tüm sanayi katmanını hedeflemesi gerekmektedir. Yani kaliteli sınai müteşebbislerin, sınai şirket ve çalışanlarının (mavi ve beyaz yakalılar) ve sanayi finansmanın geliştirilmesi gerekmektedir. İhracata dönük sağlam bir sanayi katmanı AR-GE ve yenilikçilik desteklerinin de etkin hale gelmesini sağlayacaktır.<sup>153</sup>

Tüm bu aktarılanlarla birlikte meselenin temel yapı taşlarından biri olan hukukun, özellikle fikri ürünler üzerindeki hakları koruyan fikri ve sınai haklar mevzuatının, ülke genelinde sağlam bir hukuki alt yapıya ve uygulamaya kavuşmasının ayrıca yadsınamaz bir önemi bulunmaktadır. Sınai haklar ile ilgili mevzuat yaklaşık 22 yıl gibi bir süre acil karar alınması gereken özel durumların konusu olan Kanun Hükmünde Kararnameler ile idare edilmiş, bu kararname hükümlerinden bazıları Anayasa'ya aykırı bulunarak Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir. Sadece üç büyük ilde kurulan ihtisas mahkemeleri iş yükü dolayısıyla yetersiz kalmakta, duruşmalar arası zaman dilimleri her geçen gün uzamakta, ihtisas hakimleri yetişmemekte, yetişen ihtisas hakimleri yerine de fikri ve sınai haklar hukuku ile daha önce hiçbir ilgisi olmayan hakimler atanarak süreç daha da içinden çıkılmaz bir hal almaktadır.

---

<sup>152</sup> “Bizde temel bilimler öğretilmeden mühendis yetiştirilmeye çalışılıyor; bilimsel gelişme sağlanmadan teknolojik gelişme sağlanacağına inanılıyor. Sanılıyor ki biz bilimi ıskalasak bile teknolojik ayılımlar yapabiliriz.” – Do. Dr. Kerem Cankoçak – Türkiye’de Bilimsel Gelişmenin Seyri – Bilim, Teknoloji ve Toplum – İ.T.Ü. Vakfı Yayını

<sup>153</sup> Prof. Dr. Murat Yülek – Ulusların Yükselişi – Kronik Yayinevi

Özellikle patent ve tasarımlar ile ilgili husumetler bakımından yargıdaki en önemli sùjelerden biri olan bilirkişilik müessesesi bakımından da sıkıntılar yaşanmakta olup bilirkişi sayısındaki eksiklikler nedeniyle dosyalar ehil olmayan bilirkişilerin ellerine teslim edilebilmektedir. Düşük ücretler ve bezdirici taraf şikayetleri nedeniyle çoğu teknik uzmanlığı bulunan kişiler ya da akademisyenler mahkemelerde bilirkişilik yapmak istememektedirler. İşin ceza boyutu bakımından da -işbu alana özel ilgisi olanlar hariç olmak üzere- savcılar ve hakimler tarafından fikri ve sınai haklar ile ilgili suçlar diğer suçlara nazaran daha alt seviyede görülmekte, yasa da acil işlerden sayılmasına rağmen arama ve el koyma talepleri reddolunmakta, verilen takipsizlik kararları Sulh Ceza Mahkemeleri tarafından onanmaktadır. Oysa taklit üretilen ürünler çok büyük bir vergi ve istihdam kaybına yol açmakta, buradan elde edilen gelirlerin büyük bir bölümü yasa dışı örgütlerin cebine girmekte ve taklit ürünlerde kullanılan zararlı maddeler nedeniyle kamu sağlığı tehdit edilmektedir.<sup>154 155</sup>

Yukarıda açıklamaya çalıştığımız tüm sebeplerle yüksek katma değer yaratan ve milli gelirini bu sayede yükselten bir ülke olmak istemekteysek, içinde hukuk, demokrasi kriterleri, işbirliği, özgür ve yaratıcı düşünce ile bilgiye ulaşım gibi birçok farklı dinamiği içinde barındıran bir bilinç ve kültür yapısına sahip olmamız kaçınılmaz bir gerçeklik olarak karşımızda durmaktadır. Bu bilinç ve kültür yapısı sadece devlet kanadında değil, hukuk ve ekonomi birimleri yanında şirketler ve hatta toplum genelinde yaygınlaşması zaruri olan bir bilinç ve kültür yapısı haline erişmelidir. Çünkü anlaşılmaktadır ki Karl Marx'ın betimlediği üretim ilişkilerini<sup>156</sup> içinde barındıran alt yapı ile örf, ahlak, kültür,

<sup>154</sup> <https://www.sozcu.com.tr/2018/ekonomi/kacak-ekonomiden-milyarlarca-dolarlik-vurgun-2485456/>

<sup>155</sup> <https://indigodergisi.com/2018/07/sahte-kacak-taklit-urun-ticareti/>

<sup>156</sup> “Karl Marx, insanların yaşam tarzlarının üretimle olan ilişkileriyle biçimlendiğine inanıyordu. Yani “İnsanların yaşamı insanların yaptıkları, sattıkları ve kullandıkları ürünlerle biçimlenmektedir.” diyordu. Ona göre; üretim ilişkileri alt yapıyı, kültür, din, değerler, inançlar üst yapıyı oluşturuyordu. Alt yapı üst yapıyı biçimlendirdiğine göre, alt yapı değişiklikleri yapmadan üst yapı değişiklikleri yapmanın anlamsız olacağını, alt yapıdan kaynaklanan sorunların üst yapı tedbirleri ile çözülemeyeceğini düşünüyordu.” / Prof. Dr. Doğan Cüceloğlu - Savaşçı – Remzi Kitabevi

din , değerler, hukuk normları vb. gibi öğeleri içinde barındıran üst yapı arasında karşılıklı olarak devamlı bir etkileşim bulunmaktadır.<sup>157</sup> Ve zannımızca bu etkiyi, *içinde bulunduğumuz çağ nezdinde hem alt yapı hem de üst yapı bakımından katalizör görevi görmek suretiyle doğru bir biçimde en fazla arttıracak olan da katma değeri yüksek fikri ürünler ve onlar üzerindeki haklar olacaktır.* Doğru politikalarla bu sürece uyum sağlayan kurumlar ve ülkeler yükselerek ayakta kalmaya devam edecekler, uyum sağlayamayanlar ise çok sıkıntılı ve sancılı süreçlerden geçmek zorunda kalacaklardır.

---

<sup>157</sup> “Marx, alt yapı dediği üretim ilişkilerinin, üst yapı dediği kültürü biçimlendirdiğini söylerken, bunu tek yönlü bir etkileme olarak ifade etti. Bugün, biyoloji, ekoloji, antropoloji, sosyal psikoloji, ekonomi alanlarına “sistem yaklaşımı” içinde baktığımızda, yaşamda hiçbir şeyin bir şeyi tek yönde etkilemediğini görüyorsunuz. **“Etkileşim ağı gerçeği” içinde olaya baktığımızda, bu ağın herhangi bir yerinde, herhangi bir değişim, ağın tümünü etkileme olanağı yaratır.** Üretim ilişkileri insanların büyük bir çoğunluğu değerlerini, dünya görüşünü biçimleyebilir. Ama, bir tek insan öyle bir düşünce ve eylem düzeyine girebilir ki, kendinden sonra gelen çağı tamamıyla farklı bir yöne götürebilir. O bakımdan benim görüşüm, **tüm değişimlerin temelinde bilincin yattığıdır. Bilinçte meydana gelen değişimleri insanoğlunun yaşamında meydana gelen diğer tüm değişimlerin anası olarak görüyorum.**” Prof. Dr. Doğan Cüceloğlu – Savaşçı – Remzi Kitabevi

## KISALTMALAR CETVELİ

AR-GE :	Araştırma ve Geliştirme
GYSH :	Gayrisafi Yurt İçi Hasıla

## KAYNAKÇA

- Victor Frankl** – İnsanın Anlam Arayışı – Okuyan Us Yayınları  
<http://www.webandmacros.net/assets-Balanced-Scorecard.htm>
- Prof. Dr. Emre Kongar** – Toplum Bilim Açısından Töre, Şeriat, Evrensel Hukuk – <http://www.kongar.org/aydinlanma/2000/aydin206.php>
- Prof. Dr. Murat Yülek** – Ulusların Yükselişi – Kronik Yayınevi
- Prof. Dr. Emre Kongar** – 21. Yüzyılda Türkiye – Remzi Kitabevi
- Prof. Dr. Murat Yülek** – Dr. Öğr. Üyesi Mete Han Yağmur – Uluslararası Tecrübeler Işığında Türkiye İçin Sanayi Politikaları (Makale) – İ.T.Ü. – Küresel Ekonominin Dinamikleri ve Türkiye – İ.T.Ü. Vakfı Yayınları
- Prof. Dr. Selçuk Şirin** – Yol Ayrımındaki Türkiye – Doğan Kitap  
<https://nenedir.com.tr/katlama-deger-value-added-nedir/>
- Dr. Oktay Küçükiremitçi** - Yüksek Katma Değer, İleri Teknoloji ve 2023 Hedefleri – “Ankara Üniversitesi Rektörlüğü ve Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Kamu Yönetimi Araştırma ve Uygulama Merkezi (KAYAUM) işbirliği ile 23-24 Ocak 2014 tarihlerinde gerçekleştirilen “Planlama Kurultayı-III”de yapılan sunumun bildirimleri kitabındaki makalesi  
<https://www.nedir.com/%C3%A7o%C4%9Faltan>
- Dr. Reşat Sinanoğlu** – Yüksek Katma Değer Yaratmak İçin İleri teknoloji Gerektirir <http://resatsinanoglu.com/189/yuksekatma-deger-yaratmak-icin-yuksekatnoloji-gerekmez.html>
- Prof. Dr. John Palfrey** – Intellectual Property Strategy – The MIT Press Essential Knowledge Series
- Dr. Güven Sak** - Biz onun ne işe yaradığını anlamak için tam 28 füze patlattık – Radikal Gazetesi – 25.02.2014 - <https://www.tepav.org.tr/tr/blog/s/4612>
- Beat Weibel & Rudolf Freytag** – Why Digitalization Needs Value-Driven Intellectual Property Strategies? – Les Nouvelles – December 2019  
<https://www.sabah.com.tr/teknoloji/2014/03/26/candy-crushin-halka-arz-fiyati-belli-oldu>  
[https://www.bbc.com/turkce/ekonomi/2015/11/151103\\_candy\\_crush\\_nelere\\_bedel](https://www.bbc.com/turkce/ekonomi/2015/11/151103_candy_crush_nelere_bedel)

<http://www.acarindex.com/tisk-akademi/turk-imalat-sanayiinde-geri-ve-ileri-baglantilari-girdi-cikti-tablosuna-dayali-yapisal-bir-cozumleme-24462#.XhwrDxtS-00>

**Doç. Dr. Kerem Cankoçak** – Türkiye’de Bilimsel Gelişmenin Seyri – Bilim, Teknoloji ve Toplum – İ.T.Ü. Vakfı Yayını

<https://www.sozcu.com.tr/2018/ekonomi/kacak-ekonomiden-milyarlarca-dolarlik-vurgun-2485456/>

<https://indigodergisi.com/2018/07/sahte-kacak-taklit-urun-ticareti/>

**Prof. Dr. Doğan Cüceloğlu** - Savaşçı – Remzi Kitabevi

## **MARKA HUKUKUNDA KULLANMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ VE KULLANMAMANIN HUKUKİ SONUÇLARI**

**Av. Nil HACIMUSTAFAOĞLU ŞİŞMAN\***

### **GİRİŞ**

Tescilli bir marka, sahibine tekel hakkı vererek geniş bir koruma alanı yaratmakta, marka olan işaret, adeta kamunun kullanımına kapatılmaktadır. Türk Marka Hukukunda, bir markanın tescili aşamasında, başvuru sahibinin markayı kullanıp kullanmadığına veya gelecekte kullanma niyeti olup olmadığına dair bir inceleme yapılmamaktadır. Dahası, önceden tescil edilmiş, ancak hiç kullanılmamış olan ve gelecekte de kullanılma niyeti bulunmayan markalar, gerçekten kullanma amacıyla yapılmış yeni başvuruların tesciline de engel olmaktadır. Zira hukukumuzdaki resen inceleme ilkesi gereğince tescilli bir markanın aynısı veya ayırt edilemeyecek benzerinin, aynı veya aynı tür mal ve hizmetler için tescilinin talep edilmesi halinde marka tescil başvurusu reddedilmektedir.

Kullanılmayan markaların hiçbir hukuki sınırlama olmaksızın korunmaya devam etmesinin ekonomiye, hatta markanın kendisine zarar vereceği, markalar sicilini âtıl bir marka çöplüğüne çevireceği kaçınılmaz bir sonuçtur. Bu bakımdan hukuk düzenlerinde markanın kullanılması yükümlülüğü getirilmiştir. Markayı kullanmak, markaya itibar ve marka sahibine ticari menfaat kazandırırken kullanmama davranışı ise markanın hukuki koruma

---

\* Avukat - İstanbul Barosu – Patent ve Marka Vekili

alanının dışına çıkarılması dahil belli hukuki yaptırımlarla karşı karşıya kalınmasına sebep olacaktır.<sup>158</sup>

Türk Marka Hukukunun temel yasası olan ve 10.01.2017 tarihinde yürürlüğe giren 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu, mülga 556 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin yürürlükte olduğu dönemdekine paralel olarak tescilli markanın kullanılması zorunluluğunu getirmiş, bu zorunluluğa uyulmaması durumunda, markanın iptali müessesesinin yanı sıra markayı hukuki korumadan yoksun bırakacak önemli ilave hukuki sonuçlar öngörülmüştür.

Çalışmamızda öncelikle markanın kullanılmaması olgusu ile ilgili hukuki düzenlemelerdeki son gelişmelere değindikten sonra markayı kullanma zorunluluğu getirilmesinin sebepleri, markayı kullanma zorunluluğunun unsurları, nasıl yerine getirilmesi gerektiği üzerinde durulacaktır. Daha sonra tescilli bir markayı kullanmamanın hukuki sonuçları açıklanacaktır.

## **1. HUKUKİ DÜZENLEMELERDEKİ SON GELİŞMELER**

6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'nun yürürlüğe girdiği 10.01.2017 tarihine kadar Türkiye'de markalarla ilgili temel düzenleme, 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname iken yeni SMK ile Türk Marka Mevzuatının artık yasa ile düzenlendiği yeni bir döneme girilmiştir. Tescilli markanın kullanılması yükümlülüğü, hukukumuzda mülga 556 sayılı KHK döneminden beri mevcuttur. Markanın kullanılmaması olgusu, başlangıçta KHK'nın hem 42/1-c m. gereği hükümsüzlük hem de 14/1 m. gereği iptal yaptırımının konusu iken 42/1-c hükmünün Anayasa Mahkemesi'nce mülkiyet hakkının ancak kanun ile sınırlanabileceği gerekçesiyle iptali üzerine markanın kullanılmaması artık hükümsüzlük sebebi olmaktan çıkmıştır. Ancak daha sonraki süreçte 14/1 m. hükmü de Anayasa Mahkemesi kararıyla aynı gerekçe ile iptal edilmiş, karar 06.01.2017 tarihinde Resmî Gazetede yayınlanmıştır. Böylelikle markanın kullanılma zorunluluğu, yeni yasanın yürürlüğe girdiği tarihe kadar ortadan kalkmıştır. Hemen 4 gün sonrasında ise 6769 sayılı Sınai Mülkiyet

---

<sup>158</sup> İlhami Güneş, Sınai Mülkiyet Kanunu Işığında Uygulamalı Marka Hukuku, 1. Baskı, Ankara 2018, s. 244

Kanunu yürürlüğe girmiştir. Anayasa Mahkemesinin son iptal kararı, özellikle karar öncesinde açılmış derdest iptal davalarının akıbetinin ne olacağı hususu uygulama ve doktrinde tartışmalara yol açmıştır. Aksi görüş de mevcut olmakla birlikte yaygın görüş, yasal dayanağının kalmadığı gerekçesiyle davaların reddedilmesi gerektiği yönünde olup Yargıtay<sup>159</sup> da bu yönde kararlar vermiştir.<sup>160</sup>

Yeni SMK, tescilli markanın kullanılmasına ilişkin mülga 556 sayılı KHK ile benzer hükümleri düzenlemekle birlikte AB Direktif ve Tüzüklerin de dikkate alınmasıyla ilave önemli değişiklikler de getirmiştir. Bir markanın tescilden itibaren beş yıllık süre boyunca kullanılmaya başlanmamasına veya markanın kullanımına beş yıl kesintisiz olarak ara verilmesine bağlanan hukuki sonuçlardan, ilk akla geleni, tescilli markanın iptalidir. KHK'nın ilgili hükümlerinin yürürlükte olduğu dönemde var olan ve yargı kararı ile gerçekleşen markanın iptali, yeni yasada idari iptal müessesesine dönüşmüştür. Mülga KHK'daki düzenlemede kullanmama nedeniyle markanın iptaline karar verecek olan makam, Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemeleri iken, yeni yasada bu görev Türk Patent ve Marka Kurumu'na verilmiştir. Ancak hükmün yürürlüğü, geçiş için gerekli düzenlemelerin yapılabilmesi için yedi yıl ertelenmiştir.

SMK'nın markayı kullanmamanın yaptırımını olarak getirdiği yeni hukuki sonuçlar, markanın kullanılmaması olgusunun çeşitli aşamalarda bir savunma def'i olarak ileri sürülebilmesidir. Yeni yasada, tescilli marka sahibinin itirazına karşı, marka başvurusu sahibine, marka sahibinden kullanım ispatı talep edebilme hakkı verilmiştir. Kullanılmama savunması, sadece başvuru aşamasında değil hükümsüzlük ve markaya tecavüz davalarında da getirilmiştir. Bu yeni düzenlemelerle Türk Marka Mevzuatı, AB müktesebatına paralel hale getirilmiştir. Bu hukuki sonuçlar çalışmamızın sonraki

<sup>159</sup> Y 11 HD 16.01.2017 T., 2016/14406 E., 2017/263 K. Sayılı. Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası'ndan alınmıştır. (Çevrimiçi erişim-22.05.2019)

<sup>160</sup> Uğur Çolak, Türk Marka Hukuku, 4. Baskı, İstanbul, 2018, s.998; Fethi Merdivan, 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Sempozyumu, Ankara 2017, s.492 (Editör Feyzan Hayal Şehirali Çelik)

bölümlerinde incelenecek olup öncelikle markayı kullanma yükümlülüğünün amaç ve esasları üzerinde durulacaktır.

## **2. MARKAYI KULLANMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ**

### **2.1. MARKAYI KULLANMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN AMACI**

Marka üzerindeki hak, mutlak bir haktır. Sahibine tek el niteliğinde geniş haklar ve yasaklayıcı yetkiler veren marka hakkı, markalar siciline tescil ile kazanılmaktadır. Markanın tescili aşamasında markanın kullanılıp kullanmadığına veya gelecekte kullanma niyeti olup olmadığına dair bir inceleme yapılmadığından marka hakkı sahibi fiilen kullanmayacağı sınırsız sayıda işareti, farklı sınıflarda marka olarak tescil ettirebilme imkanına sahiptir. Fiilen kullanıma ilişkin hiçbir sınırlama getirilmemesi halinde, markanın markayı etkin şekilde kullanmayı hedefleyen başkaları tarafından kullanılması imkânsız hale gelecektir. Bu bakımdan tescilden sonra markanın fiilen kullanılıp kullanılmadığının denetlenmesi önem kazanmaktadır.<sup>161</sup>

Markayı kullanmamak, markanın asıl fonksiyonu olan ayırt edicilik özelliğinin işlevsiz kalmasına sebep olur. Zira bir markanın, tescil edildiği mal ve hizmetler bakımından ürün veya hizmetin kaynağını göstermesi, kalitesini garanti etmesi ve reklam gücü gibi işlevleri olmakla birlikte ilk ve en temel olanı ayırt edicilik fonksiyonudur.<sup>162</sup> SMK 4. m. hükmündeki marka tanımında da yer aldığı üzere, markadan öncelikli olarak beklenen, kullanıldığı mal ve hizmetleri, başka bir işletmenin mal ve hizmetlerinden ayırt edebilmesidir. Bu ise, ancak markanın tescil edildiği mal ve hizmetlerde kullanılması ile mümkündür.<sup>163</sup>

Tescilli bir markanın sahibince fiilen kullanılmaması, başkalarınca kullanılmasının da men edilmesi, markanın başkalarınca aktif kullanılarak ekonomiye ve yatırıma katkı sağlama imkanına da engel oluşturmaktadır. Kullanılmayan markaların iptali

---

<sup>161</sup> Emine Özdamar Doğan “Markanın Kullanılmaması Sebebiyle Hükümsüzlüğü”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 114, 2014, s.204

<sup>162</sup> Osman Umut Karaca, Markayı Kullanma Zorunluluğu ve Kullanmamanın Hukuki Sonuçları, Ankara, 2017, s.9

<sup>163</sup> Karaca, s.32

müessesesi ile gerek kötü niyetli tescillerle sanayi ve ticarete rekabetin bozulmasının,<sup>164</sup> gerekse kullanılmayan markaların marka tescil kütüğünde yer kaplamasının önüne geçilecektir.

Markayı kullanma zorunluluğunun amacı, Hukuk Genel Kurulu'nun dikkat çekici bir kararına da yansımıştır. Kararda, tescil işleminin marka sahibine sağladığı koruma ve mutlak inhisari hakkın, markanın işlevini yerine getirecek şekilde kullanılması şartına bağlandığı, kullanma zorunluluğunun amacının bu tekel hakkının, markalar sicilini kullanılmayan, gözlerden uzak, bir köşeye atılmış ve kimselerin dokunmadığı markalar deposuna dönüştürmesini engellemek olduğu açıkça belirtilmiştir.<sup>165</sup>

Bu sebeplerden dolayı hukukumuzda marka sahibine tescilli markasını kullanma yükümlülüğü getirilmiştir. Esasen marka koruması için sürekli kullanım zorunluluğu bulunmamaktadır. Ancak markayı kullanmaya ara vermenin belli bir süre boyunca devam etmesi, markayı hukuki korumadan yoksun bırakabilmekte, marka sahibinin tescilden doğan sınırlayıcı ve yasaklayıcı yetkilerini kullanmasına engel olmaktadır.

## **2.2. MARKAYI KULLANMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNE ESAS İLKELER**

SMK 9/1 m. hükmünde tescil tarihinden itibaren beş yıl içinde haklı bir sebep olmadan tescil edildiği mal veya hizmetler bakımından marka sahibi tarafından Türkiye'de ciddi biçimde kullanılmayan ya da kullanımına beş yıl kesintisiz ara verilen markanın iptaline karar verileceği düzenlenmiştir. Markanın kullanılmaması sebebiyle iptaline karar verilebilmesi için kullanımın niteliği, süresi, yeri ve idari iptal kararı gibi koşulların bir arada bulunması gerekmektedir.<sup>166</sup> Çalışmamızda yasanın aradığı koşullar daha yakından incelenecektir.

---

<sup>164</sup> Güneş, s.245

<sup>165</sup> YHGK, 09.02.2011 T, 2010/11-695 E., 2011/47 K. Sayılı karar. Kazancı İctihat ve Bilgi Bankası'ndan alınmıştır. (Çevrimiçi erişim-19.05.2019)

<sup>166</sup> Hayrettin Çağlar, 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanununa Göre Tescilli Markanın Kullanılmamasının Hukuki Sonuçları ve Anayasa Mahkemesinin 556 Sayılı KHK m.14 Hükmünü İptal Eden Kararının Etkileri, (Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi), Cilt: XXI, Yıl: 2017, Sayı:1 (Çevrimiçi erişim-20.05.2019)

[http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/21\\_1\\_1.pdf](http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/21_1_1.pdf)

### **2.2.1. Markanın Kullanımı Ciddi ve İşlevsel Olmalıdır**

SMK 9/1 hükmünde markanın kullanımının ciddi kullanım olması gerektiği düzenlenmiştir. Mülga KHK'nın kullanılmama sebebiyle hükümsüzlüğü düzenleyen 14. m. de ciddi kullanım ibaresi yer almamakla birlikte ulusal ve uluslararası doktrin ve yargı kararları ile kullanımın ciddi olması gerektiği hususunda görüş birliği mevcuttu. Bu bakımdan yeni yasada bu hususun açıkça düzenlenmiş olması doktrinde isabetli karşılanmıştır. Ciddi kullanımın her somut olayda ayrı değerlendirilmesi gerekir. Ciddi kullanım olup olmadığı değerlendirilirken ilgili markanın kullanımının, tescilli olduğu mal veya hizmet sektöründe pazar payı yaratıp yaratmadığı veya pazar payını koruyup korumadığı dikkate alınmalıdır. Burada yeterli kullanım miktarının ne olduğu değerlendirilirken mal veya hizmetin niteliği önem taşıyacaktır.<sup>167</sup> Yatırım gerektiren veya yüksek maliyetli bir mal için daha düşük sayıdaki kullanım ciddi kullanım sayılabilecekken maliyeti daha düşük ürünler açısından çok daha geniş çaplı kullanım yeterli sayılacaktır.<sup>168</sup>

Maddenin gerekçesinde, marka kullanımının, tescil amacına uygun, ticari hayatın içinde ve işlevine uygun bir kullanım olması gerektiği belirtilmiştir. Burada değerlendirme yapılırken markanın türü de dikkate alınmalıdır. Ferdi, ortak marka veya garanti markasının işlevleri birbirinden farklı olacağından markasal kullanımın kriterleri de farklı olacaktır. Nitekim ABAD verdiği bir kararında ferdi bir markanın asıl işlevinin ayırt edicilik olduğu, bu bakımdan ferdi markanın mal ve hizmetleri birbirinden ayırmak için değil de bir garanti markası gibi kalite göstergesi olarak kullanımının markasal bir kullanım sayılmayacağına dair karar vermiştir.<sup>169</sup> Ticari alanda kullanılan markanın, ürün veya ambalaj üzerinde

<sup>167</sup> Çolak, s.957

<sup>168</sup> Karaca, s.42

<sup>169</sup> İbrahim Bektaş, Sınai Mülkiyet Kanununa Göre Markanın Kullanmama Nedeniyle İptali- Ab Adalet Divanı'nın Güncel Kararları Işığında Bir Değerlendirme, (Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi), Cilt:17, No:2, Y.2018, s. 225'den naklen; ABAD, W. F. Gözze Frottierwerberei GmbH, Wolfgang Gözze v. Verein Bremer Baumvollbörse, C-689/15, 08.06.2018, P. 38 vd., 45, 46, 51. (Çevrimiçi erişim-20.05.2019), <https://dergipark.org.tr/download/article-file/623641>.

kullanılması gerekirken, hizmet markalarında ise işletmeye ait katalog, fatura, tüketiciye iletilen ticari evrak ve reklamlarda veya çalışanların giysilerinde kullanım işlevsel kullanım olacaktır.<sup>170</sup> Garanti markalarında, marka sahibinin markayı bizzat kullanması mümkün olmadığından, burada kullanım yükümlülüğü, teknik yönetmeliğin şartlarını taşıyan marka sahiplerine kullandırma gerekliliği olarak anlaşılmalıdır. Ortak markalarda ise birden çok işletme aynı marka üzerinde eşit hak sahibi olarak markayı kullandığından, işletmelerden biri tarafından markanın kullanılması ile kullanma yükümlülüğü gerçekleşmiş olur. Ortak markanın tescil kapsamındaki hiçbir işletme tarafından kullanılmaması halinde ise, üçüncü kişilerce kullanmama nedeniyle iptal davası açılması mümkün olacaktır.<sup>171</sup>

### **2.2.2. Kullanım Marka Sahibi Tarafından Yapılmalıdır**

Mülga KHK metninde yer almasa da doktrin ve mahkeme kararlarıyla fikir birliği sağlanarak uygulana gelmiş olan markanın sahibi tarafından kullanılması şartı, SMK ile bir yasa maddesi olarak yerini almıştır. Marka sahibi, markasını bizzat kullanmak zorunda değildir. SMK 9/3 m. hükmünde markanın marka sahibinin izniyle bir başkası tarafından da kullanılabilceği düzenlenmiştir. Ancak markayı kullanan üçüncü kişinin markayı ciddi ve pazar payı oluşturacak biçimde kullanması ve kullanma izninin marka kullanımına başlamadan önce almış olması gerekir.<sup>172</sup>

### **2.2.3. Marka Kullanımı Türkiye’de Gerçekleşmelidir**

SMK 9/1 m. gereğince markanın kullanımı Türkiye’de gerçekleşmelidir. Bu bakımdan yurt dışında bir kullanım için lisans verilmesi Türkiye’de bir kullanım sayılmayacaktır. Yasa koyucu marka tescilinin ülkesel olması sebebiyle kullanımın da yurt içinde olması gerekliliğini uygun görmüştür.<sup>173</sup> Ancak kullanımın tüm Türkiye’yi kapsamaması gerektiği gibi Yargıtay, yurt dışındaki bir platform kullanılarak internet üzerinden yapılan TV yayınlarının

---

<sup>170</sup> Karaca, s.36

<sup>171</sup> Selin Sert, 1.Baskı, Ankara, 2007, s.54; Karaca s.56;

<sup>172</sup> Çolak, s.970-971

<sup>173</sup> Güneş, s. 249

Türkiye’den izlenebilmesi durumunda, marka kullanımının yurt içinde gerçekleştiğini kabul etmiştir.<sup>174</sup>

#### **2.2.4. Marka Tescil Edildiği Mal ve Hizmetlerde Kullanılmalıdır**

SMK 9/1 m. gereği, marka, tescil edildiği her bir sınıf ve alt sınıftaki mal veya hizmet için kullanılmak zorundadır. Şayet kullanım, tescil kapsamındaki sadece bir kısım mal ve hizmetler için söz konusu ise kullanılmayan mal ve hizmetler bakımından marka sahibi kullanma zorunluluğuna uymamaya öngörülen yasal yaptırımlarla karşı karşıya kalabilecektir.<sup>175</sup>

Markanın tescilli olduğu mal ve hizmetlerin reklam ve tanıtımlarında kullanılması, markanın kullanılması olarak kabul edilmektedir.<sup>176</sup> Buna karşılık marka olarak kullanılan işaretin işletme adında, ticaret unvanında veya markaya konu mal veya hizmetlerle ilişkilendirilmemek kaydıyla sırf internet alan adında kullanılması marka kullanımı sayılmamaktadır.<sup>177</sup>

#### **2.2.5. Kullanma Sayılan Haller**

Yasanın 9. Maddesinde bazı hallerin de kullanma sayılacağı örnekleme kabilinden sayılmıştır. SMK 9/1-a maddesinde markanın ayırt edici karakteri değiştirilmeden farklı unsurlarla kullanılmasının markayı kullanma sayılacağı düzenlenmiştir. Markanın birtakım eklerle birlikte kullanılması, markanın tescilde yer aldığından daha farklı ebatla veya renkte kullanılması, önemsiz işaret, sözcük vs. eklemek veya eksiltmek suretiyle kullanılması bu kapsamda sayılacaktır.<sup>178</sup> Ancak bu halde, yapılan değişikliğin bir başka markaya iktibas ve iltibas etmemesi gerekir.<sup>179</sup> Markanın sadece ihracat amacıyla ürün veya ambalajında kullanılması da yasanın 9/3 maddesi gereği markayı kullanma sayılmıştır. Ancak mülga KHK’den farklı olarak markayı taşıyan malın ithalatı, markayı kullanma sayılan fiillerden çıkarılmıştır.

---

<sup>174</sup> Çolak, s.960

<sup>175</sup> Karaca, s.36

<sup>176</sup> Çolak, s.962

<sup>177</sup> Bektaş, s. 227-228

<sup>178</sup> Çolak, s. 962

<sup>179</sup> Y11.HD, 26.06.2008 T, 2007/7097 E, 2008/8609 K. (Güneş, s. 247’den naklen)

### **2.2.6. Markanın Kullanılmasına Hoşgörü Süresi İçerisinde Başlanmış veya Kullanıma Beş Yıldan Uzun Süre Ara Verilmemiş Olmalıdır**

Marka sahibine markasını kullanmaya başlaması için tescilden itibaren beş yıllık bir hoşgörü süresi tanınmıştır. Tescilden sonraki beş yıllık hazırlık sürecinde kullanılmaması nedeniyle markanın iptali istenemez. Marka sahibinden bu süre içerisinde markasını kullandığını ispat etmesi istenemez. Marka sahibi bu hoşgörü süresi içerisinde kullanıma başlamasa dahi aynı veya benzerlik sebebiyle karıştırılma ihtimali yaratan yeni tescil taleplerini engelleyebilir.<sup>180</sup> Hoşgörü süresi getirilmesindeki amaç, markanın ticari alanda kullanılabilmesi için yapılacak hazırlıkların yatırım, idari süreç ve benzeri nedenlerle zaman alacak olmasıdır.<sup>181</sup>

Markanın kullanımına beş yıldan uzun süre ara verilmemelidir. Aksi halde, markanın iptali gündeme gelecek ve ayrıca bu durum marka sahibinin tescilden doğan haklarını kullanmasına da engel oluşturacaktır. SMK 26/3-c m. gereğince, iptal talebinde bulunulacağı düşünülerek iptal davası veya ispat talebi tarihinden önceki üç ay içinde gerçekleşen kullanımlar kullanım süresinin hesabında dikkate alınmayacaktır.

### **2.2.7. Markayı Kullanmamanın Haklı Bir Sebebe Dayanması**

Haklı bir sebebin bulunması halinde markayı kullanma zorunluluğu bulunmamaktadır. SMK 9/1 hükmünde sadece haklı sebep ibaresi yer almış olup nelerin haklı sebep sayılacağı düzenlenmemiştir. Böylece kanun koyucu haklı bir sebebin var olup olmadığının her somut olayda ayrı değerlendirilmesini amaçlamıştır. Türkiye'nin üyesi olduğu önemli uluslararası anlaşmalardan biri olan TRIPS'te, haklı sebep konusunda örnek kabilinden kriterler sayılmış olup bu hüküm iç hukuk uygulamamızda bir rehber niteliğindedir.<sup>182</sup> TRIPS 19/1. m. hükmü ikinci cümlesinde; tescile konu mal veya hizmetlere yönelik ithalat kısıtlamalarından veya hükümetçe uygulanan başka sebeplerden dolayı, markanın kullanılmasına engel oluşturan ve marka sahibinin iradesi dışında

---

<sup>180</sup> Bektaş, s.235

<sup>181</sup> Karaca, s.45-46

<sup>182</sup> Karaca, s.64

gerçekleşen koşulların, markanın kullanılmaması için geçerli nedenler olarak kabul edileceği açıkça hükme bağlanmıştır.<sup>183</sup> Buna göre; savaş, ekonomik kriz, doğal felaketler, hammadde temininde yaşanan sıkıntılar, idari işlemlerden kaynaklanan kısıtlamalar ve gecikmeler bu kapsamda değerlendirilebilir.<sup>184</sup> Ancak Yargıtay, kararlarında marka sahibi şirketin iflasını<sup>185</sup>, konkordato ilan etmesini<sup>186</sup> haklı sebep olarak görmemiş, hatta bir kararında ticareti terk olgusunu, markanın kullanılmadığının işareti olarak saymıştır.<sup>187</sup>

### **3. MARKAYI KULLANMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNE UYMAMANIN HUKUKİ SONUÇLARI**

Markayı kullanma zorunluluğu ile daha adil ve rekabetçi bir marka sistemi<sup>188</sup> hedeflenmiştir. Bu da ancak etkili hukuki yaptırımlarla sağlanabilecektir. Yeni SMK'da markayı kullanma zorunluluğuna bağlanan hukuki sonuçlar, yasanın bu amaca verdiği önemi ortaya koymaktadır. Yasada markanın kullanılmamasına bağlanan yaptırımlar sadece iptal müessesesi ile sınırlı tutulmamış, kullanılmama olgusu aynı zamanda etkin bir savunma vasıtasına dönüştürülmüştür. Zira kullanmama savunmasının, itiraz, hükümsüzlük ve tecavüz davalarının tamamı için getirilmiş olması, kullanma zorunluluğunun farklı türdeki hukuki uyumsuzluklarda etkin bir şekilde uygulanarak denetlenmesine de imkân sağlamıştır.<sup>189</sup>

#### **3.1. KULLANILMAYAN MARKALARIN İPTALİ**

Çalışmamızda üzerinde ayrıntılı olarak durduğumuz SMK 9. Maddesi, markanın kullanılma zorunluluğunu düzenlemiş ve haklı bir nedene dayanmaksızın markanın beş yıl aralıksız Türkiye'de ciddi biçimde kullanılmaması halinde iptal edileceğini

<sup>183</sup> TRIPS Türkçe tercümesi için bkz.

(<http://teftis.kulturturizm.gov.tr/Eklenti/34660.ticaretle-baglantili-fikri-mulkiyet-anlasmasi-trips-199-.doc?0>), (Çevrimiçi erişim-22.05.2019)

<sup>184</sup> Güneş, s. 245

<sup>185</sup> Y11.HD, 09.04.2001 T, 2001/844 E, 2001/3429 K, Çolak, s.974'den naklen.

<sup>186</sup> Y11.HD, 24.11.2008 T, 2007/10093 E, 2011/13302 K, Çolak, s. 869'dan naklen

<sup>187</sup> Y11.HD,08.03.2002 T., 2002/1719 E., 2002/2064 K., Çolak, s.974'den naklen.

<sup>188</sup> Elif Betül Akın, Sempozyum s.188

<sup>189</sup> Akın, s.189, dipnot 19

düzenlemiştir. Bu bakımdan markayı kullanmamanın en ağır yaptırımının markanın iptali olduğunu söyleyebiliriz. SMK 26. Madde hükmünde ise markanın iptali sebepleri ve usulü düzenlenmiştir. Yasa koyucu, kullanılmama dışındaki markanın iptali sebepleri olarak, markanın yaygın ad haline gelmesi, yanıltıcı işaretlerin kullanılması ve garanti markası ve ortak markanın teknik şartnamesine aykırı olarak kullanılması hallerini saymıştır. Yasa, önceki düzenleme olan KHK'dan farklı olarak markanın iptali yetkisini Türk Patent ve Marka Kurumu'na vermiştir. Markanın idari işlemle iptali hukukumuzda yeni bir müessese olup ilgili düzenlemeyle mevzuatımız, 2015/2436 AB Marka Direktifi ve 2015/2424 sayılı AB Marka Tüzüğü'ne uyumlu hale getirilmiştir. Hükmün yürürlüğü 10.01.2024 tarihine ertelenmek suretiyle kuruma gerekli alt yapı ve hazırlıkları yapması için zaman tanınmıştır. (SMK 192/a m.) TÜRK PATENT'in yetkisinin yürürlüğe girdiği tarihe kadar iptal yetkisi yasadaki yeni esaslar çerçevesinde mahkemelerce kullanılmaya devam edecektir.

Markanın idari iptaline ilişkin usul, yasada ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. Markanın iptali talebi, ilgili kişilerce kuruma yapılır. İptal talebi kurum tarafından iptali istenen marka sahibine bildirilir, tebliğden bir ay içerisinde cevap ve deliller kuruma verilir, dilerse marka sahibine kurumca bir ay ek süre verilir. Gerekli görürse kurum ek belge ve bilgi talep edebilir. Kurum toplanan delillerle dosya üzerinde kararını verir. Karara karşı yargı yolu açıktır.

Markanın sadece belirli mal ve hizmetler yönünden kısmen iptaline karar verilebilir. Markanın iptali kararı hükümsüzlük kararı gibi geriye etkili olmayıp iptal talebinin kuruma sunulduğu tarih itibarıyla hüküm doğurur. Ancak SMK 27/2 m. hükmünde, iptal sebebinin iptal talep tarihinden daha önce doğmuş olması halinde talep üzerine iptal kararının bu tarihten itibaren etkili olacağına karar verilebilir. Ancak bu halde karardan önce, markaya tecavüz davalarındaki kesinleşmiş ve uygulanmış kararlar ile yine karardan önce kurulmuş ve uygulanmış sözleşmeler etkilenmeyecektir.

### **3.2. MARKA BAŞVURUSUNA İTİRAZDA KULLANIM İSPATI DEF'İ**

Çalışmamızın giriş bölümünde de değinildiği üzere yeni SMK, markanın belli bir süre aralıksız yasanın belirlediği şartlarda kullanılmaması halinde markanın iptalinin yanı sıra bazı ilave hukuki yaptırımlar getirmiştir. Yenilik olarak nitelenebilecek bu hukuki sonuçlardan ilki 19/2 m. hükmünde düzenlenmiştir.

Hükme göre; bir marka başvurusuna, yasanın 6/1 m. hükmü gereği, önceki tarihli marka hakkına dayalı itiraz olması halinde, başvuru sahibine, itiraz sahibinden itirazın dayanağındaki markasının tescil edildiği mal ve hizmetler yönünden kullanıldığının ispat edilmesini isteme hakkı verilmiştir. Kullanılmama savunmasının yapılabilmesi belli şartları gerektirmektedir:

- a. Başvuru sahibinin kullanmama savunması, sadece SMK 6/1 m. kapsamındaki karıştırılma olasılığına dayanan itirazlar için düzenlenmiştir.
- b. Başvuru sahibi, savunmasında itiraz sahibinden itiraza konu markanın kullanıldığının ispatını açıkça talep etmelidir.
- c. İtirazın dayanağındaki marka, başvuru konusu markanın, başvuru veya rüçhan tarihinde en az beş yıldır tescilli bir marka olmalıdır. Bu şart, yukarıda değindiğimiz marka sahibine tescilden itibaren tanınan beş yıllık hoşgörü süresinin gereğidir.

Başvuru sahibinin bu savunma hakkını belirtilen şartlara uygun kullanması halinde itiraz sahibi, markasının itiraz konusu mal ve hizmetler bakımından Türkiye’de ciddi olarak kullanıldığını veya kullanmamasının haklı bir sebebe dayandığını ispatlamak zorundadır. Burada ispatın konusu; kullanımın SMK 9 m. hükmündeki ilkelere uygun olduğudur.<sup>190</sup> Hesaplanacak beş yıllık sürenin başlangıcı itiraza konu başvurunun başvuru veya rüçhan tarihidir. Kullanımın, tescil kapsamındaki mal veya hizmetlerin sadece bir kısmı için ispatlanması halinde, ispatlanan mal ve hizmetler yönünden itirazın incelenmesi aşamasına geçilecek, ispatlanamayan mal ve hizmetler yönünden ise itiraz reddedilecektir.

<sup>190</sup>

Akın, s.189, dipnot 19

Doktrinde bu hükmün çok da yeterli bir önlem olmadığı yönünde görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre kullanılmayan markanın sahibinin, bu sebebe dayalı bir hak kaybına engel olmak için her beş yılda bir markasının aynısını veya küçük değişiklikler yapılmış halini yeniden tescil ettirmesi veya SMK 5/3 m. gereği muvafakat vererek üçüncü bir kişi adına tescilini sağlaması halinde bu hüküm etkisiz kılınabilecektir.<sup>191</sup> Yeni tescil taleplerinin hangi durumlarda kötü niyet göstergesi kabul edileceği, aynı markanın birden çok kez tescil edilmesi halinde kullanma zorunluluğunun hangi tarihli markaya göre tespit edileceği, karıştırılma ihtimali haricindeki itiraz gerekçeleri bakımından fiili kullanımın aranıp aranmayacağı hususları da doktrinde tartışılan ve TÜRKPATENT uygulamaları ve yargı içtihatlarıyla ileride netleşmesi umut edilen sorunlardır.<sup>192</sup>

### **3.3. HÜKÜMSÜZLÜK DAVALARINDA KULLANMAMA DEF'İ**

Yasanın getirdiği bir diğer yenilik, SMK 25/7 m. hükmünde düzenlenmiş olan, markanın kullanılmaması savunmasının hükümsüzlük davasında def'i olarak ileri sürülmesidir. Hükme göre; kullanılmayan bir markanın sahibinin, aynı veya benzer sonraki tesciller için 6/1. m. hükmüne dayanarak açtığı hükümsüzlük davalarında davalı taraf, davacının markasını beş yıl boyunca kullanmadığı def'ini ileri sürebilir. Kullanmama def'inin ileri sürülmesi halinde davacı, dava tarihinden geriye doğru 5 yıl içinde yasanın aradığı şekilde markasını kullandığını veya kullanmamakta haklı sebebi bulunduğunu ispatlarsa dava kabul edilecektir. Burada markanın kullanıldığını ispatlayacak olan davacı taraftır. Kanun koyucu kullanmama def'inin konusunu yukarıda incelenen 19/2 m. hükmündeki düzenleme ile aynı tutmuş, koşulları tekrar etmek yerine maddeye atıf yapmakla yetinmiştir. Ancak buradaki fark, hükümsüzlük davalarında hesaplanacak beş yıllık sürenin başlangıcı, dava tarihi olmasıdır.

---

<sup>191</sup> Çağlar, s.11

<sup>192</sup> Akın, s.192

Hükümsüzlük davası, başvuru aşamasında itiraz yolunun kaçırılmış olması halinde marka sahibine tanınan son imkândır. Bu hükümle; hükümsüzlük davasının, kabulü, marka olan işaretin, mal veya hizmetin aynılığı veya benzerliği, öncelik kriterlerinin yanı sıra aynı zamanda markanın yasanın aradığı şekilde kullanılması şartına bağlanmıştır.

Doktrinde kullanmama def'inin sadece 6/1 m. hükmündeki sebeplerle değil, benzer unsurları içeren diğer hükümsüzlük davalarında da uygulanması gerekliliğini ileri süren görüşler bulunmaktadır.<sup>193</sup>

### **3.4. TESCİLLİ MARKA HAKKINA DAYALI TECAVÜZ DAVASINDA KULLANMAMA DEF'İ**

SMK ile getirilen bir diğer yenilik, 29/2 m. hükmü ile düzenlenmiş olan markaya tecavüz davalarında, iddiaların dayanağı olan markanın kullanılmadığının def'i olarak ileri sürülebilmesidir. Kullanıma ilişkin beş yıllık sürenin belirlenmesinde dava tarihi esas alınır. Davalının def'i hakkını kullanması ve davacının da markasını yasanın aradığı anlamda kullandığını ispatlaması halinde dava görülmeye devam edilecek, ispatlayamaması halinde ise reddedilecektir.

### **SONUÇ**

Hukukumuzda, bir markanın tescili aşamasında, başvuru sahibinin markayı kullanıp kullanmadığına veya gelecekte kullanma niyeti olup olmadığına dair bir inceleme yapılmamaktadır. Kullanılmayan tescilli markaların gerçekten kullanma amacıyla yapılmış yeni başvuruların tesciline engel olma ihtimali, tescilden sonra markanın kullanılıp kullanılmadığına dair denetim yapılmasını önemli kılmaktadır. Yeni SMK ile Türk Marka Hukukuna önemli yenilikler getirilmiş, markanın kullanılma zorunluluğu, kullanılmayan markaların iptali haricinde ek yaptırımlar ile de güçlendirilmiştir. Çalışmamızda; yürürlükteki mevzuatla ilgili kısa bir bilgi verilmesinin ardından markayı kullanma yükümlülüğünün amaçları, ne anlama geldiği ve SMK gereğince kullanma yükümlülüğünün dayandığı esaslar üzerinde durulmuştur. Son

---

<sup>193</sup>

Güneş, s.262

olarak da markayı kullanma yükümlülüğüne uymamanın hukuki sonuçları incelenmiştir. Çalışmamızın konusu olan markayı kullanma yükümlülüğüne ilişkin bu düzenlemeler, hiç şüphesiz tescilli markaların ekonomik hayatta etkin şekilde kullanılmasına katkı sağlayacak, yasanın aradığı şart ve sürede kullanılmayan markaların aktif olarak kullanılmak üzere piyasaya girecek markaların tesciline engel olmasının önüne geçecektir.

## **KAYNAKÇA**

**BEKTAŞ, İBRAHİM**, Sınai Mülkiyet Kanununa Göre Markanın Kullanmama Nedeniyle İptali- AB Adalet Divanı'nın Güncel Kararları Işığında Bir Değerlendirme, (Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi), Cilt:17, No:2, Yıl: 2018

**ÇAĞLAR, HAYRETTİN**, 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanununa Göre Tescilli Markanın Kullanılmamasının Hukuki Sonuçları ve Anayasa Mahkemesinin 556 Sayılı KHK m.14 Hükmünü İptal Eden Kararının Etkileri, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: XXI, Yıl: 2017, Sayı:1

**ÇOLAK, Uğur**, Türk Marka Hukuku, 4. Baskı, İstanbul 2018

**GÜNEŞ, İlhami**, Sınai Mülkiyet Kanunu Işığında Uygulamalı Marka Hukuku, 1. Baskı, Ankara 2018

**KARACA, Osman Umut**, Markayı Kullanma Zorunluluğu ve Kullanmamanın Hukuki Sonuçları, 1. Baskı, Ankara 2017

**ÖZDAMAR DOĞAN, Emine**, Markanın Kullanılmaması Sebebiyle Hükümsüzlüğü Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 114, 2014.

**SERT, Selin**, Markanın Kullanılması Yükümlülüğü, 1. Baskı, Ankara 2007

**ŞEHİRALİ ÇELİK, Feyzan Hayal**, 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Sempozyumu, Ankara 2017

## **ELEKTRONİK KAYNAKÇA**

<http://www.kazanci.com>

<http://teftis.kulturturizm.gov.tr/Eklenti/34660,ticaretle-baglantili-fikri-mulkiyet-anlasmasi-trips-199-.doc?0>

[http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/21\\_1\\_1.pdf](http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/21_1_1.pdf)

<https://dergipark.org.tr/download/article-file/623641>

# MARKA HUKUKUNDA KARIŞTIRILMA İHTİMALİ VE TERS YÖNDE KARIŞTIRILMA İHTİMALİ KAVRAMI

Av. Berk KARAYEL \*

Gelişen üretim koşulları ve marka kullanımının yaygınlaşması nedeniyle günümüzde marka hakkının ihlali kavramı birçok şekilde karşımıza çıkabilmekte ise de haksız rekabet ve marka hukuku alanındaki uyuşmazlıkların büyük bir çoğunluğunun karıştırılma ihtimalinin varlığı suretiyle gerekleőtigi söylenebilir<sup>194</sup>. Doktrinde marka hukukunun tarihi temellerinin karıştırılma ihtimali prensibi çevresinde oluőturulduėu ve marka hakkının korumasının geleneksel formunun karıştırılma ihtimaline karşı olan koruma olduğunun kabul edildiği de görülmektedir<sup>195</sup>.

Karıştırılma ihtimali kavramının doktrinde; “*tescil edilmemiş bir işaretin veya tescil edilmiş bir markanın daha önceden tescilli bir marka ile görsel, işitsel, anlamsal vs. sebeplerden dolayı aynı veya benzer kabul edildiği için, hitap edilen tüketicilerde markalar arasında karıştırılma tehlikesinin ortaya çıkması*” olarak tanımlanmaktadır<sup>196</sup>.

TÜRKPATENT ise, karıştırılma ihtimalini; “*Bir mal veya*

---

\* Avukat - İstanbul Barosu

<sup>194</sup> Pekdinçer Remzi Tamer / Ertem Hakan, Fikri Mülkiyet Hukuku Alanı İçinde Ambalaj Tasarımlarda İltibasın Değerlendirilebilmesine Yönelik Yöntem ve Kriterlerin Saptanması İçin neriler, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 20 S. 3, 2014, s.306.

<sup>195</sup> Drescher, Thomas D., “The Transformation and Evolution of Trademarks - From Signals to Symbols to Myth”, Trademark Reporter, Vol. 82, s.301 vd.

<sup>196</sup> Tekinalp nal, Fikri Mülkiyet Hukuku, İstanbul, 2012, s.436.

*hizmetin alıcısının, yani genel anlamda halkın almayı tasarladığı, bildiği veya duyduğu bir mal veya hizmeti aldığı zannı ile başka bir işletmenin aynı veya benzer malını veya hizmetini alma ihtimali (ihtimali) ile karşı karşıya olması.” şeklinde tanımlamıştır<sup>197</sup>.*

Yargıtay ise karıştırılma ihtimali kavramını<sup>198</sup>; *“karıştırılma ihtimalinde önemli olan husus halkın iki işaret arasında herhangi bir sebeple bağlantı kurmasıdır. Burada işitsel ve görsel bir benzerlik ve hatta genel görünüş açısından “umumi intiba” olmasa bile, halk tarafından iki marka arasında bağlantı kurulması ve hatta çağrıştırmaları dahi karıştırma ihtimali için yeterli bir ölçü olarak kabul edilmelidir.”* şeklinde tanımlamıştır. Yargıtay’ın yeni tarihli kararlarında yer alan görüşlerinin de verilen karar ile paralellik gösterdiği görülmektedir<sup>199</sup>. Avrupa Birliği Adalet Divanı’nın kararlarında ise karıştırılma ihtimali, *“Halkın, söz konusu mal ve/veya hizmetlerin aynıya da bağlantılı işletmelerden geldiğini düşünme tehlikesidir”* şeklinde tanımlanmaktadır<sup>200</sup>.

Tüketiciler için karıştırılma ihtimali iki marka arasında yaşayacakları karıştırma (confusion), hata yapma (mistake) ve aldanma (deception) durumları nedeni ile ortaya çıkabilmektedir<sup>201</sup>. Bunlardan karıştırma (confusion), markaların tüketicilerin zihninde büyük ölçüde özdeş psikolojik reaksiyon yaratması veya ilgili ürünler veya üreticileri arasında zihinsel bir ilişki kurmaları şeklinde ortaya çıkmaktadır. Örneğin “Apple” sözcüğü İngilizcede elma anlamına gelmekte ve İngilizce bilen neredeyse herkes bu kelimenin sözlük anlamını bilmektedir. “Apple” isimli bir cep telefonu piyasaya çıktığı ve belirli bir tanınmışlığa eriştiği durumda, yine “Apple” işareti bir kulaklık ürünü için kullanıldığında bu kulaklığı gören tüketicinin zihninde artık elma anlamına gelen İngilizce sözcük değil “Apple” isimli cep telefonu markası belirecektir. İkinci

<sup>197</sup> TURKPATENT, Marka İnceleme Kılavuzu 2015, s.104

<sup>198</sup> Yargıtay 11. H.D., T. 13.11.2003 E. 2003/4003 K. 2003/10839 sayılı kararı (Kazancı İçtihat Bankası, Son Erişim Tarihi: 10.12.2019).

<sup>199</sup> Yargıtay 11. H.D., T. 13.11.2018 E. 2017/1410 K. 2018/7017 sayılı kararı (Kazancı İçtihat Bankası, Son Erişim Tarihi: 13.12.2019).

<sup>200</sup> <http://csuria.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-251/95>.

<sup>201</sup> Leeds, Daphne. "Confusion and Consumer Psychology." Journal of the Patent Office Society, Vol. 37, No. 12, December 1955, s.899.

durum olan hata yapma (mistake) durumunda ise tüketiciler birbirlerine çok benzeyen markalar arasında psikolojik bağlantı kurmaksızın hata nedeniyle yanlış tercihlerde bulunabileceklerdir. Bu durum “Nitey Nite” ve “Mighty Mite” gibi markalar arasında vuku bulabilecektir. Üçüncü ve son durum olan aldanma (deception) ise bir markanın aynısının veya ayırt edilemeyecek kadar benzerinin kötü niyetli satıcılar tarafından müşterilere sunulması durumunda ortaya çıkacaktır. “Adidas” ve “Adıdas” gibi örneklerde ortaya çıkabilecek bu durum direkt olarak aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzer markanın kullanılması halinde vuku bulabilecektir.

Yukarıda tanımı verilmiş olan klasik anlamda karıştırılma ihtimalinde ileri yönlü bir hareket bulunmaktadır. Bir diğer deyişle yeni tarihli (junior) marka, eski tarihli (senior) marka ile karıştırılmakta ve yeni tarihli marka eski tarihli markanın ün ve itibarını kullanarak yarar elde etmektedir<sup>202</sup>. Fakat ticari hayatta rollerin tersine döndüğü durumlar da gerçekleşebilmektedir. Ters yönde karıştırılma ihtimali (reverse confusion veya wrong way round confusion) daha güçlü ve büyük bir şirketin daha küçük ve daha az güçlü bir şirkete ait markayı veya benzerini kullanmasıyla ortaya çıkmaktadır<sup>203</sup>. Ters yönde karıştırılma ihtimali doktrini, küçük çaplı önceki hak sahiplerinin markalarını, büyük şirketlere karşı korumalarını sağlamak için tasarlanmıştır<sup>204</sup>.

1918 yılında görülen “*International News Service v. Associated Press*” arasındaki uyuşmazlıkta bahsi geçmesine rağmen tam olarak tanımı yapılmamış<sup>205</sup> ters yönde karıştırılma ihtimali kavramının ilkelerine “*Big O Tire Dealers v. Goodyear Tire &*

---

<sup>202</sup> Mott, Christina P. "Multifactors, Multiconfusion; Refining Likelihood of Confusion Factors for Reverse-Confusion Trademark Infringement Claims to Achieve More Consistent and Predictable Results." *Suffolk University Law Review*, Vol. 47, No. 2, 2014, s.423.

<sup>203</sup> Fullmer, Hal. "Intellectual Property - Third Circuit Recognizes Reverse Confusion Doctrine in Trademark Infringement - A Potential Reversal of Fortune for Small Senior Users." *Temple Law Review*, Vol. 69, No. 1, Spring 1996, s.602.

<sup>204</sup> Long, Thad G., and Alfred M. Marks. "Reverse Confusion: Fundamentals and Limits." *The Trademark Reporter*, Vol. 84, No. 1, Ocak-Şubat, 1994, s.1.

<sup>205</sup> Mott, s.442.

*Rubber Co.*”<sup>206</sup> uyuşmazlığında hükmedilmiştir. “Big 0” unvanlı şirketin “Big 0 Big Foot” markasıyla çıkardığı otomobil lastiklerinin ardından, bu şirketten ekonomik anlamda çok daha büyük ve güçlü olan “Goodyear” unvanlı şirket “Bigfoot” markalı otomobil lastiklerini piyasaya sürmüş ve çok yüksek bir bütçe harcayarak tanıtımını yapmıştır. İleri yönlü karıştırılma ihtimalinde yer alan “önceki markanın itibarından haksız şekilde yararlanma” kavramı bu noktada ters yöne dönmüş ve tüketiciler “Goodyear” şirketine ait sanarak “Big 0” şirketine ait malları satın almaya başlamışlardır. Mahkeme olayı inceledikten sonra ilkesel bir karar vermiş ve karıştırılma ihtimalinde önemli olan hususun tüketicilerin yanılgısı olduğunu, somut olayda bu durumun gerçekleştiğini, önceki marka sahibinin ise marka kimliğini, marka üzerindeki kontrolünü ve yeni pazarlara açılma kabiliyetini kaybettiğini belirterek somut olayda karıştırılma ihtimalinin hükümlerinin uygulanması gerektiğine karar vermiştir<sup>207</sup>.

İngiltere menşeli bir uyuşmazlıkta ise Comic Enterprises Ltd. şirketine ait “The Glee Club” isimli sahne sanatları markasının, televizyon dizisi olan ve FOX şirketine ait “Glee” markasıyla arasında çıkan uyuşmazlıkta, sonraki markanın milyonlarca tüketici tarafından benimsenmesi ve önceki tarihli markanın tanınmışlığının kat kat üzerine çıkması durumu çok daha farklı şekilde ele alınmıştır. Mahkeme iki markayı görsel, işitsel ve tescil edildikleri sınıflar açısından incelemiş, benzer bulmuş ve sonraki markanın karıştırılma ihtimali yarattığı gerekçesiyle FOX şirketinin “Glee” isminin kullanılamayacağına karar vermiştir. Fakat ters yönde iltibas kavramı değerlendirilerek, her ne kadar tüketici nezdinde eski tarihli marka ve dava konusu dizi arasında en azından ekonomik bir ilişkinin var olduğuna dair bir yanılgı yaşanması mümkün ise de eski tarihli marka sahibinin yeni açtığı işletmelerinde uğradığını iddia ettiği zararlardan davalının sorumlu tutulmasını gerektirmediği, hatta davacının önceki işyerlerindeki gelirlerin artmasında dava

<sup>206</sup> Big 0 Tire Dealers, Inc. v. Goodyear Tire & Rubber Co., 561 F.2d 1365, 1372 (10th Cir. 1977).

<sup>207</sup> Fullmer, s.41; Gan, David Y. "March Madness: An Examination of Dual-Use Trademark Terms and Reverse Confusion." Hastings Law Journal, Vol. 50, No. 1, Kasım, 1998, s.230.

konusu dizinin katkısının olabileceğini, zira ortalama tüketicilerin, söz konusu işletmeleri, dizi ile ilgili bir işletme olarak algıladıkları için bu mekanları tercih etmiş olabileceklerine hükmetmiş ve tazminat talebini reddetmiştir<sup>208</sup>.

İleri yönlü karıştırılma ihtimali kadar sık görülme de ters yönlü karıştırılma ihtimalinin son derece önemli bir husus olduğunu düşünmekteyiz. Bu tür karıştırılma ihtimalinin doğduğu durumlarda eski tarihli marka sahibi özetle marka üzerindeki kontrolünü kaybetmekte iken bir yandan da sonraki markanın tanınırlığından yararlanmaktadır. Bir an için bu hususta eski tarihli marka sahibinin bu durumu yargıya taşıdığı düşünülürken, yürürlükteki mevzuat uyarınca yeni tarihli marka sahibi bu markanın kullanımından men edilecek ve bu kullanımından ötürü kötü niyetli bir kullanım olmasa dahi tazminat ödeme tehdidi altında kalacaktır. Yine bir an için uyuşmazlığın yeni tarihli marka aleyhine sonuçlandığı varsayımında, eski tarihli marka sahibi yine markanın münhasır olarak sahibi olmakta fakat markanın reklam harcamalarından kaynaklanan bilinirliği de belirli bir süreliğine devam etmektedir. Bu durumda eski tarihli marka sahibinin markanın bilinirliğinden yararlanmaya devam etmesi ve yukarıda verilen “Glee” örneğinde olduğu gibi işlerinin artmasının sebepsiz zenginleşme hükümlerine tabi olup olmayacağı gibi sorular ortaya çıkabilecektir. Kanımızca ters yönde karıştırılma ihtimalinin ortaya çıkabileceği durumlarda yeknesaklık ve hakkaniyetin sağlanması açısından karıştırılma ihtimaline dair hükümler kapsamında ters yönde karıştırılma ihtimalinin de düzenlenmesi yararlı olacaktır.

Ülkemizde ters yönlü karıştırılma ihtimali kavram olarak mevzuatta veya yargı kararlarında henüz yer almamaktadır. Fakat Yargıtay’ın bazı kararlarında yer verdiği tazminat değerlendirmelerinde somut olayın koşullarını değerlendirerek markanın unsurlarını ve satışlara etkisini incelediği görülmektedir.

---

<sup>208</sup>Mahkeme

kararı

için

bkz.

<https://s3.amazonaws.com/documents.lexology.com/7a5f535f-58d4-4568-a119-dfeffaedbb72.pdf#page=1> (Son Erişim Tarihi 21.12.2019).

Örneğin; 16.09.2014<sup>209</sup> tarihli bir kararında “...kargo taşımacılığı sektöründe müşteriler yönünden belirleyici olan şeyin “ARASPUANTUM KART” markasının kullanılması değil, kargo şirketinin adının “ARAS KARGO” olması olduğunu, “PUANTUM” ibaresinin satışlara ve elde edilen net gelire etkisinin oldukça az bulunduğu...net gelirin tamamının davacı markasından kaynaklanmadığı, kullanılan ARASPUANTUM ibaresindeki ARAS ibaresinin davalının ticari faaliyetlerini yürütürken kullandığı marka olduğu, davalının ticaret unvanında da “ARAS” çekirdek unsurunu içerdiğini, kargo taşımacılığı sektöründe ARAS KARGO şirketinin önemli Pazar payına sahip olması nedeniyle ARASPUANTUM KART ve ARASPUANTUM biçimindeki kullanımlardan dolayı elde edilen gelirin %70’inin “aras” markasından dolayı, %30’unun ise “PUANTUM” markasından dolayı elde edilmiş olduğunun kabul edildiği...” şeklinde bir hüküm bulunmaktadır. Bu hükümden hareketle yukarıda verilen örneklerde olduğu gibi bir ters yönlü karıştırılma ihtimaline dair uyuşmazlıkta tarafların bu durumdan kaynaklanan kar ve zararlarının dikkatle incelenerek buna uygun bir karar verilebileceği kanısındayım.

Bu noktada dikkat edilmesi gereken husus; klasik anlamda ve ileri yönlü olarak gerçekleşmiş bir karıştırılma ihtimali durumunda çok yüksek bir ihtimalle zarar sadece önceki marka üzerinde doğmuş ve sonraki marka önceki markadan menfaat elde etmiştir. Fakat ters yönde karıştırılma halinde menfaat ve zarar kavramları bu kadar açık şekilde ortada değildir. Önceki marka sonraki markanın tanıtım bütçesi ve itibarından yararlanmakta iken markası üzerindeki kontrolünü kaybetmektedir. Sonraki marka ise ortaya çıkabilecek bir hükümsüzlük durumunda tanıtımını yapmak için ortaya yüksek miktarda para ve itibarını koyduğu markasını kaybedecektir. Fakat aksi durumda ise önceki markanın yaratılış sürecindeki “yaratıcılık” ve “fikirlerden” haksız şekilde menfaat elde edecektir. Ayrıca önceki marka sahibinin markasının üzerindeki kontrolünü kaybetmesine de neden olacaktır.

<sup>209</sup> Yargıtay 11 H.D. 16.09.2014, E. 2013/11080, K. 2014/13905 (Kazancı İçtihat Bankası, Son Erişim Tarihi: 29.07.2019).

Uygulamada yer alan karıştırılma ihtimalinden kaynaklanan tazminat türlerinin ise bu karışık durumu hakkaniyet çerçevesinde çözmekten uzak kalabileceği kanısındayım. Zira ters yönde karıştırılma ihtimalinin ortaya çıktığı durumlarda yukarıda açıldığı üzere klasik anlamda ve ileri yönlü olarak gerçekleşmiş karıştırılma ihtimali türlerinden farklı bir menfaat-zarar dengesi bulunmaktadır. Bu nedenle halihazırda hukukumuzda yer alan düzenleme ve uygulamaların ters yönde ortaya çıkabilecek bir karıştırılma ihtimali durumunda uygulanması mümkün görünmemektedir. Bu nedenle ters yönde karıştırılma ihtimaline özgü farklı düzenleme yapılması gerektiği kanaatindeyim.

## KAYNAKÇA

- Drescher, T. (2009).** "The Transformation and Evolution of Trademarks - From Signals to Symbols to Myth", Trademark Reporter, Vol. 82, syf.301 vd.
- Fullmer, H. (1996).** "Intellectual Party- Third Circuit Recognizes Reverse Confusion Doctrine in Trademark Infringement - A Potential Reversal of Fortune for Small Senior Users." Temple Law Review, Vol. 69, No. 1, syf. 601-626.
- Gan, D. (1998).** "March Madness: An Examination of Dual-Use Trademark Terms and Reverse Confusion." Hastings Law Journal, Vol. 50, No. 1, syf. 223-240.
- Leeds, D. (1955).** "Confusion and Consumer Psychology." Journal of the Patent Office Society, Vol. 37, No. 12, syf. 894-901.
- Long, T. / Alfred M. (1994).** "Reverse Confusion: Fundamentals and Limits." The Trademark Reporter, Vol. 84, No. 1, syf. 1-37.
- Mott, C. (2014).** "Multifactors, Multiconfusion; Refining Likelihood of Confusion Factors for Reverse-Confusion Trademark Infringement Claims to Achieve More Consistent and Predictable Results." Suffolk University Law Review, Vol. 47, No. 2, syf. 421-450.
- Pekdiñcer, R./ Ertem, H.(2014).** Fikri Mülkiyet Hukuku Alanı İñinde Ambalaj Tasarımlarda İltibasın Deęerlendirilebilmesine Yönelik Yöntem ve Kriterlerin Saptanması İñin Öneriler, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 20 S. 3, syf. 303-344.
- Tekinalp, Ü. (2012).** Fikri Mülkiyet Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul.

# KENDİLİĞİNDEN AYIRT EDİCİ OLMAYAN İŞARETLERİN MARKA OLARAK TESCİLİ VE KAMU DÜZENİ<sup>210</sup>

Av. Nevin ÖNER, LL.M.\*

## I. GİRİŞ

Herkesin malumu olduğu üzere markalar, bir teşebbüsün mal ve hizmetlerini başka bir teşebbüsün mal ve hizmetlerinden ayırabilme özelliğine sahip olma işaretlerdir. Ayırabilme özelliği, ilgili işaretle kendiliğinden mevcut olabileceği gibi sonradan işaretin markasal olarak kullanılması yolu ile de elde edilebilir. Kullanım yolu ile ayırt edici hale getirilen işaretlerin tescili ile başta herkes tarafından kullanılabilen ve kamunun kullanımına açık olan işaretler üzerinde inhisari yetkiler tanınmakta ve kamunun ilgili işareti serbestçe kullanması, istisnalar saklı olmak üzere, engellenmektedir. Bunun sonucu olarak da kamu yararı<sup>211</sup> ile özel yarar yarışmakta ve kullanım yolu ile ayırt edici hale getirilebilecek işaretler üzerinde tartışmalar günden güne artarak devam etmektedir.

Geleneksel olmayan markaların kullanım yolu ile ayırt edici hale getirildikten sonra tescil edilebiliyor olması da kamu yararı ve

---

<sup>210</sup> Bu yazı, yazarın, temelde Max Planck Enstitüsü tarafından düzenlenen yüksek lisans programı sırasındaki çalışmaları sırasında 2019 yılında hazırlanan “Acquisition of Distinctiveness in EU Law: Conditions and Obstacles” başlıklı yazının kısaltılmış, Türkiye’deki okuyucu için yeniden düzenlenmiş ve Türkçe kaynaklar da eklenerek Türkçe’ye yazar tarafından çevrilmiş halidir.

<sup>211</sup> Kamu düzeni ve kamu yararı kavramları, farklı kavramlar olsa da, çoğu zaman iç içe geçmesi ve marka hukukunda daha çok iç içe geçmiş hali ile kullanılması nedeni ile bu yazıda da bu şekilde kullanılmıştır.

\*Avukat-İstanbul Barosu-Marka Vekili

özel yarar dengesi tartışmasına başka bir boyut da katarak konuyu derinleştirmiştir. TRIPS sözleşmesi madde 15/1 ile farklı türdeki işaretlerin marka olarak korunabileceği düzenlenmiş olduğundan, geleneksel marka formları olarak ifade edilen işaretler, kişi adları, sözcükler, harfler ve sayılar<sup>212</sup> dışındaki geleneksel olmayan renk, şekil, koku, tat vb. işaretler de marka olarak tescil edilebilmekte ve bu da geleneksel olmayan markaların da tüm dünyada marka olarak korunmasının yolunu açmaktadır.<sup>213</sup> Geleneksel olmayan markaların da tescili ile kullanım yolu ile ayırt edicilik tartışması daha da alevlenmiştir ve geleneksel olmayan markaların kendiliğinden mi ayırt edici olduğu yoksa ancak kullanım yolu ile ayırt edici hale getirildikten sonra mı tescil edilmesi gerektiği tartışması son yılların sıcak tartışmaları arasında kendisine yer bulmuştur.

Yukarıda da belirtildiği üzere marka, iki türlü ayırt edici olabilir, ya kendiliğinden ayırt edicidir yani hiç kullanılmamış, doğal hali ile ayırt edicidir<sup>214</sup> ya da sonradan ticarete kullanılmak sureti ile ayırt edici hale getirilmiştir. Bazı işaretlerin marka olarak tescil edilmesi hiçbir surette mümkün değilken, bazı işaretler başta tescil edilemeseler dahi ticarete kullanılmak sureti ile ayırt edici hale getirildiklerinde marka olarak tescil edilebiliyorlar.

Kullanım yolu ile ayırt edici kılınan ve bu surette tescil edilen markaların, kamu düzenini nasıl etkileyebileceği bu yazının ve tartışmanın merkezini oluşturmaktadır. Zira, başta kamunun kullanımına açık olan bir işaretin ticarete kullanılması sonrasında ayırt edici hale gelmesi ile bu işaret üzerinde inhisari hak olan marka hakkı tesis edilebilmekte ve çok dile getirmesek de kamu yararı bundan zarar görebilmektedir. Kamu yararı tartışması salt marka hukukunun değil rekabet hukuku, temel insan haklarını da içeren kamu hukuku vb. birçok hukuk dalının da konusunu oluşturduğundan markanın kullanım yolu ile ayırt edici kılınarak

<sup>212</sup> Turan Hakkı Er, “Markanın Doğuşu, Kurumsallaşması ve Yeni Marka Formları”, **Fikri Mülkiyet Hukuku Yılıhğı** (ed. Tekin Memiş), 2010, s. 263.

<sup>213</sup> Irene Calboli, ‘Chocolate, Fashion, Toys and Cabs: The Misunderstood Distinctiveness of Non-Traditional Trademarks’ (2018) 49 IIC 1, s. 1.

<sup>214</sup> Lionel Bently, Brad Sherman, **Intellectual Property Law**, 3rd ed., 2009, Oxford University Press, s. 840 vd.

tescil edilmesi, kamu hukuku ve özel hukuk arasındaki bir kesişim kümesi olarak nitelendirilebilir. Örneğin, bir işaretin kullanım ile ayırt edici hale getirilmesi ciddi bütçeler gerektirdiğinden, kamuya ait olan işaretler, zamanla mali açıdan rahat olan<sup>215</sup> kişilerin elinde toplanmakta ve buna ek olarak başta ayırt edici olmayan bu işaretlerin, tanımlayıcı anlamlarını tamamen yitirmeleri değil ikincil bir anlam kazanmaları arandığından<sup>216</sup>, **kendiliğinden ayırt edici olmayan markalar üzerinde inhisari hak elde edenler, esasen bu markaların kamuya mal olmuş anlamları üzerinde de inhisari hak elde etmektedirler.** Markanın, yenilenmesi şartı ile sonsuz kadar korunuyor olduğu da nazara alındığında, kamunun kullanımına açık olan işaretlerin marka olarak tescili, rekabetin engellenmesine ve temel insan haklarından olan ifade özgürlüğünün zarar görmesine neden olabilir. **Özellikle, geleneksel olmayan markaların tescili nedeni ile tasarım ve telif hukuku ile korunan birçok işaretin, marka olarak sonsuza kadar korunması nedeni ile ifade özgürlüğü gibi bazı temel insan haklarının zarar görmesi olasılığı bizi marka koruması tartışmalarının en başına, marka korumasının amaçlarına ve marka korumasını meşrulaştıran gerekçelere daha yakından bakmaya zorlamaktadır.** Bu husus, Max Planck Enstitüsü tarafından 2011 yılında hazırlanan “Avrupa Marka Sisteminin Genel İşlevi Üzerine İnceleme” isimli çalışmada da “*Marka hukukunun anlaşılması ve uygulanması için ayırt edici işaretlerin tescilinin etkilediği özel yararın ve kamu yararının tespit edilmesi gerekir.*”<sup>217</sup> ifadeleri ile vurgulanmıştır. Bu nedenler ile marka hukukunda, tartışmalarda kendisine çok da yer bulmayan “kamu yararı”, “kamu düzeni”, “kültürel mirasın korunması” vb. kavramlar, markanın kullanım ile

<sup>215</sup> İngilizce metinlerde, “*Deep pocket*” şeklinde kullanılmaktadır.

<sup>216</sup> Case C-108/97 and C-109/97 *Windsurfing Chiemsee Produktions und Vertriebs GmbH (WSC) v Boots- und Segelzubehör Walter Huber and Franz Attenberger* [1999] CJEU

<sup>217</sup> “*There is no doubt, however, that full recognition of the private and public interests affected by the acquisition of distinctive signs is of crucial importance for the current understanding and application of trade mark law.*”

Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law, ‘Study on the Overall Functioning of the European Trade Mark System’ [2011] 55, para. 1.40 <[https://www.ip.mpg.de/fileadmin/IP/pdf2/mpi\\_final\\_report\\_with\\_synopsis.pdf](https://www.ip.mpg.de/fileadmin/IP/pdf2/mpi_final_report_with_synopsis.pdf)> erişim 14 Nisan 2019.

ayırt edici kılınarak tescil edilmesi tartışmalarında kendisine sıklıkla yer bulmaya başladı.

Özellikle, geleneksel olmayan markalar söz konusu olduğunda, gerek doğada sınırlı sayıda buldukları gerek ise tek başlarına ayırt edici olmadıkları yönündeki görüşler nedeni ile, kullanım ile ayırt edicilik ve kamu yararı dengesi daha yoğun olarak tartışılmaktadır. **Avrupa Adalet Divanı verdiği kararlarda, marka formları arasında ayırt edicilik konusunda bir ayırım yapmadığını belirtse<sup>218</sup> de uygulamada, kamunun bu işaretlerin tescilinden göreceği zararı engellemek adına ayırt edicilik kriterini geleneksel olmayan markalar bakımından daha yüksekte tutmakta ve kullanım yolu ile ayırt ediciliğin ispatlanmasını aramaktadır.<sup>219</sup>**

Geleneksel olmayan markaların tescili ve tescilinde aranan şartlar bu yazının konusu olmasa da, geleneksel olmayan markalar bakımından marka hukukunun amaçlarının, çifte korumanın etkilerinin, temel hakların ve rekabetin korunmasının ve kültürel değerlerin korunmasının çok daha yoğun tartışıldığını belirtmek gerekir. Bu nedenle de, ayırt ediciliğin kullanım ile elde edilmesi akabinde tescil edilen özellikle geleneksel olmayan markalara ilişkin tartışmaların kaynağını anlayabilmek adına bu yazıda marka hukukuna ilişkin bazı temel soruları sorarak onları cevaplamanın ve neden marka koruması sağlandığını hatırlamanın yararlı olacağını düşündük. Aşağıda sorulacak sorular ışığında kullanım sonucu ayırt edicilik kavramı ile kamu düzeni ilişkisi irdelenecektir.

## **II. Marka Korumasına İlişkin Temel Sorular ve Ayırt edicilik**

### **A. Neden İşaretleri Marka Olarak Tescil Ediyoruz?**

Yukarıda da belirtildiği üzere, markalar bir teşebbüsün, mal ve hizmetlerini diğer teşebbüsün mal ve hizmetlerinden ayıran

<sup>218</sup> Case C-53/01'den 55/01, *Linde AG & Winward Industries Inc v. Rado Uhren AG*, [2003] CJEU para. [46]

<sup>219</sup> Lotte Anemaet, 'The Public Domain Is Under Pressure – Why We Should Not Rely on Empirical Data When Assessing Trademark Distinctiveness' (2016) 47 IIC 303, s. 312. Benzer görüş için bakınız: MPI, 'Study on the Overall Functioning of the European Trade Mark System' para. 2.26- 2.27<sup>11</sup><sub>SEP</sub>

Detaylar için bakınız: Case C-104/01, *Libertel Groep BV v. Benelux-Merkenbureau*, [2003], CJEU paragraph [66].

işaretleri korur.<sup>220</sup> Mesela tüketicinin, kafeinsiz kahve markası olan “*Santa*”<sup>221</sup> markasının sahibi “*General Foods*”<sup>222</sup> tarafından üretilen kafeinsiz kahve istediğini varsayalım. Eğer, General Foods’ın “*Santa*” adında bir markası olmasaydı, bu kahveyi almak isteyen biri “*General Foods tarafından üretilen kafeinsiz kahve istiyorum.*”<sup>223</sup> demek durumunda kalırdı. Bu örnek ile de anlaşılacağı üzere, “*Santa*” markasını kullanarak General Foods tarafından üretilen kafeinsiz kahve satın almak için “*Santa istiyorum*” demeniz yeterliyken, markanın olmadığı bir dünyada, “*General Foods tarafından üretilen kafeinsiz kahve istiyorum.*” demek durumunda kalınacaktı. Bu sipariş verirken ya da bir şey satın alırken daha fazla zaman harcamamıza, daha çok kelimeyi hatırlamak zorunda kalmamıza, ve garson ya da satıcının daha çok kelime hatırlamak zorunda kalmasına ve okumasına sebebiyet verecekti.<sup>224</sup> Ekonominin dili ile söyleyecek olursak, bu örnekle de açık olduğu üzere, marka, tüketicilerin araştırma/arama maliyetini<sup>225</sup> düşürmektedir. **Tüketicinin arama maliyetini düşürmek, marka korumasının meşruiyetini sağlayan temel argümanlardan biridir.**

Öteki meşrulaştırıcı gerekçe de bir tacirin, başka bir tacir tarafından kullanılan işareti kullanması halinde, o ana dek işareti kullanmış olan tacirin emeğinden haksız olarak faydalanacağı ve bunun da kamuya karşı hile olarak kabul edilerek engellenmesi gerekliliğidir.<sup>226</sup>

Patent, tasarım ve telif haklarından farklı olarak marka hakkının tekel hakkı vermediği zira marka hakkının, bir işaretin ilgili olduğu mal veya hizmet ile ilişkili olarak kullanılması üzerinde kontrol hakkı verdiği savunulmaktadır.<sup>227</sup> Başka bir deyiş ile,

<sup>220</sup> Peter Drahos, *A Philosophy of Intellectual Property*, Ashtage Publishing Company, 1995, s. 9.<sup>[1]</sup>

<sup>221</sup> William M. Landes and Richard A. Posner, “*Trademark Law: An Economic Perspective*” (1988) 79 *The Trademark Reporter* 267, s. 270.

<sup>222</sup> *Ibid*, s. 270.

<sup>223</sup> *Ibid*.

<sup>224</sup> *Ibid*.

<sup>225</sup> İngilizce metinlerde “*Search cost*” şeklinde kullanılmaktadır.

<sup>226</sup> Bently ve Sherman, *Intellectual Property Law*, s. 714.

<sup>227</sup> *Ibid*, s. 715

“[m]arka hakkı, işaret ettiği mala ilişkin rekabeti engellemekte veya sınırlamamakta salt diğerlerini aynı teklifi farklı marka ile yapmak durumunda bırakma[ktadır].”<sup>228</sup> Nitekim marka hakkının sonsuza kadar yenilenebiliyor olmasının altında yatan neden<sup>229</sup> de marka hakkının, diğer fikri ve sınai hakların aksine tekel hakkı vermediği sadece kontrol hakkı verdiği düşüncesidir.

**Ancak, markanın, mal veya hizmete işaret eden değil de mal veya hizmetin kendisi olarak kabul edildiği durumlarda, marka hakkının sahibine tekel hakkı verdiği kabul edilmelidir.**<sup>230</sup> Bu durumda da markanın yenilenecek sonsuza kadar korunabiliyor olması da nazara alındığında, kamunun bu tekel hakkından zarar göreceği ve dengenin kamu aleyhine bozulmaması adına, **kullanım yolu ile ayırt edici kılınsa da tescil edilemeyen işaretlerin kapsamının genişletilmesi gerektiği savunulmaktadır.**<sup>231</sup>

## B. Marka Hukukunda Ayırt edicilik Ne Anlama Gelir?

Bir işaretin üzerinde kullanılacağı malı veya hizmeti ayırt etmesi, mal veya hizmetin kendisinden veya cinsinden uzaklaştığı, bağımsızlaştığı oranda mümkündür.<sup>232</sup>

Topluluk Marka Tüzüğü ve 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu madde 4(1)(b) uyarınca ayırt edici karakterden yoksun olan; madde 4(1)(c) uyarınca “*Ticaret alanında cins, çeşit, vasıf, kalite, miktar, amaç, değer, coğrafi kaynak belirten veya malların üretildiği, hizmetlerin sunulduğu zamanı gösteren veya malların ya da hizmetlerin diğer özelliklerini belirten işaret veya adlandırmaları münhasıran ya da esas unsur olarak içeren işaretler*” **başka bir deyiş ile tanımlayıcı olan işaretler** ve madde 4(1)(d) uyarınca “*Ticaret alanında herkes tarafından kullanılan veya belirli bir meslek, sanat veya ticaret grubuna mensup olanları ayırt etmeye*

<sup>228</sup> Annette Kur, ‘Of Oceans, Islands, and Inland Water - How Much Room for Exceptions and Limitations under the Three-Step Test’, (2009) 8 Rich. J. Global L. & Bus. 287, 289 footnote 3.<sup>[1]</sup>

<sup>229</sup> Ibid.<sup>[1]</sup>

<sup>230</sup> Bently ve Sherman, **Intellectual Property Law**, s. 716.

<sup>231</sup> Lotte Anemaet, ‘The Public Domain Is Under Pressure – Why We Should Not Rely on Empirical Data When Assessing Trademark Distinctiveness’ s. 304.

<sup>232</sup> Ünal Tekinalp, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, İstanbul, 2004, 3. Bası, § 29, s. 441.

yarayan işaret veya adlandırmaları münhasıran ya da esas unsur olarak içeren işaretler” marka olarak tescil edilemezler. Ancak salt bu maddelerin kapsamı içerisinde kalan işaretlerin, ticarete kullanılmak sureti ile ayırt edici hale getirilmesi ve sonucunda da tescil edilmesi mümkündür.

Bu hükümler ile de açık olduğu üzere ayırt edicilikten yoksunluk hali madde 4/1(b)’de düzenlenmişken tanımlayıcılık madde 4/1(c)’de düzenlenmiştir. Tanımlayıcı olan tüm işaretler aynı zamanda ayırt edici karakterden yoksunken ayırt edici olmayan tüm işaretler tanımlayıcı değildir. Başka bir deyiş ile, ayırt edici olmama hali tanımlayıcılığı da kapsar.<sup>233</sup> **Markanın ayırt edici olması demek, markanın tescil edildiği mal ve hizmetlerin belirli bir teşebbüse ait olduklarına işaret etmesi ve bir teşebbüsün mal ve hizmetlerini öbür teşebbüsün mal ve hizmetlerinden ayırmasıdır.**<sup>234</sup> Bununla beraber, “belirli bir işaretin salt fazlasıyla bir marka ile ilişkilendirilmesi, onun kaynak gösterme fonksiyonunu yerine getirdiğini göstermez.. Örneğin, kırmızı rengi çoğunlukla Ferrari spor arabaları ile özdeşleştirilse de kırmızı spor bir araba görmek onun Ferrari olduğu anlamına gelmez.”<sup>235</sup>

Her ne kadar, ayırt edici karakterden yoksunluk ile tanımlayıcılık çoğu zaman örtüşse de her iki gerekçe de ayrı olarak düzenlenmiş bulunduğundan<sup>236</sup>, bu gerekçelerin ayrı ayrı ve altlarında yatan farklı kamu çıkarları nazara alınarak değerlendirilmesi gerektiği savunulmaktadır.<sup>237</sup> Avrupa Adalet Divanı’na göre, tanımlayıcılık söz konusu olduğunda rakiplerin çıkarı nazara alınarak değerlendirme yapılması gerekirken, ayırt

<sup>233</sup> Bently ve Sherman, *Intellectual Property Law*, s. 819.

<sup>234</sup> Case C-299/99, *Koninklijke Philips Electronics NV v Remington Consumer Products Ltd* [2002] CJEU para. [35].

<sup>235</sup> David H.B. Bednall, Marie Ashwin, Alan Hirst, ‘*Trademarking Color: The Role of Survey Evidence*’ [2017] 115, 116 <[https://link.springer.com/content/pdf/10.1007%2F978-3-319-50008-9\\_29.pdf](https://link.springer.com/content/pdf/10.1007%2F978-3-319-50008-9_29.pdf)> Erişim 11 Nisan 2019.

<sup>236</sup> Ayırtedici karakterden yoksunluk ile tanımlayıcılık gerekçelerinin ayrı olarak düzenlemelerinin temel nedeni, Benelux ülkelerinin, kendi ülke mevzuatlarında yer alan bu ayırımın, Topluluk Marka Mevzuatında da yer alması konusundaki ısrarıdır.

<sup>237</sup> Max Planck Institute, ‘*Study on the Overall Functioning of the European Trade Mark System*’, para 1.40

edici karakterden yoksunluk tartışmasında rakiplerin çıkarı ancak “sınırlı mevcudiyet”<sup>238</sup> halinde nazara alınmalıdır.<sup>239</sup> Max Planck Enstitüsü tarafından hazırlanan çalışmada<sup>240</sup> da belirtildiği üzere Avrupa Adalet Divanı’nın ayırt edici karakterden yoksunluk değerlendirmesi sırasında, rakiplerin çıkarımı salt sınırlı mevcudiyet halinin varlığında nazara alması bunun dışında kalan ayırt edici karakterden yoksunluk değerlendirmesinde nazara almamasının gerekçesi izaha muhtaçtır.<sup>241</sup> Uygulamada bu ayırım etkisini, aşağıdaki örnek olaydaki gibi göstermektedir: Örneğin, şekil markasının marka sahibine sağlayacağı fonksiyonel avantajları yani rakipleri karşısında elde edeceği üstünlüğü tartışabilmek için, şekil markasının tanımlayıcı olarak nitelendirilmesi gerekecektir zira bu argüman, ayırt edici karakterden yoksunluk tartışmasında, mahkeme tarafından dikkate alınmayacaktır.<sup>242</sup>

Son olarak belirtmek gerekir ki, markanın tanımlayıcı olup olmadığı sorusu öncelikle, markanın üzerinde kullanıldığı ya da kullanılacağı mal ve hizmetler ve ortalama tüketicinin algısı nazara alınarak belirlenir.

### **C. Kendiliğinden Ayırt edici Olmayan Ancak Kullanım İle Ayırt edici Hale Getirilen İşaretler Neden Marka Olarak Korunur?**

Şüphesiz ki, marka sahipleri, ayırt edici olmayan işaretlerin, kamunun kullanımına açık olduğunu, ayırt edici olmadığını ve ancak bunları ticarete ciddi olarak kullanarak ayırt edici hale getirilebileceklerinin farkındalar. Başka bir deyiş ile, marka sahipleri bu işaretlerin ayırt edici olmadıklarını bilmelerine rağmen bu işaretler üzerinde inhisari hak elde etmeyi tercih ediyorlar. Bu durumda, kendiliğinden ayırt edici olmayan işaretlerin hiçbir şart altında marka olarak tescilinin mümkün olmaması gerektiği zira kamunun kullanımına açık olan işaretler üzerinde inhisari haklar tesis edilerek kamu yararının zarara uğratıldığı ve bu işaretlerin marka olarak tescil edilmeme riskini göze alarak bu işaretleri

<sup>238</sup> İngilizce metinlerde “*Limited availability*” olarak kullanılmaktadır.

<sup>239</sup> Max Planck Institute, ‘*Study on the Overall Functioning of the European Trade Mark System*’ sayfa 58, para 1.48.

<sup>240</sup> Ibid.

<sup>241</sup> Ibid.

<sup>242</sup> Ibid.

kullanıcıların, bu davranışlarının sonucuna da katlanması gerektiği ileri sürülebilir. Bu sonuç adil olur mu? Bu sorunun cevabını verebilmek için kendiliğinden ayırt edici olmayan markalara neden marka koruması sağlandığını irdelemememiz gerekir.

Kendiliğinden ayırt edici olmayan işaretlere, ticarete kullanılarak ayırt edici hale getirilmeleri şartı ile marka koruması sağlanmaktadır. Aksi takdirde, tüketiciler, tanımlayıcı olan işaretin yeni kazandığı anlam nedeni ile bu işaretin başkası tarafından kullanılması halinde kafa karışıklığı yaşayacaklardır.<sup>243</sup> Örneğin, tüketiciler leylak rengi olan bir çikolata gördüklerinde, bunun “*Milka*” olduğunu anımsayacaklar çünkü leylak rengi, kullanım ile yeni bir anlam elde etmiştir. Başka bir teşebbüs/firma, bu rengi çikolata barı üzerinde kullandığı takdirde, bu durum tüketiciler nezdinde karıştırılma ihtimaline sebebiyet verebilir. Marka hukuku, kullanım ile ayırt edici hale getirilen işaretlere, marka koruması sağlayarak piyasada şeffaflığı ve dürüst rekabeti sağlamayı amaçlamaktadır. Bu gerekçe ile, marka sahibine, kamunun kullanımına açık bir işaret üzerinde verilen inhisari hak meşrulaştırılmaktadır.

Ancak bu meşrulaştırıcı gerekçeye karşı güçlü argümanlardan biri de, mali açıdan rahat olan ve ayırt edici olmayan işaretlere yatırım yapan marka sahiplerinin, ayırt edici olmayan işareti marka olarak kullanarak onun ikincil anlam kazanmasına sebebiyet verdikleri ve bu nedenle de sonrasında ayırt edici kılınan işaretin tescil edilmemesi halinde, bu durumun tüketici nezdinde karışıklığa sebebiyet verebileceği savunmasına dayanamamaları gerektiğini savunmaktadır. Bu görüş, ayırt edici olmayan işaretlere yatırım yapılmasını engelleyen düzenlemelerin mevcudiyeti halinde, tüketiciler nezdinde bu karışıklığın da meydana gelmeyeceğini bu nedenle de devletlerin, ayırt edici olmayan işaretlere yatırım yapılmasına izin vererek tüketiciler nezdinde bu karışıklığa sebebiyet verdiğini ve mali açıdan rahat olanların, ayırt edici

---

<sup>243</sup> Lotte Anemaet, ‘*The Public Domain Is Under Pressure – Why We Should Not Rely on Empirical Data When Assessing Trademark Distinctiveness*’, s. 306.

olmayan işaretler üzerinde hak sahibi olmasının sağladığını savunmaktadır.<sup>244</sup>

#### **D. Marka Sahipleri, Ayırt Edici Olmayan İşaretlere Yatırım Yapmaya Ve Marka Olarak Tescil Ettirmeye Neden Bu Kadar İstekli?**

Bu çalışmanın başlarında, kafamı meşgul eden temel sorulardan biri de, marka sahiplerinin neden ayırt edici olmayan markalara yatırım yapmakta bu kadar istekli olduklarıydı. Zira “[t]itizlikle ve çokça paralar harcayarak yeni bir ürün ya da hizmet geliştirildikten sonra rakiplerinizin kolayca kopyalayabileceği bir marka tercih etmenin çok da mantıklı olduğu söylenemez.”<sup>245</sup> Bu işaretler, kullanım yolu ile ayırt edici hale getirilip marka olarak tescil edildikten sonra dahi hala zayıf marka olma özelliğini korurlar ve dürüst kullanım istisnasının kapsamına girerler. **Öyle ise marka sahipleri, neden kendiliğinden ayırt edici olmayan işaretlere yatırım yapmakta ve onları tescil edilebilir hale getirmekte bu kadar istekliler?**

Bu sorular, eğer marka olarak tescil edilebilecek işaretlerin sonsuz olduğu ve markaların değerinin birbirine yakın olduğu kanaatinde olsaydık<sup>246</sup> anlamsız olurdu. Ancak marka olabilecek işaretlerin sınırlı olduğu ve bazı işaretlerin diğerlerinden daha değerli olduğu kanaatine varırsak o zaman bu soruların cevaplarını<sup>247</sup> irdelememiz gerekir. Uygulama bize ikinci görüşün haklı olduğunu göstermektedir.

“Ürün üreticilerinin, ayırt edici olmayan işaretleri marka olarak seçmek veya tüketicilerin kendi markalarını günlük dilde kullanılan bir kelimeye dönüştürme konusunda güçlü bir ekonomik motivasyonu var.”<sup>248</sup> Zira yukarıda da belirtildiği gibi, ayırt edici olmayan bir işaret marka olarak tescil edilmek adına kullanım ile

<sup>244</sup> Ibid, s. 308 ve ayrıca bakınız: Lisa Pondrom Ramsey “*Descriptive Trademarks and The First Amendment*” (2003) 70 Tennessee Law Review.

<sup>245</sup> Tom Blackett, *Trademarks* Palgrave Macmillan, 1998, s.12.<sup>[1]</sup><sub>SEP</sub>

<sup>246</sup> Bently ve Sherman, *Intellectual Property Law*, s. 716.

<sup>247</sup> Ibid.

<sup>248</sup> Ralph H Folsom and Larry L Teply, ‘*Trademarked Generic Words*’ (1980) 89 The Yale Law Journal 1323, 1337 <<https://pdfs.semanticscholar.org/6f12/b339161d53ec8dd0214ac8cb6816245ea68e.pdf>>

ayrıt edici kılındığında, **ilk anlamını yitirmemekte ve günlük dilde kullanılan anlamını da koruyarak kazandığı ikinci anlam ile birlikte marka olarak tescil edilmektedir.** Birçok işletme bakımından -özellikle ciddi bir rekabetin olduğu yiyecek, içecek, moda ve kozmetik sektörleri- markanın, tüketici seçimlerini etkilemesi konusunda daha aktif bir rolü var.<sup>249</sup>

**Bir malın olumlu bir özelliğini tanımlayan bir işaret üzerinde inhisari hak elde eden teşebbüs büyük bir ekonomik fayda elde etmektedir.** Zira, tüketiciler bu markanın işaret ettiği hususu kolayca anlayabileceklerinden kendi ürünlerinde de aynı özelliğin olduğunu anlatmayı isteyecek tacirler daha büyük bir maliyet ile karşılaşacaklardır. Başka bir deyiş ile, tanımlayıcı kelime, marka olarak tescil edilmiş olduğundan diğer tacirler bu kelimeyi ürünleri üzerinde ya da ürünlerin tanıtımında kullanamayacaklardır ve tüketiciler nezdinde aynı anlama sahip yeni bir marka arayışına başlayacaklardır. Burada şüphesiz akla, dürüst kullanıma ilişkin istisnalar gelecektir ancak dürüst kullanımın istisna olması nedeni ile doğası gereği sınırlı olarak uygulanacağı ve uygulamada çoğu zaman dürüst kullanımı ispatlamanın zor olduğu nazara alındığında, bu istisnanın belirtilen tehlikeyi tamamen bertaraf etmediği tespit edilecektir.

Somutlaştırmak gerekir ise, örneğin “kahve” kelimesinin kahve makineleri için marka olarak tescil edilmesi halinde, rakipler bu kelimeyi, üzerinde bulunan inhisari hak nedeni ile, kahve makinelerini tanıtmak için kullanamayacaklardır.<sup>250</sup> Bu nedenle de kahve makinesini tanıtmak için yeni bir kelime aramak ve buna bütçe ayırmak durumunda kalacak olan rakiplerin, maliyetleri artacaktır.<sup>251</sup> Bu da, marka sahibinin salt tanımlayıcı olan bir markayı tescil ettirmesi nedeni ile rekabet alanında avantaj elde ettiğini göstermektedir. Buna ek olarak, tüketiciler de, “kahve” markasını kullanmadan “kahve”yi anlatabilmek için daha fazla kelime okumak ve hatırlamak durumunda kalacaklardır, örneğin “kahve” yerine

<sup>249</sup> Tom Blackett, *Trademarks*, s. 8.<sup>[1]</sup><sup>[SEP]</sup>

<sup>250</sup> Lotte Anemaet, ‘*The Public Domain Is Under Pressure – Why We Should Not Rely on Empirical Data When Assessing Trademark Distinctiveness*’ s. 313

<sup>251</sup> *Ibid.*<sup>[1]</sup><sup>[SEP]</sup>

“acımsı tadı olan koyu kahverengi içecek”<sup>252</sup> demek zorunda kalmak gibi.<sup>253</sup>

Bununla beraber, jenerik kelimelerin marka olarak tescili, tüketicilerin araştırma maliyetini de artırmaktadır.<sup>254</sup> Zira tüketici, birbirileri ile yarışan ürünlerin aynı ürün gamında yer alıp almadığını ve ürünlerin jenerik kelimeye atfedilen özelliği içerip içermediğini anlamak için daha fazla zaman harcamaktadır. Bu durum aynı zamanda jenerik kelimeyi marka olarak tescil ettiren kişinin rekabet üstü fiyat belirlemesine de sebebiyet verebilecektir.<sup>255</sup> **Yukarıda da belirtildiği üzere, marka korumasının meşruiyetini sağlayan temel gerekçelerden biri tüketicilerin araştırma maliyetini azaltmak iken, bu senaryoda marka tescili bunun tam tersi bir sonuç doğmaktadır.**

Ayrıca, tüketici birbirleri ile yarışan ürünlerin birbiri yerine ikame edilebileceğini anlasa dahi, tanımlayıcı kelimeyi içermeyen ürünü alarak riske girmek istemeyebilir. **Böylece, tanımlayıcı işareti marka olarak tescil eden firmalar, bu tanımlayıcı kelimenin içerdiği anlam üzerinde de hak sahibi oluyorlar<sup>256</sup> ve tüketiciler nezdinde de tanımlayıcı kelimenin birincil anlamı, ürün alımı ya da hizmet talep edilmesinde etkili oluyor.** Bu da, marka sahibine rekabet alanında ciddi bir avantaj sağlıyor.

Bu örnekler ile anlaşılacağı üzere, tanımlayıcı olan işaretler üzerinde kurulan marka hakları, tüketicilerin aynı ürün için daha fazla ödeme yapmasına ve rekabet üstünlüğü nedeni ile ürünün de kalitesinin düşmesine rağmen fiyatının artmasına sebebiyet verebilecektir.<sup>257</sup> Bu sonuç da, marka korumasının meşrulaştırıcı gerekçelerini tamamen ortadan kaldırmaktadır.

---

<sup>252</sup> Ibid.

<sup>253</sup> William M. Landes and Richard A. Posner, “*Trademark Law: An Economic Perspective*” s. 278

<sup>254</sup> Ralph H Folsom and Larry L Teply, ‘*Trademarked Generic Words*’ s. 1337.<sup>[1]</sup><sup>[2]</sup><sup>[3]</sup>

<sup>255</sup> Ibid.

<sup>256</sup> Lisa Pondrom Ramsey “*Descriptive Trademarks and The First Amendment*”, s. 1155.<sup>[1]</sup><sup>[2]</sup><sup>[3]</sup>

<sup>257</sup> William M. Landes and Richard A. Posner, “*Trademark Law: An Economic Perspective*” Ayrıca bakınız: Thomas R Lee, “*An Empirical and Consumer Psychology Analysis of Trademark Distinctiveness*” [2009] <[http://works.bepress.com/thomas\\_lee/3/](http://works.bepress.com/thomas_lee/3/)> 22, accessed 11 April 2019.

## E. Kullanım Yolu İle Ayırt Edicilik Marka Hukukunda Neden Bu Kadar Tartışmalı?

Avrupa Adalet Divanı, kararlarında açıkça ilgili oldukları mal ve hizmetler bakımından tanımlayıcı olan işaretlerin, kamu çıkarını korumak adına, kamunun kullanımına açık olması gerektiğini hüküm altına almaktadır. **Bunun nedeni tanımlayıcı işaretlerin, yalnızca kalite ya da öteki karakteristik özellikleri ile ilgili olması değil ama işaretlerin, çeşitli şekillerde tüketicinin duyularına etki etmesi sureti ile seçimlerini etkilemesi ile de ilgilidir.** Örneğin; spor ürünlerini, sporun yaygın olduğu bir yerle özdeşleştirerek tüketicinin duyularına etki etmek ve bu şekilde o yer adını marka olarak tescil ettiren teşebbüsün spor ürünlerini almasını sağlama bu yöntemin somutlaşmış hallerinden biridir.<sup>258</sup> **Mahkeme, kararlarında her ne kadar kategorik olarak marka türleri arasında bir ayırım yapmadığını açıkça belirtse de, kamusal yararı koruma eğiliminde olduğundan, kullanım yolu ile ayırt ediciliğin ispat edilmesinin gerektiği markaların sayılarını günden güne genişletmektedir. Örneğin, birçok davada, geleneksel olmayan işaretlerin, renk veya şekiller gibi, tescil edilebilmeleri için ticarete kullanım yolu ile ayırt edici hale getirilmesi şartını aramaktadır.**<sup>259</sup>

Ancak mahkemenin bu önlemleri yeterli olmamaktadır zira marka korumasının kapsamı günden güne genişlemekle beraber markanın ret nedenleri veya rekabetin korunmasına, ticari olmayan kullanıma dayanan dürüst kullanım savunmaları bu oranda genişlememektedir.<sup>260</sup>

Özelikle, markaların yenilenmesi şartı ile sonsuza kadar korunabileceği nazara alındığında, tanımlayıcı kelimelerin marka

<sup>258</sup> Case C-108/97 and C-109/97 *Windsurfing Chiemsee Produktions und Vertriebs GmbH (WSC) v Boots- und Segelzubehör Walter Huber and Franz Attenberger* [1999] CJEU paragraph [26].<sup>[1]</sup>

<sup>259</sup> Lotte Anemaet, 'The Public Domain Is Under Pressure – Why We Should Not Rely on Empirical Data When Assessing Trademark Distinctiveness' 312.

Ayrıca bakınız: Case C-104/01, *Libertel Groep BV v. Benelux-Merkenbureau*, [2003], CJEU ve Case C-456/01 and C-457/01 *Henkel KGaA v. OHIM* [2004] CJEU kararları.

<sup>260</sup> Irene Calboli, 'Chocolate, Fashion, Toys and Cabs: The Misunderstood Distinctiveness of Non-Traditional Trademarks', s. 2.

olarak tescili, piyasadaki rekabete, ifade özgürlüğüne, kültürel ve sanatsal özgürlüğe zarar verebilir.<sup>261</sup>

### **III. SONUÇ**

Sonuç olarak, ayırt edici olmayan markaların kullanım yolu ile ayırt edici hale getirilerek tescil edilmesi, kamusal alandan bu işaretlerin sonsuza kadar çıkarılması anlamına gelebileceğinden ve bu sonucun marka korumasının meşruiyet gerekçeleri, temel insan hakları, ve rekabet hukuku ile çelişmesi nedeni ile markanın kullanım yolu ile ayırt edici hale getirilerek tescil edilmesi birçok tartışmaya sebebiyet vermektedir. Marka olabilecek işaretlerin ve markanın sağladığı hakların her geçen gün genişletilmesi nedeni ile bu tartışmaya gelecekte daha çok şahit olacağımızı öngörebiliriz. Bu nedenle, Türkiye tarafından ayırt edici olmayan markaların kullanılarak marka olarak tescili konusunda bir politika belirlenmesi, ilerde sonuçlarını daha çok göreceğimiz zararların minimize edilmesini sağlayabilir.

---

<sup>261</sup> Ibid. Ayrıca bu sonucun, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi madde 10'a aykırılık tartışmalarını gündeme getirdiğini de belirtmek gerekir.

## KAYNAKÇA

Bednall, David H.B. ve Marie Ashwin, Alan Hirst. ‘*Trademarking Color: The Role of Survey Evidence*’ [2017] <[https://link.springer.com/content/pdf/10.1007%2F978-3-319-50008-9\\_29.pdf](https://link.springer.com/content/pdf/10.1007%2F978-3-319-50008-9_29.pdf)>. (erişim 11 Nisan 2019)

Bently Lionel ve Brad Sherman. *Intellectual Property Law*, 3rd ed., Oxford University Press, 2009.

Blackett Tom. *Trademarks*, Palgrave Macmillan, 1998.

Calboli Irene. ‘*Chocolate, Fashion, Toys and Cabs: The Misunderstood Distinctiveness of Non-Traditional Trademarks*’, 49 IIC 1, 2018.

Drahos, Peter. *A Philosophy of Intellectual Property*, Ashtage Publishing Company, 1995.

Er, Turan Hakkı. “*Markanın Doğuşu, Kurumsallaşması ve Yeni Marka Formları*”, Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı (ed. Tekin Memiş), 2010.

Folsom, Ralph H ve Larry L Teply. ‘*Trademarked Generic Words*’ (1980) 89 The Yale Law Journal, <https://pdfs.semanticscholar.org/6f12/b339161d53ec8dd0214ac8cb6816245ea68e.pdf>. (erişim 11 Nisan 2019)

Kur, Annette. ‘*Of Oceans, Islands, and Inland Water - How Much Room for Exceptions and Limitations under the Three-Step Test*’, Rich. J. Global L. & Bus., (2009) 8.

Landes, William M. ve Richard A. Posner. “*Trademark Law: An Economic Perspective*” The Trademark Reporter, 1988.

Lee, Thomas R. “*An Empirical and Consumer Psychology Analysis of Trademark Distinctiveness*” [2009] [http://works.bepress.com/thomas\\_lee/3/](http://works.bepress.com/thomas_lee/3/). (erişim 11 Nisan 2019)

Lotte Anemaet. ‘*The Public Domain Is Under Pressure – Why We Should Not Rely on Empirical Data When Assessing Trademark Distinctiveness*’ 2016 47 IIC.

Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law. ‘*Study on the Overall Functioning of the European Trade Mark System*’ [2011] <

[https://www.ip.mpg.de/fileadmin/IP/pdf2/mpi\\_final\\_report\\_with\\_synopsis.pdf](https://www.ip.mpg.de/fileadmin/IP/pdf2/mpi_final_report_with_synopsis.pdf) >  
(erişim 14 Nisan 2019)

Pondrom Ramsey, Lisa. “*Descriptive Trademarks and The First Amendment*” 70 Tennessee Law Review, 2003.

Tekinalp Ünal. *Fikri Mülkiyet Hukuku*, İstanbul, 3. Bası, 2004.

Case C-53/01’den 55/01, *Linde AG&Winward Industries Inc v. Rado Uhren AG*, [2003] CJEU.

Case C-104/01, *Libertel Groep BV v. Benelux-Merkenbureau*, [2003], CJEU ve Case C-456/01 and C-457/01 *Henkel KGaA v. OHIM* [2004] CJEU .

Case C-108/97 ve C-109/97 *Windsurfing Chiemsee Produktions und Vertriebs GmbH (WSC) v Boots- und Segelzubehör Walter Huber and Franz Attenberger* [1999] CJEU.

Case C-299/99, *Koninklijke Philips Electronics NV v Remington Consumer Products Ltd* [2002] CJEU.

# 6769 SAYILI SINAİ MÜLKİYET KANUNU KAPSAMINDA ÇALIŞAN BULUŞLARINA İLİŞKİN UYGULAMADA İHTİLAF YOL AÇABİLECEK ÇELİŞKİLİ YASAL DÜZENLEMELER VE ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

Av. Önder ÖZDEN\*

## I. Giriş

Çalışan buluşlarına ilişkin iç hukukumuzdaki ilk yasal düzenleme; İsviçre BK'nın 343. madde (Yasa değişikliği sonrasında md. 332) hükmünden iktibas edilmiş olan 1926 tarih ve 818 sayılı eski BK'nın 336. maddesi<sup>262</sup> olup, söz konusu yasal düzenleme 2011 tarih ve 6098 sayılı yeni TBK'nın<sup>263</sup> kabulüne kadar yürürlükte kalmış, akabinde TBK'nın 427. maddesinde yer alan *'fikri haklara ilişkin özel kanun hükümlerinin uygulanacağına'* ilişkin hükmün delaletiyle 1957 tarihli Alman ÇBK'dan iktisap edilmiş hükümleri haiz PatentKHK'da, bunu takiben de büyük ölçüde PatentKHK ile felsefik ve sistematik açıdan benzerlikler taşıyan SMK kapsamında *-Yükseköğretim ve Kamu Destekli Buluşları da içerecek şekilde-* ele alınmıştır. Bunun dışında çalışan buluşlarına ilişkin olarak PatentKHK döneminde bir türlü çıkarılmayan ÇBY<sup>264</sup>, SMK'nın yürürlüğe girmesinden hemen sonra 29.09.2017 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

SMK'da çalışan buluşları sistematik olarak (i) özel ve kamu çalışanlarının buluşları (md. 113-120), (ii) yükseköğretim kurumlarında geliştirilen buluşlar (md. 121), (iii) kamu destekli

---

\* Avukat - İstanbul Barosu

<sup>262</sup> RG, 29.04.1926, 359.

<sup>263</sup> RG, 04.02.2011, 27836

<sup>264</sup> RG, 29.09.2017, 30195

projelerde geliştirilen buluşlar (md. 122) şeklinde üç ana kısımdan oluşmaktadır. ÇBY’de de benzer bir sistematik ile çalışan buluşları (i) bedel tarifesi ve tahkim usulü (md. 5-26), (ii) yükseköğretim kurumlarında geliştirilen buluşlar (md. 27-35) ve (iii) kamu destekli projelerde geliştirilen buluşlar (md. 36-40) şeklinde üç ana kısımdan oluşmaktadır.

Buluş yapmayı özendirerek ilgili teknik alanda katma değer yaratan ve ekonomik değerlendirilebilirliği olan buluş sayısını artırmak ve buluş ekosistemini geliştirmek, böylelikle sermaye gücünü inovasyona, iş gücünü buluşa teşvik etmek amacıyla düzenlenen SMK ile ÇBY’nin çalışan buluşlarına yönelik hükümleri uygulamada büyük bir önem taşımakla birlikte her iki yasal düzenleme arasında ve her bir düzenleme de kendi içinde kavramsal, anlamsal ve hukuksal açıdan işveren ve çalışan arasında ihtilafa yol açabilecek düzenlemeler barındırmaktadırlar.

Bu saptamadan hareketle SMK’nın yürürlüğe girmesinden sonra çalışan buluşlarına yönelik olarak yayınlanmış tüm eserlerde yeri geldikçe değinilmiş ve fakat özel olarak irdelenmemiş olan SMK ve ÇBY arasındaki uygulamada **-özellikle hizmet buluşları ile ilgili olarak-** ihtilafa yol açabilecek yasal düzenlemelere ve çözüm önerilerine bu makalede *-uygulamacılara yol göstermesi umuduyla-* topluca değinilmek ve kanun koyucu tarafından yeniden düzenlenmesi gerektiği düşünülen kavram, kural ve müesseseleri tartışmaya açmak amaçlanmıştır.

## II. Mevzuat Alt Yapısı

Evvvela SMK ve ÇBY’de çalışan buluşlarına ilişkin yasal mevzuat alt yapısının genel hatlarıyla hatalı kurgulandığını belirtmek gerekir. Öyle ki, her iki düzenleme arasında aynı mesele ile ilgili olarak *kavram birliğine* dahi varılamamış olan durumlar söz konusudur.

Bir yandan mer’i İş Hukuku’ndaki *‘işçi lehine yorum’* ilkesinden hareketle çalışanların hakları nispi emredici hükümlerle güvence altına alınmış ve bununla da yetinilmeyerek taraflar arasında bağitlanacak sözleşmeler hakkaniyete uygunluk denetimine tabi tutulmak suretiyle çift katmanlı bir korumaya layık görülmüş

iken diğer yandan SMK'da öngörülen hukuk politikasına bazı hallerde ÇBY ile müdahale edilmiş ve normlar hiyerarşisi kurallarına aykırı çelişik/ayrıkı düzenlemeler vazedilmiştir. Dolayısıyla ÇBY ile getirilen bazı düzenlemeler en baştan itibaren uyumsuzlukların yorumlanması ve giderilmesi bakımından kadük bırakılmıştır.

Öte yandan söz konusu yasal mevzuat kazuistik ve nispeten katı bir şekilci yaklaşımla hazırlanmış olmakla gerek işveren gerekse çalışan büyük bir bürokratik yük altında bırakılmıştır. Bu husus özellikle buluş bildirimleri ile tam ya da kısmi hak taleplerine bağlı olarak çalışana ödenecek bedelin belirlenmesi ve taraflarca uyulması gereken hak düşümü süreleri ile zorlaştırılmış işlem bürokrasisinin her aşamasında gözlemlenebilmektedir.

Ayrıca sistematik açıdan SMK'nın "**Çalışan Buluşları**" başlığı taşıyan Patent Kitabının Beşinci Kısımında, yukarıda Giriş bölümünde de belirtmiş olduğumuz gibi, kendi içinde de alt kırımlara sahip üç ayrı hukuki rejime yer verilmiş<sup>265</sup>, rejimler arasında tam bir bütünlük sağlanamamış, bu nedenle birbirlerinin işleyişlerine engel teşkil edecek nitelikte çelişkili düzenlemeler vazedilmiştir.

Bu bulgular ışığında uygulamada ihtilafa yol açabilecek olan SMK ve ÇBY'nin hizmet buluşlarına yönelik düzenlemelerine aşağıda sırasıyla değinilmiş ve çözüm önerileri getirilmiştir.

### **III. Uygulamada İhtilafa Yol Açabilecek Yasal Düzenlemeler ve Çözüm Önerileri**

#### **A. Hizmet ve Serbest Buluş Ayrımı Bakımından**

1. SMK'nın 113/1, 2. maddesine göre çalışanın, bir işletme veya kamu idaresinde yükümlü olduğu faaliyeti gereği gerçekleştirdiği ya da büyük ölçüde işletme veya kamu idaresinin deneyim ve çalışmalarına dayanarak, iş ilişkisi sırasında yaptığı buluş, hizmet buluşudur. Bunun dışındaki buluşlar ise serbest buluştur. Buna göre, SMK kapsamında bir

---

<sup>265</sup> Dr. Öğr. Üyesi Cahit Suluk, *Çalışan Buluşları Hukuku*, Birinci Baskı, Ekim 2019, İstanbul, sh.365

işyerinde çalışan tarafından gerçekleştirilen bir buluşun hizmet buluşu olarak değerlendirilebilmesi için çalışanın buluşu ya (a) **iş görme borcuna** ya da (b) iş görme borcuna dayanmamakla birlikte **büyük ölçüde işletmenin deneyim ve çalışmalarına dayalı olarak** gerçekleştirmiş olması gerekmektedir.

2. Eş anlatımla, kanun koyucu bir buluşu hizmet buluşu ya da serbest buluş olarak nitelendirirken çalışanın iş ilişkisiyle olan bağını esas almıştır. Buna karşılık ÇBY'nin 4/1-ç. maddesinde SMK'da öngörülen iş görme borcu veya büyük ölçüde işletmenin deneyim ve çalışmalarına dayalı olma şartlarına ilaveten “..... **veya işyerinin faaliyet gösterdiği alanlar içinde,** ..... ” şeklinde bir ifade eklenmiştir.
3. Böylelikle bir yandan SMK'da öngörülen '**büyük ölçüde işletmenin deneyim ve çalışmalarına dayalı olma**' şeklindeki ikinci kıstasın uygulanabilirlik alanı kısıtlanırken diğer yandan bir bakıma bununla çelişecek şekilde SMK'da yer alan her iki kıstasa ilaveten **işyerinin alanı içine giren her buluşun hizmet buluşu olduğuna dair normlar hiyerarsisi kurallarına aykırı** bir munzam şart getirilmiştir. ÇBY'deki söz konusu düzenleme, SMK'nın buluşu çalışanın faaliyet alanı ile olan ilişkisine *-buluş ile çalışanın işi arasındaki maddi bağa*<sup>266</sup> - inhisar ettiren düzenlemesine de ters düştüğünden ve bu suretle taraflar arasındaki menfaatler dengesini de bozucu nitelikte olduğundan pratik anlamda uygulanabilir nitelikte değildir. Aksine yorum, buluşun hizmet buluşu olup olmadığının belirlendiği, buluş bildirimi ile başlayan yasal süreci ilk aşamadan itibaren çekişmeli hale getirecektir.

---

<sup>266</sup> Dr. Öğr. Üyesi Cahit Suluk, Çalışan Buluşları Hukuku, Birinci Baskı, Ekim 2019, İstanbul, sh.156

4. Öyle ki, çalışanın iş ilişkisi sırasında geliştirdiği buluş, iş görme borcu kapsamında değilse veya büyük ölçüde işletmenin deneyim ve çalışmalarına dayanmamakla kalmayıp SMK'nın 119/3. maddesi uyarınca işletmenin faaliyet alanının da dışındaysa, serbest nitelikte olduğu konusunda işveren ve çalışan arasında uyuşmazlık yaşanmayacaktır. Buna karşın çalışan tarafından vücuda getirilen buluş SMK'daki iki kıstasın içine düşmemekle birlikte işletmenin faaliyet alanının içinde ise işveren ÇBY'deki munzam şarta dayanarak buluşun hizmet buluşu olduğunu iddia edebilecektir. Söz gelimi elektrikli otomobil geliştiren bir teknoloji şirketinin İnsan Kaynakları departmanında çalışan bir kişinin, patentlenebilir bir elektrik şarj ünitesi geliştirmesi halinde işveren buluşun, büyük ölçüde işletmenin deneyim ve çalışmalarına dayalı olarak geliştirildiğini iddia ederek buluşu hizmet buluşu olarak değerlendirebilecek, buna mukabil çalışan bu iddiayı kabul etmez ise işveren bu sefer ihtilafa yol açabileceğini düşündüğümüz ÇBY'deki ayrık düzenlemeye dayanarak söz konusu buluşun işletmenin faaliyet alanına giren bir buluş olduğu argümanını ileri sürmek suretiyle çalışan tarafından yapılan serbest buluş bildirimine itiraz edebilecektir.
5. Bu nedenlerle ÇBY'nin 4/1-ç. maddesi ile SMK'da öngörülen iş görme borcu veya büyük ölçüde işletmenin deneyim ve çalışmalarına dayalı olma şartlarına ilaveten normlar hiyerarşisi kurallarına aykırı olarak düzenlendiği kanısında olduğumuz ***buluşun işyerinin faaliyet gösterdiği alanlar içinde kalması*** şeklindeki kıstasın ÇBY'den çıkartılması yerinde olacaktır.

## B. Büyük Ölçüde İşletmenin Deneyim ve Çalışmalarına Dayalı Buluşlar

1. Yukarıda bahsedilen hizmet buluşu-serbest buluş ayrımının iki kıstasından biri olan **iş görme borcunun** kapsam ve sınırlarının belirsizliğini dikkate alan kanun koyucu iş görme borcu dışında kalmakla birlikte büyük ölçüde işletmenin deneyim ve çalışmalarına dayalı olarak geliştirilen buluşları da hizmet buluşu olarak değerlendirmiştir. Burada kanun koyucu işletmenin deneyim ve çalışmalarının buluşa olan katkısının, **“ağırlıklı bir katkı”**<sup>267</sup> olmasını aramıştır. Buna göre şayet ağırlıklı katkı çalışana ait ise buluş, serbest buluş olarak nitelendirilecektir.
2. Bu noktada buluşun geliştirilmesinde işletmenin mi yoksa çalışanın mı ağırlıklı bir katkısının olduğunun tespiti güçlük arz edebilecektir. Bu da işveren ve çalışan arasında ihtilafa yol açabilecektir. Zira, uygulamada işveren ve çalışanın buluşa katkısı iç içe geçmektedir. Buna dayalı olarak işveren, çalışan tarafından gerçekleştirilen neredeyse tüm buluşları, büyük ölçüde işletmenin deneyim ve çalışmalarına dayanmakta olduğu gerekçesiyle hizmet buluşu olarak nitelendirmeye meyledebilecektir. Ne de olsa **“büyük ölçüde”** ibaresi de kişiden kişiye değişebilecek, yoruma müsait ve ucu açık bir ibaredir.
3. Bu nedenlerle, SMK ve ÇBY’de öngörülen bu kıstasta yer alan **“büyük ölçüde”** şeklindeki çekişmeli, ispatı güç ve sübjektif açıdan yoruma açık **‘ağırlaştırılmış eşik’** de taraflar arasında sıklıkla yorum farklılıklarına yol açabilecektir.

---

<sup>267</sup> Dr. Öğr. Üyesi Cahit Suluk, Çalışan Buluşları Hukuku, Birinci Baskı, Ekim 2019, İstanbul, sh.154

4. Bu konuda yaşanabilecek uyuşmazlıkların şimdiden önüne geçilebilmesi için öznel yanı ağır basan, vuku bulma ihtimali artırılarak zorlaştırılmış “büyük ölçüde” ifadesinin -SMK ve ÇBY’de yer alan buna benzer sübjektif kriterlerle birlikte- terk edilmesi ve şayet elzem ise daha objektif, öngörülebilir, hukuki belirginliğe sahip ve taraflar arasındaki menfaatler dengesini gözetilen bir kriter ile ikame edilmesi önerilmektedir.

### C. Buluş Bildirimi

1. SMK’nın 114/1 ve ÇBY’nin 5/1. maddeleri uyarınca çalışan, bir buluş gerçekleştirdiğinde bunu gecikmeksizin işverene yazılı olarak bildirmekle yükümlüdür.
2. Buluş bildirimini yazılı şekil şartına bağlanmıştır. Buluşun işletme içinde hangi birime ve nasıl yapılacağını işveren serbestçe belirleyebilecektir. Bu kapsamda buluş geliştiren işletmelerin konuya ilişkin bir genelgesinin<sup>268</sup> olmasında, hatta bu genelgenin Türkiye’de -ne yazık ki çok az sayıda işletmenin ticari stratejisi ile eş güdümlü olarak uygulamakta olduğu- ‘fikri haklar stratejisinin’ bir parçası olmasında isabet bulunmaktadır.
3. Bu süreçte işverenin ÇBY’nin 5/1. maddesi uyarınca çalışandan gelen bildirim kaydetmesi, bildirim ulaştığı tarihi de bildirim yapan çalışana bildirmesi gerekmektedir. Dolayısıyla işletme içerisinde bu yönde bir buluş bildirim sisteminin kurulmuş olması zaruridir.
4. Buna karşın uygulamada az önce belirtmiş olduğumuz gibi çok az sayıda işletmenin ticari stratejisi ile eş güdümlü olarak uyguladığı ve içerisinde buluş bildirim sisteminin de yer aldığı fikri

---

<sup>268</sup> Dr. Öğr. Üyesi Cahit Suluk, Çalışan Buluşları Hukuku, Birinci Baskı, Ekim 2019, İstanbul, sh.161

haklar stratejisi bulunmakta olduğundan -*özellikle buluş bildiriminin kapsamı, işverene teslimi ve işveren tarafından tesellümü ile takibi ve hak talebine yönelik sadece operasyonel değil süreler açısından da*- bu sistemin gerek işveren gerekse çalışan yönünden önemli hak kayıplarına ve buna dayalı olarak ortaya çıkabilecek anlaşmazlıklara yol açması kuvvetle muhtemel gözükmektedir.

5. Öyle ki yasal mevzuatımıza göre işverenin SMK'nın 115/1 ve ÇBY'nin 6. maddeleri gereğince kendisine tanınan dört aylık (tam ya da kısmi) hak talep etme süresinde sessiz kalması halinde buluştan doğan tüm haklar çalışanın uhdesinde kalmaktadır. Uygulamada yukarıda da değindiğimiz gibi büyüklüklerine bağlı olmaksızın Türkiye'de kain işletmelerin çoğunun fikri haklar stratejisi olmadığı gibi çalışan buluşlarına yönelik bir genelgesi de bulunmadığından ve işyerinde gerçekleştirilen buluşlara yönelik SMK ve ÇBY ile öngörülen prosedürlerin işletilmesi de çoğunlukla güç olacağından **buluşlar serbest hale gelebileceklerdir**. Bu da anılan buluşların SMK md. 119 anlamında '*sonradan serbest kalan buluşlar*' kategorisinde değerlendirilmesine<sup>269</sup> yol açacak ve işverenin, çalışanlar tarafından söz konusu buluşların rakip işletmelere devrinin önüne geçmesine engel teşkil edecektir.
6. Ayrıca işveren tarafından yapılması gereken karşı bildirim ve hak sahipliği hususu ile birlikte değerlendirilmesi gereken buluş bildiriminin çalışan tarafından hiç ya da gereği gibi yapılmaması da sorunlara yol açabilecektir. Yine işletmenin buluş bildirimini takiben buluşu SMK 116/1, 2. maddesi uyarınca ticari sır olarak değerlendirmesi, buluşun patent ve faydalı model ile korunabilirlik

---

<sup>269</sup> Dr. Öğr. Üyesi Cahit Suluk, Çalışan Buluşları Hukuku, Birinci Baskı, Ekim 2019, İstanbul, sh.176

hususlarında da taraflar arasında uyuşmazlık çıkması muhtemel gözükmektedir.

#### D. Tam Hak Talebi

1. İşverenin, çalışanlar tarafından yapılan buluş bildirimlerini takiben her bir buluş için SMK'nın 115/1 ve ÇBY'nin 6. maddeleri ile kendisine tanınan *'bildirimden itibaren dört aylık tam ya da kısmi hak talebinde bulunma süresi'* içerisinde *-gerekli araştırmaları yapmaksızın ve koruma stratejisi belirlemeksizin-* **tam hak talebinde bulunması halinde** buluştan doğan tüm haklar *başkaca hiçbir işleme gerek kalmaksızın* (SMK md. 115/2, ÇBY md. 7/1) kendisine geçecek ancak devren gerçekleşen bu iktisap, **'patent ya da faydalı model başvurusunda bulunma'** ve **'çalışana makul bedel ve teşvik primi ödeme'** gibi işvereni zor durumda bırakabilecek sorumlulukları da beraberinde getirecektir.
2. İşveren buluşa ilişkin tam hak talebinde bulunduğundan sonra buluşun korunmaya değer olmadığını ileri sürerek bedel ödemekten de kaçınmayacağı için *'bedel ödememesi'* ya da *'patent başvurusunda bulunmaması'* gibi durumlarda çalışanları ile ihtilaf yaşamayı kaçınılmaz hale gelebilecektir.
3. Bunun olmasını önlemek için işverenin **-evleviyetle sahip olması gereken 'fikri haklar stratejisine' bağlı olarak-** buluş bildirimini takiben tam ya da kısmi hak talebinde bulunmadan önce (a) patent ön araştırması yapması, (b) ön araştırma sonuçlarının olumlu olması halinde tam hak talebinde bulunması, (c) bunu takiben dört aylık hak talep etme süresi içerisinde patent başvurusu yapma veya ticari sır olarak saklama konusunda koruma stratejisini belirlemesi, (d) tam hak talebinde patent tescilinden (kısmi hak talebinde buluşu kullanmaya başladığı

tarihten) itibaren iki ay içinde sözleşme imzalaması isabetli olacaktır<sup>270</sup>.

4. İşverenin yukarıda önermiş olduğumuz adımları atması sonucunda tam hak talebinde bulunmaması halinde buluş serbest hale gelecek ve çalışan buluşu serbestçe değerlendirebilecektir. Çalışanın tasarruf serbestisi karşısında işverenin sonradan '*buluşun çalışan tarafından değerlendirilme biçiminin*' kendisine zarar verdiği iddiası ile çalışanın iş sözleşmesine son vermesi dürüstlük kuralıyla bağdaşmayacaktır. Zira, SMK'nın 119/4. maddesinde (a) doğuştan serbest olan ve (b) sonradan serbest hale gelen buluşlar şeklinde bir ayrıma gidilerek, serbest doğan buluşlar açısından şayet bu buluşlar işletmenin faaliyet alanına giriyorsa, işverene bu buluşlar bakımından zaten kısmi kullanım hakkı tanınmıştır<sup>271</sup>. Hal böyle iken işverenin tam hak talep edebileceği bir buluşu, bu hakkını kullanmaması nedeniyle serbest bırakması halinde anılan hükmün mefhumu muhalifinden hareketle İş Hukuku düzenlemelerine dayanarak çalışan aleyhine yaptırımlar uygulamasına geçit verilmemelidir.
5. Öte yandan, SMK'nın 116/2. maddesinde yer alan "***İşverenin hizmet buluşu için Kuruma ilk başvuru yükümlülüğü...***" şeklindeki hüküm gereği tam hak talebi üzerine işveren patent başvurusunu ilk olarak TPMK nezdinde yapmalıdır<sup>272</sup>.
6. Buna karşın işveren patent başvurusunu ilk kez TPMK'da değil de EPO'da ya da PCT üyesi bir

<sup>270</sup> AIPPI Türkiye-Fikri Mülkiyet Hakları Koruma Derneği, Çalışan Buluşları Alt Komitesi, SMK ve ÇBY Soru-Cevap çalışması; Dr. Öğr. Üyesi Cahit Suluk, Çalışan Buluşları Hukuku, Birinci Baskı, Ekim 2019, İstanbul, sh.177

<sup>271</sup> Dr. Öğr. Üyesi Cahit Suluk, Çalışan Buluşları Hukuku, Birinci Baskı, Ekim 2019, İstanbul, sh.181

<sup>272</sup> Dr. Öğr. Üyesi Cahit Suluk, Çalışan Buluşları Hukuku, Birinci Baskı, Ekim 2019, İstanbul, sh.184

ülkede yapar ise *-her ne kadar SMK'da buna herhangi bir müeyyide bağlanmamış ise de-* işveren tarafından Kuruma ilk başvuru yükümlülüğü yerine getirilmediği gerekçesiyle çalışan tarafından buluşun serbest nitelik kazandığı ileri sürülebilecektir.

7. Bu durumun taraflar arasında patent başvurusunu takiben imzalanacak sözleşme ile bertaraf edilebileceği düşünülebilecek ise de bize göre taraflar arasında bu yönde bir anlaşmaya varılmış olmasa dahi böyle bir yaptırımın, işverene SMK ile yüklenen sorumluluğu maksadı aşkın bir şekilde ağırlaştıracağı kabul edilmelidir. Dolayısıyla, işveren tarafından patent başvurusunun bölgesel ya da uluslararası patent sözleşmeleri kapsamında TPMK dışında bir ofiste yapılmış ancak Türkiye'nin 'seçilmiş ülkeler' arasında sayılmış olması halinde buluşun işverene ait bir hizmet buluşu olarak telakki edilmesi daha isabetli olacaktır.
8. Bu noktada, kanaatimizce SMK'nın 118/2. maddesi ile işverene tanınan buluştan doğan haktan vazgeçebilme yetkisi de göz önünde bulundurulmalıdır. Zira işvereni, tam hak talebinde bulunmuş olsa bile *-çalışana makul bedeli ödmeden önce-* patent başvurusunda bulunma yükümlülüğünden kurtarmış olan kanun koyucunun, patent başvurusunu ilk kez Kuruma yapmadığı için işvereni indindeki buluştan mahrum bırakacağını düşünmek, işçi karşısında işverenin durumunu orantısız bir biçimde ağırlaştıracaktır. Bu da çalışan buluşları ile ilgili olarak SMK'da yer alan hükümlerin varlık nedeni ile koruma amacına aykırı düşecektir.

#### **E. Bedelin Kapsamı**

1. SMK'nın 115/6. maddesine göre işveren bir buluş üzerinde tam hak talep eder ise çalışanın makul bir bedelin kendisine ödenmesini isteme hakkı doğar. ÇBY'nin 7/2. maddesine göre işverenin hizmet

buluşuna ilişkin tam hak talep etmesi halinde, işveren buluşu yapana makul bedelden ayrı olarak -SMK'da düzenlenmemiş olmakla birlikte- teşvik ödülü verir.

2. ÇBY'nin 4/1,i maddesinde teşvik ödülü, işverenin tam hak sahipliği talep etmesi durumunda çalışana buluşu hakkında yapılacak başvuru karşılığında verilen meblağ olarak tanımlanmıştır.
3. Böylelikle SMK'da sadece makul bedel öngörülmüş iken ÇBY ile bedel ve teşvik ödülü altında iki ayrı ödeme kalemi ihdas edilmiş ve SMK'da öngörülen bedelin kapsamı genişletilmiştir. Bu nedenle, ilk bakışta anılan düzenlemenin isabetli olmadığını söylemek yanlış olmayacaktır.
4. Bununla birlikte, ÇBY ile işverene ek bir mali külfet getirilemeyeceği için<sup>273</sup> ÇBY'de öngörülen teşvik ödülünü, işçi lehine yorumlamak suretiyle SMK'da öngörülen bedel kavramının unsurlarından/ödeme kalemlerinden biri olarak kabul etmek ve ancak işveren tarafından tam hak talebine bağlı olarak patent başvurusunda bulunulması halinde çalışana ödenmesi gereken özel bir prim olarak nitelendirmek mümkün olabilecektir.
5. Yine de ÇBY'deki bu düzenlemenin uygulamada ihtilaf yaratabileceği öngörülmektedir. Öyle ki, işveren SMK'da öngörülen makul bedeli çalışana ödedikten sonra ÇBY ile T.C. Anayasası'nın 73. maddesine aykırı olarak kendisine ek bir mali külfet yüklenemeyeceğini öne sürerek teşvik ödülü ödemekten kaçınabilecektir. Bu durumda çalışan da yukarıdaki yorumumuz ışığında ÇBY'nin 7/2. maddesine atıfla teşvik bedelinin makul bedelden **ayrı olarak** kendisine ödenmesi gerektiğini ileri sürebilecektir.

---

<sup>273</sup> Dr. Öğr. Üyesi Cahit Suluk, Çalışan Buluşları Hukuku, Birinci Baskı, Ekim 2019, İstanbul, sh.224

6. Sözün özü ortada yasal mevzuatın sistematikliğinden ve dilinden kaynaklanan ve her iki yana da çekilebileceğini düşündüğümüz tartışmalı bir husus bulunmaktadır ve pratikte hangi uygulamanın ağırlık kazanacağı yakın gelecekte verilecek yargı kararları ile açıklığa kavuşacaktır.

#### **F. Teşvik Ödülünün Doğumu**

1. SMK'da makul bedelin doğumu tam hak talebine bağlanmış (md.7/2) iken ÇBY'de teşvik ödülünün doğumu patent başvurusuna (md.4/1,1) bağlanmıştır.
2. Dolayısıyla, SMK ile işverenin tam hak talebinde bulunmasından sonra bedelin doğumu için herhangi bir şart getirilmemişken, ÇBY ile teşvik ödülü için böyle bir şartın öngörülmüş olması isabetsiz olmuştur.
3. Bu nedenle tam hak talebi yapılan ve fakat patent başvurusu yapılmayan buluşlar için de teşvik bedeli ödenmelidir. Mer'i düzenlemede değişiklik yapılarak makul bedel ve teşvik ödülünün doğumu daha ileri bir tarihe -sözgelimi tescile- bağlanabilir ise de mevcut şartlar altında SMK ile vazedilen koşulları ağırlaştırıcı bu ve buna benzer Yönetmelik düzenlemeleri hiçbir koşulda uygulanmamalıdır.

#### **G. Çalışanın Makul Bedel Talebi**

1. SMK'nın 115/6. maddesi gereğince çalışanın makul bedel talep hakkı hizmet buluşlarında işverenin tam hak talebinde bulunmasına bağlanmıştır. Diğer bir ifade ile buluş bildirimini takiben işverenin tam hak talebinde bulunması halinde -başkaca bir şart aranmaksızın- çalışanın makul bedel talep etme hakkı doğacaktır. Dolayısıyla, SMK'nın amir hükmü karşısında işverenin tam hak talebine bağlı olarak çalışanın makul bedele hak kazanmasını zorlaştıracak ya da imkânsız hale getirecek -sözgelimi ödeme yükümlülüğünü çalışanın bedel talep etmesine

*bağlamak vb.*- başka bir koşul sözleşme ile dahi kararlaştırılmayacak, ödeme de tam hak talebinin yapılmasıyla başlayacaktır.

2. Hal böyle iken, ÇBY'nin "Tam Hak Talebi" başlıklı 7/1. maddesinde "***...Bu durumda çalışan, işverenden buluştan faydalanma karşılığı olarak bedel isteyebilir.***" şeklinde bir düzenleme öngörülmüştür. Bu düzenleme kanaatimizce SMK'nın amir hükmü karşısında normlar hiyerarşisine aykırı olarak çalışanın makul bedel talep etme hakkını munzam bir koşula bağlamak suretiyle ağırlaştırmıştır. Bu nedenle, ÇBY'nin bu hükmünün taraflar arasında ortaya çıkabilecek muhtemel bir ihtilafta uygulanabilir nitelikte olmadığı kabul edilmelidir.
3. Kaldı ki; bir an için ÇBY'nin anılan hükmünün uygulanabilir olduğu kabul edilecek olsa bile '***buluştan faydalanma***' ilkesi geniş yorumlanmak suretiyle SMK'nın 115/7. maddesinde öngörülen '***buluşun ekonomik olarak değerlendirilebilirliği***' kavramından hareketle salt buluşun ofansif olarak ticarileştirildiği durumları değil, *-rakipleri engelleme, onların etrafını çitle çevirme ("block to fence") şeklinde gerçekleşen ve daha çok defansif yanı ağır basan stratejik faaliyetleri sonucunda-* işletmenin değerini artıracak ve pazardaki konumunu güçlendirecek dolaylı kullanımları da makul bedelin hesabında dikkate alınmalıdır.

## H. Ekonomik Değerlendirilebilirlik Kavramı

1. SMK'nın 115/7. maddesinde çok isabetli olarak vazedilmiş olan '***ekonomik değerlendirilebilirlik***' kavramı buluşun ekonomik açıdan *sadece bugün ifade ettiği değeri değil potansiyel olarak taşıdığı değeri de* kapsamaktadır. Sırf bu nedenle kanun koyucu SMK'da *maktu bedel yerine* her somut olayın kendine özgü koşulları dikkate alınarak

belirlenecek **makul bedelin** ödeneceği hükme bağlanmıştır<sup>274</sup>.

2. Buna karşılık ÇBY'nin 10/1 ve 13/2. maddelerinde buluşun '**ekonomik değerinden**', 9/2 ve 10/2, 3. maddelerinde işverenin elde ettiği '**kazançtan**' söz edilmiştir. Bu düzenlemelerden çıkan anlama göre işveren buluşu ticarileştirmek suretiyle somut bir kazanç elde etmiş ise çalışana makul bir bedel ödeyecek, aksi halde ödemeyecektir.
3. Bu düzenleme normlar hiyerarşisine aykırı olup, uygulanabilir nitelikte değildir. Zira, yukarıda (H) başlığı altında da belirttiğimiz gibi işverenin buluştan elde ettiği ekonomik fayda somut bir kazanç elde etmek şeklinde doğrudan olabileceği gibi direkt gelir doğurmayan ancak rakiplerin etrafını birbirlerine bağlı patentler çiti ile çevirmek suretiyle hareket kabiliyetini kısıtlamak suretiyle işletmenin pazardaki gücünü artırmak şeklinde dolaylı da olabilecektir.
4. Bu nedenlerle, ÇBY'de yer alan ve SMK'daki 'ekonomik değerlendirilebilirlik' kavramı ile çelişen '**ekonomik değer**' ve '**fiili kazanç**' kavramları Yönetmelik'ten çıkartılarak, SMK ile uyumlu hale getirilmelidir.

## **İ. Bedel Sözleşmesinin Değişen Şartlara Uyarlanması**

1. Taraflar arasında SMK'nın 115/9. maddesi uyarınca sözleşme veya benzeri bir hukuki ilişkiye göre belirlenecek olan makul bedelin hesabında esas alınan şartlarda önemli/esaslı değişiklikler olması durumunda taraflardan birinin sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasını talep etmesi söz konusu olabilecektir. Bu husus mehz Alman Hukuku ve

---

<sup>274</sup> Dr. Öğr. Üyesi Cahit Suluk, Çalışan Buluşları Hukuku, Birinci Baskı, Ekim 2019, İstanbul, sh.246

PatentKHK'da (md. 32/4) açıkça düzenlenmiş olmasına karşın SMK'da düzenlenmemiştir<sup>275</sup>.

2. Bu noktada TBK'nın 138. maddesinde öngörülen sözleşmenin aşırı ifa güçlüğü halinde uyarlanabileceği hükmünün çalışan buluşları açısından da uygulanabileceği kanaatindeyiz.
3. Eğer özel kanunun, genel kanun karşısında öncelikli olarak uygulanacağı ilkesinden hareketle TBK karşısında özel bir kanun olan SMK'da bu müesseseye yer verilmemiş olması nedeniyle SMK ile bu yaklaşım tarzının özellikle benimsenmediği ileri sürülecek olursa değişen şartlar karşısında taraflar açısından bedel sözleşmesinden beklenen faydanın elde edilmesinin imkansız hale geldiği durumlarda *-şartlar aleyhine değişmiş olan taraf açısından-* sözleşmeden doğan yükümlülüklerini yerine getirmesinin beklenmesi ticari hayatın olağan akışına ters düşecektir.
4. Bu nedenle taraf menfaatlerini dengeleyici bir yaklaşımın mehz hukuka da daha uygun düşeceği kabul edilerek bedel sözleşmesinin, TBK'nın 138. maddesi uyarınca değişen şartlara uyarlanmasının kabul edilmesi ve buna yönelik olarak pratikte yaşanabilecek uyuşmazlıkları tümüyle bertaraf edebilmek amacıyla SMK'da açık bir düzenlemeye yer verilmesi isabetli olacaktır.

## J. Bedelin Belirlenmesi

1. SMK'nın 115/9. maddesine göre bedel ve ödeme şekli, işveren ve çalışan arasında imzalanan sözleşme veya benzeri bir hukuk ilişkisine göre belirlenecektir. Buna karşın SMK'nın 115/11. maddesinde bedel tarifesinin yönetmelikle belirleneceği öngörülmüştür.

---

<sup>275</sup> Dr. Öğr. Üyesi Cahit Suluk, Çalışan Buluşları Hukuku, Birinci Baskı, Ekim 2019, İstanbul, sh.264

2. SMK'da aynı madde hükmünde yer alan bu iki düzenleme birbiri ile çelişkilidir. Bir yandan çalışan buluşlarına ilişkin makul bedelin *-emredicilik ve hakkaniyete uygunluk denetimine tabi kılınmakla birlikte-* sözleşme serbestisi ilkesi ışığında serbestçe belirlenebileceği düzenlenmişken diğer yandan bedelin belirlenmesi tarafların serbest iradelerine değil, Yönetmelik'teki hesap yöntemlerinden birinin seçilmesi gerekliliğine terk edilmiştir.
3. Bu durum tarafların pratikte bedeli belirlerken ister istemez güçlük çekeceklerini, sonradan çıkabilecek ihtilafları önlemek amacıyla bedeli serbestçe belirlemek yerine bedelin hesabında ÇBY'deki hesaplama yöntemlerini esas alabileceklerini aklı getirmektedir. Oysa ÇBY'deki hesaplama yöntemleri taraflara bedeli belirlerken kılavuzluk teşkil etmesi amacıyla örneksenmiş yöntemlerdir.
4. Nitekim ÇBY'nin 11, 22, 24 ve 25/2. maddeleri ile de ***bu husus SMK'nın 115/9. maddesine koştur bir şekilde teyit edilircesine*** sözleşme serbestisine vurgu yapılmış, sözleşme ile bedelin Yönetmelik'te öngörülen hesaplama yöntemlerinden farklı bir şekilde kararlaştırabileceği ve ancak taraflar arasında mutabakat sağlanamadığı durumlarda Yönetmelik hükümlerinin **'tamamlayıcı kurallar manzumesi'** olarak uygulanabileceği öngörülmüştür.
5. Bu nedenlerle SMK'da bedelin belirlenmesine ilişkin olarak çelişki doğurabilecek nitelikteki 115/9 ve 11. madde hükümleri *-taraflar arasında çıkabilecek yorum farklılıklarına mahal vermemek adına-* ÇBY'nin yukarıda atıfta bulunulan hükümleri ile birlikte değerlendirilmek suretiyle bedelin hesabında evleviyetle tarafların hür iradelerine üstünlük tanınmalı ve bu uğurda tarafların gereksinim duymaları halinde ÇBY'de düzenlenen hesaplama yöntemlerini kullanabilecekleri kabul edilmelidir.

## K. İşten Ayrılmanın Bedele Etkisi

1. Çalışana makul bedel ödemesi kural olarak patentin koruma süresince devam eder. Sözleşmede tek seferlik bir ödemenin kararlaştırılmış olması hali dışında patent devam ettiği müddetçe buluşu ekonomik olarak değerlendirdiği (*yukarıda buluşun doğrudan ve dolaylı yararlarına yönelik açıklamalarımız burada dikkate alınmalıdır.*) varsayılan işverenin çalışana bedel ödemesi adil olacağı gibi hakkaniyete de uygundur.
2. Nitekim SMK'nın 118/4 ve ÇBY'nin 23. maddelerinde de bu vakıya dikkate alınarak '**çalışan buluşundan doğan hak ve yükümlülüklerin, iş sözleşmesinin sona ermesinden etkilenmeyeceği**' öngörülmüştür.
3. Bununla birlikte, uygulamada işveren ve çalışan arasında *-özellikle iş sözleşmesinin sona ermesini takiben-* patent koruması devam eden ancak ekonomik açıdan doğrudan ve dolaylı olarak değerlendirilebilirliği ortadan kalkan, dolayısıyla işverene ekonomik açıdan fayda sağlamayan buluşlar açısından ihtilaf yaşanması muhtemeldir.
4. Bu durumda olması gereken hukuk bakımından sözleşmede, işten ayrılan çalışana '**ekonomik açıdan değerlendirilebilir olmaktan çıkan**' buluşlar açısından toplu ödeme yapılması kararlaştırılabilecektir.
5. Bunun yanı sıra tam hak talebinin iletilmesini takiben çalışana makul ödeme yapmış olan ve yapmaya devam eden ancak ekonomik açıdan değerlendirilebilir olmaktan çıktığı için artık çalışana ödeme yapmak istemeyen işverenin istediği zaman **buluştan vazgeçebileceği düşünüldüğünde**, bu yetkisini kullanarak ödeme yükümlülüğünden kanunen kurtulması mümkün iken bu yolu tercih

etmeyerek *aksinin ispatı güç olan sübjektif bir değerlendirme* sonucunda buluştan artık fayda sağlayamadığı gerekçesiyle ödemelerini durdurmasına cevaz verilmemelidir.

6. Aksi halde çalışanın sözleşmeye duyduğu güven zedelenecek ve Yasa ile kendisine tanınan kazanımlardan işverenin aldığı tek yanlı bir karar sonucunda mahrum kalması söz konusu olabilecektir. Böyle bir durum kanun koyucunun işçi lehine bedel sözleşmeleri ile ilgili olarak vazettiği ‘emredicilik ve hakkaniyete uygunluk denetimi’ şeklindeki çift katmanlı korumayı da etkisiz hale getirecek ve sözleşme koşullarını çalışanın aleyhine ağırlaştıracaktır.
7. Tüm bu nedenlerle kanaatimizce patent koruması devam eden ancak ekonomik açıdan doğrudan ve dolaylı olarak değerlendirilebilirliği ortadan kalkan, dolayısıyla işverene ekonomik açıdan fayda sağlamayan buluşlar açısından buluştan vazgeçerek makul ödeme yükümlülüğünden kurtulması ilgili yasal mevzuatın sözüne ve ruhuna daha uygun düşecektir. Bununla birlikte, tarafların bu konuda nihai bir çözüm yaratmak amacıyla sözleşme serbestisi gereğince patentin devamı müddetince buluşun ekonomik olarak değerlendirilebilme olasılığının azalabileceği ihtimaline binaen sözleşmede bedel ödeme yükümlülüğünün iş ilişkisinin sona ermesi halinde işverence toplu olarak yapılacak bir ödeme ile sonlandırabileceğini kararlaştırmak da kanaatimizce düşünülebilecektir.

#### **IV. Sonuç**

SMK ve ÇBY’de ayrıntılı olarak düzenlenmiş olan hizmet buluşları ile ilgili olarak uygulamada ihtilafa yol açabileceğini düşündüğümüz yukarıdaki hükümler açısından yargı kararlarının müstakar hale gelmesi beklenmeksizin, yasalastırma sürecinde aceleye getirilmiş ve buna bağlı olarak yeterli özenden yoksun bir

şekilde, hızlıca kaleme alınmış olduğunu düşündüğümüz aşağıdaki hususların dikkate alınması isabetli olacaktır.

- A.** SMK ve ÇBY arasındaki çelişkilerin giderilmesi ve kavram birliğinin sağlanması,
- B.** İşlem bürokrasisinin azaltılması,
- C.** Normlar hiyerarşisi kurallarına uygun olarak SMK ile öngörülen hak ve yükümlülüklerin kapsamlarını daraltıcı veya genişletici ÇBY düzenlemelerinden vazgeçilerek yeni vazedilecek hükümlerle taraflar arasındaki menfaatler dengesi de gözetilmek suretiyle ÇBY'nin SMK ile uyumlaştırılması ve
- D.** SMK ile öngörülen 'emredicilik ve hakkaniyete uygunluk denetimi' saklı kalmak kaydıyla sözleşme serbestisi ilkesinin etkinliğini azaltacak düzenlemelerin gözden geçirilerek yeniden düzenlenmesi.

Yukarıdaki önerilerimizin dikkate alınması, kanaatimizce, hizmet buluşları açısından kanun koyucunun mülga PatentKHK dönemine göre olumlu bir yönde tekamül etmiş olan iradesinin daha isabetli ve sağlıklı düzenlemeler ışığında tecelli etmesine imkan verecektir.

Daha da önemlisi, önerdiğimiz istikamette yapılacak değişiklikler ile önceki sanayi devrimlerine nazaran yaratıcı zihinlerin yüksek katma değerli ürün ve üretim usulü icat etmeye daha fazla teşvik edildiği Dördüncü Sanayi Devrimi'nde üssel bir hızla gelişen teknoloji sayesinde bugüne kadar hiç olmadığı kadar gelenekseli yok eden buluşların ("disruptive innovations") icadına işletme deneyim ve olanakları ile katkı sağlayan işverenler ile bu icatları işyerindeki birikimlerini de kullanarak gerçekleştiren çalışanlar arasındaki olası ihtilafların önüne geçilebilecektir.

Bu sayede yukarıda belirttiğimiz nedenlerle yaşanmasını olası gördüğümüz ihtilafların sayısı önemli oranda azalacak ve taraflar, hizmet buluşlarından elde etmeyi umdukları karşılıklı faydayı SMK ve ÇBY'de yer alan düzenlemeler arasında sağlanan uyuma bağlı olarak maksimize edebileceklerdir.

## **KISALTMALAR CETVELİ**

BK	: 1926 tarih ve 818 sayılı eski Borçlar Kanunu
TBK	: 2011 tarih ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
Alman ÇBK	: Alman Çalışan Buluşları Kanunu
ÇBY	: Çalışan Buluşlarına, Yükseköğretim Kurumlarında Gerçekleştirilen Buluşlara ve Kamu Destekli Projelerde Ortaya Çıkan Buluşlara Dair Yönetmelik
İsviçre BK	: İsviçre Borçlar Kanunu
PatentKHK	: 551 sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname
SMK	: 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu

## **KAYNAKÇA**

**Dr. Öğr. Üyesi Cahit Suluk**, Çalışan Buluşları Hukuku, Birinci Baskı, Ekim 2019, İstanbul,



**SINAI MÜLKİYET HUKUKU ALANINDA  
TAZMİNAT DAVALARININ TECAVÜZÜN TESPİTİ  
TALEBİYLE BERABER AÇILMASI HALİNDE  
ARABULUCULUĞA BAŞVURMAK  
DAVA ŞARTI OLMAKTAN ÇIKIYOR MU?**

**Dr. R. Tamer PEKDİNÇER\***  
**Av. Deniz Merve ERSOY PINAR, LL.M. \*\***

Konusu bir miktar paranın ödenmesi olan ticari davalar için dava şartı arabuluculuk meselesi gündeme geldiğinden beri Sınai Mülkiyet Hukuku alanında faaliyet gösteren tüm avukatların aklına tazminat davalarının akıbetinin ne olacağı gelmişti. Çoğunlukta tecavüz ve tazminat davalarını bir arada açmayı tercih eden meslektaşlarımız açısından bu konu oldukça stratejik bir nitelik taşıyor. Mevzuat yürürlüğe girdiği günden beri konu açıklığa kavuşmuş ve her ne kadar tecavüz davaları dava şartı arabuluculuk hükümlerine tabi değilse de tazminat davalarında arabulucuya başvurmanın dava şartı olması sebebiyle her iki davanın arabulucuya başvurulmaksızın beraber açılması ihtimalinin artık mümkün olmadığı konusunda görüş birliğine varılmıştı. Ancak Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 17.02.2020 tarih ve 2020/197 E. ve 2020/1578 K. sayılı kararı konuyu tekrar gündeme taşıyacak gibi görünüyor. Konunun geçmişine dair kısa özetimiz ile karara dair bilgiler ve değerlendirmelerimiz aşağıda başlıklar halinde dikkatinize sunulmaktadır.

---

\* Avukat - İstanbul Barosu

\*\* Avukat - İstanbul Barosu - ve Marka Vekili

## I. SINAİ MÜLKİYET HUKUKU ALANINDA AÇILACAK TAZMİNAT DAVALARININ DAVA ŞARTI ARABULUCULUĞA TABİ OLUP OLMADIĞI

Hepimizin bildiği üzere 7155 sayılı “Abonelik Sözleşmesinden Kaynaklanan Para Alacaklarına İlişkin Takibin Başlatılması Usulü Hakkında Kanun” m.20 uyarınca 6102 sayılı “Türk Ticaret Kanunu”na (“TTK”) eklenen m.5/A/f.II

**“Bu Kanunun 4üncü maddesinde ve diğer kanunlarda belirtilen ticari davalardan, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır.”**

hükmünü hukukumuzda getirmiştir.

TTK m.4/f.I/b.d uyarınca ise

**“Her iki tarafın da ticari işletmesiyle ilgili hususlardan doğan hukuk davaları ve çekişmesiz yargı işleri ile tarafların tacir olup olmadıklarına bakılmaksızın (...) Fikrî mülkiyet hukukuna dair mevzuatta (...) öngörülen hususlardan doğan hukuk davaları ve çekişmesiz yargı işleri ticari dava ve ticari nitelikte çekişmesiz yargı işi sayılır.”.**

Bu itibarla 7155 sayılı Kanun’da anılan düzenleme hukukumuzda girdiğinden beri Sınai Mülkiyet Hukuku alanında açılan tazminat davalarının dava şartı arabuluculuk düzenlemesine tabi olduğu değerlendirilmiş, bu davalar tecavüzün tespiti davasıyla beraber açılmış dahi olsa Sayın İlk Derece Mahkemeleri çoğunlukla tazminat davası açısından arabuluculuğa başvurulmuş olmasını dava şartı olarak kabul ederek bu usule uygun davranılmamış olunması halinde davaların anılan bölümünü tefrik ederek usulden reddetme yönünde hareket etmişlerdir.

Zira bu gibi durumlar hukukumuzda Hukuk Muhakemeleri Kanunu (“HMK”) m.110’da düzenleme alanı bulan “*davaların yığılması*” olarak değerlendirilmiştir. Anılan madde uyarınca

**“Davacı, aynı davalıya karşı olan, birbirinden bağımsız birden fazla asli talebini, aynı dava dilekçesinde ileri**

*sürebilir. Bunun için, birlikte dava edilen taleplerin tamamının aynı yargı çeşidi içinde yer alması ve taleplerin tümü bakımından ortak yetkili bir mahkemenin bulunması şarttır.”.*

Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı tarafından hazırlanan “*Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk*”<sup>276</sup> isimli kitabın “*Dava Şartı Olarak Arabuluculuğun Medeni Usûl Hukukuna ve Dava Çeşitlerine Etkisi*” isimli başlığında “davaların yığılması” halinde ne şekilde hareket edilmesi gerektiği aşağıdaki şekilde açıklığa kavuşturulmuştur:

***“Davacının, aynı davalıya karşı olan, birbirinden bağımsız birden fazla asli talebini, aynı dava dilekçesinde ileri sürebildiği davaların yığılmasında (HMK m. 110), her bir asli talep bağımsız dava oluşturur; bu nedenle dava şartları her bir asli talep bakımından ayrı ayrı değerlendirilir. Örneğin, taleplerden sadece birisinin konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talebi içeren ticari dava ise, sadece bu asli talep bakımından dava şartı olarak arabuluculuğa ilişkin hükümler uygulanır, diğer asli talep bakımından dava şartı olarak arabuluculuğa ilişkin hükümler uygulanmaz.”***

Keza Türkiye Barolar Birliği tarafından hazırlanmış olan “*Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Olan Arabuluculukta Taraf Vekilliği El Kitabı*”nda da bu konuya değinilmiş ve “*Davaların yığılması (...) gibi birden fazla talebin olduğu durumlarda dava şartı arabuluculuk uygulaması nasıl olmalıdır?*” sorusuna

***“Talebin birden fazla olduğu ve bu taleplerden; bazılarının bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talebine ilişkin olduğu, bazılarının ise böyle olmadığı durumlarda da öncelikle arabulucuya***

<sup>276</sup> KOÇYİĞİT, İlker; BULUR, Alper; Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk; Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı Yayını; Birinci Baskı; Mart, 2019; s.69.

<http://www.adb.adalet.gov.tr/link/ticariuyusmazliklardadavasartiarabuluculuk.pdf>

***başvurulması doğru olandır. Zira 6325 sayılı HUAK'ın 18/A-2'de; "Arabulucuya başvurulmadan dava açıldığıının anlaşılması hâlinde herhangi bir işlem yapılmaksızın davanın, dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddine karar verileceği" belirtilmiştir."***

şeklinde cevap verilerek konuya aynı yönde açıklık getirilmiştir<sup>277</sup>.

Bu itibarla bakıldığında mesele, yakın zamanda Yargıtay 11. Hukuk Dairesi tarafından verilmiş olan 17.02.2020 tarih ve 2020/197 E. ve 2020/1578 K. sayılı karara kadar doktrin ve uygulamada tartışılmaya açılmayan bir konuydu diyebiliriz. Hakikaten de gerek mevzuat gerekse Adalet Bakanlığı, Arabuluculuk Daire Başkanlığı ve Barolar Birliği'nin ortak kanısıyla mesele bu haliyle kabul edilerek tatbik edilmekteydi. Her ne kadar salık verilen bu uygulama, icraatta Sınai Mülkiyet Hukuku alanında müteceviz fiillere karşı alınan/alınması planlanan aksiyonların işlevselliğini zaman zaman azaltsa yahut stratejilerin hayata geçirilmesini geciktirse dahi uygulamada mevzuatın bu şekilde yorumlanması gerektiğine dair oluşan görüş birliği neticesinde çok da tartışılmayan bir yeknesaklık bulunmaktaydı.

## **II. ŞUBAT 2020 TARİHLİ YARGITAY KARARI VE GETİRDİKLERİ**

Mevcut uygulama yukarıda işaret edildiği gibi yeknesak olmakla beraber Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 17.02.2020 tarih ve 2020/197 E. ve 2020/1578 K. sayılı kararı uygulamanın değişip değişmeyeceğine dair soru işaretleri oluşturacak niteliktedir. Zira Yargıtay'ın Sınai Mülkiyet Hukuku'na dair olmayan anılan kararında

***"Dava, geçerli bir ortaklık ilişkisi kurulmadığının tespiti ve bu amaçla verilen paranın tahsili istemine ilişkin olup, ilk derece mahkemesince, dava türü itibariyle dava açılmadan önce arabulucuya müracaat***

<sup>277</sup> Türkiye Barolar Birliği; Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Olan Arabuluculukta Taraf Vekilliği El Kitabı; Ocak, 2019; s.21.

<https://d.barobirlik.org.tr/2019/ticariuyusmazliklardaarabuluculukelkitabifiles/assets/common/downloads/publication.pdf?uni=f9403dc06116f9a383a603e275d81dd6>

***edilmesinin dava şart olduğundan bahisle davanın usulden reddine karar verilmiş, karara karşı davacı tarafından yapılan istinaf başvurusu da Bölge Adliye Mahkemesince aynı gerekçeyle esastan reddedilmiştir. Davanın 7115 sayılı yasanın 20. maddesi ile TTK'nin 5. maddesine eklenen 5/A maddesinin yürürlüğe girmesinden sonra açıldığı uyuşmazlık konusu değildir. Bahse konu maddeye göre, TTK'nin 4. maddesinde ve diğer kanunlarda belirtilen ticari davalardan, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır. Somut olayda, 6100 sayılı HMK'nın 110. maddesiyle düzenleme altına alınan "davaların yığılması" durumu söz konusu olup, uyuşmazlık, verilen paranın tahsili ve ortak olmadığının tespiti olmak üzere iki ayrı dava içermektedir. Konusu bir miktar paranın ödenmesi olan tahsil davası arabuluculuğa tabi ise de, geçerli bir ortaklık ilişkisinin kurulmadığının tespitine ilişkin dava, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan bir alacak ya da tazminat davası olmadığından arabuluculuğa tabi değildir. Bu durumda, arabuluculuğa tabi olmayan bir dava ile birlikte açılan tahsil davası da arabuluculuk dava şartına tabi olmayacağından aksi yöndeki mahkeme gerekçesi isabetli görülmemiştir.***

şeklinde bir karar oluşturulmuştur.

Anılan karar Arabuluculuk Daire Başkanlığı ve Barolar Birliği'nin Ticari Davalarda Dava Şartı Arabuluculuk'a dair hazırladığı bilgilendirme kitaplarında belirtildiğinin aksine HMK m.110 uyarınca davaların yığılması söz konusu olduğunda değerlendirmenin dava şartı arabuluculuk bulunan talep bakımından bu şartın uygulanması ve bu itibarla davaların tefrik edilerek dava şartı arabuluculuğa tabi olan talep bakımından usulden red kararı

verilmesi yönünde değil dava şartı arabuluculuğa tabi olmayan tespit talebine istinaden konusu bir miktar para alacağı olan talebin de dava şartı arabuluculuğa tabi olmaksızın doğrudan dava konusu edilebileceğini ortaya koymaktadır.

Kararın bütünü incelendiğinde; anılan değerlendirmenin devamında davada ileri sürülen “ortaklık ilişkisinin kurulmadığı” talebine ilişkin olarak bir değerlendirme yapıldığı dikkat çekmektedir. Anılan değerlendirmede son derece yakın bir tarihte 07.12.2019 tarihinde Resmi Gazete’de yayımlanan 7194 sayılı “*Dijital Hizmet Vergisi ile Bazı Kanunlarda ve 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun*” m.41 ile 3332 sayılı “*Sermaye Piyasasının Teşviki, Sermayenin Tabana Yaygınlaştırılması ve Ekonomiyi Düzenlemede Alınacak Tedbirler ile 5422 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu, 213 Sayılı Vergi Usul Kanunu ve 3182 sayılı Bankalar Kanunu’nda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun*”a eklenen geçici 4. maddeye atıfta bulunulmuştur. Söz konusu madde kamuoyunda tartışılan bir madde olup temel olarak 31.12.2014 tarihine kadar, pay sahibi sayısı nedeniyle payları halka arz olunmuş sayılan ve payları borsada işlem gören anonim ortaklıklar tarafından doğrudan veya dolaylı olarak nominal ya da primli değer üzerinden pay veya pay adı altında satışı yapılmış olan her türlü aracın Sermaye Piyasası Kanunu’nun kaydileştirmeye ilişkin şartlarına tabi olmaksızın Türk Ticaret Kanunu kapsamında pay addolunacağını, bu ortaklıklara yapılan ödemeler pay karşılığı yapılmış kabul edileceğini ve ortaklık ilişkisinin kurulmuş sayılacağını kayıt altına almaktadır. Maddede bu payların kaydileştirilmemiş olmasının ortaklık haklarına hanel getirmeyeceği ve ortaklık ilişkisinin kurulmadığının da iddia edilemeyeceği kayıt altına alınmıştır.

Maddenin ikinci fıkrasında ise bu konularla ilgili olarak mahkemede görülen/görülecek uyuşmazlıklarda ne şekilde hareket edileceği hüküm altına alınmıştır. Buna göre

*“Birinci fıkra kapsamında kurulmuş olan ortaklık ilişkileri hakkında; geçerli bir ortaklık ilişkisi bulunmadığı veya primli pay satışı yapıldığı ileri sürülerek sebepsiz zenginleşme, haksız fiil, sözleşme*

*öncesi görüşmelere aykırılık veya sözleşmeye aykırılık nedenlerine dayalı olarak açılan ve kanun yolu incelemesindeki dahil görülmekte olan menfi tespit, **tazminat veya alacak davalarında, karar verilmesine yer olmadığına dair karar verilir ve yargulama gideri ile maktu vekalet ücreti ortaklık üzerinde bırakılır.***

denilmiştir. Anılan hükmün yayımı tarihinde yürürlüğe gireceği de aynı Kanun'da hükme bağlanmıştır.

Neticeten Sayın Yargıtay, ilk derece mahkemesince, işin esasına girilerek, taraf iddia ve savunmalarının Sermaye Piyasası Kanunu m.16 ve *-her ne kadar ilk derece mahkemesi ile Bölge Adliye Mahkemesi'nin karar verdiği tarihte anılan düzenleme henüz yürürlüğe girmiş değilse de-* anılan yasal düzenleme kapsamında değerlendirilmesi ve sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçeyle davanın usulden reddine karar verilmesini doğru görmediğini ifade etmiş ve Bölge Adliye Mahkemesi'nin kararını bozarak kaldırmıştır.

Daire Başkanı 7194 sayılı *“Dijital Hizmet Vergisi ile Bazı Kanunlarda ve 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun”* m.41 ile 3332 sayılı *“Sermaye Piyasasının Teşviki, Sermayenin Tabana Yaygınlaştırılması ve Ekonomiyi Düzenlemede Alınacak Tedbirler ile 5422 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu, 213 Sayılı Vergi Usul Kanunu ve 3182 sayılı Bankalar Kanunu'nda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun”*a eklenen geçici 4. maddenin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne ve Anayasa'ya aykırı olduğu gerekçesiyle karara karşı oy yazısı yazmıştır. Çeşitli haber kanallarına göre anılan maddeye karşı Anayasa'ya aykırılık iddiasıyla dava açılacağı da dile getirilmektedir.

### **III. DEĞERLENDİRMELERİMİZ**

Kamuoyunda KOMBASSAN davası olarak da anılan ve çoğunlukla Avrupa'da yaşayan Türk vatandaşlarından toplanan paraların akıbetine ilişkin olan davalardan birinde verilmiş olan işbu kararın arabuluculuk müessesesinin uygulanmasına ilişkin yansımaları merak uyandıracak niteliktedir. Kararın içinde geçen

**“arabuluculuğa tabi olmayan bir dava ile birlikte açılan tahsil davası da arabuluculuk dava şartına tabi olmayacağından aksi yöndeki mahkeme gerekçesi isabetli görülmemiştir”** ifadesi tek başına değerlendirildiğinde bundan sonra davaların yığılması söz konusu olduğunda arabuluculuğa tabi olmayan talebe göre hareket edileceği intibahı uyandırıyorsa da kararın tümü değerlendirildiğinde verilen kararın somut olaydaki uyuşmazlık türüne özgü olduğu ve hatta 07.12.2019 tarihinde yürürlüğe giren düzenleme neticesinde verildiği düşünülmektedir.

Daha açık bir ifadeyle, -her ne kadar karar içerisinde bu denli detaylı bir gerekçelendirmeye rastlamamış isek de- kararın anılan ihtilafta ileri sürülen temel iddia olan ortaklık ilişkisinin kurulmadığı iddiasına dair yapılacak değerlendirmenin **“karar verilmesine yer olmadığı”** şeklinde sonuçlandırılması olacağından hareketle verilmiş olabileceği kanaatindeyiz.

Aksi halde anılan kararın arabuluculuğa dair kısmının yerleşik içtihat haline gelmesi halinde elbette tecavüzün tespiti davaları ile beraber tazminat davalarının da arabuluculuğa başvurmaksızın açılabilmesi gündeme gelebilecektir. Ancak her ne kadar böyle bir uygulama marka sahipleri ve avukatların süreçlerin tek bir eylemle yürütülebilecek olması ve stratejilerin daha kolay kurulabilmesi anlamında yüzünü güldürebilecek gibi görünse de mevzuatın şu anki durumu göz önünde bulundurulduğunda böyle bir yorumun mevzuata ve hukuka uygun bir yorum olarak değerlendirilmesinin mümkün olamayacağını ve kararın bu haliyle uygulamaya yerleşmesinin hukuk güvenliğini zedeleyici olacağını düşünüyoruz.

## KISALTMALAR CETVELİ

b.	: bend
E.	: Esas
f.	: fıkra
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HUAK	: Hukuk Uyuşmazlıkların Arabuluculuk Kanunu
K.	: Karar
m.	: madde
TTK	: Türk Ticaret Kanunu

## KAYNAKÇA

**KOÇYİĞİT, İlker; BULUR, Alper;** Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk; Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı Yayını; Birinci Baskı; Mart, 2019.  
<http://www.adb.adalet.gov.tr/link/ticariuyusmazliklardadavasartiarabuluculuk.pdf>

Türkiye Barolar Birliği; Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Olan Arabuluculukta Taraf Vekilliği El Kitabı; Ocak, 2019.  
<https://d.barobirlik.org.tr/2019/ticariuyusmazliklardaarabuluculukelkitabifiles/asets/common/downloads/publication.pdf?uni=f9403dc06116f9a383a603e275d81dd6>



# YAYIM SÖZLEŞMESİNDEN DOĞAN UYUŞMAZLIKLARIN ARABULUCULUK YOLU İLE ÇÖZÜMÜ

Av. İrem TOPRAKKAYA BABALIK, LL.M. \*

## GİRİŞ

Günümüzün modern toplumlarında, adalete erişim yolunda, yargılama yolunun yanı sıra alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri önemli oranlarda tercih edilmektedir. Uyuşmazlığın sona erdirilmesi; haklı ile haksızın mahkeme huzurunda savaşı, bir tarafın zaferi diğer tarafın mağlup olduğu bir yargılama anlayışından çok farklı bir boyutta, uyuşmazlığın anlaşma yoluyla çözümü hatta husumetin yapıcı ilişkilere dönüştürülmesi temelinde ele alınmaktadır. Bu yolda en iyi araçlardan biri şüphesiz arabuluculuktur.

Fikir ve sanat eserlerinin ticari olarak değerlendirilmesinde, yayımcının karını maksimize etme bakış açısı ile sanatçının hassas ve kırılğan yönünün ortak bir paydada buluşamaması ve bu alanda gerçekleşen her türlü hak ihlalleri, uyuşmazlıklara davetiye çıkarırken, çözümün taraf iradelerini göz ardı eden mahkemeler nezdinde aranması günümüzün adalet anlayışı ile bağdaşmadığı gibi, tarafları da tatmin etmemektedir.

Bu çalışmada yayım sözleşmesinin tanımı, konusu, şekli, hukuki niteliği ve yayım sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklar incelenecek, anılan uyuşmazlıkların dava şartı arabuluculuk ve ihtiyari arabuluculuk yolu ile çözümü değerlendirilecektir.

---

\* Avukat - İstanbul Barosu - ve Marka Vekili

## **I. GENEL OLARAK YAYIM SÖZLEŞMESİ**

### **A. Yayım Sözleşmesinin Tanımı**

Yayma hakkı ve bu hakka bağlı olarak yayım sözleşmesi, bilim, kültür ve sanat ürünlerinin toplumla paylaşılmasına, geçmişten günümüze ulaşmasına, gelişmesine, İnsan Hakları Evrensel Beyanname, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa tarafından güvence altına alınan düşünce ve ifade özgürlüğü, bilim, sanat ve basın özgürlüklerinin kullanılmasına hizmet eder<sup>278</sup>.

Yayım sözleşmesi, bir fikir ve sanat eseri sahibinin veya halefinin, o eseri yayımlanmak üzere yayımcıya bırakmayı, yayımcının da onu çoğaltarak yayımlamayı üstlendiği sözleşmedir (TBK m. 487). Yayım sözleşmeleri TBK m. 487-501 hükümleri arasında düzenlenmektedir.

### **B. Yayım Sözleşmesinin Konusu**

Yayım Sözleşmesinin konusu FSEK'te sayılan mali haklardan çoğaltma (FSEK m. 22) ve yayma hakkına (FSEK m. 23) ilişkindir.

#### **1. Çoğaltma Hakkı**

FSEK m. 22 hükmünde düzenlenen çoğaltma hakkı eserin teknik işlemlerle kopyalanmasını ifade eder. Eserin orijinali sınırlı bir topluluğa ulaşırken, çoğaltma yoluyla eserin geniş kitlelerle buluşması ve nüshalarından ekonomik anlamda faydalanılması söz konusudur. Bu nedenle çoğaltma hakkı eser sahibine ait olup diğer mali haklardan bağımsız olarak kullanılabilir. Orijinal eserin tek bir kopyasının alınması dahi çoğaltma hakkının ihlalidir.

Çoğaltma hakkı (copyright) fikri mülkiyet haklarının temelidir. Yayma hakkı başta olmak üzere diğer mali hakların kullanılması için öncelikle çoğaltmanın gerçekleşmesi gerekmektedir<sup>279</sup>. Çoğaltmanın cisme bağlı olarak gerçekleşmesi şarttır<sup>280</sup>. Bir eserin projeksiyonla yansıtılması yayma hakkının bir

---

<sup>278</sup> Cumalıoğlu, Emre, Yayım Sözleşmesi, İstanbul, 2018, s. 1.

<sup>279</sup> Tekinalp, s. 184

<sup>280</sup> Öztan, s. 355.

görünümüdür<sup>281</sup>. Eserin büyütülüp küçültülmesi de çoğaltma hakkı kapsamında değerlendirilir<sup>282</sup>. Çoğaltmanın gerçekleşmesi için eserin orijinaline tamamen sadık kalınmalıdır<sup>283</sup>.

“Bir eserin aslını veya kopyalarını, herhangi bir şekil veya yöntemle, tamamen veya kısmen, doğrudan veya dolaylı, geçici veya sürekli olarak çoğaltma hakkı münhasıran eser sahibine aittir.” (FSEK m. 22 f. 1).

“Eserlerin aslından ikinci bir kopyasının çıkarılması ya da eserin işaret, ses ve görüntü nakil ve tekrarına yarayan, bilinen ya da ileride geliştirilecek olan her türlü araca kayıt edilmesi, her türlü ses ve müzik kayıtları ile mimarlık eserlerine ait plan, proje ve krokilerin uygulanması da çoğaltma sayılır.” (FSEK m. 22 f.2).

“Aynı kural, kabartma ve delikli kalıplar hakkında da geçerlidir.” (FSEK m.22 f.2 c.2). “Çoğaltma hakkı, bilgisayar programının geçici çoğaltılmasını gerektirdiği ölçüde, programın yüklenmesi, görüntülenmesi, çalıştırılması, iletilmesi ve depolanması fiillerini de kapsar (FSEK m.22 f.3) .

Yargıtay’ın bir kararında Şair Ahmet Arif’in eser sahibi olduğu “İçerde” isimli şiirin, izinsiz olarak “Asansör” isimli sinema filminde okunması (işleme ve umuma arz hakkı ihlali yanında) çoğaltma hakkı ihlali kabul edilmiştir<sup>284</sup>. Bir başka Yargıtay kararında davacı eser sahibine ait “Bugün Ölmedim Anne” isimli şiirin izinsiz olarak sözlü müzik eseri haline getirilmesi ve eser sahibinin ismine yer vermeksizin icra ve tespit edip kaset formatında piyasaya sunan davacı eyleminin (temsil ve yayma hakkı ihlali yanında) çoğaltma hakkının ihlali sayılmıştır<sup>285</sup>. Yine bir başka kararda daha önce icraları fonograma kaydı yapılmış musiki eserlerinin Duvara Karşı filmi içerisine yerleştirilmesinin, eserin

---

<sup>281</sup> Öztan, s. 356.

<sup>282</sup> Öztan, s. 357.

<sup>283</sup> Öztan, s. 359.

<sup>284</sup> Yargıtay 11 HD, T. 01.11.2011, E. 2011/11768, K. 2011/14783 (Yavuz / Alıca / Merdivan, Cilt 1, s. 823, dn. 13).

<sup>285</sup> Yargıtay 11. HD, T. 24.04.1995, E. 1995/2410, K. 1995/3720 (Yavuz / Alıca / Merdivan, Cilt 1, s. 823, dn. 14).

işleme ve çoğaltma hakkı ihlali olduğu<sup>286</sup>; güzel sanat eseri vasfındaki Halay isimli resmin, izinsiz olarak müzik CD'sinin kartonetine koyulması<sup>287</sup>, bir bilgisayar yazılımının bilgisayara yüklenmesi, bir eserin internete bağlı bilgisayar aracılığıyla hard diske kaydı, bir başka bilgisayara gönderilmesi, çoğaltma hakkı ihlali sayılmıştır.

İzinsiz çoğaltılan nüshalar henüz satışa çıkarılmamışsa, ihlal edilen sadece çoğaltma hakkıdır<sup>288</sup>. Satışa çıkarılmışsa, ihlal edilen umuma arz hakkı, çoğaltma ve yayma haklarıdır<sup>289</sup>.

Çoğaltma hakkının ihlali sayılmayan istisnalar şu şekilde sayılabilir: FSEK m. 30 f. 1'de fotoğraf eserlerinin güvenlik amacıyla kullanılması, FSEK m. 31 uyarınca resmî yoldan yayınlanan mevzuat ve içtihatların çoğaltılması, FSEK m. 32 uyarınca söz ve nutukların haber amaçlı çoğaltılması, FSEK m. 37 uyarınca haber verme amacıyla fikir ve sanat eserlerinin yayınlanması ve bu şekilde çoğaltılması, FSEK m. 38 uyarınca kâr amacı güdülmeksizin şahsen kullanım amacıyla çoğaltma serbesttir. Ayrıca iktibasın serbest olduğu istisnai hallerde (FSEK m. 35 ve 36) çoğaltma da serbesttir.

## 2. Yayma Hakkı

Eser sahibinin eserini toplumla paylaşması, yayma fiiliyle gerçekleşir. Çoğaltma ve yayma hakkı birbirinin tamamlayıcısı olup yayma hakkı ile kastedilen FSEK m. 23'te belirtildiği üzere, bir eserin aslını veya çoğaltılmış nüshalarını, kiralamak, ödünç vermek, satışa çıkarmak veya diğer yollarla dağıtmak şeklinde gerçekleşir. Yayma hakkı maddi varlığa ilişkindir, eserin çoğaltılmış nüshalarının fiziken dağıtılmasını, bir başka deyişle piyasaya sürülmesini ifade eder. Söz konusu dağıtım “*umum*” içinde olmalıdır. Bir eserin radyo veya televizyon aracılığı ile yayınlanması, yayma hakkı kapsamında olmayıp umuma iletim

<sup>286</sup> Yargıtay 11 HD, T. 05.07.2011, E. 2009/14839, K. 2011/8710 (LegalBank Elektronik Hukuk Bankası).

<sup>287</sup> Yargıtay 11 HD, T. 11.06.2012, E. 2011/4521, K. 2012/10160 (Yavuz / Alıca / Merdivan, Cilt1, s. 824, dn. 23).

<sup>288</sup> Erel, s. 340.

<sup>289</sup> Erel, s. 341.

hakkına ilişkindir. Keza “online” aktarma, yayma hakkı kapsamında değil, umuma iletim hakkına ilişkindir.

Eser, izin verilen kişiler veya bizzat eser sahibi tarafından bir kez satışa arz edilirse, eser sahibi eserin yeniden satılması ve dağıtılmasına engel olamaz. Buna tükenme ilkesi denir. FSEK ülkesel tükenme ilkesini kabul etmiştir. FSEK m. 23 f. 2 uyarınca ilk defa yurt içinde satım veya dağıtımına izin verilen eserlerin yeniden satışı veya dağıtımı eser sahibinin yayma hakkını ihlal etmez.

Tükenmenin gerçekleşmesi için ilk satış (devir) şarttır. Kiralama veya ödünç verme halinde mülkiyetin devri söz konusu olmadığı için tükenme gerçekleşmez. Keza, ilk satış eser sahibinin izniyle olmalıdır. Bu iki şartın gerçekleşmesi durumunda müteakip satışlar için yayma hakkı sona erer. Eser sahibi eserinin/çoğaltılmış nüshaların ticari piyasada serbestçe dolaşmasını/el değiştirmesini men edemez.

Yayma hakkının kamu yararından kaynaklanan istisnalarına gelince, FSEK m. 30 genel güvenlik veya adli amaçlarla çoğaltılan fotoğrafların yayılması, FSEK m. 31 uyarınca mevzuat ve içtihatların, FSEK m. 32 f. 1 uyarınca haber ve bilgi verme amacıyla umumi yerlerde söylenen söz ve nutukların, FSEK m. 34, 35, 36 ve 37 uyarınca iktibas serbestisi tanınan hallerde yayma hakkının ihlali söz konusu olmaz. FSEK m. 38 uyarınca tanınan şahsi kullanım için çoğaltılan nüshaların yayılması yayma hakkının ihlali niteliğindedir. FSEK m. 40 uyarınca umumi yerlerde temelli kalmak suretiyle konulan heykel vb. güzel sanat eserlerini resim, fotoğraf vs. ile çoğaltma ve yayma serbesttir.

### **3. Konusu ahlaka ve kişilik haklarına aykırı sözleşmelerin geçerliliği**

Yayım sözleşmesinin konusunun ahlaka veya kişilik haklarına aykırı olması halinde sözleşmenin geçerliliği tartışmalıdır. *Ayiter*, TBK m. 27 uyarınca konusu ahlaka ve kişilik haklarına aykırı olan yayım sözleşmelerinin kesin hükümsüz olduğu görüşündedir<sup>290</sup>. **Cumaloğlu** ise FSEK’te bir fikir ürününün eser sayılabilmesi koşulları arasında ahlaka aykırılığın bilinçli olarak belirtilmediği,

---

<sup>290</sup> *Ayiter*, s. 240.

yaratıcılığın genel ahlak ve TBK m. 27 gerekçe gösterilerek yasaklanmasının aynı nitelikteki düzenleme olan FSEK'in amacına aykırı olduğu, Anayasa'da düzenlenen bilim, sanat, düşüncüyü ifade özgürlüklerini sınırladığı, sözleşmelerin taraflarının ahlaka aykırı bir amaç gütmekle ahlaka aykırı görülemeyeceği, TBK m. 27'yi fikir ve sanat eserlerine koşulsuz uygulanamayacağı görüşünde olup konusu ahlaka aykırı olan bilimsel eserlere ilişkin sözleşmelerinin geçersiz sayılamayacağı, ancak bilimsel etiğe aykırı yayınların insanları aldatmak amacıyla yayımının ahlaka aykırı olduğu, sanat eserlerinde ise küçüklerin ve zayıfların korunması gereken haller dışında sözleşmelerin geçerli olması gerektiği kanaatindedir<sup>291</sup>.

#### **4. Yayım Sözleşmesinin Şekli**

Yayım sözleşmesinin geçerliliği, yazılı şekilde yapılmış olmasına bağlıdır (TBK m. 488). FSEK m. 52 ile birlikte değerlendirildiğinde nitelikli yazılı şekil mi arandığı, yoksa yayım sözleşmesinin niteliği gereği çoğaltma ve yayma haklarının devrini içerdiği tartışmasında Yargıtay'ın her iki yönde de kararları mevcut olup öğretide baskın görüş Borçlar Kanununun yayım sözleşmesine dair hükümlerinin uygulanması gerektiği ve adi yazılı şeklin yeterli olduğu yönündedir<sup>292</sup>. Kanaatimizce de, FSEK m. 52'ye göre sonraki tarihli ve özel düzenleme olması sebebiyle Borçlar Kanunu hükümleri uygulanmalı ve adi yazılı şekil geçerli kabul edilmelidir.

#### **5. Yayım Sözleşmesinin Tarafları**

Sözleşmenin tarafları “yayımlatan” ile “yayımcı”dır. Yayımlatan eser sahibi veya onun halefleri olabilir (TBK m. 487). Bir eseri meydana getiren eser sahibidir (FSEK m. 1/B/b). Yayımcı, gerçek veya tüzel kişi olabilir. Yayımcı taraf, matbaa veya yayınevi olabilir. “Fikir ve Sanat Eserlerinin Tespit Edildiği Materyallerin Dolum, Çoğaltım ve Satışını Yapan veya Yayan İşletmelerin Sertifikalandırılmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik” m. 5 uyarınca fikir ve sanat eserlerinin çoğaltım,

---

<sup>291</sup> Cumalıoğlu, s. 88-94.

<sup>292</sup> Zevkiler, Aydın / Gökyayla, Emre, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 16. Bası, Ankara 2016, s.621.

dağıtım veya satışını yapan matbaalar veya yayınevlerinin sertifika alma zorunluluğu bulunmaktadır.

## 6. Yayım Sözleşmesinin Hukuki Niteliği

Yayım sözleşmelerinde yayımlatan eseri teslim etmek, çoğaltma ve yayma hakkını devretmekle yükümlüdür. Yayımlatan ayıp ve tekeffül hükümleri uyarınca yayımcıya karşı sorumludur. Yayımcı ise eseri çoğaltma ve yayma yükümlülüğü altındadır. Yayın sözleşmesi hâkim görüş uyarınca tam iki taraflı bir sözleşmedir<sup>293</sup>. Dolayısıyla, yayım sözleşmesinden doğan borçlar karşılıklı olduğundan ödemezlik def'i ileri sürülmesi caizdir.

Yayım sözleşmesi borçlandırıcı ve tasarrufi bir işlemdir. Sözleşmenin imzalanması ile müellifin mali hakları yayımcıya devrolunur. Yayım sözleşmesi ileride meydana getirilecek bir eser için borçlandırıcı işlem olarak da yapılabilir.

## II. YAYIM SÖZLEŞMESİNDEN DOĞAN UYUŞMAZLIKLAR

Bu başlık altında tarafların yayım sözleşmesinden doğan hak ve yükümlülükleri ile ihlali halinde ortaya çıkabilecek uyumsuzluklara değinilecektir.

Yayımcı borcunu şahsen ifa etmek zorunda olup devraldığı hakları yayımlatanın izni olmaksızın başkasına devredemez. Yayım sözleşmesiyle eser sahibinin hakları, sözleşmenin ifasının gerektirdiği ölçüde ve süreyle yayımcıya geçer (TBK m. 489). Sözleşmede basım sayısı belirtilmemişse, yayımcının ancak bir basım yapma hakkı vardır<sup>294</sup>. Taraflar, sözleşmenin süresini veya

<sup>293</sup> Sözleşme, telif ücreti ödeme yükümlülüğü öngörülmesi dahi tam iki taraflı niteliktedir. Zira öğretide hakim görüş mali hakları devretme yükümlülüğü ile çoğaltma ve yayma ediminin karşılıklılık teşkil ettiği şeklindedir. Bkz. Zevkliler / Gökyayla, s. 614, Yavuz, Cevdet / Acar, Faruk / Özen, Burak, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul, 2007, 7. Bası s. 589; Cumaloğlu, s. 70. **Giritlioğlu**, ücret kararlaştırılmasına göre ikili ayırım yapmaktadır. İvazlı ise tam iki taraf borç yükleyen sözleşme; ivazsız ise edimler birleşimi şeklindedir. Giritlioğlu, Necla, Yayın Sözleşmesi, İstanbul, 1967, s. 36 vd. **Ayiter** ise yayım sözleşmesinin tam iki taraflı olmadığı, edimlerin karşılıklı olmadığı, eseri teslim borcunun yayım için ön şart olduğu görüşündedir. Yazara göre bu nedenle ödemezlik def'i ileri sürülemez. Bkz. Ayiter, s. 223.

<sup>294</sup> "Neşir sözleşmelerinde kitapların bası adedinin açıkça ve yoruma meydan vermeyecek biçimde belirtilmesi gerekir. Aksi takdirde, neşir sözleşmelerinin bir bası ile sınırlı olduğu

baskı adedini kararlaştırmak zorundadırlar. Yayımlatanın eseri düzeltme ve iyileştirme hakkı (TBK m. 493), yayımcıya verdiği birden çok eserin ayrı ayrı ya da birlikte basılmasını belirleme hakkı (TBK m. 496), yayımcıdan hesap ve kanıtlayıcı belge isteme hakkı (TBK m. 496) bulunmaktadır. Çeviri hakkının yayımcıya geçebilmesi, bunun sözleşmede açıkça belirtilmiş olmasına bağlıdır (TBK m. 495). Yayımcı aksi belirtilmediği takdirde yayımlatana telif ücreti ödemek (TBK m. 496 f.1) ve geleneğe uygun sayıda nüshayı yayımlatana ücretsiz olarak vermek zorundadır (TBK m. 497 f. 3)<sup>295</sup>.

Eser teslim edilene kadar ziya ve hasar yayımlatana aittir, teslimden sonra ise yayımcıya geçer (TBK m. 498). Dolayısıyla teslimden sonra eserin zayi olması halinde yayımcı sözleşme bedelini yayımlatana ödemek zorundadır. Eser teslim edilmeden önce zayi olursa yayımcı borcun imkansız hale gelmesi nedeniyle borcundan kurtulur (TBK m. 136). Basılan nüshaların zayi olması ihtimalinde yeniden basım aşırı masraf gerektirmiyorsa yayımcı yayımlatana ayrıca bir bedel ödemeksizin ve masrafı kendisine ait olmak üzere yeniden basmak zorundadır (TBK m. 499).

Yayım sözleşmesinin sona erme halleri eserin zayi olması (TBK m. 498), basılan nüshaların zayi olması (TBK m. 499), eser sahibinin ölümü, eseri tamamlama yeteneğini kaybetmesi, eserin tamamlanmasının imkansız hale gelmesi veya yayımcının iflası (TBK m. 500) olarak sayılmaktadır. Ayrıca, TBK m. 491 uyarınca,

---

*kabul edilmelidir. Bu bakımdan taraflar arasındaki neşir sözleşmelerince konu kitapların "her türlü baskı hakları" ibaresinden davalıya birden çok basımları kapsayan ruhsat verildiği şeklinde bir yorumla sonuca ulaşılması mümkün olamayacağı gibi, bu sözleşmeler nedeniyle eser sahibi olan murise yapılan telif ödemelerini gösterir makbuzlarda yazılı "bütün baskılar için" ifadesinin de ancak ödemenin yapıldığı tarihe kadar olan baskıları içerdiği kabul edilmelidir." Bkz. Yargıtay HGK, T. 13.6.2012, E. 2012/11-171, K. 2012/380 (Lexpera).*

<sup>295</sup> "02.07.2003 tarihli adi ortaklık sözleşmesi adı geçen kitabın çoğaltma ve yayımlanmasına ilişkin neşir sözleşmesi niteliğinde olup, 818 sayılı BK'nın 373 vd. maddeleri uyarınca çoğaltma ve yayma haklarının davacının da ortağı bulunduğu adi ortaklığa devredilmiştir. Anılan sözleşmede telif ücretinin süresiz ve bedelsiz olarak devredildiğine dair bir hüküm bulunmadığından söz konusu eser üzerindeki haklarının adi ortaklığa devri sebebiyle davacının hak ettiği telif ücretinin istenilmesine engel bir hal bulunmamaktadır." Bkz. Yargıtay 11. HD, T. 17.12.2014, E. 2014/9781, K. 2014/19987 (Lexpera).

kendisine uygun süre verildiği halde kitabın yeni basısını yapmayan yayımcıya karşı FSEK m. 58 uyarınca yayımlatan cayma hakkını kullanarak sözleşmeyi sona erdirebilir.

Yayımlatanın eser sahibi olması halinde FSEK kapsamında düzenlenen hakları saklıdır.

Yayım sözleşmesine konu eserin halihazırda mevcut olmaması veya tamamlanmaması halinde, dava ve cebri icra yoluyla aynen ifası mümkün değildir; ancak tazminat talep edilebilir. Tamamlanmış eserlerin teslim edilmemesi halinde dava ve cebri icra yoluyla aynen ifa sağlanabilir.

Gerçek olmayan yayım sözleşmesi, çoğaltma ve yayım hakkı yayımlatana ait olmayan veya koruma süresi dolmuş eserler bakımından söz konusu olur. Anılan eserlerde çoğaltma ve yayım hakkı tekeli olarak yayımcıya devredilmemekte, dolayısıyla eser başka yayımcılar tarafından da çoğaltılıp yayımlanabilmektedir.

İkinci yayım sözleşmesi, ilk yayım sözleşmesi ile mali haklar devredildiğinden FSEK m. 54 f.1 uyarınca tasarruf işleminin geçersizliği nedeniyle geçersizdir. Ancak sözleşme, ileriye yönelik borçlandırıcı bir taahhüt olarak değerlendirilebilir. İlk sözleşmenin sona ermesi ve hakların eser sahibine dönmesi halinde ikinci sözleşmedeki tasarruf işlemi gerçekleşmiş olacaktır.

Yargıtay uzun süre sessiz kalınması halinde şekle aykırılığın iddia edilmesinin MK m.2'ye aykırı olduğu görüşündedir. Yayım sözleşmelerinde de Yargıtay'ın içtihatları birden çok defa baskıya sessiz kalan yayımlatanın basıma muvafakat ettiği ve telif tazminatı talep edemeyeceği yönünde ise de, ihtarname veya dava yoluyla birden çok baskıya karşı çıkıldığında mali hakların eser sahibine geri döndüğü ve sonraki basıların engellenebileceği belirtilmektedir<sup>296</sup>.

---

<sup>296</sup>“B.K.nın 375. maddesi uyarınca esasen bir baskıyla çoğaltma ve yayım hakkı sınırlı olan davacının: davaya konu eserden (3) baskıyla çoğaltma yapmasına davalı eser sahibi tarafından karşı çıkıldığına dair herhangi bir savunma da ileri sürülmediğinden, davacı şirketin dava dışı şirketten devir almak suretiyle söz konusu çoğaltılan baskılar için geçerli hak sahibi olacağına, ancak aynı eserin bundan sonraki baskıları bakımından ise mali haklarının yasa gereği ve herhangi bir ihtara gerek olmaksızın kendiliğinden davalı eser sahibine avdet ettiğinin kabulü gerekir.” Bkz. Yargıtay 11. HD, T. 13.2.2014, E. 2012/13206, K. 2014/2470 (Lexpeera); “Eser sahibi ya da mirasçı olan davacıların sahibi

### III. YAYIM SÖZLEŞMESİNDEN DOĞAN UYUŞMAZLIKLARIN ARABULUCULUK YOLU İLE ÇÖZÜMÜ

#### A) Uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak arabuluculuk

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden arabuluculuk, tarafların “arabulucu” sıfatını haiz tarafsız ve bağımsız üçüncü bir kişi eşliğinde yapıcı ve çözüm odaklı iletişim kurarak uyuşmazlıklarını gayri resmi bir ortamda sona erdirmelerini amaçlamaktadır.

6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu m. 2 (b) bendinde arabuluculuk; “sistemik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, tarafların çözüm üretmediklerinin ortaya çıkması hâlinde çözüm önerisi de getirebilen, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyarî olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemini” ifade etmektedir<sup>297</sup>.

Arabuluculuk yönteminin temel amaçları arasında, uyuşmazlıkların daha az emek ve para harcayarak (etkin) çözümü, tarafların uyuşmazlığın çözümünde etkin rol alarak sonucun gerektirdiği sorumluluğu üstlenmeleri, son olarak hem taraflar arasındaki ilişkinin arabuluculuk sürecinde yeni bir şekle bürünmesi hem de sosyal dönüşüm sağlanması vardır<sup>298</sup>.

---

*oldukları mali hakların davalı tarafından gerçekleştirilen ilk bası dışındaki basılarına işbu davanın açılmasından önceki ihtarname tarihine kadar rıza göstermiş olmalarına rağmen, kanunun koyduğu geçerlilik şartına dayalı olarak huzurdaki davayı açmaları ihtarname tarihine kadar davalı tarafından gerçekleştirilen basılar bakımından davalı eylemlerinin hukuka uygun olarak kabul edilmesi sonucunu doğuracak nitelikte olmakla birlikte, dava konusu eserlerin koruma süresi içerisinde FSEK 69.maddesi uyarınca sahibi oldukları engelleme yetkisini kullanabilmelerini önlemez ve davacıların aradan geçen uzunca bir süreye rağmen hukuka uygun olmayan davranışın önlenmesini bir dava yoluyla öne sürmesi MK 2.maddesine aykırılık oluşturmaz.” Bkz. Yargıtay HGK, T. 13.6.2012, E. 2012/11-171, K. 2012/380 (Lexpera).*

<sup>297</sup> 22.06.2012 tarihli ve 28331 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

<sup>298</sup> Yazıcı Tıktık, s. 11-15.

HUAK uyarınca arabuluculuğa ilişkin temel ilkeler m. 3'te iradi olma ve eşitlik, m. 4'te gizlilik, m. 5'te beyan veya belgelerin kullanılamaması olarak belirtilmiştir. Doktrinde bağımsız üçüncü kişinin varlığı, gönüllülük, gizlilik, arabulucunun tarafsızlığı ve bağımsızlığı, sürecin hâkimiyetinin taraflarda olması, tarafların eşitliği, devlet yargısına alternatif olması, arabulucunun bağlayıcı karar verememesi, karşılıklı anlaşmaya dayalı bir çözümün esas olması ilkeleri üzerinde durulmaktadır<sup>299</sup>.

### **B) Yayım sözleşmesinden doğan dava şartı arabuluculuk kapsamındaki uyuşmazlıklar**

Bilindiği üzere, 06.12.2018 tarihli 7155 sayılı Abonelik Sözleşmesinden Kaynaklanan Para Alacaklarına İlişkin Takibin Başlatılması Usulü Hakkında Kanununun 20 maddesi ile eklenen 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu m. 5/A uyarınca; TTK'nun 4. maddesinde ve diğer kanunlarda belirtilen ticari davalardan, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartı olarak kabul edilmiştir.

Bu bölümde yayım sözleşmesinden doğan ve dava şartı arabuluculuğa tabi uyuşmazlıklar belirlenecektir. TBK'nda düzenlenmekle beraber FSEK ile bağlantılı olan ve TTK m. 4 f.1 ç bendi uyarınca mutlak ticari davalar arasında sayılan yayım sözleşmelerinde yayımcı açısından ticari bir iş söz konusu olduğundan yayım sözleşmesinden doğan borçlar ticari dava kapsamındadır ve arabulucuya başvuru dava şartıdır.

Yayımcı, bir ticari işletme olduğundan kanunun yayım sözleşmesinden doğan davaları ticari dava olarak düzenlediği kabul edilmektedir<sup>300</sup>. Matbaanın bir esnaf işletmesi olması halinde dahi uyuşmazlık yayım sözleşmesinden kaynaklanmakta ise mutlak ticari dava sayılacaktır<sup>301</sup>. Keza uyuşmazlığın para veya tazminat alacaklarına dair olması gereklidir. Mali ve manevi hak ihlallerinden doğan tazminat ve alacak davalarının yanı sıra aşağıda belirtilen

---

<sup>299</sup> Özbek, s. 563-588; Kekeç s. 56-81; Taşpolat Tuğsavul, s. 125-142.

<sup>300</sup> Arkan, s.110.

<sup>301</sup> Kaya, s. 120-121.

TBK hükümleri para alacaklarına dair talep hakkı içerdiğinden taraflardan en az birinin ticari işletmesiyle ilgili olması koşuluyla söz konusu hükümlere istinaden açılacak davalar da dava şartı arabuluculuğa tabidir<sup>302</sup>.

- TBK m. 496 “Sözleşmede aksi kararlaştırılmış olmadıkça yayımlatan, bedel ödenmesini isteyebilir. Bedel ödenmesi gereken hâllerde ödenecek miktar belli değilse bedel, hâkim tarafından belirlenir.”
- TBK m. 497 f.1, c. 2. “Bu düzeltme ve iyileştirme gerektirdiği hâlde sözleşmede öngörülmemiş giderler, yayımlatan tarafından karşılanır.”

### **C) Yayım Sözleşmesinden Doğan İhtiyari Arabuluculuk kapsamındaki Uyuşmazlıklar**

Yukarıda belirtilen hususlar dışında yayım sözleşmesinde doğan uyuşmazlıklarda, tarafların her zaman ihtiyari arabuluculuğa başvurması mümkündür. Ancak, dikkat edilmesi gereken nokta, HUAK m. 1 uyarınca tarafların ancak üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği uyuşmazlıklar hakkında arabulucuya başvurmalarının caiz olduğudur. Yayım sözleşmelerinde konusu ahlaka aykırı eserler bakımından tartışmalı olmakla beraber konusu kişilik haklarına aykırı eserlere yönelik uyuşmazlıklarda tarafların tasarruf serbestisi bulunmamaktadır.

### **D) Arabuluculuk Görüşmelerine Muhtemel Dava Arkadaşlarının Birlikte Davet Edilmesi Gerekliği**

İleride açılması muhtemel bir davada; dava arkadaşlığının gündeme geleceği uyuşmazlıklarda arabuluculuk görüşmelerinde dava şartı arabuluculuk kapsamında olan veya olmayan tüm tarafların bulunup bulunmayacağı sorunu ile karşılaşilmektedir.

Mecburi dava arkadaşlığı hakkındaki HMK m. 59 uyarınca “Maddi hukuka göre, bir hakkın birden fazla kimse tarafından birlikte kullanılması veya birden fazla kimseye karşı birlikte ileri

---

<sup>302</sup>Alıca, Türkay, Fikri Mülkiyet Davalarında Dava Şartı Arabuluculuk, İstanbul Bilgi Üniversitesi, 06.03.2019 tarihli sunum.

sürülmesi ve tamamı hakkında tek hüküm verilmesi gereken hâllerde, mecburi dava arkadaşlığı vardır.”

İhtiyari dava arkadaşlığı ise HMK m. 57’de düzenlenmektedir. “Davacılar veya davalılar arasında dava konusu olan hak veya borcun, elbirliği ile mülkiyet dışındaki bir sebeple ortak olması, ortak bir işlemle hepsinin yararına bir hak doğmuş olması veya kendilerinin bu şekilde yükümlülük altına girmeleri, davaların temelini oluşturan vakıaların ve hukuki sebeplerin aynı veya birbirine benzer olması” durumlarında birden çok kişi birlikte dava açabilirler veya birden çok kişiye karşı dava açılabilir.

Bu durumda davalılardan birine karşı arabulucuya başvuru dava şartı iken diğerine karşı zorunlu değilse ne yapılması gerektiği tartışma konusudur. Yayım sözleşmesinden doğan bir uyuşmazlıkta davacı yayımcıya ve mütecevize karşı dava ikame ettiğinde, yayımcı ticari işletme iken mütecevizin gerçek şahıs olması halinde, arabuluculuk görüşmesine her iki davalı da katılmalıdır. Zira dava sonunda verilen hüküm iki tarafı da bağlayacaktır. Benzer şekilde Demir, Av. K. m. 35/A’ya göre uzlaşma sağlamada, ihtiyari ve mecburi uzlaşma arkadaşlığının söz konusu olduğunu belirtmektedir<sup>303</sup>.

Bu nedenle muhtemel bir dava arkadaşlığı durumu söz konusu ise uyuşmazlık konusu olay ile ilgili tüm kişilerin yasa koyucu tarafından arabuluculuk görüşmesine katılmasının, bir başka deyişle mecburi ve ihtiyari arabuluculuk arkadaşlığının mevzuat ile zorunlu hale getirilmesinin gerekli olduğu kanaatindeyiz.

---

<sup>303</sup> Demir s. 116 vd. Yazar, uzlaşma sonucu düzenlenecek tutanağın ilam niteliğini haiz olması dolayısıyla tarafların uyuşmazlığı birlikte ve ayrı ayrı görüşme imkanının olması gerektiğini, nasıl mahkeme içi sulhun geçerli olabilmesi için tüm mecburi dava arkadaşlarının sulh olmayı kabul etmesi gerekli ise, uzlaşmada da uzlaşma tutanağının ancak mecburi uzlaşma arkadaşlarının tamamının kabulü ile geçerli olacağını kabulü gerektiği kanaatindeyiz.

## **SONUÇ**

Arabuluculuk uyuşmazlığın yapıcı yollardan çözülmesi sanattır. Mahkemelerin aksine esnek ve dayatmasızdır, kural olarak gönüllülük esasına tabidir. Arabuluculuk yöntemi sayesinde tarafların uyuşmazlıkları hakkında hümanist, medeni, yapıcı çözümlere ulaşılması imkân dâhilindedir. Zira, fikir ve sanat eserleri hukuku pratik ve yaratıcı çözümler gerektirir.

Taraflardan en az birinin ticari işletmesiyle ilgili olmak koşuluyla yayım sözleşmesinden doğan davalarda konusunun para alacağı veya tazminat olması koşuluyla, dava şartı haline getirilen arabuluculuğun, süreci tanımak adına bir fırsat olarak görülmesi mümkün ise de, uyuşmazlığın sona erdirilmesinin sadece bir yükten “kurtulma” olarak değil, esasen “dönüştürme” bağlamında değerlendirilmesi gerekir.

Arabuluculuğun uyuşmazlık çözme kültürü oluşturma becerisinin ortaya konulması ve benimsenmesinde, konusu fikir ve sanat eserleri hukuku olan uyuşmazlıkların, toplumsal katkı sağlayacağı düşünülmektedir. Zira söz konusu uyuşmazlıkların sanatın naif doğasına yakışır biçimde çözümlenmesi, toplum fertleri nezdinde arabuluculuğa ilgiyi ve uyuşmazlık çözümünde taraf hâkimiyetine duyulan inancı destekleyecektir. Uyuşmazlıkları bu anlamda da fırsat olarak görüp bireyler arası ve toplumsal ilişkilerin arabuluculuk yöntemi ile yapılandırılması sağlanabilir.

## **KISALTMALAR CETVELİ**

AvK	:	1136 sayılı Avukatlık Kanunu
Bkz./bkz.	:	Bakınız
E.	:	Esas No
f.	:	Fıkra
HD	:	Hukuk Dairesi
HGK	:	Hukuk Genel Kurulu
HMK	:	6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HUAK Kanunu	:	6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk
HUMK	:	1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
K.	:	Karar No
m.	:	Madde
s.	:	Sayfa
S.	:	Sayı
T.	:	Tarih
TBK	:	6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TTK	:	6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
vb.	:	Ve Benzeri
vd.	:	Ve devamı
vs.	:	Vesaire

## **KAYNAKÇA**

- Arkan, Sabih İşletme Hukuku, 24. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2018.
- Ayiter, Nuşin Hukukta Fikir ve San'at Ürünleri, 2. Bası, Ankara, 1981.
- Cumalıoğlu, Emre: Yayın Sözleşmesi, İstanbul, 2018.
- Demir, Şamil: Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi, 2014.
- Erel, Şafak: Türk Fikir ve Sanat Hukuku, Ankara, 2009.
- Giritlioğlu, Necla: Yayın Sözleşmesi, İstanbul, 1967.
- Kekeç, Elif Kısmet: Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler, 3. Baskı, Ankara, 2016.
- Özbek, Mustafa Serdar: Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Ankara, 2013.
- Öztan, Fırat: Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, Ankara, 2008.
- TaşpolatTuğsavul, Melis: Türk Hukukunda Arabuluculuk, Ankara, 2012.
- Tekinalp, Ünal: Fikri Mülkiyet Hukuku, 5. Bası, İstanbul, 2012.
- Yazıcı Tıktık, Çiğdem: Arabuluculukta Gizliliğin Korunması, İstanbul, 2. Baskı, 2013.
- Yavuz, Cevdet / Acar, Faruk Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul, 2007.
- Özen, Burak: 7. Bası
- Zevkiler, Aydın / Gökyayla, Emre: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 16. Bası, Ankara 2016.

# GELENEKSEL OLMAYAN MARKA KAVRAMI ve SINAÎ MÜLKİYET KANUNU İLE GETİRİLEN YENİLİKLER

Av. Mutlu YILDIRIM KÖSE, LL.M\*

Marka Vekili Canan TINAZ\*\*

## I. Giriş

SMK Madde 4 kapsamında belirtildiği üzere marka, “*bir teşebbüsün mallarının veya hizmetlerinin diğer teşebbüslerin mallarından veya hizmetlerinden ayırt edilmesini sağlaması ve marka sahibine sağlanan korumanın konusunun açık ve kesin olarak anlaşılmasını sağlayabilecek şekilde sicilde gösterilebilir olması şartıyla kişi adları dâhil sözcükler, şekiller, renkler, harfler, sayılar, sesler ve malların veya ambalajlarının biçimi olmak üzere her tür işareten oluşabilir.*”

Geleneksel markalar çoğunlukla *sözcükler, şekiller* veya *sözcük ve şekillerin birleşimi* ile oluşturulmakla birlikte, “Geleneksel olmayan marka” daha geniş bir şekilde *sözcükler, şekiller* veya *sözcük ve şekillerin birleşimi* ile oluşturulmuş ve klasik anlamdaki “marka” kavramının dışında kalan; renk, ses, koku, hareket, tat, pozisyon, ürünlerin üç boyutlu görünümü gibi unsurları ifade eden bir kavramdır. 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname’de (“556 sayılı KHK”) veya Avrupa Birliği’nin 2008/95/EC sayılı Üye Devletlerin Markalara İlişkin Mevzuatlarının Yaklaştırılması Hakkındaki Direktif’te (“Direktif”) bu unsurlar net bir şekilde tanımlanmamış olmakla birlikte, 6769 sayılı SMK’nın yürürlüğe girmesiyle marka kavramı dar bir kapsamdan çıkarılarak mehzaz 2015/2436 sayılı Avrupa Birliği

---

\* Avukat - İstanbul Barosu

\*\* Marka vekili

Marka Direktifi<sup>304</sup> ve 2015/2424 sayılı Avrupa Birliği Marka Tüzüğüne<sup>305</sup> uygun olarak yeniden düzenlenmiştir. Bu kapsamda, SMK ile birlikte geleneksel olmayan markaların tesciline dair hususlar, aşağıda her bir geleneksel olmayan marka türü için detaylı olarak inceleneceği üzere, daha net bir şekilde belirtilmiş ve geleneksel olmayan marka tescillerinin önu açılmıştır.

Çalışmamızda öncelikle genel olarak geleneksel olmayan markalara ilişkin tescil başvurularında dikkate alınan kriterlere değinilmekte, sonrasında ise TÜRK PATENT, Mahkemeler ve Yargıtay'ın geçmiş ve güncel dönem kararları ışığında Türkiye'de geleneksel olmayan markalara yaklaşım değerlendirilmektedir.

## II. GELENEKSEL OLMAYAN MARKALARIN TESCİLİ:

556 sayılı KHK'da geleneksel olmayan markaların tesciline ilişkin özel düzenlemeler bulunmadığı için, diğer işaretler ile aynı şekilde, 556 sayılı KHK md.7'de sayılmış olan mutlak ret sebepleri geleneksel olmayan markalar bakımından da aynen geçerli olmaktadır.

Bu çerçevede, türüne bakılmaksızın üzerinde koruma talep edilecek olan markanın öncelikle 556 Sayılı KHK m. 7/1(a) uyarınca "KHK Madde 5 kapsamında belirtilen" işaretlerden olması ve 556 sayılı KHK m. 7'de sayılan, marka olarak tescil edilemeyecek olan işaretler arasında yer almaması kriteri geçerliydi.

Daha önce KHK Madde 5 kapsamında belirtilen işaretler SMK'da madde 4 kapsamında "*Marka, bir teşebbüsün mallarının veya hizmetlerinin diğer teşebbüslerin mallarından veya hizmetlerinden ayırt edilmesini sağlaması ve marka sahibine sağlanan korumanın konusunun açık ve kesin olarak anlaşılmasını sağlayabilecek şekilde sicilde gösterilebilir olması şartıyla kişi adları dâhil sözcükler, şekiller, renkler, harfler, sayılar, sesler ve malların veya ambalajlarının biçimi olmak üzere her tür işaretten oluşabilir*" şeklinde düzenlenmiş ve 556 sayılı KHK'dan farklı

<sup>304</sup> 2015/2436 sayılı AB Direktifi 16.12.2015 tarihinde kabul edilmiş ve 23.12.2015 tarihli Avrupa Birliği Resmi Gazetesinde yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

<sup>305</sup> 207/2009 sayılı Topluluk Marka Tüzüğü'nde değişiklikler öngören 2015/2424 sayılı AB Marka Tüzüğü 16.12.2015 tarihinde kabul edilmiş ve 24.12.2015 tarihli Avrupa Birliği Resmi Gazetesinde yayınlanmıştır.

olarak marka olarak tescil edilebilecek işaretler arasında sesler ve renkler net bir şekilde belirtilmiştir.

Bununla birlikte, SMK kapsamında yine geleneksel olmayan markaların tesciline ilişkin özel düzenlemeler bulunmamakta olup, türüne bakılmaksızın üzerinde koruma talep edilecek olan markanın bir teşebbüsün mallarının veya hizmetlerinin diğer teşebbüslerin mallarından veya hizmetlerinden ayırt edilmesini sağlaması koşuluyla öncelikle SMK m. 5(a) uyarınca “*SMK madde 4 kapsamında belirtilen*” işaretlerden olması ve aşağıda her bir geleneksel olmayan marka türü ile ilgili olarak ayrıntılı şekilde açıklanacağı üzere, SMK m. 5’de sayılan, *marka olarak tescil edilemeyecek olan işaretler* arasında yer almaması gerekmektedir.

Öte yandan, Sınai Mülkiyet Kanununun Uygulanmasına Dair Yönetmelik’in (“Yönetmelik”) 7. Maddesinde ses, renk, üç boyutlu markalar ve hareket markalarının tescili için aranan kriterler net bir şekilde belirtilmekle birlikte, bu madde hükümlerinin sayılanlar dışında kalan bir işaretin gösterimi hakkında da uygulanabilir olduğu ve başvuru sahibinin özellikle görüntüler, şekiller, çizgiler veya karakterler yoluyla görsel olarak gösterim, elektronik kayıt, yazılı açıklama veya uygun gördüğü başka bir gösterimi TÜRKPATENT’e sunabileceği belirtilmektedir.

Belirtilenler doğrultusunda başvurusu yapılan markanın öncelikle “*sicilde gösterilebilir*” olması gerektiği ve markanın temel fonksiyonunun “*Bir teşebbüse ait mal veya hizmeti, diğer teşebbüslere ait mal veya hizmetten ayırt etmek*” olduğu ve de belirlenen şartlara uygun olması koşuluyla, kelime ve şekil markaları gibi geleneksel markaların yanı sıra, “*sicilde gösterilmesi mümkün olan*” ve “*ayırt edici nitelik taşıyan*” benzer unsurların da marka olarak tescil edilmesi için hukuksal bir engel bulunmadığı sonucu ortaya çıkmaktadır.

Bu noktada geleneksel olmayan marka türlerinin tescilinde önem arz eden kullanım yolu ile ayırt edicilik kavramına da kısaca değinmek gerekmektedir. Nitekim SMK m. 5/2 hükmü; “*Bir marka, başvuru tarihinden önce kullanılmış ve başvuruya konu mal veya hizmetler bakımından bu kullanım sonucu ayırt edici nitelik kazanmışsa bu markanın tescili birinci fıkranın (b), (c) ve (d)*

*bentlerine göre reddedilemez” hükmünü içermek sureti ile “kullanım yoluyla ayırt edicilik” kavramını düzenlemektedir.*

Bu düzenleme çerçevesinde; başlangıçta ayırt edici niteliği bulunmayan bir işaretin, ticaret hayatında kullanılması sonucu, ortalama tüketicinin bu işaretin ilişkin olduğu mal/hizmetin diğerlerinden farklı olduğunu ayırt edebilmesi halinde, marka olarak tescili mümkün hale gelmektedir.

SMK m. 5/2 hükmü uyarınca atıf yapılan maddeler, yalnızca SMK’nın 5/1 (b), (c) ve (d) bentleridir. SMK’nın 5/1 (e) bendi burada sayılmamıştır. Buna göre bir işaret, malın doğal yapısından kaynaklanmakta veya mala asli değerini vermekte veya teknik bir sonucu elde etmek için zorunlu ise, bu durumda bu işaretin, ticaret hayatında yoğun kullanım sonucunda dahi, ayırt edici nitelik kazanması ve marka olarak tescil edilmesi mümkün olmayacaktır.

Geleneksel olmayan markaların doğuştan ayırt edici niteliğe sahip olmaları konusunda tereddütlerin bulunduğu durumlarda, bu markaların kullanım yoluyla ayırt edicilik kazanmış olduklarının ispatlanması aranmaktadır.

Yukarıda bahsedilenler doğrultusunda geleneksel olmayan marka türlerine dair detaylı incelemelerimiz aşağıda yer almaktadır.

#### **A. Üç boyutlu markalar:**

Geleneksel olmayan markalar arasında en yaygın olan “üç boyutlu” markalardır. SMK m.4 “ayırt edici olmak” koşuluyla, her türlü işaretin marka olarak tescil edilebileceğini düzenlemekte ve burada ürün veya ürün ambalajlarının üç boyutlu görünümü için de bir ayırım yapmamakta, hatta “malların biçimi” veya “ambalajlarının” da marka olarak tescil edilebileceğini açıkça hüküm altına almaktadır.

Yönetmelik m.7/3 uyarınca “*başvurunun üç boyutlu marka olarak tescilinin talep edildiği hallerde bunun başvuru formunda açıkça belirtilmesi, ayrıca koruma konusunun açık ve kesin olarak anlaşılmasını sağlayacak şekilde işaretin tek bir yönden veya farklı açılardan görünümünü içeren gösterimlerinin Kuruma sunulması gerekir.*” Yönetmelik m.7/3’te ayrıca söz konusu gösterimlerin en fazla altı farklı açıdan görünümü içerecek ve markanın bütünlüğünü

bozmayacak şekilde olması gerektiğini de belirtmiştir. Koruma konusu üç boyutlu işaretin kuşkuya mahal vermeyecek ölçüde açık ve anlaşılır olması halinde, birden fazla gösterime gerek olmayıp tek bir gösterim de yeterli olarak görülebilecektir<sup>306</sup>.

Üç boyutlu markaların tescil edilebilirliği TÜRKPATENT tarafından kabul edilmekle birlikte, bu tür markaların incelenmesi sırasında SMK m. 5/1(b), (c), (d) ve (e) bentleri önem arz etmektedir. SMK 5/1(e) maddesi “*Malın doğası gereği ortaya çıkan şeklini ya da başka bir özelliğini veya teknik bir sonucu elde etmek için zorunlu olan veya mala asli değerini veren şekli ya da başka bir özelliğini münhasıran içeren işaretler*” hükmünü içermekle, bu suretle üç boyutlu şekillerin tesciline kısıtlama getirmektedir.

Buna göre, üç boyutlu bir markanın tescil edilebilmesi için öncelikle şeklin *ayırt edici olması ve malın doğal yapısından ve teknik zorunluluktan kaynaklanmıyor olması gerekmektedir.*

Bunlardan başka, “*Ticaret alanında cins, çeşit, vasıf, kalite, miktar, amaç, değer, coğrafi kaynak belirten veya malların üretildiği, hizmetlerin sunulduğu zamanı gösteren veya malların ya da hizmetlerin diğer özelliklerini belirten işaret veya adlandırmaları münhasıran ya da esas unsur olarak içeren işaretler*” ile “*Ticaret alanında herkes tarafından kullanılan veya belirli bir meslek, sanat veya ticaret grubuna mensup olanları ayırt etmeye yarayan işaret veya adlandırmaları münhasıran ya da esas unsur olarak içeren işaretler*”in tescil edilemeyeceği hükmünü içeren SMK m. 5/1(c) ve (d) bentleri de üç boyutlu markaların tescil edilebilirliklerinin incelenmesi açısından önem arz etmektedir.

TÜRKPATENT ve marka başvurularının reddi halinde Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemeleri, üç boyutlu markaların tescil şartlarını yerine getirip getirmediğini incelerken, SMK m. 5/1(b) ve 5/1(c) maddeleri kapsamında detaylı bir inceleme yapmakta ve genellikle her ne kadar 5/1(e) maddesine doğrudan atıf yapmasa da, tescili istenen şeklin, ürünün teknik zorunluluğundan kaynaklanıp kaynaklanmadığı konusunu araştırmaktadır.

Üç boyutlu markaların tesciline ilişkin TÜRKPATENT ve Fikri

<sup>306</sup> Marka İnceleme Kılavuzu, 2019, sayfa 7.

ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemeleri uygulamalarına baktığımızda, 556 sayılı KHK'nın yürürlüğe girmesine kadar olan dönemde pek çok üç boyutlu şeklin marka olarak tescil edilmiş olduğu görülmektedir<sup>307</sup>.



86/093541 sayılı marka 32 ve 87/101240 sayılı marka 30. 33. Sınıflarda yer alan mallar Sınıfta yer alan mallar için tescil edilmiştir. edilmiştir  
*(halihazırda yenilenmemiş olması nedeni ile marka koruması sona ermiştir.)*

TÜRKPATENT'in kurulmasından sonra ise özellikle ilk yıllarda, üç boyutlu şekillere ilişkin başvuruların çoğunlukla 556 sayılı KHK m.7/1(a) ve (c) maddeleri çerçevesinde reddedildikleri görülmektedir<sup>308</sup>. Ancak, TÜRKPATENT tarafından reddedilen birçok üç boyutlu şekil markasının daha sonra Mahkeme ve Yargıtay kararları ile tesciline karar verilmiştir.



Nitekim, 2014/29944 sayılı marka başvurusu TÜRKPATENT tarafından ayırt edici olmadığı gerekçesiyle reddedilmiştir. Başvurunun reddi kararına karşı yapılan itirazların Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Kurulu ("YİDK") tarafından da reddedilmesi üzerine bu karara karşı açılan dava

<sup>307</sup> 556 sayılı KHK, 27 Haziran 1995 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanması ile yürürlüğe girmiştir.

<sup>308</sup> Türk Patent ve Marka Kurumu, Türk Patent Enstitüsü adı altında 24 Haziran 1994 tarih ve 544 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile kurulmuştur.

sonucunda Ankara 4. Fikri Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi 01.02.2017 tarih, 2015/431 E. ve 2017/30 K. sayılı kararı ile söz konusu şeklin 556 sayılı KHK M.7/1 (c) maddesine aykırı olmadığına hükmedilmiştir. Söz konusu karar Yargıtay 11. HD'nin 14.01.2019 tarih ve 2017/2986 E. ve 2019/297 K. sayılı kararı ile onanmış ve marka tesciline dair işlemlerin devamına karar verilmiştir.



Benzer şekilde, 2005/06593 sayılı marka başvurusu da TÜRKPATENT tarafından 556 sayılı KHK m. 7/1(a) ve 7/1(c) kapsamında reddedilmiştir. TÜRKPATENT'nin ret kararına karşı açılan dava ise Ankara 1. Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi'nin 16.11.2007 tarih, 2007/33E., 2007/262K. sayılı kararı ile kabul edilmiş ve kararda söz konusu şeklin 556 sayılı KHK m. 7/1(a) ve (c) kapsamında tescil edilemeyecek işaretlerden olmadığı ifade edilmiştir. Karar Yargıtay 11. HD'nin 08.06.2009 tarih ve 2008/2673E. ve 2009/6936K. sayılı kararı ile onanmış ve marka tescil edilmiştir.

Aynı şekilde 2006/54990 sayılı marka başvurusu da TÜRKPATENT tarafından 556 sayılı KHK m. 7/1(a) ve 7/1(c) kapsamında reddedilmiş olmasına rağmen, Ankara Fikri ve Sınai



Haklar Hukuk Mahkemesi'nin 20.01.2009 tarih ve 2008/96 E. ve 2009/12 K. sayılı kararı ile "556 sayılı KHK m. 7/1(a) ve 7/1(c) maddeleri anlamında tescile engel bir durumun bulunmadığına" hükmedilmiş ve karar Yargıtay 11. HD'nin 07.03.20133 tarih ve 2009/9549E. ve 2011/2860K. sayılı kararı ile onanmıştır.

Mahkemelerin, üç boyutlu şekil markalarının ayırt edicilik vasfına sahip olup olmadığını belirlerken, esas olarak o şeklin ürünün doğal yapısından, teknik zorunluluktan kaynaklanıp kaynaklanmadığını ve ürün sahibinin bu şekli pazardaki diğer şekillerden yeterince farklılaştırıp farklılaştrmadığını incelediğini söylemek mümkündür.

TÜRKPATENT'in üç boyutlu şekil markalarına olan bakış açısının zaman içerisinde yukarıda örneklerine yer verilen Mahkeme kararlarının, TÜRKPATENT'nin 2009 yılında başlayan ve yaklaşık 2 yıl süren, "Avrupa Birliği Eşleştirme Projesi"<sup>309</sup> nin ve son olarak 2017 yılında yürürlüğe giren 6769 sayılı SMK'nın etkisi ile genişlediği ve kararlarının son yıllarda Yargıtay ve Fikri ve Sınai Haklar Mahkemeleri'nin uygulaması ile paralel hale gelmiş olduğu görülmektedir. Nitekim aşağıda örneklerine yer verilen markalar TÜRKPATENT tarafından herhangi bir ret kararına konu olmadan tescil edilmiştir.



2017 17539 sayılı marka 16, 35 ve 41. sınıfındaki mal ve hizmetler için tescil edilmiştir.

2016 95283 sayılı marka 03. sınıfındaki mallar için tescil edilmiştir.

2014 86588 sayılı marka 30. sınıfındaki mallar için tescil edilmiştir.

<sup>309</sup> Türk Patent Enstitüsü ve Alman Uluslararası Hukuki İşbirliği Vakfı (IRZ) ile birlikte yürütülen "Sınai Mülkiyet Haklarının Yürütme ve Uygulamasının Güçlendirilmesi için Türkiye'nin Desteklenmesi" Avrupa Birliği Eşleştirme Projesi.

## B. Renk markaları:

Başvurusu yapılan markanın öncelikle “*sicilde gösterilebilir*” olması gerekmektedir. “*Sicilde gösterilebilir*” olma kriterinin açıklaması SMK’da ve mehaz düzenlemelerde yer almamaktadır. AAD tarafından verilen Sieckmann kararında “*sicilde gösterilebilir olma*” kriterine açıklık getirilmektedir. Buna göre grafik gösterim; açık, kesin, müstakil, kolay erişilir, anlaşılır, kalıcı (zamanla bozulur nitelikte olmayan, dayanıklı) ve objektif olmalıdır”<sup>310</sup>.

Bu açıdan bakıldığında renk, zaman içinde çeşitli etkenlerle bozulmaya ve değişime uğrayabilecek nitelikte bir unsurdur. Dolayısı ile markanın “renk markası” olarak kabul edilmesi için SMK uyarınca, diğer birçok ülkede olduğu gibi, kuruma yapılacak başvurularda da grafik gösterimin veya marka örneğinin sunulması tek başına yeterli olmayıp, TÜRKPATENT tarafından geçerliliği kabul edilen bir renk kodunun mutlaka belirtilmesi gerekmektedir.

Yönetmelik m.7/4 uyarınca “*Başvurunun renk markası olarak tescilinin talep edildiği hallerde bunun başvuru formunda açıkça belirtilmesi, işareti oluşturan renk görselinin sunulması ve Kurum tarafından geçerliliği kabul edilen renk kodunun belirtilmesi gerekir.*” hükmüyle renk markası için yapılan başvuru sırasında TÜRKPATENT tarafından zorunlu görülen hususlar belirtilmiştir. Renk markaları için TÜRKPATENT tarafından geçerliliği kabul edilen tek renk kodlama sistemi Pantone kodlama sistemidir<sup>311</sup>.

Yine aynı madde uyarınca “*Renk veya renklerin somutlaşmış, sınırları belli bir şekil, figür, resim veya kelime gibi unsurlar dâhilinde kullanılması durumunda işaret renk markası olarak değerlendirilmez ve birinci fıkra hükmü uygulanır.*”

Renk markaları için yapılacak başvurular ve bu tür markaların ayırt ediciliğine dair değerlendirmenin “Tek renkten oluşan markalar” ve “Renk kombinasyonlarından oluşan markalar” için iki farklı şekilde yapılması uygun olacaktır.

<sup>310</sup> AAD, 12.12.2002 tarihli ve C-273/00 sayılı karar.

<sup>311</sup> “Pantone Renk Kodu” Erişim Tarihi: 22.01.2020 <https://www.pantone.com/color-finder>.

## **1. Tek renkten oluşan markalar**

Tek renkten oluşan marka başvurularında başvuru sırasında başvurunun renk markası için yapılmış olduğunun açıkça belirtilmesi, marka örneği kısmında tescili istenen rengin gösterilmesi ve marka adı kısmında ise TÜRKPATENT tarafından kabul edilen Pantone kodunun belirtilmesi zorunludur.

Tek renkten oluşan markaların renk kombinasyonlarından oluşan markalara göre ayırt ediciliğinin düşük olduğu kabul edilmektedir. Dolayısı ile çoğunlukla bu tür markaların kullanım yolu ile ayırt edicilik kazanmış olduğunun yeterli delille ispatlanması gerekmektedir.

Diğer yandan, tek renkten oluşan markalarla ilgili olarak yine geleneksel markalara benzer şekilde, ilgili sektörde doğası gereği herkes tarafından yaygın olarak kullanılan, kullanıldığı mal/hizmet üzerinde tanımlayıcı bir özelliği bulunan renkler, örneğin "sarı rengin" limon aromalı ürünleri; "yeşil rengin" ise nane aromalı ürünleri çağrıştırmaları gibi, belirtilen mal/hizmet için tanımlayıcı kabul edilebilmektedir.

Türkiye’de tescilli tek renkten oluşan markalara örnek olarak tarafımızca bilinen tek marka 556 Sayılı KHK döneminde TÜRKPATENT tarafından 30. sınıfta "çikolata ve çikolata içeren ürünler” için tescil edilmiş 2005 47462 sayılı (IR 644464) markasıdır.

Belirtilen marka öncelikle mutlak red nedenleri incelemesi sırasında TÜRKPATENT tarafından re'sen reddedilmiş, fakat



başvuru sahibi tarafından YİDK nezdinde yapılan itiraz sonucunda, red kararından dönülerek markanın tescil edilmesine karar verilmiştir.

TÜRKPATENT nezdinde renk markalarına ilişkin olarak bir inceleme yapıldığında, SMK ile birlikte geleneksel olmayan markalara dair yapılan düzenlemeler neticesinde renk markaları için yapılan başvuruların sayısının arttığı gözlemlenmekle birlikte, tek

renk için yapılan başvuruların, önceki uygulama ile benzer şekilde, genel olarak mutlak red nedenleri incelemesi sırasında reddedildiği görülmektedir.

Örnek olarak, 2017/46274 numaralı marka başvurusu başvuruya konu olan renk unsurunun ürünler/hizmetler üzerinde sürekli ve uzun süreli kullanım sonucu ilgili ürün/hizmetle ilgili olarak marka işlevi görecektir şekilde kelime unsurundan bağımsız ayırt edici nitelik kazanmadığı gerekçesiyle reddedilmiştir.



Renk Markalarına ilişkin olarak mahkeme kararları incelendiğinde, önceki yıllarda, kimseye tek renk ile ilgili koruma ve tekel hakkı verilemeyeceği, renklerin herkesin kullanımına açık olduğu ve bir rengin bir kişinin kullanımına bırakılmasının hakkaniyete uygun düşmeyeceği görüşünü benimsenmiş olduğu görülmektedir. Örneğin Yargıtay, futbol kulübü renklerinin üçüncü kişiler tarafından bazı mal ve hizmetler üzerinde kullanılmasının, futbol kulübü aleyhine marka tecavüzü oluşturmadığını belirten kararında, renklerin kendi başlarına tescil edilemeyeceğini belirtmiştir<sup>312</sup>.

Benzer şekilde, Avrupa Birliği ülkelerinde de tek renk markalarının bazı şartları karşılaması durumunda tescil edildiği görülmektedir. Bu şartların neler olduğu, AAD'ın Libertel kararında detaylı olarak açıklanmıştır<sup>313</sup>.

Burada AAD, tek bir rengin tescil edilebilmesi için, grafikte gösterilebilme koşulunun gerçekleşmiş olmasını, tescil edilmek istenen rengin ilgili mal ve hizmetler üzerine ayırt edici olmasını aramakta ve renk sayısının sınırlı olmasından dolayı kamu menfaatinin dikkate alınarak her somut olaya göre ayrı bir değerlendirme yapılması gerektiği sonucuna ulaşmıştır.

AAD, grafikte gösterilme koşulunu açıklarken, uluslararası

---

<sup>312</sup> Yargıtay 11. HD. 13.06.2011, 2009/14949 E.

<sup>313</sup> AAD, 06.05.2003 tarihli ve C-104/01 sayılı karar.

alanda kullanılan RAL, Pantone, CMYK Renk Uzayı, HSV Renk Uzayı, RGB Renk Uzayı kodlarının belirtilmesi ile yapılan marka başvurusunun grafikte gösterilme koşulunu yerine getireceğini belirtmiştir. Çünkü mahkemeye göre bu kodlar kalıcı, nesnel ve kesindir ve marka başvurusundan sonra zaman içinde değişme, solma veya bozulma gibi bir tehlike bulunmamaktadır.

Tek rengin ayırt edici olup olmadığının tespitinde ise AAD, her somut olayın tüm özelliklerinin dikkate alınması gerektiğini ve tescili istenen rengin, üzerinde kullanıldığı mal ve hizmetler bakımından kullanım sonucunda ayırt edicilik kazanıp kazanmadığının tespit edilmesinin önemli olduğunu belirtmiştir.

## **2. Renk kombinasyonlarından oluşan markalar;**

Renk kombinasyonlarından oluşan marka başvurularında yine tek renk markaları için yapılan başvurular ile benzer olarak başvuru sırasında başvurunun renk markası için yapılmış olduğunun açıkça belirtilmesi, marka örneği kısmında tescili istenen renk görselinin sunulması ve marka adı kısmında ise TÜRKPATENT tarafından kabul edilen Pantone kodlarının belirtilmesi zorunludur. Bunlara ek olarak zorunlu olmamakla birlikte renk kombinasyonunu oluşturan renklerin konumu ve dağılım oranlarının da belirtilmesi tavsiye edilmektedir. Marka örneği kısmında hiçbir şekilde beyaz boşluklar bırakılmaması, herhangi bir çerçeve olmaması ve marka örneğinin tam olarak doldurulması bu tarz başvurularda dikkat edilmesi gereken diğer önemli hususlardır.

Renk kombinasyonlarının ayırt ediciliğinin tek renkten oluşan markalara göre daha yüksek olduğu kabul edilmekte olup, renk kombinasyonunun ilgili mal ya da hizmetler için ilgili sektörde yaygın kullanımının bulunup bulunmadığı, ilgili mal ya da hizmetler için işlevsel bir niteliğinin bulunup bulunmadığı, renklerin sadece dekoratif birer unsur olarak algılanıp algılanmadığı ürünün kaynağını gösterme niteliği açısından ilgili tüketici kitlesi üzerinde ilk bakışta bıraktığı etki ve izlenim ayırt edicilik niteliğini belirleyici kriterlerdir<sup>314</sup>.

TÜRKPATENT nezdinde iki ya da daha fazla rengin bir araya

---

<sup>314</sup> Marka İnceleme Kılavuzu, 2019, sayfa 72.

gelmesi ile oluşturulmuş birçok marka tescili bulunmaktadır. Bunlardan bir kısmı aşağıdaki şekildedir;



09, 35, 36, 38 ve 45. sınıflardaki mal ve hizmetler için 2017 114342 numarası ile tescil edilmiştir.



05 ve 21. sınıflardaki mallar için 2018 19744 numarası ile tescil edilmiştir.



07, 12 ve 42. sınıflardaki mal ve hizmetler için 2018 62129 numarası ile tescil edilmiştir.

Bu tarz markalar daha önce 556 sayılı KHK döneminde başvuru sırasında renk kodu belirtilmiş olsa da TÜRK PATENT nezdinde “renk markası”ndan ziyade “şekil markası” olarak tanımlanmakla birlikte, SMK’nın yürürlüğe girmesinden itibaren yukarıda belirtilen kriterlere uygun olarak yapılmış olan başvuruların, renk markası için yapıldığı ve de ilgili pantone kodları kayıtlarda net bir şekilde görüntülenmekte ve marka başvurusunun/tescilinin renk markası için yapılmış olduğu açıkça anlaşılmaktadır.

Yargıtay da birden fazla rengin bir araya getirilmesi ile oluşan renk kombinasyonlarının marka olarak tescil edilebileceği görüşündedir. Yargıtay 11. HD, üçlü renk kombinasyonundan



oluşan 2002/10137 numaralı marka başvurusuna ilişkin verdiği 2005/9360 E. ve 2006/9986 K. sayılı kararında “*Kural olarak tek bir renkten oluşan işaretlerin, tek rengin kendi başına ayırt edici özelliğinin olmaması ve bunun herkes tarafından kullanılmasının hakkaniyet gereği bulunması nedeni ile marka olarak tescilinin mümkün olmadığı, işbu davada ise tescili istenen işaretin üçlü bir renk kombinasyonundan ibaret bulunduğu, özel olarak tasarlanıp üç rengin bir araya gelmesi sonucunda bir renk kompozisyonu şeklinde tescil ettirilmek istendiği, 556 sayılı KHK’nın 5 ve 7/1-a maddesi anlamında ayırt edici niteliğinin bulunduğu ve tescil edilebilirlik koşullarını kapsadığı*” gerekçesi ile renk kombinasyonlarının mal ve hizmetler üzerinde ayırt edici özelliğinin bulunduğunu ve marka olarak tescil edilebileceğine karar vermiştir.

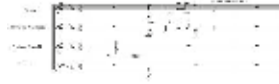
### **C. Ses Markaları:**

SMK m. 4 kapsamında belirtilen marka olma kriterlerini karşıladığı ve ayırt edici karaktere vakıf olduğu sürece sesler marka olarak tescil edilmektedir. Yönetmelik m. 7/2, bir başvurunun şekli inceleme sırasında “ses markası” olarak değerlendirilmesi için, öncelikle markanın ses markası olduğunun başvuru formunda mutlaka belirtilmesi gerektiğini, bununla birlikte, tescili talep edilen sesin bir elektronik ortamda dinlemeye ve saklamaya elverişli bir kaydının başvuru formuna eklenmesi gerektiğini düzenlemiştir. Ayrıca nota ile gösterim zorunlu olmamakla birlikte nota ile gösterim sunulmuşsa ses kaydının, başvuru dilekçesinde sunulan nota gösterimiyle uygun olması gerekmektedir.

Ayırt edicilik açısından ise değerlendirme yine geleneksel markalar ile benzer doğrultuda yapılmakta olup, başvurusu yapılan sesin başvuru kapsamındaki mal ve hizmetler yönünden ayırt edici niteliğe sahip olup olmadığı değerlendirilmektedir. Diğer yandan, ses markalarının uzunluğu da dikkat edilecek diğer bir husus olup, Marka İnceleme Kılavuzunda belirtildiği üzere “*Bir müzik eserinin*

*bütününü veya marka olarak algılanamayacak derecede uzun bir bölümünü içeren başvuruların marka olarak “ayırt edici niteliğe sahip olmadığı” kabul edilir*”<sup>315</sup>. Örneğin TÜRKPATENT, bir dakika otuz yedi saniyeden oluşan 2019/83367 başvuru numaralı “ses markası” başvurusunu, marka olarak algılanamayacak kadar uzun olması nedeniyle ayırt ediciliğe sahip olmadığı gerekçesiyle SMK 5/1 (b) maddesi uyarınca reddetmiştir.

Diğer yandan, Windows’un açılış sesi, Nokia’nın açılış tonu, Harley Davidson motorlarının sesi gibi daha birçok ses dünyaca tanınmakta olup, ülkemizde de TÜRKPATENT nezdinde tescilli birçok ses markası bulunmaktadır. TÜRKPATENT nezdinde tescilli ses markalarının bir kısmı aşağıda listelenmektedir;



- 2019 03223 sayılı \_\_\_\_\_ markası herhangi bir red kararına konu olmaksızın tescil edilmiştir.

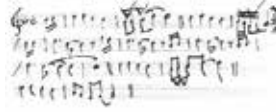


- 2017 118934 sayılı \_\_\_\_\_ markası herhangi bir red kararına konu olmaksızın tescil edilmiştir.



- 2016 66803 sayılı \_\_\_\_\_ markası herhangi bir red kararına konu olmaksızın tescil edilmiştir.

<sup>315</sup> Marka İnceleme Kılavuzu, 2019, sayfa 73.



- 2014 93307 sayılı marka herhangi bir red kararına konu olmaksızın tescil edilmiştir.

#### D. Hareket markaları:

Yönetmelik m. 7/5, bir başvurunun “hareket markası” olarak değerlendirilmesi için, öncelikle markanın hareket markası olduğunun başvuru formunda mutlaka belirtilmesi gerektiğini belirtmektedir. Aksi takdirde marka başvurusu sıradan bir “şekil” markası olarak ele alınmaktadır. Bununla birlikte, işareti oluşturan hareketi tasvir eden bir görüntünün veya hareketsiz ya da hareketli görüntü dizisinin TÜRKPATENT’e sunulması ve gösterimlerin markanın bütünlüğünü bozmayacak nitelikte olması gerektiği belirtilmektedir.

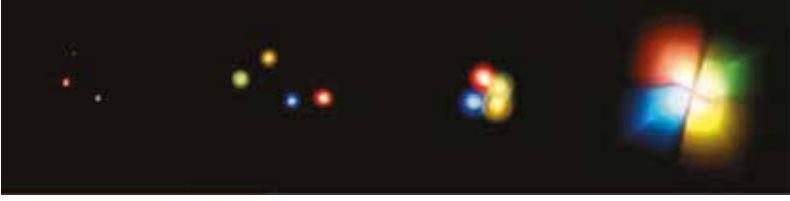
Diğer yandan, geleneksel marka başvurularından farklı olarak, TÜRKPATENT nezdinde koruma talep edilen hareketli görüntüyü açıklayan yazılı bir tarifname de marka başvurusuna eklenebilir. Hareket markalarına ait gösterim için hareketi gösteren bir elektronik kayıt ve numaralandırılmış veya sıralamayı açıklayan bir anlatımın eklendiğini gösteren bir görüntü dizisinden her ikisi veya herhangi biri başvuru tarafından seçilebilir<sup>316</sup>. Bu noktada TÜRKPATENT, re’sen inceleme sırasında marka örneği ve harekete ilişkin sunulan elektronik kaydı, marka başvurusunun SMK m. 4’te yer alan “*sicilde gösterilebilir olma*” kriterini karşılaması için, birebir uyumlu olması şartını aramaktadır.

Ayırt edicilik bakımından yapılacak değerlendirmede ise, bu tarzmarkalarda ayırt edicilik değerlendirmesi her bir olay için özel şartlar göz önünde bulundurularak yapılmaktadır.

Windows açılışında kullanılan ve Microsoft’un dört renkli kare şeklindeki markasını oluşturan **EUIPO** nezdinde tescilli hareket markası Dünya çapında tescil edilen en bilinen hareket markaları

<sup>316</sup> Marka İnceleme Kılavuzu, 2019, sayfa 15.

arasında bulunmaktadır.



TÜRKPATENT nezdinde ise özellikle SMK'nın yürürlüğe girmesinin ardından hareket markalarına dair yapılan başvuru ve tescillerin sayısının artmış olduğu görülmekle birlikte bunun öncesinde de özellikle hareket markası olarak kayıt edilmemiş olması nedeni ile araştırma sonucunda ulaşılabileceği mümkün olmayan fakat bu amaçla başvurusu yapılmış olan başvuruların olduğu bilinmektedir.

Aşağıda görseline yer verilen ve tuz serpmeye hareketi olarak genel bir bilinirliğe ulaşmış, "saltbae" için yapılmış olan 2017 08618 sayılı marka başvurusu TÜRKPATENT tarafından kabul edilerek 25, 30 ve 43. Sınıflarda yer alan mal ve hizmetler için tescil edilmiştir.



TÜRKPATENT tarafından tescil edilen diğer hareket markalarına örnek olarak aşağıda yer alan 5. sınıfta tek kullanımlık bebek bezi ürünü için yapılmış olan 2016 93209 sayılı marka ve de 35 ve 36. sınıflarda yer alan hizmetler için yapılmış olan 2016 79291 sayılı markalar verilebilir.



#### E. Koku markaları:

SMK “kokuların” marka olarak tescil edilebileceğine veya edilmeyeceğine yönelik açık bir hüküm içermemektedir. Ancak, TÜRKPATENT Marka İnceleme Kılavuzunda açıkça “*bir koku numunesi için markanın dayanıklı ve değişmez bir şekilde gösterimi şartı sağlanmayacaktır. Bu nedenle böyle bir gösterim açık ve kesin olma şartını sağlamamaktadır*<sup>317</sup>.” ifadesi yer almaktadır. Yönetmelikte de koku markaları ile ilgili açık bir hüküm bulunmamaktadır.

Bilindiği kadarı ile henüz TÜRKPATENT nezdinde tescilli ya da başvurusu yapılmış bir koku markası bulunmamakla birlikte EUIPO nezdinde koku markalarına dair örneklere rastlamak mümkündür.

#### F. Diğer Geleneksel Olmayan Markalar:

Listelenmiş olan geleneksel olmayan markalara ek olarak tat, doku (touch), pozisyon, hologram markası gibi çeşitli geleneksel

<sup>317</sup> Marka İnceleme Kılavuzu, 2019, sayfa 5.

olmayan marka türleri bulunmaktadır.

Yönetmelik m. 7/6 uyarınca, Yönetmelik m.7 hükümleri “niteliğine uygun düştüğü ölçüde, yukarıda sayılanlar dışında kalan bir işaretin gösterimi hakkında da uygulanır.” Bu kapsamda Yönetmelik m.7 kapsamında ayrı bir şekilde açıklanmayan tat, koku, doku, pozisyon, hologram markası gibi geleneksel olmayan marka türlerinin de yukarıda belirtilen şartları sağlamaları halinde tescili mümkün olabilecektir.

### **SONUÇ**

Günümüz ticari koşullarında geleneksel kelime ve şekil markalarının yanı sıra üç boyutlu şekil, renk, ses, koku gibi unsurların da marka olarak tescil edilmesi bir gereklilik haline gelmiştir. Bu unsurların “*sicilde gösterilebilme*” ve “*bir işletmeye ait mal veya hizmeti, diğer işletmelere ait mal veya hizmetten ayırt etme*” fonksiyonlarına sahip olması halinde marka olarak tescil edilebileceği gerek yurtdışında gerekse ülkemizde kabul edilmektedir. TÜRKPATENT’in de özellikle SMK’nın yürürlüğe girmesinin ardından geleneksel olmayan markaların tesciline ilişkin bakış açısını genişletmekte olduğu gözlemlenmektedir.

### **KISALTMALAR CETVELİ**

<b>SMK</b>	:	6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu
<b>TÜRKPATENT</b>	:	Türk Patent ve Marka Kurumu
<b>EUIPO</b>	:	Avrupa Birliği Fikri Mülkiyet Ofisi
<b>AAD</b>	:	Avrupa Adalet Divanı
<b>556 Sayılı KHK</b>	:	556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname
<b>Direktif</b>	:	Avrupa Birliği 2008/95/EC sayılı Direktifi
<b>Yönetmelik</b>	:	Sınai Mülkiyet Kanununun Uygulanmasına Dair Yönetmelik
<b>YİDK</b>	:	Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Kurulu
<b>USPTO</b>	:	Amerika Birleşik Devletleri Patent ve Marka Ofisi

# FİKİR VE SANAT ESERLERİ KANUNU'NDA ESER TÜRLERİ YÖNÜNDEN BENİMSENEN SINIRLI SAYI İLKESİNE ELEŞTİREL BİR YAKLAŞIM

Av. Ozan Ali YILDIZ, LL.M.\*

## GİRİŞ

5846 sayılı Fikir ve Sanat eserleri Kanunu'nda eser türlerinin sayımı yönünden *numerus clausus* ilkesi benimsenmiştir. Ancak bugün gelinen noktada, kanunun, teknolojik ve sanatsal gelişmeler karşısında yetersiz kaldığını ve telif hukuku gibi sürekli gelişime açık bir alanda esnek düzenlemeler getirmenin daha doğru bir tercih olacağını ifade etmek gerekir. Bu çalışmada *numerus clausus* ilkesinin yarattığı problemlere değinilecek ve *de lege ferenda* bir çözüm önerisi ortaya konacaktır.

Konunun daha iyi anlaşılabilmesi adına çalışmanın birinci kısmında eser kavramı ile ilgili genel açıklamalar yapılacaktır. İkinci kısımda ise Türk hukukunda benimsenen *numerus clausus* ilkesi ile Fransa, Belçika ve İsviçre gibi bazı ülkelerde benimsenen örnekleyici sayım sistemi karşılaştırılacaktır.

## I. TÜRK HUKUKUNDA ESER KAVRAMI

### A. Tanım

Türk hukukunda eser kavramı, FSEK 1/B maddesinin (a) bendinde düzenlenmiştir. Buna göre eser, “*sahibinin hususiyetini taşıyan ve ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanatlar veya sinema eserleri olarak sayılan her nevi fikir ve sanat mahsullerini*” ifade eder.

---

\* Avukat - İstanbul Barosu

Yapılan tanımdan yola çıkarak FSEK kapsamında korunacak bir eserde bulunması gereken dört unsur sayılabilir: fikri bir üretimin bulunması, bu üretimin bir şekle bürünmesi, ortaya çıkan ürünün FSEK m. 2-5'te sayılan eser türlerinden birine dahil olması ve bu ürünün onu meydana getiren kişinin hususiyetini taşıması<sup>318</sup>. Ürünün maddi veya estetik değeri ya da ne amaçla meydana getirildiği ise eser niteliği açısından bir önem taşımaz<sup>319</sup>.

## B. Unsurları

### 1. Fikri Bir Üretimin Bulunması

Bir eserin varlığından bahsedebilmek için öncelikle fikri bir faaliyetin sonucu olarak bir ürün meydana getirilmiş olması gerekir. Öğretide fikri bir üretimde bulunmanın insana özgü bir faaliyet olduğu ve bu sebeple bir fikir ve sanat eserinin yalnızca insanlar tarafından yaratılabileceği kabul edilmektedir<sup>320</sup>. Bu sebeple yapay zeka tarafından meydana getirilen bir ürün veya bir hayvan

<sup>318</sup> **Tekinalp, Ünal**, Fikri Mülkiyet Hukuku, 5. Bası, İstanbul, 2012, § 10, n. 2. Bazı yazarlar, bu unsurlardan ilk üçünü objektif unsur; sahibinin hususiyetini taşıma unsurunu ise sübjektif unsur olarak adlandırıp eser kavramını bu iki unsur üzerinden ele almaktadır. Bkz. **Ateş, Mustafa**, Fikri Hukukta Eser, Ankara, 2007, s. 28-29. Yargıtay kararlarında da bu iki unsur üzerinden değerlendirme yapılmaktadır. "...bir eserin, yasa karşısında eser niteliğini kazanabilmesi için iki unsur gereklidir. Birinci objektif unsur ki yasa bunu mahsul (ürün) olarak belirtmiştir. Buna göre eser, evvela temellüke, tasarrufa elverişli maddi bir varlık olarak var olmalıdır. İkincisi de sübjektif unsur olup eserin sahibinin özelliğini taşıyan bir fikir ve sanat eseri olmasıdır." Bkz. Yargıtay 4. HD, T. 1.7.1977, E. 1976/5913, K. 1977/7617 (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası); "...bir fikir ürününün eser olarak kabul edilebilmesi için baskın görüşe göre FSEK madde 1/1'de sayılan eserler içinde yer alması (objektif koşul) ve sahibinin hususiyetini taşıması başka bir anlatımla "özgün olma" "yaratıcı özellik taşıması" (sübjektif koşul)'un bulunması gerekmektedir." Bkz. Yargıtay HGK, T. 2.4.2003, E. 2003/4-260, K. 2003/271 (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası); "...zihinsel çaba sonucu ortaya çıkan bir fikri ürünün FSEK anlamında eser olarak korunabilmesi için, sahibinin hususiyetini taşıması (sübjektif unsur) ve yasada öngörülen eser türlerinden birine dahil olması (objektif unsur) gereklidir." Bkz. Yargıtay 11. HD, T. 13.3.2007, E. 2006/934, K. 2007/4555 (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası).

<sup>319</sup> **Tissot, Nathalie / Kraus, Daniel / Salvadé, Vincent**, Propriété Intellectuelle, Berne, 2019, n. 29-31.

<sup>320</sup> **Tekinalp**, § 10, n. 22; **Öztan, Fırat**, Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, Ankara, 2008, s. 83; **Ateş**, s. 31; **Troller, Kamen**, Précis du Droit Suisse des Biens Immatériels, 2ème édition, Bâle, 2006, s. 132; **Barrelet, Denis / Egloff, Willi**, Le Nouveau Droit d'Auteur, Berne, 2008, s. 11.

tarafından çekilen fotoğraf telif hukuku korumasından istifade edemez<sup>321</sup>.

## 2. Şekle Bürünme

Eser koruması için aranacak ikinci unsur yaratıcı fikrin bir şekle bürünmesidir. Fikri üretimin şekle bürünmesi ile eser sahibinin yarattığı ürünün duyu organları ile algılanabilir hale gelmesi kastedilmektedir<sup>322</sup>. Eserin algılanmasını sağlayacak duyu organı eser türüne göre farklılık gösterebilir. Örneğin güzel sanat eserleri görme duyusuna hitap ederken; müzik eserleri işitme duyusu ile algılanır.

Bu unsur soyut fikirleri telif hukuku korumasının dışına çıkarmaktadır<sup>323</sup>. Telif hukukunun sağladığı koruma soyut fikirlere yönelik değildir; bunların ifade şeklinin yani şekle bürünmüş halinin korunması amaçlanmaktadır<sup>324</sup>. Bu ilke gereği bir fikir ne kadar

<sup>321</sup> **Salvadé** (Tissot / Kraus), n. 16.

<sup>322</sup> **Buydens, Mireille**, L'Application des Droits de Propriété Intellectuelle, Genève, 2014, s. 236; **Caron, Christophe**, Droit d'Auteur et Droits Voisins, 4ème Edition, Paris, 2015, s. 60-61.

<sup>323</sup> **Salvadé** (Tissot / Kraus), n. 18.

<sup>324</sup> **Troller**, s. 130; **Pollaud-Dulian, Frédéric**, Le Droit d'Auteur, 2ème édition, Paris, 2014, s. 128; **Sirinelli, Pierre**, Propriété Littéraire et Artistique, 3ème édition, Paris, 2016, s. 17; **Caron**, s. 61; **Ateş**, s. 32. “Mahkemece, iddia, savunma, aynı doğrultuda görüş bildiren her iki bilirkişi raporu ve tüm dosya kapsamına göre, davacının dayandığı program taslağının özgün olmadığı, herkesçe bilinen, kullanılan unsurlar taşıdığı, davacının dayandığı program taslağı ile dava konusu programın formatlarındaki belirleyici unsurların birbirinden farklı olduğu, davacının çalışması ile davalının programı arasındaki benzerliklerin dava konusu programın özelliğinden ve işin mahiyetinden kaynaklandığı, daha önceki tarihlerde benzer nitelikte yapımların gerçekleştirildiği, çeşitli yarışmacıların kısa filmlerinin gösterimi ve tanıtımı ile bir jüri tarafından değerlendirilme yapılmasından oluşan bir televizyon yarışma programının “özgün bir format” değil, “soyut bir düşünce” niteliğinde olduğu, soyut düşüncelerin telif hukuku kapsamında korunamayacağı ve soyut düşüncelerin eser sahipliğini ortaya çıkarmayacağı, özgün olmayan bu tür soyut tasarımların herkesçe farklı şekilde, farklı bir anlatım biçimi ile ifade edilebileceği, davalı tarafın dava konusu programının da bu soyut düşüncenin farklı bir biçimde anlatımı niteliğinde olduğu, davalı tarafın dayandığı soyut düşüncenin özgün olmayıp, iltibasın da söz konusu olmadığı, davacı tarafın eser sahipliği iddiası yerinde olmadığı gibi haksız rekabet de bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.” Bkz. Yargıtay 11. HD, T. 21.1.2016, E. 2015/2356, K. 2016/577 (BATİDER, C. XXXII, S. 1, 2016, s. 285-286); “...bir fikir ve sanat eseri, fikir halinde kaldığı sürece eser niteliği kazanamaz ve dolayısıyla Fikir ve Sanat Eserleri Yasası'nın koruyucu hükümlerinden yararlanamaz.” Bkz. Yargıtay 4. HD, T. 1.7.1977, E. 1976/5913, K. 1977/7617 (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası).

yaratıcı olursa olsun fikir düzeyinde kaldığı sürece eser olarak korunmaz. Fransız hukukunda bu ilkeyi ifade etmek için “*fikirler serbest yollardır*”<sup>325</sup> deyişi kullanılmaktadır<sup>326</sup>.

Şekle bürünme, sürekli nitelik taşıyabileceği gibi geçici de olabilir. Ürünün bir an için bile olsa algılanabilir hale gelmesi eser olarak korunması için yeterlidir<sup>327</sup>. Örneğin sözlü olarak ifade edilen bir edebi eser şekle bürünme unsuru açısından kalıcı bir nitelik taşımaz ancak bu durum söz konusu edebi eserin telif hukuku kapsamında korunmasına engel değildir.

### 3. FSEK’te Sayılan Eser Türlerinden Birine Dahil Olma

Bir ürünün eser olarak korunmasını sağlayacak unsurlardan bir diğeri ürünün FSEK’te sınırlayıcı şekilde sayılan bağımsız eser türlerinden birine dahil olmasıdır. FSEK m.1/B-a’da dört bağımsız eser türü sayılmıştır: ilim ve edebiyat eserleri, müzik eserleri, güzel sanat eserleri ve sinema eserleri.

FSEK m.6’da düzenlenen işleme ve derlemeler ise bağımsız bir eser türü oluşturmazlar. Bunlar FSEK’te sayılan dört eser türünden birisine dahil olan eserin niteliğini belirtmektedir. Örneğin sinema eseri olarak korunan bir film, bir romandan uyarlanmış olabilir. Bu durumda söz konusu film, tür olarak sinema eserlerine (FSEK m.5) dahil olmakla birlikte işleme eser olma niteliğine de sahip olur. Yine bir şiir antolojisi her ne kadar derleme eser niteliğine sahipse de eser türü olarak ilim ve edebiyat eserlerine (FSEK m.2) dahildir.

### 4. Eser Sahibinin Hususiyetini Taşıma

Bir fikri ürünün eser olarak korunması için aranacak son unsur ise ürünün yaratıcısının hususiyetini taşımasıdır. Bu unsur bir eseri benzerlerinden ayırt etmeye yarar<sup>328</sup>. Farklı terimler ile ifade

<sup>325</sup> Fr. *les idées sont de libre parcours*.

<sup>326</sup> **Buydens**, s. 236; **Caron**, s. 67; **Gautier, Pierre-Yves**, *Propriété Littéraire et Artistique*, 8ème édition, Paris, 2012, s. 52; **Sirinelli**, s. 17.

<sup>327</sup> **Memiş, Tekin**, “*Fikri Hukukta Korunan Unsur İfade mi Fikir mi?*”, Prof. Dr. Ali Güzel’e Armağan, Cilt II, İstanbul, 2010, s. 1451.

<sup>328</sup> “...bir fikri çabayı diğerlerinden ayıran ve eser olarak korunur hale getiren en önemli unsur, sahibinin hususiyetini yansıtacak düzeyde şekillenmiş olmasıdır.” Bkz. Yargıtay 11. HD, 13.3.2007, E. 2006/934, K. 2007/4555 (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası).

edilmiş olsa da mukayeseli hukukta da eser koruması için bu unsurun varlığı aranır. Ancak bu unsur her hukuk sisteminde aynı yoğunlukta aranmamaktadır. Hatta bu kavrama yüklenen anlam aynı hukuk sistemi içerisinde dahi zamana göre değişebilmektedir.

Bizce, hususiyetten anlaşılması gereken, eserin, “yaratıcısının kişiliğinin izini” taşımasıdır<sup>329</sup>. Hususiyetin tespiti eser türlerine göre farklı analizleri gerekli kılabilir<sup>330</sup>. Bu analizlerin somut olaya göre bilirkişilerce yapılması daha sağlıklı sonuçlar verecektir<sup>331</sup>. Yargıtay’ın uygulaması da bu yönde ağırlık kazanmaktadır<sup>332</sup>.

## II. ESER TÜRLERİNE İLİŞKİN DÜZENLEMELER

### A. Türk Hukukunda Benimsenen Sistem: Sınırlayıcı Sayım

Yukarıda da ifade edildiği üzere Türk hukukunda eser türlerinin sayımı yönünden *numerus clausus* ilkesi benimsenmiştir. Bu sebeple sayılan bu eser türleri dışında yeni bir eser türü ihdas edilemez<sup>333</sup>. Eser olarak korunması istenen fikri ürünün mutlaka bu türlerden birine dahil edilebilmesi gerekir. Ancak kanun koyucunun bu tercihi birtakım sorunlara yol açmaktadır.

<sup>329</sup> **Gautier**, s. 46; **Pollaud-Dulian**, s. 146; **Berenboom, Alain**, *Le Nouveau Droit d’Auteur*, 4ème édition, Bruxelles, 2008, s. 51.

<sup>330</sup> **Bellican, Cüneyt**, “*Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Açısından Hususiyet Kavramı*”, *İKÜHFD*, C.7, S.1, 2008, s. 80.

<sup>331</sup> **Bozgeyik, Hayri**, “*Fikir ve Sanat Eserlerinde Hususiyet*”, *BATİDER*, C. XXV, Sa. 3, 2009, s. 211; **Suluk, Cahit / Karasu, Rauf / Nal, Temel**, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, Ankara, 2017, s. 43.

<sup>332</sup> “...O halde, yukarıda açıklanan hususlar itibarıyla ilim ve edebiyat eserleri konusunda uzman bir bilirkişiden görüş alınmak suretiyle uyumsuzluğa FSEK hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağına belirlenmesi, şayet eser vasfında değil ise; bu taktirde davacının bir TV programında açıkladığı görüşlerinin davalılarca izinsiz olarak bir kitapta yayımlanması nedeniyle ortaya çıkan hukuki durumun genel hükümler çerçevesinde tartışılarak hasıl olacak duruma göre bir karar verilmelidir.” Bkz. Yargıtay 11. HD, T. 13.3.2007, E. 2006/934, K. 2007/455 (**Yavuz, Levent / Alıca, Türkay / Merdivan, Fethi**, *Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu*, 2. Baskı, Ankara, 2014, s. 115-118). Benzer kararlar için bkz. Yargıtay 11. HD, T. 11.10.2002, E. 2002/8275, K. 2002/8839 (YKD, C. 29, S. 3, 2003, s. 383-385); Yargıtay 11. HD, T. 23.5.1974, E. 1974/1100, K. 1974/1805 (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası).

<sup>333</sup> **Tekinalp**, § 10, n. 25; **Öztaş**, s. 91; **Ateş**, s. 120-121.

İlk olarak ifade etmek gerekir ki, eser türleri açısından *numerus clausus* ilkesinin uygulanması telif hukukunun sağladığı korumayı dar kalıplara sıkıştırmaktadır. Bunun başlıca sakıncası sanatsal ve teknolojik gelişmeler sonucu ortaya çıkabilecek yeni fikir ürünlerinin (multimedya eserler<sup>334</sup>, televizyon program formatları<sup>335</sup> gibi) eser olarak nitelendirilmesinde zorluklar yaşanmasıdır<sup>336</sup>.

Ayrıca bir eseri bu şekilde sınıflandırma zorunluluğu getirmek farklı eser türlerine ilişkin özellikleri bünyesinde barındıran karma nitelikteki eserler yönünden güçlük yaratmaktadır. Örneğin çizgi roman gibi metin ve resim unsurlarının birleşiminden oluşan<sup>337</sup> veya bilgisayar oyunları gibi sinema filmi ve bilgisayar programlarına ait unsurları bünyesinde toplayan<sup>338</sup> eserleri bu çerçevede sınıflandırmak güçtür. Dahası, bu uğraş, telif hukukunun özüne uygun olmayıp tamamen Kanunda katı bir rejimin benimsenmiş olmasından kaynaklanmaktadır.

### B. Eser Türlerinin Örneleyici Sayımı

Mukayeseli hukuka bakıldığında eser türlerinin sınırlayıcı şekilde sayılmasının artık tercih edilen bir yöntem olmadığı görülmektedir. Fransa, Belçika, İsviçre gibi ülkelerde eser türleri yönünden bir sayım yapılmaktadır ancak bu sayım sınırlayıcı değil; örneleyicidir<sup>339</sup>. Bu düzenleme şeklinin iki önemli işlevi bulunmaktadır.

<sup>334</sup> Bir görüşe göre multimedya eserlerin yeni bir eser türü olarak Kanuna eklenmesi gerekir. Bkz. **Aksu, Mustafa**, Bilgisayar Programlarının Fikri Mülkiyet Hukukunda Korunması, İstanbul, 2006, s. 130; **Kaynak Koç, Selva / Tevetoğlu, Mete**, “*Bilgisayar Oyunlarının Telif Hakkı Korumasından Yararlanması*”, Legal FSHD, S. 30, 2012, s. 67 vd.

<sup>335</sup> Televizyon program formatlarının eser niteliği ile ilgili ayrıca bkz. **Arıkan, Mustafa**, Fikri Mülkiyet Hukukunda Televizyon Program Formatlarının Korunması, İstanbul, 2012, s. 25 vd.

<sup>336</sup> **Ayiter, Nuşin**, Hukukta Fikir ve San’at Ürünleri, 2. Bası Ankara, 1981, s. 46; **Erel, Şafak N.**, Türk Fikir ve Sanat Hukuku, 3. Baskı, Ankara, 2009, s. 55-56; **Öztañ**, s. 91.

<sup>337</sup> Çizgi romanların eser niteliği ile ilgili ayrıca bkz. **Yıldız, Ozan Ali**, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Kapsamında Çizgi Roman, İstanbul, 2017, s. 89 vd.

<sup>338</sup> **Kaynak Koç / Tevetoğlu**, s. 81 vd.

<sup>339</sup> Fransız hukuku için bkz. **Linant de Bellefonds, Xavier**, Droits d’Auteur et Droits Voisins, 2ème édition, Paris, 2004, s. 61; **Gautier**, s. 66 vd.; **Pollaud-Dulian**, s. 195 vd.; **Sirinelli**, s. 23 vd. Belçika hukuku için bkz. **Berenboom**, s. 73. İsviçre hukuku için bkz. CR PI-Dessementet, Art. 2 LDA, n. 1 ve 21; **Barrelet / Egloff**, s. 15 vd.; **Salvadé** (Tissot / Kraus), n. 13.

İlk olarak, Kanunda sayılan ürünlerin eser niteliği yönünden inceleme yapmak kolaylaşmaktadır. Zira bunların “fikri bir üretimin bulunması” ve “şekle bürünme” unsurlarını bünyesinde barındırdığı karine olarak kabul edilir. Bu durumda ürünün eser olarak nitelendirilmesi açısından sahibinin hususiyeti taşıma unsurunun araştırılması yeterli olacaktır<sup>340</sup>. Bu unsurun da varlığı tespit edilirse söz konusu ürün eser korumasından yararlanır. Kanunda bu şekilde sayılmış olan eserlere “isimli eserler”<sup>341</sup> denilmektedir<sup>342</sup>.

Bu düzenleme şeklinin ikinci ve esas işlevi ise “isimsiz eserler”<sup>343</sup> olarak adlandırılan<sup>344</sup>, kanunda ismi açıkça zikredilmemiş eserlerin korunmasına imkan tanınmasıdır. Yapılan sayım sınırlayıcı bir nitelik taşımadığı için kanun koyucunun öngöremediği eser türleri açısından esneklik sağlanmaktadır. Ancak Kanunda sayılmayan ürünlerin fikri bir faaliyet sonucu meydana getirilip getirilmediği ve şekle bürünme unsurunu sağlayıp sağlamadığı yönünden, isimli eserlere nispetle, daha ayrıntılı bir inceleme yapılması gerekmektedir<sup>345</sup>. Yine de Kanunda sayılmayan ürünler *a priori* olarak kanunun koruma kapsamı dışında bırakılmadığı<sup>346</sup> için bu sistem isimsiz eserler yönünden bir avantaj yaratmaktadır.

Örneğin Türk hukukunda benimsenen *numerus clausus* ilkesi parfümeri ürünlerinin eser olarak korunmasının önüne set çekmektedir. Çünkü parfümeri ürünleri Kanunda sayılan dört eser türünün hiçbiri ile bir benzerlik göstermez. Ancak örnekleyici sayımın yapıldığı hukuk sistemlerinde, parfümeri ürünlerinin Kanunda yapılan sayımda yer almasa dahi somut olayın şartların göre isimsiz eser olarak korunabilecekleri öğretilde kabul edilmektedir<sup>347</sup>. Hatta eser türlerinin örnekleyici şekilde sayıldığı bir

<sup>340</sup> Linant de Bellefonds, s. 61.

<sup>341</sup> Fr. *les oeuvres nommées*

<sup>342</sup> Caron, s. 107.

<sup>343</sup> Fr. *les oeuvres innommées*

<sup>344</sup> Gautier, s. 66; Caron, s. 107.

<sup>345</sup> Caron, s. 107.

<sup>346</sup> Caron, s. 107.

<sup>347</sup> Gaubiac, Yves, “Fragrances et Oeuvres de l’Esprit”, Liber Amicorum Georges Bonet, Paris, 2010, s. 226-228.

başka ülke olan Hollanda’da, Yüksek Mahkeme’nin 2006 yılında verdiği bir kararda parfüm kokusunun eser olarak korunabileceği kabul edilmiştir<sup>348</sup>.

### SONUÇ

Eser türlerinin FSEK’te sınırlayıcı şekilde sayılmış olmasının uygulamada sorunlar yarattığı ve bu düzenleme şeklinin sanatsal ve teknolojik gelişmeler karşısında yetersiz kaldığı kanaatindeyiz. Bu sebeple Fransa, Belçika ve İsviçre gibi ülkelerde eser türlerinin sayımı yönünden tercih edilen örnekleyici sayım yönteminin hukukumuz açısından da benimsenmesi isabetli bir tercih olacaktır.

Bunun için öncelikle, FSEK m.1/B-a’da yapılan tanımın “*Eser: sahibinin hususiyetini taşıyan her nevi fikir veya sanat mahsullerini ifade eder*” şeklinde değiştirilmesi gerekmektedir. Zira Türk hukukundaki *numerus clausus* ilkesi bu maddede eser türlerinin sınırlayıcı şekilde sayılmasına dayanmaktadır. Bu değişiklik yapıldıktan sonra FSEK m.2-5’te düzenlenen eser türleri, örnekleyici bir sayım olarak kabul edilecektir. Ancak eser türlerine ilişkin bu sayımın genişletilmesinde de fayda vardır.

Böylece hem yeni eser türleri yönünden bir esneklik sağlanmış hem de farklı eser türlerine ilişkin özellikleri bünyesinde barındıran karma eserlerin tasnifinde yaşanan sıkıntılar aşılmış olur.

---

<sup>348</sup> Karara ilişkin detaylı açıklamalar için bkz. Ateş, s. 37

### **KISALTMALAR CETVELİ**

BATİDER	:	Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
C.	:	Cilt
E.	:	Esas No
FSEK	:	5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu
HD	:	Hukuk Dairesi
İKÜHFD	:	İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
K.	:	Karar No
Legal FSHD	:	Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi
m.	:	Madde
n.	:	Paragraf Numarası
s.	:	Sayfa
Sa.	:	Sayı
T.	:	Tarih

## KAYNAKÇA

- Aksu, Mustafa**, Bilgisayar Programlarının Fikri Mülkiyet Hukukunda Korunması, İstanbul, 2006.
- Arıkan, Mustafa**, Fikri Mülkiyet Hukukunda Televizyon Program Formatlarının Korunması, İstanbul, 2012.
- Ateş, Mustafa**, Fikri Hukukta Eser, Ankara, 2007.
- Ayiter, Nuşin**, Hukukta Fikir ve San'at Ürünleri, 2. Bası Ankara, 1981.
- Barrelet, Denis / Egloff, Willi**, Le Nouveau Droit d'Auteur, Berne, 2008.
- Bellican, Cüneyt**, “*Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Açısından Hususiyet Kavramı*”, İKÜHFD, C.7, S.1, 2008, s. 67-91.
- Berenboom, Alain**, Le Nouveau Droit d'Auteur, 4ème édition, Bruxelles, 2008.
- Bozgeyik, Hayri**, “*Fikir ve Sanat Eserlerinde Hususiyet*”, BATİDER, C. XXV, Sa. 3, 2009, s. 169- 222.
- Buydens, Mireille**, L'Application des Droits de Propriété Intellectuelle, Genève, 2014.
- Caron, Christophe**, Droit d'Auteur et Droits Voisins, 4ème Edition, Paris, 2015.
- Commentaire Romand**, Propriété Intellectuelle (Ed. De Werra / Gilliéron), Bâle, 2013 (Atıf Şekli: CR PI-Bölüm Yazarı).
- Erel, Şafak N.**, Türk Fikir ve Sanat Hukuku, 3. Baskı, Ankara, 2009.
- Gaubiac, Yves**, “*Fragrances et Oeuvres de l'Esprit*”, Liber Amicorum Georges Bonet, Paris, 2010, s. 217-228.
- Gautier, Pierre-Yves**, Propriété Littéraire et Artistique, 8ème édition, Paris, 2012.
- Kaynak Koç, Selva / Tevetoğlu, Mete**, “*Bilgisayar Oyunlarının Telif Hakkı Korumasından Yararlanması*”, Legal FSHD, S. 30, 2012, s. 55-91.
- Linant de Bellefonds, Xavier**, Droits d'Auteur et Droits Voisins, 2ème édition, Paris, 2004.
- Memiş, Tekin**, “*Fikri Hukukta Korunan Unsur İfade mi Fikir mi?*”, Prof. Dr. Ali Güzel'e Armağan, Cilt II, İstanbul, 2010, s. 1447-1460.
- Öztan, Fırat**, Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, Ankara, 2008.
- Pollaud-Dulian, Frédéric**, Le Droit d'Auteur, 2ème édition, Paris, 2014.
- Sirinelli, Pierre**, Propriété Littéraire et Artistique, 3ème édition, Paris, 2016.
- Suluk, Cahit / Karasu, Rauf / Nal, Temel**, Fikri Mülkiyet Hukuku, Ankara, 2017.
- Tekinalp, Ünal**, Fikri Mülkiyet Hukuku, 5. Bası, İstanbul, 2012.
- Tissot, Nathalie / Kraus, Daniel / Salvadé, Vincent**, Propriété Intellectuelle, Berne, 2019.

**Troller, Kamen**, Précis du Droit Suisse des Biens Immatériels, 2ème édition, Bâle, 2006.

**Yavuz, Levent / Alca, Türkay / Merdivan, Fethi**, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu, 2. Baskı, Ankara, 2014.

**Yıldız, Ozan Ali**, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Kapsamında Çizgi Roman, İstanbul, 2017.



# HAKSIZ REKABET HUKUKU UYGULAMASINDA GENEL İŞLEM KOŞULU KULLANILMASI

**Dr. Ar. Gör. Abdüssamet YILMAZ\***

## I. Giriş

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun (TTK) haksız rekabete ilişkin düzenlemeleri uygulamada sıklıkla kullanılan ve ciddi bir içtihat birikiminin olduğu hükümler olarak karşımıza çıkmaktadır. Haksız rekabete ilişkin TTK m. 54 vd. hükümleri, 1986 tarihli İsviçre Haksız Rekabete Karşı Federal Kanunu'ndan<sup>349</sup> (İsvHRK) alınmıştır. Yapılan değişiklikler ile birlikte 6762 sayılı Kanun döneminde açıkça zikredilmeyen haksız rekabet halleri de hukukumuza dahil edilmiştir. TTK'ya yeni eklenen haksız rekabet hallerinden biri de TTK m. 55/I, f'de, "*Dürüstlük kuralına aykırı işlem şartları kullanma*" olarak belirlenmiştir.

TTK m. 55/I, f hükmü, genel işlem koşulları kullanımını haksız rekabet hukuku boyutuyla ele alması itibariyle önemli bir düzenleme olmakla birlikte, uygulamada beklenen etkiyi gösterememiştir. Bunun altında yatan nedenin ise haksız rekabet hukuku ile genel işlem koşulları arasında bağlantının gereği gibi kurulamamasından kaynaklandığı kanaatindeyiz. Dolayısıyla çalışmamızda genel işlem koşulu kullanımının haksız rekabet bağlamında değerlendirilmesi yapılarak TTK m. 55/I, f hükmünün önemi üzerinde durulacaktır.

---

\* Marmara Üniversitesi Adalet MYO – Ticaret Hukuku; Araştırma Görevlisi

<sup>349</sup> Loi Fédérale Contre La Concurrence Déloyale du 19 Décembre 1986 – LCD.

## II. Genel İşlem Koşullarının Haksız Rekabet Bağlamında Ele Alınması

Dürüstlük kuralına aykırı genel işlem koşulları kullanılması suretiyle haksız rekabetin oluşturulmasına ilişkin TTK m. 55/I, f hükmü, TTK'nın haksız rekabet hükümlerinin tamamında olduğu gibi 1986 tarihli Haksız Rekabete Karşı Federal Kanun (İsvHRK) hükümlerinden alınmıştır. İsviçre'de genel işlem koşulları haksız rekabet hukuku bağlamında, 1986 tarihli mevcut Haksız Rekabete Karşı Federal Kanun ile birlikte ilk kez düzenleme altına alınmıştır. Türk hukuku aksine İsviçre'de genel işlem şartlarına ilişkin tek düzenleme de burada yer almaktadır.

TTK m. 55/I, f düzenlemesi İsvHRK m. 8'e karşılık gelmektedir. Ancak İsvHRK m. 8 hükmü, genel işlem koşullarına ilişkin korumanın istenildiği gibi sağlanamaması ve doktrindeki eleştiriler nedeniyle değiştirilmiştir. İsvHRK md 8'in güncel hali, *“madde 8 – Yolsuz ticari şartların kullanımı: Özellikle dürüstlük kuralına aykırı ve tüketici aleyhinde olan, sözleşmedeki hak ve yükümlülükler arasında açık ve haksız bir oransızlık öngören genel işlem şartı kullanımı hukuka aykırıdır.”* şeklinde tekrardan kaleme alınmıştır<sup>350</sup>.

İsvHRK m. 8'in değiştirilmesinde rol oynayan etkenler, (i) yanıltıcılık şartının uygulamada ciddi sorunlara yol açması<sup>351</sup>; hükmün uygulamasını önemli ölçüde daraltan bu şartın kaldırılması ile hükme işlerlik kazandırılmak istenmesi; (ii)- hükmün uygulama alanını tüketicilerle yapılan sözleşmeler ile sınırlandırarak, sözleşme özgürlüğüne aşırı müdahalede bulunulmaması isteği; (iii)- hükmün

<sup>350</sup> İsvHRK m. 8'in Fransızca metni şu şekildedir: *“Utilisation de conditions commerciales abusives – Agit de façon déloyale celui qui, notamment, utilise des conditions générales qui, en contradiction avec les règles de la bonne foi prévoient, au détriment du consommateur, une disproportion notable et injustifiée entre les droits et les obligations découlant du contrat.”*

<sup>351</sup> TTK m. 55/I, f'de yer alan, *“özellikle yanıltıcı bir şekilde...”* ifadesi dolayısıyla İsviçre'de yanıltıcı nitelik taşımayan genel işlem koşullarının haksız rekabet teşkil etmeyeceği görüşü ileri sürülmekte, bu durum ise hükmün uygulama alanını oldukça daraltmaktaydı. Zira genel işlem koşullarının teşkil ettiği en büyük sorun, ekonomik olarak güçsüz durumda bulunan kişilere söz konusu hükümlerin dayatılmasında kendisini göstermektedir. Detaylı bilgi için bkz. **YILMAZ**, Abdüssamet; *Haksız Rekabet Hukukunda Genel İşlem Şartı Kullanımı*, Ankara 2015, s. 71

ilk halinde yer alan “kanuni düzenlemeden önemli ölçüde ayrılma” ile “sözleşmedeki hak ve yükümlülükler arasındaki açık bir oransızlık ve haksızlık” kriterlerinin birbirinin içinde yer alan hususlar olması sebebiyle bunların kaldırılarak hükmün sadeleştirilmek istenmesi, olarak ifade edilmektedir<sup>352</sup>.

İsviçre’de genel işlem koşullarına ilişkin hükmün tüketicilerle yapılan sözleşmelerle sınırlandırılması düşüncesinin temelinde, tacirler arasındaki ilişkilerde sözleşme özgürlüğüne müdahale edilmemesi fikri yer almaktadır. Zira hem basiretli davranma yükümlülüğü altında olan tacirin yaptığı işlemlerin sonucunu görenek hareket ettiği varsayılır, hem de ticaret hayatında sözleşmenin içeriğine yönelik müdahaleler işlem güvenliğine aşırı zarar verip ticari hayatı olumsuz etkiler<sup>353</sup>. Bu sebeplerle İsviçre kanun koyucusu da tacirler arası sözleşmeleri içerik denetimine tabi tutmak istememiştir. Ancak düzenlemenin tüketicilerle sınırlandırılması haksız rekabet hukuku bağlamında istenilen sonuçlara ulaşılmasını da engelleyebilecek niteliktedir. Nitekim bu sebeple doktrinde, tüketici kavramının geniş yorumlanarak “müşteri” olarak anlaşılması ve bu sayede tacirlerin de korumadan yararlandırılması yönünde bir fikir ortaya atılmıştır. Bu görüşün temelinde de tüketici kavramının İsviçre’de kanunlarda tanımlanmamış olması sebebiyle Federal Mahkemenin bu kavramı geniş yorumlama ihtimali yer almaktadır. Ancak her ne kadar birincil mevzuatta tüketicinin tanımı yapılmamış olsa da ikincil mevzuatta bir tüketici tanımı mevcuttur. Fiyatların Gösterilmesine ilişkin Tebliğin 2. maddesinin 2. fıkrasında<sup>354</sup> tüketici, “Bir mal veya hizmeti, ticari ya da profesyonel amaçları dışında satın alan her kişi tüketici sayılır” şeklinde tanımlanmıştır<sup>355</sup>. Sonuç olarak İsvHRK m. 8 yeni haliyle tüketicinin korunmasına yönelik bir kanun hükmü haline gelmiştir.

<sup>352</sup>Detaylı bilgi için bkz. **YILMAZ**, s. 71 vd. Ayrıca bkz. **MARCHAND**, Sylvain; *Art. 8 LCD: Un Leger Mieux sur le Front des Intemperies*, REAS 2011, s. 331 – 332.

<sup>353</sup>**MARCHAND**, s. 330 – 331.

<sup>354</sup>*Ordonnance sur l’indication des prix Art. 2 al. 2: “Est réputée consommateur toute personne qui achète une marchandise ou une prestation de service à des fins qui sont sans rapport avec son activité commerciale ou professionnelle”*

<sup>355</sup>**YILMAZ**, s. 72.

### III. Genel İşlem Koşullarının Türk Hukuku'nda Düzenlenişi

2011 yılındaki kanunlaştırma hareketleri ile birlikte Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, Ticaret Kanunu ve Borçlar Kanunu değiştirilmiş ve birçok alanda yeni düzenlemeler ve kurumlar Türk hukuk sistemine dahil edilmiştir. Genel işlem koşullarına ilişkin hükümler de bu süreçte TTK md 55/I, f ile haksız rekabet bağlamında, TBK m. 20 – 25 düzenlemeleri ile de borçlar hukuku bağlamında ele alınmıştır. Dolayısıyla mevcut durumda Türk Hukuku'nda genel işlem koşullarına ilişkin ikili bir sistem<sup>356</sup> bulunmakta ve bu iki sistemin birbiri ile uyum içinde varlığını sürdürmelerinin sağlanması gerekmektedir.

Genel işlem koşulu kavramı TBK m. 20'de, "...bir sözleşme yapılırken düzenleyenin, ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir." şeklinde tanımlamıştır. Bu hükümden ve doktrindeki tanımlardan hareketle, bir sözleşme hükmünün genel işlem koşulu olarak nitelendirilebilmesi için aranan şartlar,

1. Sözleşmenin kurulmasından önce ve tek taraflı düzenlenmiş olma,
  2. Genel ve soyut nitelikte hükümler olma,
  3. Birden fazla sözleşme ilişkisinde kullanılmak üzere hazırlanmış olma,
  4. Sözleşmeye dahil edilmek niyetiyle sözleşmenin karşı tarafına sunulmuş olma,
- şeklinde karşımıza çıkmaktadır<sup>357</sup>.

Bir sözleşme hükmünün genel işlem şartı niteliğinde olup olmadığı, TBK m. 20 vd. hükümleri uyarınca belirlenecektir. Ancak

<sup>356</sup> 6562 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da haksız şart olarak adlandırılan bir kurum bulunmaktadır. Genel işlem şartları haksız şartlar olarak görülebilecek olsa da her haksız şart genel işlem koşulu teşkil etmeyebilecektir. Dolayısıyla haksız şart genel işlem koşulundan daha geniş bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır. **NOMER ERTAN**, Füsün; *Haksız Rekabet Hukuku*, İstanbul 2016, s. 353.

<sup>357</sup> **ATAMER**, Yeşim; *Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi – TKHK md. 6 ve TTK md. 55/1-f ile Karşılaştırmalı Olarak*, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu 8 Nisan 2011, Banka ve Ticaret

burada önemli bir noktaya değinmek gerekmektedir. Genel işlem koşulu kullanılması tek başına hukuka aykırı bir eylem niteliğinde değildir. Genel işlem koşulu kullanımının hukuka aykırılık teşkil etmesi, bunların dürüstlük kuralına aykırı olmaları halinde gündeme gelmektedir. Nitekim TTK m. 55/I, f ile yasaklanan da dürüstlük kuralına genel işlem koşulları kullanılmasıdır.

TTK m. 55/I, f hükmünde haksız rekabet teşkil eden genel işlem koşulu kullanımı,

*“Dürüstlük kuralına aykırı işlem şartları kullanmak. Özellikle yanıltıcı bir şekilde diğer taraf aleyhine;*

*1. Doğrudan veya yorum yoluyla uygulanacak kanuni düzenlemeden önemli ölçüde ayrılan, veya*

*2. Sözleşmenin niteliğine önemli ölçüde aykırı haklar ve borçlar dağılımını öngören, önceden yazılmış genel işlem şartlarını kullananlar dürüstlüğe aykırı davranmış olur.”* şeklinde belirlenmiştir. Hükümden de anlaşıldığı üzere yasaklanan, dürüstlük kuralına aykırı genel işlem koşulları kullanılması olup maddede genel işlem koşullarının hangi hallerde dürüstlük kuralına aykırı olacağı örneksene yoluyla gösterilmiştir<sup>358</sup>.

Mevcut durumda, Türk hukukunda genel işlem koşullarına ilişkin iki farklı düzenleme olması nedeniyle uygulamada bir kafa karışıklığının yaşandığı görülmektedir. Bu bağlamda doktrinde, sözleşmelerin kural olarak sadece tarafları bakımından bağlayıcı olması nedeniyle, üçüncü kişi konumundakilerin bu sözleşme hükümlerinin dürüstlük kuralına aykırı olmasından hukuken etkilenmesi sonucunu doğuracak bir düzenlemenin haksız rekabet hukuku hükümleri ile getirilmesinin mümkün olmadığı ifade edilmektedir<sup>359</sup>.

---

Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, s. 12 vd.; **HAVUTÇU**, Ayşe; *Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması*, İzmir 2003 s. 74 vd.; **AYDOĞDU**, Murat; *6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda Düzenlenen Genel İşlem Koşullarının Konu Bakımından Uygulama Alanı*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C 13, S 2, 201 s. 13; **YILMAZ**, s. 78.

<sup>358</sup> Detaylı bilgi için bkz. **YILMAZ**, s. 75 vd.

<sup>359</sup> **NOMER ERTAN**, s. 390.

Genel işlem koşullarının haksız rekabet hukukunun konusunu oluşturmadığı, genel işlem koşulu kullanımının rekabeti etkileyici bir etkisinin olmayacağı görüşünün altında yatan nedenin, haksız rekabetin salt bir haksız fiil olarak kabul edilmesi yönündeki düşünce olduğu kanaatindeyiz. Ancak haksız rekabetin koruduğu menfaatler ve getiriliş amacı dikkate alındığında, “*haksız rekabet eşittir haksız fiil*” önermesinin eksik bir yaklaşım olduğu anlaşılabacaktır. Zira haksız rekabet hukuku ile dürüst ve bozulmamış rekabet ortamının temini amaçlanmakta olup hukuka uygun, saf, temiz ve etkin bir rekabet ortamının sağlanması ile rekabetten beklenen pozitif etki bütün katılanlar için ortaya çıkacaktır<sup>360</sup>. Nitekim İsviçre doktrininde de haksız rekabet hukuku ile korunmanın aynı zamanda etkin rekabet olduğu ifade edilerek etkin rekabetin, pazara tüm katılanların fayda sağladığı ve pazarda baskın ekonomik durumların oluşmamasının garanti edildiği bir rekabet ortamını işaret ettiği belirtilmektedir<sup>361</sup>. Dürüst ve bozulmamış bir rekabet ortamının yokluğu uzun vadede, özellikle tüketiciler bakımından yıkıcı sonuçlara neden olabilecektir. Dolayısıyla haksız rekabete ilişkin hükümler ile amaçlananın, pazara katılan kişilerin eylemlerini dürüst bir şekilde gerçekleştirmeleri olduğu sonucuna varılmaktadır.

Kanaatimizce TBK ile haksız rekabet hukuku hükümleri farklı menfaatleri koruduğundan, genel işlem koşullarının her iki hukuk disiplininde ayrı ayrı ele alınması yerinde bir tercihtir. Aşağıda bu husus üzerinde açıklamalarda bulunulacaktır.

#### **A. Haksız Rekabet Hukukunun Amacı Bağlamında TTK m. 55/I, f'nin Değerlendirilmesi**

Haksız rekabet hükümleri bütün katılanların menfaatine dürüst ve bozulmamış bir rekabet ortamını temin etmeyi amaçlamaktadır (TTK m. 54/I). Bu bağlamda katılanların birbirlerine karşı doğrudan haksız rekabet teşkil eden eylemleri yaptırımı bağlandığı gibi “*iş şartlarına uymamak*” (TTK m. 55/I, e) gibi rekabetin düzgün bir şekilde işleyebilmesi için getirilen

<sup>360</sup> Message a l'appui d'une Loi Federale Contre la Concurrence Deloyale du 18 mai 1983, 83.038, s. 1069.

<sup>361</sup> Bkz. **TROLLER**, Kamen; *Manuel du Droit Suisse des Biens Immateriels Tome 2*, Helbing&Lichtenhahn, 1996, s. 907, dn. 13 ve burada yer alan yazarların görüşü.

kurallara riayet edilmemesi de haksız rekabet olarak kabul edilmiştir.

Rekabet ortamının düzgün bir şekilde işlemesi için getirilmiş olan bir haksız rekabet hükmü de genel işlem koşulları kullanımına ilişkin TTK m. 55/I, f düzenlemesidir. Kanun koyucu, dürüstlük kuralına aykırı genel işlem koşulları kullanılmasını haksız rekabet hali olarak belirlemek suretiyle bu eylemin dürüst ve bozulmamış rekabet ortamını tehlikeye düşürdüğü varsayımında bulunmuştur. Ekonomik hayatta sıklıkla kullanılan bir araç olması sebebiyle kanun koyucunun genel işlem koşullarının rekabet ortamına etkisini denetlemesi yerinde bir yaklaşım olarak görülmektedir.

Genel işlem koşulları kullanımını başlı başına hukuka aykırı bir davranış teşkil etmemektedir. Ancak genel işlem koşullarının kötüye kullanılabilir nitelikte olması nedeniyle kanun koyucu tarafından belirli sınırlamalar getirilmiştir. Zira karşı tarafın sözleşmeye müdahale yetkisi genel işlem koşulları ile büyük ölçüde sınırlandırmaktadır. Özellikle sözleşmesel bir ilişkide güçlü olan tarafın genel işlem koşulu niteliğindeki sözleşme hükümlerini karşı tarafa dayatması, meselenin ticari hayatta da büyük sorunlara yol açabilecek ve rekabeti etkileyebilecek nitelikte olduğunu göstermektedir.

### **B. Genel İşlem Koşullarına İlişkin TBK ve Haksız Rekabet Hukuku Düzenlemeleri Arasındaki İlişki**

TTK m. 55/I, f düzenlemesinin uygulamada istenilen etkiyi yaratamadığı belirtilmelidir. Bu durumun birçok nedeni olmakla birlikte maddenin ele alınış tarzı ve Türk hukukunda hali hazırda birden fazla genel işlem koşuluna ilişkin hükmün olması önemli etkenlerdendir. Ayrıca yukarıda da ifade edildiği üzere haksız rekabetin bir haksız fiil sorumluluğuna indirgenmesi de uygulamada, dürüstlük kuralına aykırı genel işlem koşulu kullanımı ile haksız rekabet hukuku arasında bağlantı kurulmasını zorlaştırmaktadır. TTK m. 55/I, f'nin doğru bir şekilde anlaşılabilir olarak uygulanabilmesi için genel işlem koşullarının rekabeti etkileyen bir davranış olduğunun ortaya konulması ve TBK ile TTK hükümlerinin birbirinden farklı menfaatleri koruduğunun belirlenmesi önem arz etmektedir.

## 1. Genel İşlem Koşulları Kullanımının Rekabet Ortamına Etkisi

Dürüstlük kuralına aykırı genel işlem koşullarının kullanılmasının pazara yönelik bir etkisinin olup dürüst ve bozulmamış rekabet ortamına tehdit oluşturduğu, gerek İsviçre gerek Türk kanun koyucusu tarafından kabul edilmiştir. Gerçekten de TBK sisteminde sözleşmelere ilişkin hükümler, sözleşmelerin aynı ekonomik ve bilgi seviyesinde olan kişiler arasında karşılıklı “pazarlık ve müzakere” yoluyla “tartışılarak” kurulduğu kabulüne göre düzenlenmiştir<sup>362</sup>. Ancak sözleşme özgürlüğünün bu klasik görünümü ekonomik hayatta çoğu kez uygulama alanı bulamamakta, yapılacak sözleşmenin hükümleri bir tarafça tespit edilmekte ve diğer tarafa sadece bu sözleşmeyi “yapma veya yapmama” hususunda bir serbesti kalmaktadır<sup>363</sup>. Bu durum ise sözleşme serbestisini ortadan kaldırıp kurumun kötüye kullanılmasına neden olabileceği gibi dürüstlük kuralına aykırı genel işlem koşulları kullanılması yoluyla menfaat dengeleri bozularak piyasanın işleyişi üzerinde olumsuz etkileri olabilecek sonuçlara da sebebiyet verebilecektir. Pazarda güçlü konumda olan bir tarafın dürüstlük kuralına aykırı genel işlem koşulları kullanmak suretiyle sözleşmelerini ağır yükümlülükler altına sokması veya kendisine birtakım avantajlar sağlaması, bu kişinin emeğinin karşılığının ötesinde haksız bir kazanç sağlamasına neden olmaktadır.

Basit bir anlatımla, herkesin emeği oranında fayda sağlaması gerektiğini ifade eden emek ilkesi, haksız rekabet hukukunun temelinde yer alan bir kuraldır. Dürüstlük kuralına aykırı genel işlem koşulları vasıtasıyla, emeğinin karşılığını aşan bir fayda sağlayan kişinin bu eylemi haksız rekabet teşkil edecektir. Zira kanun koyucu TTK m. 54’de rekabetin dürüst ve bozulmamış bir şekilde cereyan etmesini istemekte ve bu rekabet ortamını korumak için düzenlemeler getirmektedir. Dürüstlük kuralına aykırı genel işlem

<sup>362</sup> KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip, *Borçlar Hukuku–Genel Bölüm, 1. Cilt*, İstanbul 2008, s. 225; ATAMER, Yeşim; *Tacirlerin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunma Yolları*, İstanbul 2001, s. 7.

<sup>363</sup> OĞUZMAN, Kemal / ÖZ, Turgut; *Borçlar Hukuku Genel Hükümler 1. Cilt*, İstanbul 2012, s. 25.

koşullarının kullanılması ise rekabet ortamını, bu eylemi gerçekleştiren kişinin lehine olarak bozmaktadır. Elbette bu durumdan rekabet ortamının etkilenmemesi mümkün olmayıp, böylesi bir durumda haksız rekabet hükümlerine başvurulması da kaçınılmaz olacaktır.

## **2. Genel İşlem Koşullarına İlişkin İkili Düzenlemenin Sonuçları**

Genel işlem koşulları kullanımının Türk ve İsviçre hukuku uyarınca bir pazar davranışı olarak kabul edilmesi nedeniyle, kurumun sadece sözleşmeler hukuku bağlamında ele alınması, ulaşılmak istenen korumayı sağlamakta yeterli olmayacaktır. Zira Borçlar Hukukunda yer alan düzenlemeler, sözleşmede bozulan hak ve yükümlülükler dengesi yeniden sağlama amacına hizmet etmektedir. Sadece sözleşmenin taraflarını ilgilendiren bu tür yaptırımların haksız rekabet hukuku bağlamında yeterli olması ise mümkün değildir. Örneğin, bir tacirin çok sayıda kişiyle akdettiği farklı sözleşmelerin sadece bir kısmının karşı sözleşenler tarafından TBK hükümleri uyarınca geçersiz kılınması, tacirin diğer kişilerle yaptığı aynı genel işlem koşullarını içeren sözleşmelere etki etmeyecektir. Dolayısıyla aynı genel işlem koşulları varlığını sürdürmeye devam edecektir. Bu itibarla, mahkemeler tarafından en ileri düzeyde gerçekleştirilecek içerik denetimleri dahi, somut olayda genel işlem şartlarının kullanılmasının pazar üzerindeki olumsuz etkilerini ortadan kaldırmayacaktır<sup>364</sup>. Açıklanan nedenlerle haksız rekabet teşkil eden bir davranışın sadece bir sözleşmeye özgü olarak iptal edilmesi, söz konusu hukuka aykırılığın önlenmesinde ve bozulan rekabet ortamının tekrardan sağlanmasında yeterli korumayı sağlamayacaktır.

Haksız rekabet hukukunun amacı dürüst ve bozulmamış rekabet ortamını temin etmek olduğundan, zarar gören kişinin bu zararını tazmin etmek ikinci planda kalmaktadır. Nitekim maddi ve manevi tazminat talep edilebilmesinin şartları haksız rekabet sebebiyle açılabilir tespit, men ve haksız rekabetin sonucu olan maddi durumun ortadan kaldırılması davalarından farklıdır. Haksız

---

<sup>364</sup> YILMAZ, s. 74.

rekabet hukuku bağlamında önemli olan pazara yönelik bir eylemin mevcudiyeti olup pazarın bu eylemden etkilenme ihtimali varsa haksız rekabet gündeme gelecektir. Kanun koyucu genel işlem şartı kullanımında da bu amaçla hareket etmektedir. Elbette genel işlem şartı kullanımı durumunda TBK ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (TKHK) hükümleri ile sözleşmelerdeki ilgili hükümler geçersiz sayılabilecektir. Ancak tacirin aynı sözleşme hükümleri ile başka sözleşmeler yapması her zaman mümkündür. Bu ise pazarın dürüst ve bozulmamış bir şekilde işlemesi önünde engeldir. Zira haksız rekabet hükümleri ile bütün katılımcıların -ki bunların içinde tüketiciler de bulunmaktadır- menfaatine, dürüst ve bozulmamış rekabet ortamının temini amaçlanmaktadır. Elbette tüketiciler TKHK hükümleri uyarınca haklarını koruyabilecekler, ancak bu koruma haksız rekabet hukuku bakımından yeterli olmayacaktır.

Türk hukukunda genel işlem şartlarına karşı çift yönlü bu korumanın yerinde olduğu, bu bağlamda farklı hukuk disiplinlerine özgü temel kanunlarla genel işlem şartlarının düzenlenmesinin yerindeliği gerek İsviçre gerek Alman<sup>365</sup> hukukundaki gelişmeler incelendiğinde açıkça görülmektedir. İsviçre Hukuku, genel işlem şartlarının denetiminde haksız rekabet bağlamından yola çıkarak bunun yanında sözleşmeler hukuku bağlamında da bir yaptırımı kabul ederken; Alman Hukuku'nda süreç tam aksi yönde işlemiş ve ilk olarak sözleşmeler hukuku bağlamında bir yaptırıma tabi olan genel işlem şartı kullanımı daha sonra haksız rekabet bağlamında ele alınmıştır. Her iki hukuk sistemindeki bu durum, genel işlem şartlarının iki cephesi olan bir kurum olduğunu ve her iki cephesi için de ayrı yaptırımların öngörülmesi gerektiğini göstermektedir<sup>366</sup>. Bu çerçevede Türk hukukundaki çift yönlü korumanın (sözleşme hukuku uyarınca koruma ve haksız rekabet koruması) yerinde olduğu söylenebilecektir. Borçlar hukuku özellikle sözleşme

---

<sup>365</sup> Almanya'da genel işlem koşullarına ilişkin düzenleme Medeni Kanun'da yer almaktadır. Alman Haksız Rekabet Kanunu'nda ise genel işlem koşulları kullanımı haksız rekabet bağlamında ele alınmamıştır. Ancak Alman Federal Mahkemesi içtihat yoluyla genel işlem koşullarına ilişkin Medeni Kanun'daki hükümlere aykırılığın haksız rekabet oluşturacağı sonucuna varmıştır, bkz. **YILMAZ**, s. 66 vd.

<sup>366</sup> **YILMAZ**, s. 74 vd.

özgürlüğü prensibinden hareketle taraflar arasındaki sözleşme ilişkisini dikkate alarak somut ilişkiyi denetlerken, haksız rekabet hukukunda ise kanun koyucu “*dürüst ve bozulmamış rekabetin*” temini amacıyla soyut ve genel bir denetimi amaçlar<sup>367</sup>. Genel işlem koşullarının haksız rekabete ilişkin hükümlerde düzenlenmesi, bunların dürüstlük kuralına aykırı olarak kullanılmalarının rekabeti bozucu etkileri olacağı ve dolayısıyla pazara katılan kişilerin menfaatlerini etkileyebileceği nedeniyledir.

#### IV. SONUÇ

Genel işlem koşullarının haksız rekabet bağlamında değerlendirilmesi yerinde bir seçim olarak görülmekle birlikte, uygulamada beklenen etkiyi gösteremediği görülmektedir. Ancak genel işlem koşulları kullanımının haksız rekabet hali olarak düzenlenmesi, kanun koyucunun bu eylemin rekabeti etkileyici yönlerinin olduğu kabulüne dayandığından hükme işlerlik kazandırılması oldukça önemlidir.

Haksız rekabet hukuku ile korunan menfaatler birbirinden tamamen farklıdır. Haksız rekabetin haksız fiil olarak nitelendirilmesi, kurumun uygulama alanının daraltılması sonucunu doğurmaktadır. Halbuki ayrı bir kanun olması gerektiği ifade edilen haksız rekabet hukuku ile daha özel ve nitelikli bir menfaat korunmaktadır. Kaldı ki TBK hükümleri ile sözleşme hükümlerinin iptal edilmesi her bir sözleşme özelinde mümkün olmakla birlikte, efektif bir sonuca ancak haksız rekabet hükümleri ile ulaşılabilir. Ayrıca TTK m. 62 uyarınca, TTK m. 55’de yazılı haksız rekabet fiillerinden birini kasten işleyenler bakımından cezai sorumluluğun getirildiği göz önünde bulundurulduğunda, haksız rekabet hükümlerinin önemi bir kez daha ortaya çıkmaktadır.

---

<sup>367</sup> UZUNALLI, s. 405; YILMAZ, s. 75.

## **KISALTMALAR CETVELİ**

bkz.	: bakımız
C.	: Cilt
dn.	: dipnot
İsvHRK:	İsviçre Haksız Rekabete Karşı Federal Kanun
LCD	: Loi Fédérale Contre la Concurrence Déloyale (Haksız Rekabete Karşı Federal Kanun)
m.	: madde
S.	: Sayı
s.	: sayfa
TBK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TKHK	: 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
TTK	: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
vd.	: ve devamı

## KAYNAKÇA

- ATAMER**, Yeşim; *Tacirlerin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunma Yolları*, İstanbul Ticaret Odası Yayını, Nr. 2001-08, İstanbul 2001.
- ATAMER**, Yeşim; *Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi – TKHK m. 6 ve TTK m. 55/1-f ile Karşılaştırmalı Olarak*, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu 8 Nisan 2011, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları.
- AYDOĞDU**, Murat; *6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda Düzenlenen Genel İşlem Koşullarının Konu Bakımından Uygulama Alanı*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 13, S. 2, s. 1 – 50.
- HAVUTÇU**, Ayşe; *Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması*, Güncel Yayınevi, İzmir 2003.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU** Necip, *Borçlar Hukuku–Genel Bölüm, 1. Cilt*, Filiz Kitabevi, İstanbul 2008
- MARCHAND**, Sylvain; *Art. 8 LCD: Un Leger Mieux sur le Front des Intemperies*, REAS 2011.
- Message a l'appui d'une Loi Federale Contre la Concurrence Deloyale du 18 mai 1983, 83.038 (FF 1983 II 1037)
- NOMER ERTAN**, Füsün; *Haksız Rekabet Hukuku*, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2016
- OĞUZMAN**, Kemal / **ÖZ**, Turgut; *Borçlar Hukuku Genel Hükümler 1. Cilt*, Vedat Yayınları, İstanbul 2012.
- TROLLER**, Kamen; *Manuel du Droit Suisse des Biens Immateriels Tome 2*, Helbing&Lichtenhahn, 1996.
- UZUNALLI**, Sevilay; *Genel İşlem Koşullarının Haksız Rekabet Hükümleri ile Denetlenmesi*, İÜHFM C. LXXI, S. 2, Y. 2013, s. 383 – 420.
- YILMAZ**, Abdüssamet; *Haksız Rekabet Hukukunda Genel İşlem Şartı Kullanımı*, Seçkin Yayınları, Ankara 2015.

**KARAR  
İNCELEMESİ**

## TASARIMLARIN HÜKÜMSÜZLÜĞÜ HAKKINDA EUIPO VİTRİN KARARI İNCELEMESİ

Av. Filiz ÖZDİLER, LL.M.\*

### I – KARARIN ÖZETİ

Makalemizde inceleyeceğimiz karar<sup>368</sup> Avrupa Birliği Fikri Mülkiyet Ofisi (EUIPO) tarafından EUIPO bünyesinde yargılama faaliyeti gösteren 3. Hükümsüzlük Dairesi'nce verilen Portekiz menşeli hükümsüzlük başvurusu “FABULOUS CIPHER” ile yine Portekiz menşeli giyim firması “PARFOIS” arasında görülen vitrin tasarımı hakkında bir hükümsüzlük davası kararıdır.<sup>369</sup>

Bilindiği gibi, vitrin tasarımlarına da tasarım tescili ile koruma sağlanmaktadır. Hükümsüzlük başvurusu, tescilli tasarım sahibinin resimde gösterilen vitrin tasarımının, aşağıda gösterilen benzer nitelikte önceki tarihli vitrin tasarımları bulunduğu ve “deja vu” temalı olduğu iddia edilen tescilli tasarımın yenilik ve ayırt edicilik kriterlerini haiz olmaması nedeniyle hükümsüz kılınmasını talep etmiştir.

Resim 1. Hükümsüzlüğü istenen tescilli topluluk tasarımı (altta)

---

\* Avukat - İstanbul Barosu

<sup>368</sup>EUIPO Hükümsüzlük Dairesi, 26.03.2019 tarih, 2582/2017-3 no'lu kararı.

<sup>369</sup>Avrupa Birliği marka ve tasarımların tescil ofisi olarak, eski ismiyle OHIM, sonradan değiştirilen ismiyle EUIPO, Alicante'deki merkez ofisinde görev yapmaktadır. EUIPO kendi bünyesinde bulunan Hükümsüzlük Dairesi (Cancellation Division-CD) ve Temyiz Kurulu (Boards of Appeal-BoA) ile adeta Türkiye'deki bir Fikri Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi gibi yargılama yaparak, burada markaların veya tasarımların hükümsüzlüğü kararı verilmektedir. Hükümsüzlük Dairesi kararı aleyhine olan taraf, EUIPO Temyiz Kurulu'na yeniden inceleme için başvuruda bulunabilir. Temyiz Kurulu kararlarına ise ATAD (Avrupa Topluluğu Adalet Divanı) bünyesindeki Genel Mahkemede (General Court) itiraz edilmektedir. Genel Mahkeme kararlarını ATAD, AB müktesebatına uygunluk yönünden inceler.



**A) BAŞVURUCUNUN İDDİASI:** Başvurucu hükümsüzlük iddiasında bulunduğu tescilli tasarımının Topluluk Tasarım Tüzüğü'nün 25(1) (b), (c), (d), (e), (f) veya (g) maddelerini dayanak göstererek hükümsüzlüğünü talep etmiştir. Başvurucu özellikle Tüzüğün 25/1/b'nin atıf yaptığı 5. ve 6. maddelerde düzenlenen yenilik ve ayırt edicilik kriterlerini tasarımın haiz olmaması nedeniyle hükümsüzlüğünü talep etmiş, Tüzük 6. maddeye göre tescilli tasarımın önceki tarihli kamuya sunulmuş vitrin tasarımlarıyla karşılaştırıldığında farklı bir izlenim yaratmadığı ve yenilik yaratacak kadar eşsiz olmadığını iddia etmiştir.

Başvurucu ayrıca hükümsüzlük iddiasında, tescilli tasarımın mağaza vitrinlerinde gösterilmek üzere kıyafet ve aksesuarların iç tasarımı için kullanıldığını, bilgilendirilmiş kullanıcının "mağazada alışveriş yapmak için gelen müşteriler" olarak tanımlanacağını belirtmiştir. Ayrıca ilgili tasarımın açısından şekiller, vitrinin inşası açısından tasarımcının seçenek özgürlüğünün geniş olduğunu, teknik fonksiyonda herhangi bir kısıtlama olmadığını iddia etmiştir. Aşağıda başvuru tasarımcısının tescilli tasarıma benzer olduğunu gösteren vitrin görselleri bulunmaktadır.

Resim 2. Uterque, Moraleja green alışveriş merkezi, Madrid, Haziran 2014’te çekilmiş fotoğraf.



Başvurucu ayrıca tarih belirtmeden tescil tasarımına benzer olduğu düşülen 24 adet mağaza vitrini görselini dosyaya ek uzman raporu ile birlikte delil olarak sunmuştur. Aşağıda bunlardan birkaç tanesi örnek olarak sunulmuştur.





Başvurucu özellikle vitrin tasarım görsellerinin ortak özelliklerinin geniş vitrin camları, karanlık çerçeve, girişte retro aydınlatmalı logo/marka, şerit biçimli iç aydınlatma, mankenler ve mobilyalar, ve tüm bunlarla birlikte yaratılan “deja vu” etkisinin olduğunu iddia etmiştir.

## **B) HÜKÜMSÜZLÜĞÜ İSTENEN TESCİLLİ TASARIM SAHİBİNİN CEVABI**

Tasarım sahibi, başvurunun sunduğu delil niteliğindeki tasarımların kamuya sunulduğu yer ve tarih belirtilmemesi ve görsellerin tescilli tasarımla ayrı ayrı karşılaştırılma yapılarak değerlendirilmemesi nedeniyle dikkate alınmaması gerektiğini ileri sürmüştür. Hükümsüzlük istenen ayrıca mağazaların buldukları bölgelerin kısıtlı olması sebebiyle, benzer mimari özellikler taşıdığını ve bu sebeple farklılaşma için daha az derecede farkın, genel izlenimi değiştirecek derecede farklılık yaratmaya yeterli olacağını belirtmiştir. Ayrıca Uterqüe 1 ve Zara'nın önceki vitrin

tasarımlarının iç aydınlatma, mağaza girişi, tavan, tabelanın farklı olması sebebiyle, genel görünümde farklılık yaratacak etki yarattığını beyan etmiştir.

### C) EUIPO TEMYİZ KURULU KARARI

Hükümsüzlük Dairesi tescilli tasarımın hükümsüz kılınması talebini reddetmiş, başvuru Temyiz Kurulu'na başvurmuştur. Başvurucu temyizde ek olarak tescilli tasarıma benzer olduğunu iddia ettiği aşağıda gösterilen “Koton” mağazasının vitrin tasarımını tescilli dava konusu tasarımla karşılaştırılmak üzere temyiz dilekçesinde yeni bir iddia olarak sunmuştur.



1 – Kararda öncelikle başvurucunun temyiz aşamasında dosyaya sunduğu “Koton” mağazasının benzer vitrin tasarımı görselini, Tüzüğün 28(1)(b) (i) maddesine göre delillerin en geç hükümsüzlük başvurusu aşamasında sunulması gerektiğinden, inceleme konusu yapılamayacağından bahisle reddetmiştir.

2 – *Ayırt edicilik incelemesinde* başvurucunun sunduğu beyanlarıyla Zara ve Uterqüe mağaza vitrini tasarımları karşılaştırma yapılmak için uygun bulunmuş ancak başvurucunun dosyaya uzman görüşü niteliğinde sunduğu diğer mağaza vitrin görselleri hakkında başvuru tarafından herhangi bir karşılaştırma yapılmadan sadece görsel olarak sunulduğu için, Tüzüğün 28(1)(b) maddesine göre benzerlik iddiası başvuru tarafından karşılaştırma yapılmaksızın sunulursa değerlendirilmeye alınmaz hükmü gereği yetersiz bulunmuştur.

3 – Olayda *bilgilenmiş kullanıcı* mağaza süsleme ve dekorasyonunu kullanan, perakende satış yapan profesyonel bir kişi olmalı ve ilgili vitrinleri ve tasarımlarını bilecek kişi olarak tanımlanmıştır.

4 – *Tasarımcının seçenek özgürlüğünü* ilgili tasarımda kısıtlayan herhangi bir hukuki kısıtlama bulunmadığı, tasarımcının dekorasyon ve süslemeler için geniş bir tasarım yaratma imkanına sahip olduğu belirtilmiştir.

5 – Başvurucunun vitrinde yaratılan “deja vu” algısının bir kişiye ait olamayacağı nedeniyle tescilli tasarımın hükümsüzlüğü iddiası incelenirken, *ayırt edicilik incelemesinde* tasarımlar karşılaştırılırken genel görünümleri benzerlikler ve farklılıklar olarak analitik bir incelemeyle kısıtlanamayacağı, karşılaştırmanın sentetik olarak yapılması gerektiği içtihadi görüşü vurgulanarak, “deja vu” gibi **kavramsal bir inceleme yapılmayacağı** belirtilmiştir.

6 – Başvurucunun Uterque mağaza vitrini görseli delil olarak internet sitesi sayfası sunulmuştur. Ancak Temyiz Kurulu internet sitesine giriş yapıldığında görsel tarihinin başvurucunun iddiası gibi Madrid, Haziran 2014 tarihinde sunulduğunun görülmediği, bu nedenle inceleme dairesinin varsayımlara göre karar veremeyeceği,

delilin kullanılmak için yetersiz olması nedeniyle inceleme konusu yapılmamasına karar verilmiştir.

7 – Zara'nın tescilli tasarımdan önceki tarihli mağaza vitrin görseli de internet sitesi tarihi Hükümsüzlük Dairesi'nce onaylanmıştır ve bilgilenmiş kullanıcı gözüyle yenilik ve ayırt edicilik incelemesi karşılaştırma ve incelemesi yapılmıştır.



Zara, [www.skyscrapercity.com](http://www.skyscrapercity.com), 15 Mayıs 2013

Buna göre, tescilli Parfois mağaza vitrin tasarımında mağazanın içinin dışarıdan açıkça görüldüğü, ancak Zara vitrinin resminin panjurla kapalı olduğu, tescilli vitrinde camları ayıran siyah duvarın Zara vitrininde bulunmadığı, genel olarak delil olarak sunulan vitrin tasarımının karşılaştırma yapılacak kadar belirgin olmadığı, ışıklandırma, mankenler, zemin gibi bilgilenmiş kullanıcıda belirgin görsel etki yapacak unsurların açık olmadığı, bu nedenle Zara tasarımı ile tescilli tasarımın bilgilenmiş kullanıcı gözünde farklı genel izlenim yarattığı kanısına varılmıştır.

Yukarıdaki açıklamalar ışığında, hükümsüzlük başvurusu yapan tarafından sunulan delil niteliğindeki vitrin tasarımlarının, tescilli topluluk tasarımının ayırt edicilik özelliğini zedelediği gerekçesiyle hükümsüzlük başvurusunun reddine karar verilmiştir.

### **III – KARARIN TÜRK MAHKEMELERİNDEKİ YÖNÜNDEN İNCELENMESİ**

#### **1 – Deliller Yönünden**

Türk mahkemelerinde de, AB EUIPO kararlarında arandığı gibi, hükümsüzlük talepleri incelenirken hükümsüzlük başvurusu yapan davacı tarafından sunulan delillerle ve mahkemece toplanan delillerle bilirkişiler bağlıdır.

EUIPO kararında özellikle, uzman görüşü tarafından sunulan rapordaki benzer nitelikte mağaza vitrinlerinin tarihlerinin belli olmaması ve yine benzer olduğu iddia edilen tescilli tasarım ile herhangi bir karşılaştırma yapmadan, başvurusunun sadece tasarımlar arasında benzerlik olduğu iddiasının Tüzüğü 28(1)(b) maddesine göre hukuki değerlendirme için yeterli olmayacağına üzerinde durulmuştur. Önceki tarihli benzerliği iddia edilen her tasarım, hükümsüzlüğü istenen tasarımla başvuru tarafından sunulan dilekçede ayrı ayrı karşılaştırılmalı, sadece benzer olduğu iddia edilen tasarım görselleri dosyaya yığılmamalı görüşüne vurgu yapılmıştır.

EUIPO Hükümsüzlük Dairesi bu halde benzerlik iddiasındaki tasarımları kesin olarak inceleme dışı bırakmaktaysa da, Türkiye’de bilirkişiler dosyaya sunulan önceki tarihli olduğu anlaşılan her görseli karşılaştırmaktadır. SMK’da veya HMK’da delillerin açıklanması gerektiği açıkça düzenlenmese de, HMK. 190/1 gereği ispat külfeti EUIPO kararında olduğu gibi davacı üzerinde kalmalıdır. HMK 194/1 gereği taraflar dayandıkları vakıaları ispata elverişli şekilde somutlaştırma yükümlülüğü altındadır, sunulan deliller açık ve somut şekilde iddialarını ispatlar nitelikte olmalıdır.

Yine önceki tarihli tasarım görsellerinin nerede, nasıl, hangi tarihte kamuya sunulduğu EUIPO kararında olduğu gibi açık ve şüpheye, yoruma yer vermeyecek şekilde dosyaya sunulmalıdır.

Türkiye’de mahkemelerce bu konuda bir bilişim uzmanı bilirkişi seçilerek internet sayfasındaki görselin kesin tarihi ortaya çıkarılmaya çalışılmaktadır, ancak yukarıdaki kararda görüleceği üzere Uterque tasarımı internet sitesinden tarihi anlaşılmadığı için inceleme dışı bırakılmıştır.<sup>370</sup>

Ayırt edicilik incelemesinde mahkemeler sunulan delillerle kısıtlıdır ancak bu durum herkesçe bilinen gerçeklerin dikkate alınmamasını ifade etmez. EUIPO ilgili kararlarında, Tüzük 63. Maddeye göre Hükümsüzlük Dairesi’nin delil, iddia ve vakıaları incelerken taraflarca sunulan delillerle, iddialarla sınırlı olduğunu düzenlemekte olduğundan, kendiliğinden araştırma yapamaz denilse de, bu madde nedeniyle herkesçe bilinen gerçeklerin göz ardı edilmeyeceği, hükümsüzlük dairesince dikkate alınması gerektiği görüşündedir.<sup>371</sup>

Kararda ilgi çeken bir diğer konu da, “Koton” mağaza vitrin görselinin, temyiz aşamasında sunulması sebebiyle, Tüzüğün 28(1)(b)(i) maddesi gereğince inceleme dışı bırakılmasıdır. Türk hukukunda da, HMK. 140 gereği ön inceleme aşamasından sonra dava dilekçesinde gösterilmeyen delil, sonradan sunulamaz. HMK. 145 maddesi gereği kuralın istisnası “*geç bildirme kusura dayanmıyorsa hakimin izniyle sunulabilir*” hükmüdür. HMK. 357 maddesinde açıkça “ilk derece mahkemesinde ileri sürülmeyen iddia ve savunmalar dinlenemez, yeni delillere dayanılmaz” denilmektedir. Bu nedenle savunma ve iddia hakkı bu aşamada EUIPO kararında olduğu gibi, Türk hukukunda da değiştirilemez niteliktedir. Koton mağaza vitrin görseli delilinin başvuru tarafından temyiz aşamasında sunulmasına mazeret olarak, hakikati bulmayı engelleyici veya iddiayı kısıtlayan bir gerekçe ileri sürülmemiştir. Dolayısıyla, tasarım hükümsüzlüğü davalarında hükümsüzlüğü talep eden tarafın dilekçeler teatisi aşamasında, önceki tarihli benzer görselleri kesin tarihleri ile birlikte sunması, iddianın ispatı bakımından oldukça büyük bir önem arz etmektedir.

---

<sup>370</sup> Bkz. Sayfa 5.

<sup>371</sup> EUIPO Hükümsüzlük Dairesi, WowWee Group Limited, WuYiYibu Sports Protective Articles Co. Kararı, 103 523 no, 12/02/2019.

## 2- Genel İzlenim ve Ayırt Edicilik İncelemesi Yönünden

Kararda dikkat çekici başka bir kısım da önceki tasarımla, tescilli tasarım karşılaştırması yapılırken incelemenin analitik değil, sentetik yapılması gerektiği ilkesidir. Hatırlatmak gerekirse Temyiz Kurulu tasarımın hükümsüzlüğü iddiası incelenirken, *ayırt edicilik incelemesinde tasarımlar karşılaştırılırken genel görünümleri benzerlikler ve farklılıklar olarak “analitik” bir incelemeyle kısıtlanamayacağı, karşılaştırmanın “sentetik” olarak yapılması gerektiğini* belirtmiştir. Zira EUIPO'nun birçok güncel tasarım hükümsüzlüğü kararında da, incelemenin analitik şekilde yapılmaması gerektiği belirtilmektedir.

Mehaz kanuna benzer şekilde SMK. 56/4 maddesinde, yenilik incelemesinde *“Tasarımlar sadece küçük ayrıntılarda farklılık gösteriyorsa aynı kabul edilir”* olarak tanımlanmakta, SMK. 55/5/b maddesinde ise *“kamuya sunulmuş herhangi bir tasarımın aynı kullanıcı üzerinde yarattığı genel izlenimden farklı ise bu tasarımın ayırt edici niteliğe sahip olduğu kabul edilir”* denilmektedir.

Ancak bu hüküm nedeniyle detaylı analitik bir incelemeye girerek, ürünün genel görünümünü gözden kaçırmamak gerekir. Zira bazen küçük detaylar dahi tasarımı öncekilerden farklılaştırmak için yeterli olacaktır. Bir tasarımın benzerlerinin sayısı ne kadar fazla ise, benzerleri ile ortak özelliklerinin benzeşme olasılığı o kadar yüksektir, bu da koruma alanını daraltır. Koruma alanı daraldıkça küçük farklılıkların önemi de artacaktır. EUIPO tasarımın gerekli olmayan özelliklerinin benzerliğine, gerekli özelliklerin benzerliğinden daha fazla önem verilmesi gerektiği görüşündedir.<sup>372</sup>

Bilindiği gibi, analitik inceleme bir bütünü parçalarına ayırmak suretiyle, detaylara inerek sorunu çözmek, sonuca varmaktır. EUIPO'nin analitik inceleme yapılmaması gerektiğinden kastı, tasarımlar arasında farklılıkları tek tek ayrıntılı analiz etmeksizin, bütünden kopmadan, farklılıkların genel görünümü değiştirip değiştirmediğine bil dikkat edilmesi gerektiğidir. Hayatın doğal akışında tasarım hukukunun aradığı bilgilendirilmiş kullanıcı diye

<sup>372</sup>Headdon, Community Design Right Infringement, s.4.

tanımlanan tüketiciler de, iki farklı ürünün tasarımını karşılaştırırken, tek tek detaylardaki farklılıkları analiz etmeden, daha genel bir bakışla tasarımları karşılaştırarak, daha çok beğendikleri ürünü almaya karar verecektir.

Doktrinde, bilgilenmiş kullanıcı “ne dikkatsiz bir kullanıcı, ne de uzmandır. Bilgilenmiş kullanıcı ne ayrıntılarda boğulur, ne de önemli olan özellikleri ve ayrıntıları gözden kaçırmaz” diye tanımlanmaktadır.<sup>373</sup> Shenzhen Taiden Industrial kararında bilgilenmiş kullanıcı, ilgili tasarımda tekniğin son durumunu bilen, tasarımı amacına uygun kullanan, tasarımın üreticisi veya satıcısı olmayan, tasarımcı veya teknik kişi olmayan, yüksek bir dikkat göstererek tasarımı kullanan kişi olarak tanımlanmıştır.<sup>374</sup>

Dolayısıyla karar verecek hakim ve incelemeyi yapacak bilirkişilerin detaylı analitik bir inceleme değil, sentetik ve daha ziyade genel izlenime odaklanarak benzerlik olup olmadığına karar vermeleri gerekmektedir.

Türk mahkemelerinde görülen hükümsüzlük davalarında bilirkişiler genellikle tasarımcı öğretim üyeleri veya uzman teknik kişiler arasından seçildiğinden, bu kişiler uzmanlıkları ve yoğun bilgi birikimlerinden dolayı fazla detaylı, analitik bir incelemeye girerek, genel görünüme bilgilenmiş kullanıcı gözüyle bakmaktan uzaklaşabilmektedir. Bu nedenle dosyalarda sektör bilirkişisi sıfatıyla, bilgilenmiş kullanıcı olarak atanan kişilerin görüşlerinin alınması ve hakimlerce genel görünüme göre inceleme yapılarak karar verilmesi, tasarım hukuku ruhu ve lafzına uygun olacağı kanaatimdir.

---

<sup>373</sup> Suluk/Orhan, Uygulamalı Fikri Mülkiyet Hukuku: Tasarımlar, 3. Cilt, Seçkin Yayn. S.143.

<sup>374</sup> EUIPO kararı, T-153/08, 2010 yılı.

## **KISALTMALAR CETVELİ**

<b>AB</b>	: Avrupa Birliği
<b>ATAD</b>	: Avrupa Topluluğu Adalet Divanı
<b>BoA</b>	: Boards of Appeal (EUIPO Temyiz Kurulu)
<b>CD</b>	: Cancellation Division (EUIPO Hükümsüzlük Dairesi)
<b>EUIPO</b>	: European Union Intellectual Property Office - AB Fikri Mülkiyet Ofisi
<b>HMK</b>	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
<b>SMK</b>	: Sınai Mülkiyet Kanunu

## **KAYNAKÇA**

### **Kararlar**

- 1- EUIPO Hükümsüzlük Dairesi, 26.03.2019 tarih, 2582/2017-3 no'lu kararı., <https://euiipo.europa.eu>
- 2- EUIPO Hükümsüzlük Dairesi, WowWee Group Limited, WuYiYibu Sports Protective Articles Co. Kararı, 103 523 no, 12/02/2019.<https://euiipo.europa.eu>
- 3- EUIPO kararı, T-153/08, 2010.<https://euiipo.europa.eu>

### **Eserler**

- 1- Cahit Suluk ve Ali Orhan, Uygulamalı Fikri Mülkiyet Hukuku: Tasarımlar, 3. Cilt, Seçkin Yayn. 2008.
- 2- Toby Headdon Community Design Right Infringement. EIPR. Vol.29(8), No.336-339, 2007.

**KARAR  
TERCÜMESİ**

# ADALET DİVANI GENEL MAHKEMESİ

## T-777/17 SAYILI KARARI<sup>375</sup>

Av. Sevde Işıl ÜNAL\*

### A- GENEL OLARAK

İlgili kararda; şekil, renk ve kelime unsuru içeren markalar arasında iltibas ihtimali olup olmadığı tüm yönleri ile tartışılmıştır.

Başvuru Sahibi Mr Xianhao Pan 13 Eylül 2013 tarihinde



görseli ve 011775509 numarası ile EUIPO nezdinde 25. Mal ve hizmet sınıfında marka başvurusu yapmıştır.

Marka başvurusunun akabinde Entertainment One UK Ltd and Astley Baker Davies Ltd; 9 Ağustos 2011 başvuru ve 23 Şubat



2012 tescil tarihli ibareli markasını mesnet göstererek Başvuru Sahibinin markasının iltibas yarattığı gerekçesiyle iptal talepli itiraz etmiştir. İtiraz sahibinin mesnet göstermiş olduğu marka da 25. Sınıfta tescilli olup alt sınıflar bakımından da benzerlik göstermektedir.

<sup>375</sup><http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=212005&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=5122126>

\* Avukat - İstanbul Barosu

<b>Başvuru Konusu Marka</b> (“İtiraz Konusu Marka”)	<b>Mesnet Gösterilen Marka</b> (“Önceki Tarihli Marka”)
 <p>TOBBIA</p>	
<b>25</b> “Clothing, footwear, headgear”	<b>25</b> “Clothing, footwear, headgear”

## **B- KARARLARIN ÖZETİ**

### **i) EUIPO İptal Birimi Kararı**

28 Temmuz 2016’da EUIPO İptal Birimi söz konusu itirazı reddetmiştir. Böylece itiraz eden; EUIPO İptal Birimi kararına karşı konuyu EUIPO Temyiz Kurulu’na taşımıştır.

### **ii) EUIPO Temyiz Kurulu Kararı**

14 Eylül 2017 tarihinde Mahkeme; temyiz başvurusunu kabul etmiştir. Kararında; ilgili halka, ürünün ilgili tüketicisine, ürünlerin aynı tip olduğuna, marka görselinde kullanılan işaretlerin benzer olduğuna ve kelime unsurlarının fonetik açıdan da benzerlik yarattığına değinerek markaların genel itibarıyla benzer olduklarını kabul etmiştir. Son olarak mal ve hizmet sınıfının aynı olmasına, alt gruptaki ürünlerin aynılığına, görsel ve bütünsel benzerliğe bakıldığında; şekil unsurları arasındaki farklılıkların karıştırılma ihtimalini ortadan kaldırmak için yeterli olmadığını belirtmiştir.

Başvuru Sahibi Mr Xianhao Pan; EUIPO Temyiz Kurulu Kararına karşı dava açmıştır.

**iii) Adalet Divanı Genel Mahkemesi'nin T-777/17 Sayılı Kararı**

Başvuru Sahibi'nin kararda farklı yönde itirazları söz konusudur;

- Temyiz Başvuru Süresinin İhlal Edildiği İddiası
- İlk kez Temyiz Kurulu'na Sunulan Belgelerin Kabul Edilemez Olduğu İddiası
- Temyiz Kurulu Kararı'nın Yeterli Gerekçeyi İhtiva Etmediği İddiası
- 207/2009 sayılı Tüzüğün 8 (1) (b) Maddesinin İhlal Edildiği İddiası

Bu yazıda detayları ile analiz edilecek kısım; Başvuru Sahibinin markalar arasında iltibas olmadığına dair iddialarına ilişkin itirazlarıdır.

**C- Adalet Divanı Genel Mahkemesi'nin T-777/17 Sayılı Kararı**

Davacının usule ilişkin argümanları, Genel Mahkeme tarafından reddedilmiştir. Davacının ana iddiası, işaretler arasında karıştırılma ihtimalinin bulunmadığına ilişkin esasa dair yaptığı dördüncü ve son argümanı olup bu argüman da Mahkeme tarafından değerlendirilmiştir;

Temyiz Kurulu 207/2009 sayılı Tüzüğün 53 (1) (a) Maddesini 8 (1) (b) Maddesi ile birlikte değerlendirdiğinde; önceki ticari marka ile benzerliği ve/veya ticari markaların kapsadığı mal veya hizmetlerin aynılığı veya benzerliği nedeniyle, önceki markaya dair kendi bölgesinde ilgili halk tarafından iltibas ihtimali yaratıyorsa daha önceki tarihli markanın korunacağını belirtmiştir. Yerleşik içtihatlar göre ilgili tüketicinin; mal ve hizmetlerin ilişkili olduğunu, bağlantılı olduğunu, arada bir ekonomik bağ olduğunu düşünmesi ile de markalar arasında iltibas yaratılması mümkündür. Lakin bu halde ilgili halk nezdinde ve ticaret alanında / ilgili piyasada karıştırıldıktan ve markanın önceki tarihli marka sahibine ait olma izlenimini yarattıktan sonra, markanın ayırt ediciliğinden söz etmek mümkün değildir. Aynı kanun uyarınca işaretler ve kapsadıkları mal ve hizmetlere ilişkin karıştırılma ihtimali; tüm faktörler göz önüne alınarak global olarak değerlendirilmelidir.

### ***İlgili halk ve karıştırılma ihtimali;***

Başvuru sahibi, ilgi halkın Avrupa Birliği'ndeki genel halktan oluştuğu ve dikkatinin ortalama seviyedeki halk olduğu ve kapsadıkları mal ve hizmetlerin de aynı olduğu yönündeki değerlendirmesine itiraz etmemektedir.

### ***İşaretlerin karşılaştırılması;***

Başvuru sahibi, Temyiz Kurulunun işaretlerin benzerliği konusundaki değerlendirmesine itiraz etmiştir. Başvurana göre Temyiz Kurulu; söz konusu işaretlerin sadece benzer yönlerini ve özellikle hayvanların başlarını dikkate almıştır. Bir bütün olarak değerlendirme yapmamıştır.

Yerleşik içtihatlarla göre karıştırma ihtimalinin global değerlendirmesi; işaretlerin, görsel, fonetik veya kavramsal benzerlikleri dikkate alınarak verilen genel izlenime dayalı olmalıdır. Özellikle de ayırt edici ve baskın unsurlar dikkate alınmalıdır. Mal ve hizmetin ortalama tüketicisinin markaya bakış açısı; karıştırılma ihtimalinin değerlendirilmesinde kesin bir rol oynamaktadır. Bu doğrultuda ortalama tüketici markayı hep bir bütün olarak algılar, çeşitli detaylarında boğulmaz.

İki işaret arasında benzerliğin olmadığını iddia eden Başvuru Sahibi; Peppa Pig'in bir çocuk gözüyle “baş” dizaynının bir domuzu andırdığını, salt domuzun kafa kısmının ön plana çıktığını oysa TOBBIA'nın “tapir” adlı hayvanı insanlaştırmaya yakın bir görsel olduğunu savunmuş ve söz konusu işaretlerde temsil edilen hayvanların başlarının ve burunlarının özelliklerinin, sadece bu hayvanların fiziksel ve doğal özelliklerine karşılık geldiğini ve aynı olmadığını iddia etmiştir. Tüm bunlarla birlikte Başvuru Sahibi; işaretlerin yanında kelime unsurlarının da farklı olduğunu vurgulayarak önceki tarihli markanın siyah-beyaz, sonraki tarihli markanın ise renkli olduğunu ayrıca belirtmiştir.

Temyiz Kurulu her iki markanın da detaylı anlatımını yaptıktan sonra markaları benzer bulmuştur. Kurul; her iki markanın da “anthropomorphic” (*insan benzeri*) ve daha çok domuzla benzeyen bir hayvan olduğunu, baş ve burunlarının her iki markada da neredeyse aynı olduğunu, tek farkın önceki tarihli markada sola,

sonraki tarihli markada sağa dönük olduğunu, hayvanların aynı kafa şekline sahip olduğunu, aynı unsurları aynı şekilde içerdiklerini, kulakların ve gözlerin her iki yüzün aynı tarafında yer aldığını, yanakları ve gülüş şeklinin aynı olduğunu, aynı yön ve şekilde ağız ve burun deliklerine sahip olduklarını açıkladıktan sonra hayvanlara giydirilen kıyafetlerin, sonraki tarihli markanın ve kelime unsurlarının da farklı olduğunu belirtmiştir.

Mahkeme; markalardaki renk ve şekil farklılıklarını kabul etmiştir. Önceki tarihli Peppa Pig siyah-beyaz ve elbiseli iken sonraki tarihli TOBBIA; sarı, mavi, kırmızı ve pembe renkteki pantolonuyla başvuru konusu edilmiştir. Bir farka daha değinen Mahkeme; önceki tarihli marka görselinde kuyruk olduğunu, kollarının farklı şekillerde design edildiğini belirtmiştir. Ancak Mahkeme söz konusu bu farklılıkların, markalar arasındaki benzerliği bertaraf edemediği, benzerliklerin daha ağır bastığını söylemiştir.

Başvuru Sahibi ise markalardan birinin domuz diğeri ise “tapir” olduğunu, her iki markada bulunan şekil unsurlarının aslında farklı olduğunu iddia etse de; her iki işaretin grafik benzerliklerinin; ortalama tüketicinin markaları iki domuz veya iki tapir olarak algılamasından ağır basacağını belirtilmiştir. Temyiz Kurulu; kelime markalarının telaffuzları bakımından da markalar arasında ilişki/bağlantı olduğunu belirtmiştir. “PEPPA” ve “TOBBIA” her ikisinin de 2 (iki) heceli olduğu, vurgusal olarak benzerlik olduğu, “p” ve “b” ünsüzlerinin vurgulayıcı tekrarları; markalar işitsel olarak benzer yapmaktadır, demiştir.

Bununla birlikte, söz konusu işaretlerdeki sözcük unsurları arasında kuşkusuz farklılıklar olsa da, özellikle de önceki tarihli marka 'pe' harf grubuyla başlarken, itiraz konusu markanın 'to' harf grubuyla başlasa da Temyiz Kurulu, “peppa” ibaresi ile “tobbia” ibaresi arasında yukarıda belirtilen benzerlikler ışığında doğru bir ilişki olduğunu değerlendirmiştir.

Kavramsal olarak bakıldığında da Başvuru Sahibi; markaların farklı olduğunu söylemiştir. İtiraz konusu TOBBIA bir “erkek tapir” anlamına gelirken önceki tarihli marka “Peppa Pig” ise bir dişi domuzu ifade etmektedir. Ayrıca, TOBBIA markasındaki erkek

tapirin, İtalyan televizyon programı olan 'Striscia la Notizia'daki' "altın tapir"ın popülaritesi nedeniyle İtalyan halkı tarafından iyi tanındığını vurgulamıştır.

Mevcut davada, Temyiz Kurulunun da belirttiği gibi, söz konusu işaretlerin her ikisinin de bir domuzu temsil ettiği için ilgili halk için kavramsal olarak benzer olduğu tespit edilmiştir. Başvuru Sahibinin iddia ettiğinin aksine, halkın TOBBIA işaretini bir tapir ile ilişkilendirmesi muhtemel değildir. Çünkü her iki işaret de genel halkın bir domuzla ilişkilendireceği çeşitli özellikler içermelidir. Ayrıca, Başvuru Sahibinin, "tapir"ın İtalyan halkı tarafından iyi bilindiği iddiası; ilgili halkın sadece İtalyan halkı olmadığı, Avrupa Birliği olduğu dikkate alındığında söz konusu işaretlerin kavramsal olarak ortalama bir derecede benzer olduğunu bulma konusunda Temyiz Kurulu'nun haklı olduğunu, kararda herhangi bir hata olmadığını göstermektedir.

Bu konuda Mahkeme; Temyiz Kurulu'nun kararını haklı ve yerinde *bularak ilgili tüketicinin – ortalama tüketicinin* markayı bir bütün olarak algıladığı, ufak detaylarını her zaman analiz etmediğini belirterek Başvuru Sahibinin itirazlarını reddetmiştir.

Sonuç itibariyle markalar arasındaki benzerlik değerlendirmesinde; markalara ilişkin bütün faktörler göz önüne alınarak global / bütünsel bir inceleme yapılarak ilgili halk, ilgili tüketici, bilinçaltı (çağrışım yapma) ihtimali ile birlikte iltibas olup olmadığına dair bir sonuca varılacaktır.





**İSTANBUL BAROSU YAYINLARI**