

İSTANBUL BAROSU
ve
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ

FİKRİ ve SİNAİ HAKLARDA PROBLEMLER
ve
ÇÖZÜM YOLLARI

13-14/10/2014, İstanbul Üniversitesi Beyazıt Yerleşkesi

Editör: Av. Vehbi KAHVECİ



İSTANBUL BAROSU YAYINLARI

İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ

“FİKRİ ve SİNÂİ HAKLARDA PROBLEMLER ve ÇÖZÜM YOLLARI”

Genel Yayın Sıra No : 2016 / 5

Birinci Baskı : Mart 2016

ISBN : 978-605-9050-72-2

Yayıncı : İstanbul Barosu Yayınları
(Sertifika No: 12457)

Basıldığı Yer ve Cilt : Ege Reklam ve
Basım Sanatları San. Tic. Ltd. Şti.
Esatpaşa Mah. Ziyapaşa Cad. No: 4/1
347047 Ataşehir-İstanbul
Tel: (0216) 470 44 70
www.egebasim.com.tr
(Sertifika No: 12468)

Yayın Türü : Hukuk Kitabı

İSTANBUL BAROSU YAYINLARI

Şahkulu Mah. Serdar-ı Ekrem Cad. No:7 Galata-Beyoğlu-İst.

Tel: (0212) 251 63 25 / Faks: (0212) 293 89 60

Yayın Kurulu: (0216) 427 37 22

www.istanbulbarosu.org.tr / dergi@istanbulbarosu.org.tr

Copyright © 2016

Bu kitabın tüm yayın hakları İstanbul Barosu Yayınları'na aittir. İstanbul Barosu Yayınlarının izni alınmadan eğitim ve tanıtım amaçlı kısmi alıntılar hariç olmak üzere hiçbir şekilde kopya edilemez, çoğaltılamaz ve yayınlanamaz.

Bu kitap İstanbul Barosu Yönetim Kurulu Kararı ile bin adet basılmıştır.

İÇİNDEKİLER

1. Gün / 1. OTURUM

MARKA HAKLARINDA CEZA HUKUKU ALANINDAKİ GELİŞMELER

Prof. Dr. Adem SÖZÜER	5
Av. Vehbi KAHVECİ	6
Prof. Dr. Habib ASAN	8
Av. Vehbi KAHVECİ	11
Prof. Dr. Caner YENİDÜNYA	12
Av. Vehbi KAHVECİ	16
Yrd. Doç. Dr. Selman DURSUN	17
Av. Vehbi KAHVECİ	27
Memiş Selçuk GÜNEY	27
Av. Vehbi KAHVECİ	30

2. OTURUM

<i>HAKSIZ REKABET HUKUKUNDA GÜNCEL GELİŞMELER</i>	33
---	----

3. OTURUM

<i>FİKRİ VE SİNÂİ MAL VARLIKLARININ MADDİ DEĞERLEMESİ</i>	59
---	----

4. OTURUM

<i>MARKA HAKLARINDA ÖZEL HUKUK ALANINDAKİ YENİ GELİŞMELER</i>	85
---	----

2. Gün / 5. OTURUM

<i>FİKRİ HAKLARDA ÖZEL HUKUK ALANINDAKİ YENİ GELİŞMELER</i>	113
---	-----

6. OTURUM

<i>FİKRİ HAKLARDA CEZA HUKUKU ALANINDAKİ YENİ GELİŞMELER</i>	143
--	-----

7. OTURUM

<i>İNTERNET UYGULAMALARI</i>	165
------------------------------	-----

8. OTURUM

<i>TÜRK PATENT ENSTİTÜSÜ UYGULAMALARI</i>	191
---	-----

1. Gün / 1. OTURUM

MARKA HAKLARINDA CEZA HUKUKU ALANINDAKİ GELİŞMELER

Prof. Dr. Adem SÖZÜER - Çok değerli konuklar, ... programda değişiklik oldu fakültedeki tamirat nedeniyle, o yüzden program da değişince sizin programınızla çakıştı, ama söz verdiğimiz için yerine getirilebildik. Şimdi ceza hukuku genel hükümlerde ara verdim, buraya geldim. Oraya da çok gecikmemek için burada size hoş geldiniz demek istiyorum.

Birkaç hususu belirtmek istiyorum. Öncelikle İstanbul Barosuyla böyle bir etkinliğin yapılması bizi çok çok memnun ediyor. İstanbul Barosuyla başka konularda da bazı faaliyetlerimiz var. Aslında bunları çok daha geliştirmemiz ve derinleştirmemiz gerekiyor. Bizim bu bağlamda İstanbul Barosunun desteğine veya işbirliğine çok büyük ihtiyacımız var. Birkaç tane örnek vereceğim. Şimdi kasım ayının başında dünyanın aşağı yukarı 40 ülkesinden gelen akademisyenlerle mültecilik, yani ülkemizin ve dünyanın en önemli sorunu olan mültecilik konusunda büyük bir kongre yapacağız, 5 gün devam edeceğiz. Siz aslında kongre dediğime bakmayın, aslında bu “*Suç ve Ceza Film Festivali*”nin akademik programı, biz her yıl bir film festivali de yapıyoruz. Bu “*Suç ve Ceza*” isimli film festivali de uluslararası bir film festivali, bu festivalle ilgili filmler bu sene Beyoğlu Atlas ve Kadıköy Renk Sinemasında gösterilecek, belgesel ve kısa filmler de kongre merkezimizde gösterilecek. Bizim arzumuz tabii ki baromuzun bu tür etkinliklerde bizle işbirliği yapması. Festivalimiz dünyada kendi alanında tek olma özelliğini hak etti, bu sene dördüncüsü, umarız beşincisini yaparız.

Aradaki etkinlikleri atlıyorum. Yani Türkiye, Hırvatistan, Saraybosna Hukuk Günleri gibi günleri, Ceza Kanunlarının yürürlüğe girişinin 10. yılı nedeniyle ikincisini yapacağımız “*Türkiye’de ve Dünyada Ceza Hukuku Reformları Kongresi*” var ki bu da bir hafta kadar sürüyor ve Türkiye’nin üç ilinde yapılacak. Burada aşağı yukarı 50 ülkeden 75’e yakın akademisyen bekliyoruz. Bu seneki konumuzsa haziran ayındaki bu kongrede yaptırım, aslında bu fikri mülkiyetle ilgili konularda da birtakım suçlar ve cezalar var. Bunların etkinliği hep tartışma konusu olmuştur. Yani gerçekten kanunlarda birçok düzenleme var, ama bunlar etkin olarak uygulanıyor mu veya ne sonuç alınıyor? Biz uzun zamandır bunun peşindeyiz, fakat bu konuda hiçbir somut bilgiye ulaşamıyoruz. Örneğin, şöyle bir araştırma yaptığımızda, mesela para cezası verilmiş. Eğer yerine getirilmezse bu para cezası, hapis cezasına çevriliyor. Türkiye’de kaç kişi para cezasını ödemediği için hapis cezasına çevrilmiştir, kaç kişiye tazyik hapsi uygulandı dediğinde bunun cevabı yok. Çok ilginç bir şey öğrendim, bu nedenle para cezasına çevrilmiş bir hapis cezasının ayrıca infaz edilmesi diye de bir şey yok. Yani bunlar kanunlarda duyuruluyor, ama uygulanması, uygulanıp uygulanmadığı belli değil. Dolayısıyla şimdi biz buradaki konuşmalarda suçun karşılığı bu kadar cezai yaptırım, bu kadar ekonomik suça ekonomik ceza, vesaire, bunların etkinliği nedir? İşte biz bu kongre vesilesiyle bunu Türkiye’nin gündemine getirmek istiyoruz. Bu seneki konumuz özellikle yaptırım olacak. Çünkü birçok hakların ihlalini yaptırım altına almak için hep ceza hukukuna başvururuz. Birtakım yargılamalar da yapılıyor, ceza da veriliyor, ama daha sonra ne oluyor, bunu bilmiyoruz.

Şimdi biz hep ceza veriyoruz, vesaire diye düşünüyoruz, ama bazı cezalar sembolik kalmış. Mesela, kanunlarda yapılan böyle kapalı laflarla şu anda iki yıl hapis cezası alırsa biri gidip imza atıyor, çıkıyor. Yani şöyle düşünün: O kişi hakkında biz erteleme uygulamıyoruz, birçok alternatif tedbiri uygulamıyoruz. Hâkim diyor ki hayır, bu kişinin bu cezayı çekmesi lazım, ama biz kanunlarımızda öyle değişiklikler yapmışız ki bu arada kişi sadece imza atıyor çıkıyor, insanlar da zannediyor ki iki sene hapis cezası almış. Dolayısıyla bütün bunları araştırıyoruz. Fakat bu araştırmaların bugünkü yaptıklarımız da dahil daha kapsamlı olması için bunların hem uluslararası boyuta, hem de saha araştırmalarına dönüşmesi lazım. Biz tabii hep sponsorlarla yapıyoruz bu işi, bizim bu konulara ayrılmış herhangi bir bütçemiz yok. Benim şu ana kadar 4 yıldır dekanlığım boyunca bulduğum sponsorluk, 5 000 000 lirayı buldu. Artık benden bu kadar, yani dekanlığın esas şeyi sponsor bulmak gibi oldu, ama bunu aslında işte İstanbul Barosu gibi güçlü bir kurumla yapmak isteriz. Biz İstanbul Barosunun ve baroların güçlenmesini istiyoruz, ama haberlerimiz hiç iyi değil. Türkiye’de 100 tane hukuk fakültesi açıldı. Türkiye’de hukuk öğretimi bir kaosa sürüklendi. Şu anda avukatlar asgari ücretle çalışır durumuna geldiler, Vehbi Bey iyi maaş veriyor, durumu iyidir, inşallah bütün arkadaşlar da onun gibi avukat olur. Fakat bu gidişe dur demek lazım. Avukatlık mesleği güçlendirilmediği sürece Türkiye’ye gerçek anlamda bir hukuk devleti olamaz. Fakat bu tür bir hukuk öğretimiyle, bu kadar çok sayıyla bunun yapılması mümkün değil. Bizim bu konularda da işbirliği yapmamız lazım ki yani Türkiye’de nasıl bir hukuk öğretilme olsun, burada da ciddi bir işbirliği lazım.

Umarım bugünkü bu çalışma bu arzuladığımız alanlardaki işbirliği için bir başlangıç olur. Sayın konuklara iyi bir çalışma diliyorum. Ben derse giriyorum, izninizi rica ediyorum, iyi çalışmalar diliyorum, Allah’a ısmarladık.

Av. Vehbi KAHVECİ - Evet, Sayın Dekanımızın öngörüsüyle 15 dakika sonra başlayacaktık. Ancak gördüğümüz gibi etrafta birçok inşaat var ve bu inşaatlar nedeniyle katılımcılarımız burayı bulmakta biraz zorlanıyor olabilirler. Onun için bu süreçte ben birtakım beyanlarda bulunayım. Şimdi biz 2007 yılında bu sempozyumun ilkini yaptığımızda bugün de aramızda olan üstat Levent Yavuz Beyefendi yine aramızdaydı, o zaman bir sarı kitap çıkarmıştık. O sarı kitap o kadar güzel bir kaynak oluşturdu ki uygulamacıların elaltı kitabı haline gelmişti. Şimdi turuncu kitabı oluşturmak üzere buradayız. Yine Levent Yavuz üstadımız aramızda, yine çok büyük etki yapacağına inanıyoruz bu çalışmanın, onun için ilk teşekkürümü Levent Yavuz üstadımıza yapmak istiyorum. Kendisini bir alkışlayalım, teşekkür edelim.

Şimdi bugün bir farklılık var. Türk Patent Enstitüsü Başkanı Prof. Dr. Habib Asan Beyefendi aramızda, gerçekten bizim yaptığımız etkinliklere ilk defa katılıyor. Biz bugün burada yaptığımız çalışma doğrultusunda yoğun bir katılım bekliyoruz. Ancak saatimiz daha erken, tartışmaları da katılım çoğalsın, öyle başlatalım diye düşünüyorum. Çünkü bu sunumlar ve katılımcılar o kadar değerli olacak ki biz o değerlerden herke-

sin istifade etmesini istiyoruz. Bu nedenle Sayın Prof. Dr. Habib Asan Beyefendiye de teşekkür ediyoruz, kendisini alkışlayalım lütfen, sağ olsunlar, hoş geldiler.

Bugün bir yenilik daha var. Daha önce yapmış olduğumuz sempozyumlarda 7. Ceza Dairesini hiç misafir edememiştik. Biliyorsunuz 7. Ceza Dairesi 556 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ve diğer Ceza Kanunu dışı özel ceza hükümlerini içeren kanun ve kanun hükmünde kararnamelerin temyiz mercii ve uygulamada gerçekten yaşadığımız birçok problemi de çözen makam aynı zamanda. Onun için bugün bizi kırmadılar Sayın Memiş Selçuk Güney Beyefendi 7. Ceza Dairesi üyesi aramızda, ona da bir alkış sizden istirham ediyorum. Teşekkür ederiz.

Biz gerçekten bugün ciddi bir şekilde bunları tartışacağız. Şimdi biliyorsunuz markalar ya da fikri haklar bakımından en önemli ayaklardan bir tanesi de polis ya da polis demeyelim de kolluk kuvveti.

İlk defa bu kadar üst seviyede Güvenlik Dairesi Başkan Vekili Saruhan Bey aramızda olacak. Aslında bugün de aramızda olacaktı, fakat son olaylar nedeniyle bugün gelemedi. Zaten konuşması yarın, yarın sabah gelecek, sunumlarını yapıp dönecekler. Gerçekten o da bize çok büyük bir güç verecek.

Şimdi İstanbul Barosuyla İstanbul Hukuk Fakültesi arasında ilk defa ciddi anlamda yapılmış bir çalışma, daha önce birçok çalışmada birliktelik oldu, ama bire bir isimleri konulmak suretiyle yapılmış ilk çalışma oluyor bu. İstanbul Barosu'nun bunun sorumluluğunu üstlenmesiyle birlikte İstanbul Hukuk Fakültesinin aramızda olması sayesinde özellikle eğitim kadrosundan istifade etmiş olacağız. Dolayısıyla bu çalışma bu bakımdan da önem arz ediyor. İnşallah bunu kitap haline getirdiğimiz zaman, turuncu kitap haline getirdiğimiz zaman üniversite bakımından da mana ifade eden bir kitap haline gelecek.

Nitekim Adem Hoca demin birçok konuya değindi hızlı bir şekilde, gerçekten onların hepsi bizim problemlerimiz.

Biz şöyle söyleyelim, yılda markalara ilişkin olarak yaklaşık 10 000 civarında dava açılıyor ya da yürüyor ve bu davaların gerçekten sonuçlarını bilmiyoruz. Mesela, gümrüklerde imha meselesinde mahkeme, ürünlerin imhasına karar veriyor, ama daha hiç bugüne kadar gümrüklerden bu ürün imha edilmiştir şeklinde bir yazı bizlere gelmedi. Yani biz kararı gümrüğe gönderiyoruz, ama gümrüğün ne yaptığını henüz bilmiyoruz. Ayrıca da son dönemdeki uygulamada ortaya çıkan suç ürünlerinin sanığa yedemin olarak bırakılması uygulaması örnek olarak alınıp adli emanete konulan ürünlerin imhasına karar verildiği halde, daha sonra sanığın elinde bulunan ürünler hakkında ne işlem yapıldığı konusunda da bilgi sahibi değiliz. Dolayısıyla gerçekten çok büyük bir probleme parmak basmış oldular.

Tabii burada İstanbul Barosuna özellikle bir teşekkür etmemiz gerekiyor. Çünkü İstanbul Barosuna böyle bir çalışma fikrini ortaya attığımızda bütün sorumluluğunu üstlenmek suretiyle bu çalışmaya destek oldular. Sayın Baro Başkanımız katılacak bize,

katıldığında açılış konuşmasına o da katılmış olacak. Ancak şu kadarını söyleyeyim, gerçekten her türlü bilimsel çalışmada yer alan baroya ve yönetim kuruluna da ayrıca teşekkür etmek istiyorum.

Tabii bu bir sunum konuşması olduğu için malumaliniz bugün ve yarın sürecek sempozyumumuz, bugün daha çok marka ağırlıklı, yarın daha çok fikri haklar ağırlıklı olacak. Sonuçta bütün oturumlarda soru-cevap bölümü son kısma alınmıştır. Oturumda sunumlar bittikten sonra soru-cevap kısmına geçilecektir. Zaten aralarda da katılımcılara gerekli soruları sorarak, bu çalışmayı devam ettirebiliriz.

Şimdi bu arada tabii İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinde bize çalışmalarımızda eşlik eden fakülteyi temsilen Sayın Doç. Dr. Azra Arkan Hanımefendiye de teşekkür edeceğiz. Tabii bu arada Yrd. Doç. Dr. Tamer Pekdinçer'i de unutmuyoruz. Çünkü sempozyumun oluşmasında çok ciddi katkıları oldu. Bu arada komisyonumuz genel sekreteri Av. Burcu Aslan'a da teşekkür ediyoruz.

Çalışmanın; Türk hukukunun evrenselleşmesine ve uygulamacıların problemlerine çözüm sağlanması dileğiyle bu oturumu açıyoruz. Şimdi ilk konuşmamızı yapmak üzere Türk Patent Enstitüsü Başkanı Sayın Prof. Dr. Habib Asan Beyefendiyi huzurlarınıza davet ediyorum, buyursunlar efendim.

Prof. Dr. Habib ASAN - Çok değerli katılımcılar, İstanbul Barosu Fikri ve Sınai Mülkiyet Komisyonu, İstanbul Barosu ve İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi işbirliğiyle düzenlenen "*Fikri ve Sınai Haklarda Problemler ve Çözüm Yolları Sempozyumu*" vesilesiyle bir araya gelmiş bulunuyoruz. Ben konuşmamın başında sizleri şahsım ve kurumum adına saygıyla selamlamak istiyorum. Tabii bu kadar hukukçunun arasında bir mühendis olarak böyle hukukun önemli bir alanıyla ilgili konuşmak çok kolay değil, onun için ben biraz daha -ki normal olan da- bir kurum başkanı olarak sizlerle son dönemde yapılmakta olan bazı mevzuat çalışmalarlarıyla ilgili olarak bazı bilgileri paylaşmak istiyorum.

Malumlarımız olduğu üzere sınai mülkiyet ve en genel olarak fikri mülkiyet konusu günümüz dünyasında, günümüz ekonomik modelinde uluslararası rekabet açısından en önemli araçlardan bir tanesidir. Her ülkenin veya ülkenin iç dinamiklerine uygun uluslararası mevzuata paralel iyi işleyen bir sınai mülkiyet ve en genel olarak fikri mülkiyet sisteminiz yoksa, az önce ifade etmiş olduğum bu son derece rekabetçi ortamda çok fazla başarı şansınız yok. Ülke olarak son dönemde ortaya koyduğumuz iddialı ekonomik hedeflere ulaşabilmek için hiç kuşkusuz bunun fikri mülkiyet boyutuna tekrar eğilmemiz gerekir ve bu konuda eksiklerimizi çok hızlı bir şekilde tamamlamamız gerektiğini düşünüyorum.

Az önce Vehbi Bey ifade etti, bugün ve yarın burada siz çok değerli akademisyenler, Yargıtay üyeleri ve konunun diğer paydaşları tarafından fikri mülkiyet konusu genel olarak bütün yönleriyle tartışılacak: Cezai uygulamalar boyutuyla, işte değerlendirme boyutuyla telif hakları, internet uygulamaları, uygulamada ortaya çıkan sorunlar. Ben

de Türk Patent Enstitüsü Başkanı olarak bu sonuçlardan sizler gibi kurum olarak çok faydalanacağımızı düşünüyorum ve bu konuda kurum olarak da katılım sağlıyoruz. Benim dışımda yine kurumumuzdan uzmanlarımız hem sunum olarak, hem de katılım olarak bu ortaya çıkacak deneyimlerden faydalanacağız.

Şimdi malumunuz olduğu üzere Türk Patent Enstitüsü 1994 yılında 544 sayılı KHK'yla kuruldu, daha sonra 2003 yılında 5000 sayılı kanunla değişti ve 1995 yılında Kanun Hükmünde Kararnemelerle 551, 554, 556 yaklaşık 450 maddelik bir mevzuat söz konusu. Aradan geçen 19-20 yıl süresi içerisinde zaman zaman ufak tefek değişiklikler yapıldıysa bile şu anda yürürlükte olan mevzuat ana hatlarıyla bu bahsettiğim mevzuat. Aradan geçen süre içerisinde hiç kuşkusuz sınai mülkiyet alanında Türkiye'de önemli gelişmeler yaşandı. Özellikle başvurular açısından baktığımız zaman bugün Türkiye'de 20 sene önce bir yılda yapılan patent başvuruları günümüzde bir-iki hafta içerisinde yapılabilmektedir. Yine Türkiye'de marka başvuruları açısından Avrupa'da son 3 yıldır ilk sıradadır. Tasarım başvuruları açısından ikinci sıradadır. Bunun dışında hiç kuşkusuz yapılan birçok gerçekleştirilen proje var, yapılan etkinlikler var, bunlara girmiyorum. En azından bu rakamlar bize sınai mülkiyet başvuruları açısından önemli bir farkındalığın oluştuğunu söyleyebiliriz. Diğer taraftan işte 2008 yılında Türkiye'nin AB'yle müzakere sürecinde fikri mülkiyet faslı açıldı ve bu konuda müzakereler devam etmektedir. Geçtiğimiz hafta takip ediyorsunuzdur muhtemelen, 2014 ilerleme raporu, daha doğrusu 2013 ilerleme raporu 2014 Ekim ayında açıklandı. Fikri mülkiyetle ilgili olarak bazı sorunların tespit edildiğini görüyoruz, ama bu konuda yapılan çalışmalarda bazı olumlu adımların atıldığı da raporda bahsedildi.

Sonuç olarak bu geçtiğimiz 20 yıl içerisinde gerek uygulamada ortaya çıkan sorunların giderilmesi, diğer taraftan Anayasa Mahkemesinin yaptığı iptaller var. İşte markalarla ilgili yapılan bir iptal 2009 yılının Ocak ayında bu konuda bir düzenleme yapıldı. Arkasından patent faydalı modelle ilgili gelen iptaller var 2010 yılının haziran ayında, bunlarla ilgili olarak bazı teşebbüslerde bulunulmasına rağmen henüz bu yasal boşluk giderilemedi. Bu geçtiğimiz 20 yıl süresi içerisinde hem ortaya çıkan aksaklıkların giderilmesi uygulamada, hem uluslararası AB direktifleri başta olmak üzere mevzuata uyum noktasında, hem bu KHK'ların yasalaştırılması noktasında birçok teşebbüs oldu son 10 yılda etkin bir şekilde. Yaklaşık 7, 8, 9 sene önce tercih edilen birinci yöntem yaklaşık 450 maddeden oluşan bu KHK'ların yasayla değiştirilmesi şeklinde oldu. Biz kurum olarak bu konuda gereğini yaptık ve iki kere yine paydaşların katılımıyla, paylaşımcı bir yaklaşımla bu düzenlemeler yapılarak Başbakanlığa gönderildi. Gerek madde sayısının çok fazla olması, gerekse Meclisin yoğunluğu dikkate alınarak bunlar yasalaşmadı ve kadük olarak geriye döndü. Son 3 yılda bunun yerine Bilim Sanayi ve Teknoloji Bakanlığına bağlı bir kurumuz biliyorsunuz, Bakanlığımızın da görüşleri doğrultusunda biraz daha farklı bir yol takip edildi ve değişmesi elzem olan başta Anayasa Mahkemesi iptallerinin yerine getirilmesi olmak üzere maddelerin değiştirilmesi ve böylece patent, marka, tasarım, coğrafi işaret-

lerden oluşan bir Sınai Mülkiyet Paket Yasa Tasarısı hazırlandı. Bu süreçte yine oldukça katılımcı bir şekilde bütün paydaşların görüşleri alınmaya çalışıldı. Sonuç olarak 2013 yılının ilk aylarında Başbakanlığa gönderilerek, daha sonra 11 Mart 2013 tarihinde TBMM'ye sevk edilerek başta farklı komisyonlarda Bilim Sanayi Komisyonu başta olmak üzere Sağlık Komisyonu, görüşülerek yaklaşık 102 maddelik olan bu kanun tasarısı genel kurula intikal etti ve şu anda genel kurulda görüşmeyi bekliyor. 2014 Ekim ayı içerisinde görüşüleceği yönünde bilgiler bize verilmiş durumda, ancak şu anda bekliyoruz. Ekim ayında iki hafta bir süre geriye kaldı.

Bu kanun tasarısında ifade ettiğim üzere muhtemelen aranızda farklı görüşleri olanlar vardır. İşte bunun bütün KHK'ların kanunlar değiştirilmesi doğrultusunda bizim de ilk tercihimiz buydu zaten, ancak mevcut durumda en iyisini yapmaya çalıştık. Başta olmak üzere ben çok kısa olarak ne var bunda, ana hatlarından bahsetmek istiyorum. Bu kanun tasarısında özetle daha önce sizinle paylaştığım sınai mülkiyet başvuru-larında rakamsal olarak elde ettiğimiz hiç kuşkusuz bu başarının artık daha nitelikli bir sınai mülkiyet yapısına geçmemiz gerektiğiyle ilgili tedbirler var. Daha önce konuşmasını yapan Adem Beyin, Sayın Dekanımızın ifade ettiği üzere uygulamada ortaya çıkan pek çok sorun var. İki gün süreyle burada tartışılacak. Bu sorunların bize intikal edenleriyle ilgili olarak yasa tasarısıyla üretmeye çalıştığımız bazı sorunlar var Anayasa Mahkemesi iptalleri başta olmak üzere. Özetle, daha nitelikli bir sınai mülkiyet yapısına geçiş üniversitelerde kamu kaynaklı üretilen ar-ge sonucunda ortaya çıkan sınai mülkiyet, daha doğrusu patentlerin hak sahipliğiyle ilgili bir düzenleme söz konusu. Burada üniversitelerin de hak sahibi olmasıyla ilgili bir düzenleme var kanun tasarısında. Diğer taraftan tasarımlarla ilgili olarak yapılan bir düzenleme var. Tasarımlarda orijinal olmadığı, yeni olmadığı anlaşılan tasarımların iptaliyle ilgili biraz incelemeli bir sistem gibi düşünebiliriz, ilgili düzenlemeler var. Markayla ilgili olarak işte Madrid sistemiyle ilgili ulusal, daha doğrusu mevzuatta yasal altyapının doldurulmasıyla ilgili düzenlemeler var. Coğrafi işaretlerle ilgili olarak yayın koşulunun kaldırılması, incelemesiz patent sisteminin kaldırılması, faydalı model için araştırma raporu koşulu getirilmesi, tescil sonrası itiraz prosedürü ve benzeri pek çok düzenleme var. Bunlar muhtemelen sizlerin de bilgisi dahilindedir. İfade ettiğim gibi, yine az önce Vehbi Beyin ifade ettiği ve Adem Beyin -karıştırmış olabilirim- bu ele geçirilen taktik mallarla ilgili depolanan veya depolanması gereken malların imhasıyla ilgili komisyon aşamasında yapılmayan, ancak eğer genel kurula gelirse, büyük eleme olduğu için bununla ilgili de bir yasal düzenleme soru önergesi marifetiyle yapılması düşünülüyor.

Sonuç olarak ben burada iki gün süreyle tartışılacak olan bu çok önemli konuların sonuçlarını kurum başkanı olarak ben de heyecanla bekliyorum. İnşallah bunlardan biz de faydalanmak isteriz her ne kadar biz sadece bir tescil kurumuysak bile. Tekrardan bu sempozyumu düzenleyen başta İstanbul Barosu Fikri Sınai Haklar Komisyonu olmak üzere İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, siz değerli tüm sunum yapacak olan, farklı şekilde görüşleriyle katkı sağlayacak olan tüm katılımcılara teşekkür

etmek istiyorum. Tekrardan başarılı bir sempozyum olması dileğiyle hepinizi saygıyla selamlıyorum.

Av. Vehbi KAHVECİ - Evet, Sayın Başkanı bire bir dinleme onuruna eriştik, kendisine çok teşekkür ediyoruz. Gerçekten Türk Patent Enstitüsü dünyada bu dalda hukukun direkt ticaretle temas ettiği bizim öncü kuruluşumuz. Yani bizim her türlü problemimizi aktaracağımız ve onların da ilgili yerlerde bunu anlatabileceği yegane kuruluşumuz. Bugün Başkanı ağırlamış olmaktan ötürü çok büyük gurur duyduk, çok teşekkür ederiz. Zaten daha sonraki aşamalarda yine değerlendirme kurulu üyesi Sayın Dr. İsmail Fidan, Patent Enstitüsü adına aramızda olacaklar ve kendilerine her türlü sorumuzu sormuş olacağız. Ancak bu hassasiyeti gördüğümüz için de önceden teşekkür ediyoruz. Biz uygulamacılar olarak, sanki kendi yağımızla kavruluyoruz, kendimiz feryat ediyoruz, kimse duymuyormuş gibi zannediyorduk, ama gördük ki her şey duyuluyor, biliniyor. Şimdi ilk oturumu başlatacağız. Bununla ilgili olarak Sayın Prof. Dr. Caner Yenidünya, Sayın Yrd. Doç. Dr. Selman Dursun ve Sayın Yargıtay 7. Ceza Dairesi Üyesi Memiş Selçuk Güney Beyefendiyi huzurlarınıza almış olacağız, buyurun efendim.

Evet, arkadaşlar, bu oturuma ben başkanlık edeceğim, ama bu benim son görevim, her dakika beni görmeyeceksiniz her şeyde, onun için şimdiden size bu müjdeyi vereyim. Yani her sefer her sefer ben konuşmamış olacağım. Tabii ki bundan sonra sistem kendi içinde yürüyecek. Bugün biz gerçekten marka hukukundaki, ceza hukuku alanındaki gelişmeleri burada tartışacağız. Biliyorsunuz Sayın Caner Hocamızın bu konuda yeni kitabı çıktı, Sayın Selman Hocamızın bu konuda çalışmaları var. Tabii ki en önemlisi Yargıtay üyemiz Sayın Memiş Selçuk Güney Beyefendi oturumu en sonunda toparlayacak. Dolayısıyla sistemi şöyle oluşturuyoruz müsaade ederseniz: Önce Caner Hocamız ana başlıkları açacak, Selman Dursun Hocamız bunu genişletecek ve daha sonra da Memiş Selçuk Güney üstadımız da bize yol gösterecek.

Şimdi bizim uygulamacılar olarak ceza hukukunda en büyük problem olarak yaşadığımız konu, son dönemde ortaya çıkan Ceza Muhakemesi Kanununun 116. maddesinde yapılan değişiklikler. Şu anda Türkiye’de marka taklidi bakımından maalesef kurtarılmış bölgeler oluşmuştur. Bunlardan en önemlisi Avrupa Birliği müktesebatı itibarıyla yabancılarla direkt temas ettiğimiz Bodrum gibi her hâkimin ya da savcının her dakika temas ettiği, her dakika gördüğü alanlarda. Biz onlarla ilgili şikâyet yaptığımızda Ceza Muhakemesi Kanununda yapılan değişiklikle ortaya konulan “*somut delillere dayalı kuvvetli şüphe*” kavramının her zaman çok katı uygulanmadığı halde marka hukukuna ilişkin konularda çok katı uygulanması sebebiyle Bodrum’da bir kurtarılmış bölge oluşmuştur ve orada artık arama, el koyma kararı almak mümkün olmamaktadır ya da İstanbul’da Anadolu yakası, Bakırköy ya da Çağlayan’da belli dönemlerde belli mahkemelerde takdir tamamen kendilerine ait olmak üzere kurtarılmış dönemler oluşmuştur. Bu dönemler de artık kanunu uygulanamaz hale getirmektedir. Yani siz taklitçiyle mücadele edemediğiniz müddetçe artık kanun varlığının bir hükmü

kalmamaktadır. Tabii diğer problemler de iç içe, ama bence bugün en önemli konularımızdan biri somut deliller kavramının her konuda aynı sertlikle uygulanıp uygulanmayacağı meselesidir. Ben şimdi bütün bu konularla ilgili olarak ilk konuşmasını yapmak üzere Sayın Prof. Dr. Caner Yenidünya Hocama sözü veriyorum, buyurun Hocam.

Prof. Dr. Caner YENİDÜNYA - Teşekkür ederim Sayın Başkan. Değerli katılımcılar, kıymetli öğrencilerimiz, özellikle İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi ve Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesindeki sevgili öğrencilerimi burada görmekten büyük mutluluk duyuyorum. Onu ifade etmek isterim.

Ben aslına bakarsanız ana hatlarıyla marka hakkına tecavüz suçlarının ana hatlarıyla bir çerçevesini çizip, buralarda acaba suç tipindeki özellikler dolayısıyla sorunlu alanlar nelerdir, bu sorunlu alanlarla ilgili konulara biraz ufak tefek kapılar açmak istiyorum benden sonraki konuşmacılar için de.

Şimdi 556 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede marka hakkına tecavüz 61/A maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddede baktığımız zaman üç tane suç tipine yer verildiğini görüyoruz: Birincisi, marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz, ikincisi marka koruması olan eşya veya ambalajı üzerine konulmuş marka koruması olduğu belirtilen işaretin kaldırılması, üçüncüsüyse marka hakkı üzerinde yetkisiz olarak tasarrufta bulunma suç tipleridir.

Kanunumuz marka hakkına yönelik tecavüzleri sadece bu üç suç tipiyle sınırlı olarak ele almıştır. Dolayısıyla suçta ve cezada kanunilik prensibi çerçevesinde bu maddede dışında marka hakkına tecavüz olma ihtimali bulunan değişik davranışlar ve hareketler aslına bakarsanız koruma kapsamı dışında kalmıştır. Tabii şunu da tartışabiliriz, hemen başta bunu söylemekte fayda olduğunu düşünüyorum: Marka hakkına tecavüz suçu, marka kavramı tamamen ticari bir kavram. Bir teşebbüsün mal veya hizmetlerini başka bir teşebbüsün mal veya hizmetlerinden ayırmaya yarayan bir işareten bahsediyoruz ve biz bu işareti aslına bakarsanız tescilli olması dolayısıyla Türk Ticaret Kanununun haksız rekabet hükümlerine nispeten daha özel bir koruma alanıyla korumaya çalışıyoruz. Böyle olunca biraz bakış açısı itibariyle bir ticari suçla karşı karşıyayız, bir ekonomik suçla karşı karşıyayız. Bu ekonomik suç ne kadar cezalandırılmalı, ne oranda bu ekonomik suç ceza hukukunun alanı içerisine girer, ultima ratio prensibi yönünden bunu biz bütün hareketleri bütün şekilleriyle cezalandırmakta doğru mu yapıyoruz? Bu konudaki soru işaretleri aslına bakarsanız uygulamacılar olarak aramada yaşadığımız sıkıntılar ve özellikle kanunun kaleme alınışında yaşadığımız sıkıntılar buradan kaynaklanıyor. Çünkü birazdan ifade edeceğim 1. fıkrada düzenlenen suç tipi, özellikle marka hakkına tecavüz suç tipine baktığımızda kanunumuz marka hakkına tecavüzü sadece üç davranışla öngörmüş: Üretmek, satışa arz etmek, satmak. Şimdi halbuki üretmek, satışa arz etmek, satmak dışında artık günümüzde marka hakkına tecavüzün gerçekleşebileceği başka davranışlar da var.

Bizim ülkemiz açısından en azından baktığımızda buradan eşyaları, çuvalları yük-lüyorlar, birtakım Ortadoğu ülkelerine, çeşitli ülkelere gönderiyorlar. İşin içerisine bakıyorsunuz, ithal etmek giriyor, bakıyorsunuz, ihraç etmek giriyor. Bunlar da sa-dece gümrük mevzuatına göre mücadele edemezsiniz ve bunlar aslında niteliği itiba-riyle yığın ticaretini ifade ediyor. Yığın ticaretini ifade eden eylemlerle mücadeleyi bir kenara bıraktığınızda hani bireysel anlamda satmak, satışa arz etmekle mücadeleyi kendinize hedef seçerseniz burada birtakım sıkıntılarla karşılaşacaksınız. Öbür taraf-tan baktığımızda kanunumuzda depolamak hareketi -birazdan ifade edeceğim- unutul-muş, söylenmemiş. Yargıtayımız bunu belirli bir oranda satışa arzla işi çözmeye ça-lışıyor, ama bu doğru bir yaklaşım değil. Dolayısıyla bizim marka hukukuyla ilgili, marka hakkına tecavüz suçlarıyla ilgili temel sıkıntınız bir kere bizim algılamalarımı-zı değiştirmemiz gerekiyor. Biz bu fiille mücadele edecek miyiz, yoksa bu fiille mü-cadele etmeyecek miyiz? Eğer edeceksek bu fiille mücadele etmenin yolları da belli.

Şimdi isterseniz sırasıyla suç tipine ilişkin hükümler üzerinde duralım. 61/A madde-sinde başkasına ait 1. fıkrasında başkasına ait marka hakkına iktibas veya iltibas sure-tiyle tecavüz ederek mal veya hizmet üreten, satışa arz eden veya satan kişinin ceza-landırılacağı ifade ediliyor. Şimdi burada kanun koyucu iktibas veya iltibas ederek bir mal veya hizmetin satışa arz edilmesini, satılmasını, üretilmesini yaptırma bağlamış. Bu anlamda iktibas ve iltibasın anlamı önem arz ediyor. Özellikle iktibas konusunda çok fazla sıkıntı yok, iktibas bir markanın aynı veya önemli ölçüde benzerinin yapıl-ması. Fakat iltibas dediğimiz zaman iltibas benzetme, karıştırma anlamına geldiği için bir tescilli markanın başka bir ürünle karıştırılmaya fırsat verecek tarzda kullanılma-sını ifade ediyoruz iltibas dediğimizde ve iltibasın anlamıyla ilgili tatbikatta birtakım sıkıntıların veya anlamının ortaya konulmasıyla ilgili birtakım problemlerin karşımı-za çıktığını görüyoruz.

Şimdi burada bir aslına bakarsanız iltibasın değerlendirilmesinde neyi esas alaca-ğız? İltibasın değerlendirilmesinde o ürün üzerindeki, yani tescilli markanın bütünü itibariyle tüketici nezdinde, ortalama tüketici nezdinde bıraktığı izlenimin esas alın-ması gerekiyor. Taklit markanın iltibas doğurup doğurmadığı konusunda, iltibasa el-verişli olup olmadığı konusunda da temel kriterimiz aynı sınıfta, yani tescilli marka-nın bulunduğu sınıfta dahil bir ürün üzerinde veya mal üzerinde, hizmet üzerinde kulla-nılmış olsun veya olmasın, o markayla karıştırılmayı ortalama tüketici nezdinde müm-kün kılan bir şekilde eylemin gerçekleşmesi gerekiyor. Şimdi böyle deyince tatbikat-ta bunu kim tespit edecek sorunuyla karşılaşyoruz. Yargıtayımızın da verdiği karar-larda açıkça şu husus ortaya konuluyor ki bunu tespit edecek olan bilirkişilerdir. Bu konuda bilirkişiye müracaat edilmelidir. Fakat bilirkişiye müracaat edildiğinde de ge-nellikle aynı sınıfta üretilen mal veya hizmetler konusunda sıkıntı olmamakla birlik-te bir markayla aynı sınıfta ürün veya hizmet üretilmeyen bir taklit ürünle ilgili ve-rilen kararlarda ortalama tüketicinin bu ürünün zaten o sınıfta üretilmediği için, yani tescilli markanın o sınıfta ürettiği bir mal veya hizmet bulunmadığı için karıştırılma-ya elverişli olmadığı konusunda bazı görüşlere rastlıyoruz ki bunlar doğru değildir.

Aslına bakılırsa iltibasta taklidin, yani iltibasa elverişli, karıştırmaya elverişli kullanılan işaretin yanı sıra sınıfta olması da şart değildir. Önemli olan ortalama tüketici nezdinde o tescilli markanın doğurduğu itibardan faydalanarak, bir satış imkânı, bir reklam imkânı sağlanıp sağlanmadığıdır. Basit bir örnek verecek olursak: Bir otomobil markasının logosu, otomobil markasının işareti kullanılarak bir tekstil ürününün üretilmesinde olduğu gibi.

Tabii çok özel tüketici gruplarına yansıyan, yani ortalama değil de, seçici birtakım tüketici gruplarına yönelik üretilen bir mal veya hizmet söz konusuysa, bunun tescilli markasıyla ilgili tabii ki o grubun özellikleri dikkate alınabilir. Yani onların seçiciliği dikkate alınabilir. Örneğin, bir ilaç markasıyla ilgili onu kullanacak, onu tavsiye edecek hekimlerin seçiciliğine bakılabilir. Fakat genellikle ortalamaya bakılmasında fayda bulunmaktadır. Tabii burada bilirkşi incelemesi dedik, bilirkşi incelemesi de Yargıtayımız diyor ki: Orijinal ürünle taklit ürünün karşılaştırması gerekir. Tabii orijinal ürünle taklit ürünün karşılaştırılması gerekir dediğimizde tatbikatta bu konuda da ciddi sıkıntılar yaşandığını ifade etmemiz gerekir. Çünkü genellikle tatbikatta orijinal ürünlerin mahkemelere tesliminde sıkıntılar yaşanıyor. Bu orijinal ürünlerin değeri, vesaire gibi konular gündeme geliyor ve bu sıkıntılar aslına bakarsanız savunma noktasında yapılan bilirkşi incelemesinin sıhhati noktasında Yargıtay Ceza Genel Kurulunun o kararları çerçevesinde önemli bir sıkıntı olarak karşımıza çıkıyor.

Kanunumuz yaptırıma bağlanan az evvel söylediğim hizmet üreten, satışa arz eden veya satan olarak yaptırıma bağlanan fiilleri ifade etmiş. Bu fiiller yönünden de depolama aslına bakarsanız taklit ürünlerin satışa arzdan önce bir yerde depolanması örneğin, bir işyerinin üst katında veya alt katındaki bir depoda bu malların bulundurulması halinde acaba bu madde uygulanacak mıdır konusunda bir tereddütle karşılaşabiliriz. Yargıtay 7. Ceza Dairesi vermiş olduğu bir kararda dükkanın üst katında depolanan ürünlerle ilgili bunun satışa arz mahiyetinde olduğunu ifade etmiştir ki aslına bakarsanız kanunilik prensibi yönünden bu satışa arz olarak nitelendirilemez. Olsa olsa satışa arzın bir icra hareketi belki olabilir, ama esasen depolamak tamamen hazırlık hareketi mahiyetinde bir davranıştır.

Bu suçta manevi unsurla ilgili de tatbikatta sıklıkla karşılaştığımız bir konu da taklit ürünü bulunduran kimselerin *“biz bunun taklit ürün olduğunu bilmiyorduk, böyle bir tescilli markadan bizim haberimiz yoktu”* savunmasını yapmalarındır. Bu konuda aslına bakarsanız Yargıtayımız manevi unsurun tespiti yönünden şu prensibe yer vermiştir: Bu kişinin yaptığı faaliyeti ne kadar zamandır yapıp yapmadığı ve ele geçirilen ürünlerin bulunduğu hizmetle bu kişinin iştigal edip etmediği, yani o kişinin geçmiş iştigalleriyle ilgili bir değerlendirme yaparak, bunu bilip bilemeyeceği konusunda bir sonuca ulaşmaktadır ki bunu da doğru bulduğumuzu ifade etmemiz gerekir.

Bu suçun tabii takibi şikâyete bağlı, takibi şikâyete bağlı olması dolayısıyla şikâyet koşullarıyla ilgili birkaç tane hususu ifade etmemiz lazım. Birincisi, şikâyet koşulunun gerçekleşmesiyle ilgili ürünlerin satışa arz edildiği ana itibar edilmemelidir. Sa-

tişâ arz edilmesi suçun işlenmesi ve bitmesi anlamına gelmemektedir. Ürünler satışı arz edilmeye devam ettiği, satılmaya devam ettiği müddetçe suç temadi ettiğinden şikâyet süresinin devam edeceği ve hak düşürücü olan 6 aylık sürenin dolmayacağını ifade etmek gerekir. Örneğin, bir mağazada bu tarz bir ürün satışı arz edilmeye devam ettiği müddetçe suç da temadi ettiğinden, suç henüz bitmediğinden şikâyet süresinin dolmadığını ifade etmek gerekir. Tabii şikâyete tabi olmasıyla ilgili uygulamaya yansıyan şikâyet hakkının kullanılması ve şikâyet hakkı kullanıldıktan sonra ancak birtakım kovuşturma işlemlerinin yapılması gerekiyor. Tabii bu da tatbikatta birtakım özellikle koruma tedbirlerine, az evvel belirtilen arama gibi birtakım koruma tedbirlerine müracaat edilmesi yönünden sıkıntılara yol açabilir.

Maddede yaptırıma bağlanan bir diğer fiil marka koruması olan eşya veya ambalajı üzerine konulmuş marka koruması olduğunu belirten işaretin yetkisiz olmadan kaldırılmasıdır. Aslına bakarsanız bu suç tipi, bu fıkra da düzenlenen suç tipi tatbikatı olmayan bir suç tipidir. Çünkü kanun koyucu marka işaretinin kaldırılmasını değil, aslında olması gereken burada marka işaretinin kaldırılmasının yaptırıma bağlanmasıdır. Marka işaretinin koruması olduğunu belirten işaretin kaldırılmasını yaptırıma bağlamıştır ki o sadece tescilli markadır anlamına gelen bir “®” işareti veya bir “TM” işareti gibi birtakım işaretlerin kaldırılmasını ifade etmektedir ki bu aslında gerçekleşmesi çok mümkün olmayan bir husustur. Genellikle bu fiilin gerçekleşme tarzı marka işaretinin bir ürün üzerinden sökülmesi, kaldırılmasıdır. Dolayısıyla ürünü koruyan ürünün üzerindeki aslına bakarsanız ürünü temsil eden marka işareti olduğu için bu maddede ölü doğmuştur, bu fıkranın, bu suç tipinin ölü doğduğunu ifade etmemiz gerekir. Hatta o kadar ki kanun koyucu sadece işaret kelimesini kullandığında orada şayet yazsa “*bu ürün tescilli bir markayla korunmaktadır*” diye bir cümle, yani daha koruyucu bir ibare yazsa kanunilik prensibi sebebiyle biz bunu da koruyamıyoruz. Yani o yazının silinmesi halinde de işaret olmadığı yazı olduğu için koruma dışı kalmaktadır ki 61/A maddesinin bu 2. fıkrası tamamen ölü doğmuş bir hükümdür.

3. fıkra: Yetkisi olmadığı halde başkasına ait marka hakkı üzerinde tasarrufta bulunmak. Aslına bakılırsa bir kimsenin yetkisi olmadığı halde başkasına ait bir marka hakkında tasarrufta bulunmasının yaptırıma bağlanması evet, doğru, bu kanunla düzenlenmesi yer olarak da doğru bulduğumuz bir hüküm. Tabii fakat baktığımızda bunu başka suç tipleriyle ve hukuki anlamda halledebileceğimiz bir mesele buraya yığılmış vaziyette. Tabii bir kişinin aslında hak sahibi olmadığı bir marka hakkı üzerinde tasarrufta bulunması karşı tarafla ister istemez bir hukuki ilişkiye girmesi ve girmiş olduğu bu hukuki ilişki çerçevesinde karşı tarafı yetkisi olduğu konusunda inandırması, belirli bir oranda hileli davranışlarda bulunması ve ardından da bu tasarrufu gerçekleştirmesi bunun karşısında mameleki bir yarar elde etmesi anlamına gelmekte. Böyle olduğu zaman da aslında bu belirli bir oranda çoğu kez dolandırıcılık suç tipiyle bağlantılı bir hüküm mahiyeti taşıyor ve öyle olduğu zaman da dolandırıcılık suç tipine nispeten özel bir hüküm düzenliyorsunuz. Fakat genel manada bunu daha ağır yaptırıma bağlayan ve uygulanma tatbiki, uygulanma imkânı bulunan Türk Ceza Kanununun-

da da bir düzenleme var. Bu yönüyle aslında 3. fıkranın daha dikkatli düzenlenebileceği kanaatindeyim.

Son olarak tabii kanun koyucu bir etkin pişmanlık hükmü düzenlemiş son fıkrasında: “Üzerinde başkasının hak sahibi olduğu marka taklit edilerek üretilmiş malı satışı arz eden veya satan kişinin bu malı nereden temin ettiğini bildirmesi ve bu suretle üretenlerin ortaya çıkarılmasını ve üretilmiş mallara el konulmasını sağlaması”. Şimdi kanun koyucu satan ve satışa arz edene bir imkân sağlamış. Satan ve satışa arz eden etkin pişmanlıktan yararlanabilir. Nasıl yararlanacak? Bunları kimden temin ettiğini söyleyecek. Fakat öyle bir düzenleme yapılmış ki satan veya satışa arz edenin kimden temin ettiğini söylemesi aslında etkin pişmanlıktan yararlanması için yeterli değil. Çünkü temin ettiği kişinin aynı zamanda üretici olması gerekiyor. Yani bu sayede üretenin yakalanması gerekiyor ve aynı zamanda o da yeterli değil, üretilmiş ürünlere de el konulması gerekiyor. Şimdi bu kadar şartı beraber içerisinde taşıyan bir hüküm maalesef tatbik imkânı da zayıf. Bu konuda İzmir Fikri Sınai Haklar Ceza Mahkemesi Anayasaya aykırılık iddiasında bulunmuştur. Fakat İzmir Fikri Sınai Haklar Ceza Mahkemesinin Anayasaya aykırılık iddiasıyla ilgili olarak Anayasa Mahkemesi 2011 yılında verdiği kararda hakikaten bu sıkı koşulların varlığını kabul etmiştir. Tatbik imkânının azlığını kabul etmiştir. Fakat bunu kanun koyucunun etkin pişmanlık hükmünün bu oranda dar yorumlamak konusunda, dar uygulamak konusundaki takdir hakkı çerçevesinde değerlendirmiştir. Hakikaten öyle evet, yani bu kanun koyucunun takdir hakkına giren hususlardan bir tanesidir etkin pişmanlık, çünkü bu bir suç siyaseti maddesidir. Suç siyasetine göre kanun koyucu bir suçla mücadele ederken özellikle burada üretenlerle mücadele etme yolunu seçmiştir, daha önemli görmüştür ve o çerçevede bir düzenleme öngörmüştür. Fakat siz eğer etkin pişmanlığı işler hale getirmezseniz etkin pişmanlık işlemez. Çünkü temin ettiği kişiyi söylediğinde temin ettiği kişi eğer üretici değilse, bundan faydalanamıyorsa, bu takdirde temin eden kişinin de üreticiyi söyleme ihtimali çok dar olduğu için siz etkin pişmanlığa işlerlik kazandırırsanız aslında bu suçla mücadeleye işlerlik kazandırırınız. Bu alanda kanun koyucunun bu hükümle ilgili bir düzenleme yapması ihtiyacının olduğunu ifade etmemiz gerekir.

Ana hatlarıyla benim suç tipleriyle ilgili söyleyeceklerim bunlardan ibaret, ben sözü Sayın Başkana bırakıyorum.

Av. Vehbi KAHVECİ - Sayın Hocam, gerçekten teşekkür ederiz. Bir başlangıç olarak ve ön açma olarak buna es diyorlar biliyorsunuz, müzikte önce bir sesi veriyorsunuz, onun devamı geliyor. Şimdi gerçekten Türk Patent Enstitüsü Başkanı buradayken belirtelim, çünkü kanuni düzenlemelerde birebir etkinler; en büyük problemlerden birisi yeni kanuni düzenleme yapılırken ticari amaçla elde bulundurma ayrıımıdır. Şimdi mesele enteresandır, bir depoya gidip baktığınız zaman depo sahibini suçlayamıyorsunuz. Depoda malın kime ait olduğunu da bilmiyorsunuz. Dolayısıyla bir fail elde edemiyorsunuz. Halbuki daha önceki uygulamada nakleden kişi eğer naklederken naklet-

tiği ürünün taklit bir mal olduğunu biliyorsa onunla ilgili olarak bir işlem yapabiliyoruz ya da bir depoda ürün elde ettiğimiz zaman işlem yapabiliyorduk. Şimdi mahkemeler burası depo, satışa henüz arz edilmemiş, dolayısıyla suç henüz oluşmamış diye ret kararları veriyor. Bunun sebebi bir kelimele bir açıklamanın eksik kalmasıdır. Bu da zannediyorum yeni kanuni düzenlemede belirlenecek. Tabii basiretli tüccar ve bilebilme kavramları çok enteresan kavramlar ve bu kavramlardan da hocam bahsettiler. Biz bir tüccarın bir ürünün taklit olup olmadığını bilebileceğinden hareket ediyoruz ve Türk Patent Enstitüsü'nün kayıtlarının da aleni olduğu kuralından hareket ediyoruz. Bilebilme konusunda basiretli tüccar kavramına sığmıyoruz. Dolayısıyla da bu konuda da bir açıklama yapmış olabilirim.

Şimdi Yrd. Doç. Dr. Selman Dursun Beyefendi bize daha fazla detay verecekler. Tabii ki bu konuda çok özel çalışmaları olduğunu biliyoruz. O nedenle müstefit olmak üzere mikrofonu kendilerine veriyorum, buyurun efendim.

Yrd. Doç. Dr. Selman DURSUN - Teşekkür ediyorum Sayın Başkanım. Öncelikle bir düzeltme yaparak başlamalıyım. Benim asıl olarak ekonomi ceza hukuku, bankacılık ve sermaye piyasası suçları üzerine çalışmalarım var. Markalarla ilgili henüz özel bir çalışmam yok. Bu yönüyle aslında sunum sıralaması isabetli oldu, Caner Hocamız bu suçların detayına girdi. Ben de daha çok bu suçların özellikle ekonomi ceza hukuku düzenlemelerindeki sorunlar yönüyle bir analizini yapmaya çalışacağım. Bu suçların tasnifi (I.) ve bunların genel bir değerlendirmesi (II.) şeklinde iki temel başlık altında açıklamalarda bulunacağım. Böylece önceki sunum bağlamında detaydan genelle doğru bir seyir söz konusu olacak.

I. MARKA SUÇLARININ TASNİFİ

Öncelikle marka suçları ne demektir, buna ilişkin kısa bir tanım verdikten sonra bu suçların ekonomik suç niteliğini ve ekonomi ceza hukuku bağlamındaki düzenleme sorunlarını değerlendireceğim, sonrasında da bu suçların kendi içerisindeki tasnifine değinmeye çalışacağım.

A. Marka Suçları Kavramı

Marka suçları dediğimizde bunları, marka hakkı ve bu hakkın korunmasına dair kurallar başta olmak üzere markalarla ilgili olarak öngörülen düzenden kaynaklanan suçlar şeklinde tarif edebiliriz. Mal veya hizmetlerin kökenini belirtici, diğerlerinden ayırt edilmesini sağlayıcı işaretler olan markalar gerek milli gerekse milletlerarası düzenlemelerle ekonomik faaliyetlerin ve bunun içerisinde bilhassa ticari faaliyetlerin belirli bir düzen içerisinde cereyan etmesi amacıyla fikri mülkiyet konusu yapılmış ve bu alanda belirli bir düzen öngörülmüştür. İşte bu düzlemde marka haklarına tecavüz suçları asıl olmak üzere diğer düzene ilişkin suçlar marka suçlarını oluşturmaktadır.

B. Ekonomik Suç Niteliği

1. Genel Olarak

Devlet serbest piyasa ekonomisinde de belirli ölçüde ekonomik yaşama müdahale edebilmekte ve bu çerçevede birtakım düzenlemeler getirebilmektedir. Ekonomik faaliyetlerin düzenli işleyişi açısından marka suçları da aslında söz konusu müdahale kapsamındaki düzenlemelerin bir parçasıdır. Bu yönüyle marka suçlarının da ekonomik suç özelliğini taşıdığını söyleyebiliriz.

2. Özel Olarak

Tabii bu noktada ekonomik suç ne demektir, kısaca buna da değinmemiz lazım. Genel olarak fail, mağdur ve toplum açısından ekonomik sonuçları olan, failin amacının ekonomik çıkar sağlamak olduğu suçlar ekonomik suçlar olarak tarif edilebilir çok genel bir bakışla. Fakat daha detaylı olarak tabii kriminolojik açıdan ekonomik suç kavramı tanımlanıyor, hukuki açıdan ve ceza muhakemesi açısından da ekonomik suç kavramı aslında bir şemsiye kavram olarak ele alınıyor.

Kriminolojik olarak, kriminoloji biliyorsunuz suçun nedenlerini inceliyor. Bu bağlamda kriminolojik açıdan beyaz yaka suçluluğu dediğimiz, toplumda belirli saygınlığı olan kişilerin mesleki faaliyetlerini icrası sırasında işledikleri suçlar ekonomik suç olarak tarif ediliyor. Bu noktada özellikle mesleki faaliyet sırasında bir organizasyon, daha çok şirketler nezdinde işlenen suçlar ekonomik suç olarak ele alınıyor ve kriminolojik araştırmalarda bunlar klasik suç incelemelerinin dışında değerlendiriliyor. Yani klasik suçların, örneğin şiddet içeren suçların nedenlerinden farklı olarak ele alınıyor. O nedenle beyaz yaka suçluluğu ibaresi kullanılıyor ve buradan hareketle bu konuya dikkat çekiliyor. Kriminolojik açıdan marka suçlarını, failin toplumsal saygınlığı ölçütünden ziyade özellikle mesleki faaliyet çerçevesinde ya da bir organizasyon, şirket veya işletme çerçevesinde işlenmeleri itibarıyla ekonomik suç olarak tasnif edebiliriz.

Hukuki açıdan ise hukuki değer kavramı, yani ekonomik nitelikteki belirli hukuki değerleri ihlal eden suçlar ekonomik suç olarak öne çıkıyor. Hukuki açıdan ekonomi düzeni ya da ekonominin işlevselliği bir hukuki değer olarak kabul ediliyor ve bu değerleri ihlal eden fiiller ekonomik suç olarak tarif ediliyor. Bu noktada tabii makroekonomi dediğimiz ekonomik sistemi bir bütün olarak ihlal eden suçlar asıl olarak ekonomik suç şeklinde karşımıza çıkıyor, ama bunun dışında mikro düzeyde özellikle ekonomik yaşamın, ekonomik işleyişin araçlarının kötüye kullanılması önem taşıyor. Nedir bu araçlar? Örneğin muhasebe, bilanço, kredi kartları, çek gibi ekonomik yaşamın ya da işleyişin önemli araçlarının kötüye kullanılması ekonomik suç tavsifine yol açıyor. Marka da bu anlamda ekonomik yaşamın, özellikle ticari hayatın önemli araçlarından biridir. Bu yönüyle ekonomik suç olarak nitelendirilebilir. Özellikle müşterilerin korunması, üretilen ürünler bakımından toplumun, hatta kamu sağlığını ilgilendiren ürünler bağlamında kamu sağlığının korunması, hak sahiplerinin, yani mar-

ka hakkı sahiplerinin korunması ve son tahlilde tabii bir bütün olarak piyasanın, ekonomik düzeninin korunması yönüyle marka suçları da hukuki anlamda bir ekonomik suçtur.

Son olarak *ceza muhakemesi* açısından da ekonomik suçlar ayrı bir kategori teşkil edebilmektedir. Birazdan ayrıca değineceğim üzere özellikle suçlulukla mücadele ve uzmanlaşma bağlamında, ekonomik suçların ortaya çıkarılmasında -ki bunlar marka suçları açısından da geçerli- birçok zorluk vardır, klasik suç tiplerinden farklı özellikler bulunmaktadır. Bu yönüyle de ceza muhakemesinde uzmanlık mahkemelerinin kurulması gerek soruşturma organlarının, kolluk ve savcılığın gerekse kovuşturma mercii olarak mahkemenin uzmanlaşması son derece önemli ve bu çerçevede ekonomik suçlar ayrı bir grup teşkil edebilmektedir.

3. Ekonomik Suçlulukla Mücadeledeki Zorluklar

Peki, suçlulukla mücadele noktasında ekonomik suçların ve bu bağlamda marka suçlarının taşıdığı zorluklar nelerdir? Bir defa ekonomik suçlar düşük görünürlü suçlardır. Yani şiddet içermedikleri için, çoğunlukla hile, tahrifat içerdikleri için, keza belirli bir mesleki statüde, alanında uzman kişiler tarafından işlendikleri için bunların delillerinin saptanması güçtür. Bu yönüyle *düşük görünürlük* özelliği vardır. Ekonomik suçların bir başka özelliği *karmaşıklık*tır. Tabii bu suçlar belirli bir organizasyon, mesela bir şirket bünyesinde, bir tahrifat ağı da içerebilen şekilde işlenmeleri, ayrıca bu konudaki düzenlemelerin de karmaşık olması suçlulukla mücadelede önemli bir zorluk teşkil etmektedir. *Sorumluluğun yayılması* bir başka özellik... Bilhassa bu suçların bir şirket bünyesinde işlenmeleri itibariyle sorumlu kişilerin, kimlerin fail ya da şerik olduğunun saptanması güçlük arz eder. Bir başka özellik ise *mağduriyetin yayılması* olarak karşımıza çıkıyor. Ekonomik suçlarda ve bu bağlamda marka suçlarında bazı hallerde çok sayıda ve fakat küçük, fark edilemeyen veya münferit olarak önemsenmeyen mağduriyetler ortaya çıkabilir. Somut olarak bir mağdurun saptanması birçok olayda güçlük arz eder. Tabii ki tüm bu hususlar ceza muhakemesinin zorluğuna yol açıyor, kanunların ve cezai statülerin muğlaklığı da bu noktada önem taşıyor.

4. Ekonomi Ceza Hukukundaki Düzenleme Sorunları

Ekonomi ceza hukuku, ceza hukukunun bir kolu olarak ele alınabilir. Bu çerçevede ekonomi ceza hukukunun genel ve özel kısmından bahsedilebilir. Genel kısmı esas itibariyle Türk Ceza Kanunu'nun 5. maddesi çerçevesinde Türk Ceza Kanunu'nun genel hükümleri, yani ilk 75 maddesinden oluşmaktadır ve bu hükümler ekonomik suçlar ve bu bağlamda marka suçları için de geçerlidir. Ancak bazen bu genel hükümlerden ayrılan, istisnai bazı düzenlemeler yapılabilmektedir. Aslında Türk Ceza Kanunu'nun 5. maddesindeki, Kanunun genel hükümlerinin yan ceza kanunlarında da uygulanacağını öngören hükmün amacı da bu tür özerk alanların, ayrık düzenlemelerin önüne geçmektir.

Ekonomi ceza hukukunun asıl sorunlu tarafı özel hükümler kısmında ortaya çıkıyor. Öncelikle ekonomik suçların düzenlenmesi bakımından çeşitli yaklaşımlar söz konu-

su. Klasik suç tiplerinden ekonomik suçlar açısından yararlanma bir yaklaşım tercihi olarak karşımıza çıkabiliyor. Yani klasik, özellikle mal varlığına karşı suçların yorum yoluyla ekonomik düzeni ihlal eden suçları da kapsamı. Buna örnek olarak karşılıksız çek keşide etmenin uzun yıllar dolandırıcılık suçu içerisinde ele alınması gösterilebilir. Yine bu kapsamda mevcut suçların yetersiz kalması halinde yeni suç tiplerinin eklenmesi de söz konusu olabilir. İkinci bir temel yaklaşım ise ekonomik suçların bunlara özgü yan kanunlarda düzenlenmesi şeklindedir. Marka suçları bakımından da esasen bu ikinci yöntem tercih edilmiştir. Bildiğiniz gibi Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnameye eklenen bir hükümle suç tipleri doğrudan burada düzenlenmiştir. Bu noktada tabii biraz sonra değineceğiz, Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamede yapılan değişikliklerle bazı suç tipleri bu düzenlemenin dışına çıkarılmış ve genel, klasik suç tiplerinin içerisinde değerlendirilme tabii tutulmuştur.

Ekonomi ceza hukukunun özel kısmındaki en önemli sorun, suçların tasnifinde ortaya çıkmaktadır. Özellikle yan kanunlardaki düzenlemelere baktığımızda mutlak bir yaklaşım olarak, ilgili alana ilişkin özel hukuk veya idare hukuku hükümlerini takiben tek bir maddeyle ya da çok az sayıdaki birkaç hükümle ceza hukuku düzenlemelerinin yapıldığını görüyoruz. Ceza hükümleri de çoğunlukla önceki maddelere atıf yoluyla, hatta bazen başka bir kanuna yollama yapılması suretiyle düzenlenmektedir. Oysa ceza hukukunun suçta ve cezada kanunilik, belirlilik, kıyas yasağı ve dar yorum ilkelerini dikkate aldığımızda bu düzenleme tarzı son derece sorunludur ve suçların yorumunda büyük güçlüklerle yol açmaktadır. Çünkü atıf yapılan hüküm, özel hukuk normu ya da idare hukuku normu mantığıyla yazılmış, buna uygun yükümlülükler ya da yasaklar içeren hükümlerdir. Ceza hükmünü de bunlarla birleştirdiğiniz takdirde, bazen çok gereksiz, çok basit yükümlülüklerin dahi suça konu olabileceği veya bazen ceza hükmünün, olması gereken katı, kesin ifadesiyle uyuşmayan bir içeriğe büründüğü görülebilmektedir. Bu tür sorunlar, markalarla ilgili düzenlemelerde de kendini göstermiştir. Buna biraz sonra özellikle Anayasa Mahkemesinin iptal kararı çerçevesinde ayrıca değineceğiz.

Bir başka sorun, suç hükmünün, madde sırası gözetilerek önceki hükümlere atıf yapılmak suretiyle düzenlenmesinden kaynaklanmakta ve bu sebeple suçların kendi içinde, ceza hukukuna özgü bir düzeni ortaya çıkmamaktadır. Türk Ceza Kanunu'nun özel hükümlerine baktığımızda mağdur ve korunan hukuki değer temelinde birtakım tasnifler yapıldığını görürsünüz. Mesela kişilere karşı suçlar, topluma karşı suçlar veya hayata, malvarlığına karşı suçlar gibi tasnifler görülebilir. Oysa yan ceza kanunlarında ya da ekonomi ceza hukukunun özel kısımlarında çoğu zaman böyle bir tasnif veya sıralama olmaksızın, çok özensiz bir yaklaşımla, bazen birden fazla suç aynı maddede, aynı fıkrada, hatta aynı cümlede düzenlenebilmektedir. Tabii bu olumsuzlukta ilgili düzenlemelerin uygulanma sıklığının, bu konudaki bilimsel çalışmalar ile Yargıtay içtihatlarının azlığının da etkisi olduğunu söylemek gerekir. Bu alandaki ça-

İşmalar ve içtihatların artmasıyla doğru orantılı olarak ilgili düzenlemelerin de geliştiğini görebiliyoruz.

Yine ekonomi ceza hukuku alanında sorunlu bir diğer nokta, çerçeve hükümler... Özellikle 2005 yılında yürürlüğe giren Türk Ceza Hukuku Reformundan önceki düzenlemelerde, idarenin içeriğini doldurduğu çerçeve kanuni düzenlemeler dikkat çekmekteydi.

Değinen tüm bu düzenleme sorunlarına, marka suçlarına ilişkin normlarda da örnekler bulmak mümkündür. Bunların bazılarını biraz sonra işaret edeceğiz.

C. Marka Suçlarının Kendi İçindeki Tasnifi

Bu tespitlerden sonra marka suçlarının kendi içindeki tasnifine baktığımızda, çeşitli ayrımlar karşımıza çıkmaktadır. İlk ayırım, gerçek (asıl) marka suçları ve diğer marka suçları şeklindedir. Gerçek marka suçları kapsamında, markanın ayırt edici fonksiyonunun, garanti, reklâm işlevlerinin esas alındığı veya bu işlevlerine yönelik olan suçlar, yani marka hakkına tecavüz suçları; marka taklitçiliği ve markanın tanınmışlığına tecavüz gibi fiiller yer almaktadır. Diğer marka suçlarıysa markanın işlevleriyle doğrudan ilgili olmayan, bu alana ilişkin düzene dair olan suçlardan oluşmaktadır. Örneğin marka koruma işaretini kaldırma, yetkisiz marka hakkı üzerinde tasarruf edilmesi ya da kendini marka sahibi gibi gösterme. Özellikle eski düzenlemede yer alan birçok suç tipi buna örnektir.

Bundan başka Markalar Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin özellikle 2009 yılında yapılan değişiklikten önceki eski halini dikkate aldığımızda, Kararnamenin 61/A maddesi suç maddesi olup, bu hükümde biraz önce bahsettiğim suçların tasnifi sorununu çok net olarak görüyoruz. 61/A maddesinin eski halinin 1. fıkrasında üç bent halinde (a, b ve c bentleri) bu suçlar düzenlenmişti. İlk iki bentte (a ve b) doğrudan birtakım suçlar tanımlanırken, c bendinde ise marka hakkına tecavüz niteliğindeki fiilleri belirten ve aslında bir özel hukuk normu olan 61. maddeye atıfla, söz konusu maddede sayılan fiilleri işleyenler cezalandırılır şeklinde bir suç tanımı yapılmıştı. Yol-lama yapılan 61. maddenin a bendinde de bir başka hüküm olarak 9. maddeye atıf yapılmaktaydı. Bu çerçevede doktrinde yapılan bir tasnife göre, 61/A maddesinin 1. fıkrasının a ve b bentlerinde doğrudan tanımlanan suçlar *dar anlamda marka suçları* olarak bir grubu teşkil etmekte ve diğer suçlar ise *marka hakkına tecavüz suçları* olarak ayrıca ele alınmaktaydı. Bu suçlara kısaca ismen değinip, bunların yeni düzenlemedeki karşılıklarına kısaca işaret edeceğiz.

61/A maddesinin a ve b bentlerine, dar anlamda marka suçlarına baktığımızda; a bendinde ilk suç olarak marka sahibinin gerçeğe *aykırı kimlik bildirim*i suçu yer almaktaydı. Bu kapsamda marka başvurusunda başvuru sahibinin kimlik bilgilerini bildirmesi ve bu bildirimdeki gerçeğe aykırılıklar suç olarak öngörölmüşü. Aslına baktığımızda bu fiil, belgede sahtecilik suçları içerisinde, esas itibariyle resmi belgenin düzenlenmesinde kamu görevlisine yalan beyanda bulunma suçunu oluşturabilecek bir

niteliğe sahip. Bu düşünceyle söz konusu suç tipine 2009 yılında 61/A maddesinde yapılan değişiklik sonrasındaki mevcut düzenlemede yer verilmemiştir. Dolayısıyla genel suç tipleri, bu çerçevede Türk Ceza Kanunu madde 206 ve 207'deki suçlar kapsamında bir değerlendirme yapılacaktır. Marka başvurusu Türk Patent Enstitüsü'ne yapılıyor. Bu noktada Enstitü görevlileri kamu görevlisi olarak kabul edildiğinde resmi belgenin düzenlenmesinde yalan beyan suçu veya duruma göre özel belgede sahtecilik suçu tartışılabilir.

Aynı bentte yer alan ikinci bir suç tipi, *marka koruma işaretini (tescilli marka simgesini) kaldırma suçu*du. Bu suç, mevcut düzenlemede de bulunuyor. Bentteki bir diğer suç ise *kendisini marka başvurusu veya sahibi gibi gösterme suçu* olup, yeni düzenlemede bu suç tipine yer verilmemiştir. Aslında bu fiil, işlenme biçimine göre dolandırıcılık, sahtecilik ya da haksız rekabet suçları kapsamında ele alınabilecek bir mahiyete sahip.

Maddenin b bendinde de iki suç tipi düzenlenmişti. *Marka hakları üzerinde yetkisiz tasarruf suçu* bunlardan birincisi olup, bu suç yürürlükteki düzenlemede de yer alıyor. İkinci olarak ise *gerçeğe aykırı olarak marka hakkı kanısını uyandırma suçu* öngörülmüştü. Burada aslında marka hakkının koruması sona ermiş olmasına rağmen bunun devam ettiğini gösterme söz konusu. Bu fiile yeni düzenlemede yer verilmemiş, bunun genel hükümler kapsamında, dolandırıcılık ve haksız rekabet suçları içerisinde değerlendirilmesi öngörülmüştür.

Bunun dışında maddenin c bendinde, marka hakkına tecavüz dediğimiz ve 61. maddeye atıf suretiyle düzenlenen çok sayıda suç vardı. Biraz önce bahsettiklerim doğrudan maddede düzenleniyordu. Daha önce de değindiğim gibi, 61. maddeye atıf, oradan da 9. maddeye atıf şeklinde bir sistem söz konusuydu. Dolayısıyla atıf yapılan hükümlerden yola çıkarak suçları saptamak, bunları isimlendirmek, unsurlarını belirlemek gerekiyordu. Buna göre 61. maddenin a bendinde 9. maddeye atıfla düzenlenen suçlar, *markanın izinsiz kullanılması suçları* şeklinde tasnif edilmekteydi. Bunun içerisinde ürün taklidi (iktibas), markanın karıştırılması (iltibas) ve markanın tanınmışlığına tecavüz gibi fiiller vardı. Bunlardan ürün taklidi ve markanın karıştırılması mevcut düzenlemedeki suç tipinin kapsamında yer alırken, markanın tanınmışlığına tecavüz fiili bunun içerisine alınmamıştır. Yine atıf yapılan 61. maddenin b bendinde yer alan *markayı taklit suçu* bakımından markanın sırf taklit edilmesi, bir ürüne konulmasını yeterliydi, bunun satılması vesaire gerekmez suçu oluşmaktaydı. Bu fiil de mevcut düzenlemedeki suç tipinde öngörülmüş vaziyettedir. *Taklit markayı ticaret alanına çıkarma* 61. maddenin c bendinde öngörülen ayrı bir suç tipi idi. Yani taklit marka ürünün satılması, dağıtılması, bu amaçla ithal edilmesi veya ticari olarak elde bulundurulması ayrıca düzenlenmişti. Bu fiiller de belli ölçüde mevcut suç tipinin içerisinde yer alıyor. Aslında bakıldığında, markayı izinsiz kullanma fiilleri ile markayı taklit birbirine benziyor. Tabii atıf usulüyle düzenleme yapıldığı için bazen aynı fiillerin tekrar suç olarak kabul edilmesi durumu da söz konusu olabilir. Biraz önce

değindiğim gibi 61. maddenin a bendi 9. maddeye atf yapıyor, o maddede markanın taklit edilmesi ile markanın benzerinin kullanılmasına, yani iltibas fiillerine yer veriliyor. Yine 61. maddenin bir sonraki bendinde, yani b bendinde markanın taklidinden söz edilerek, âdeta tekrar mahiyetinde bir düzenleme yapılmıştı. Tabii atf yapılan hükümler dikkate alınmadığı için bu tip sorunlar ortaya çıkmaktaydı.

Yine *marka lisansına aykırı davranma suçu*, 61. maddenin d bendinde yer alan bir başka suç tipi idi. Burada esasen bir sözleşmeye aykırılık suç kapsamına alınmıştı. Yeni düzenlemede bu suça yer verilmemiştir. Yine maddenin e bendinde, esasen iştirak kurallarını ilgilendiren bir durum olarak, *markayı izinsiz kullanma, taklit ve ticaret alanına çıkarma suçlarına yardım etme* ayrıca öngörülmüş bir suçtu. Yeni düzenlemede bu hükme yer verilmemiş olup, mesele iştirak kuralları kapsamında değerlendirilecektir. Nihayet maddenin f bendinde *taklit markayı taşıyan malın temin yerini ve şeklini bildirmekten çekinme* müstakil bir suç tipi idi. Mevcut düzenlemede bu fiil suç olmaktan çıkarıldı, ancak bu husus bir anlamda etkin pişmanlık maddesine dönüştürüldü, başka bir ifadeyle mevcut etkin pişmanlık maddesinin kaynağının bu suç olduğunu söyleyebiliriz.

Sonuç itibariyle baktığımızda marka suçlarının tasnifi noktasında esas itibariyle marka bir fikri mülkiyet konusu olduğu için, markanın izinsiz kullanımı, taklidi, yetkisiz tasarrufu gibi *marka mülkiyetine* karşı birtakım suçlar var. Bu mülkiyetle doğrudan ilişkili olmayan, ama bu alana ilişkin bir düzen getirilmesi noktasında, öngörülen *düzene aykırılıktan kaynaklanan*, bu anlamda markaya duyulan *güveni koruyan* başka suç tipleri de bulunuyor. Gerçeğe aykırı olarak kimlik bildirimini, marka başvurusu veya sahibi gibi gösterme veya marka hakkı kanısını uyandırma şeklindeki fiiller buna örneklerdir.

II. MARKA SUÇLARINA İLİŞKİN MEVCUT DÜZENLEMENİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Son olarak mevcut düzenlemedeki suç hükümlerine değinelim. Ancak bunun öncesinde 61/A maddesinin kanunilik ilkesi bakımından değerlendirilmesinde ve Anayasa Mahkemesinin konuyla ilgili kararlarına kısaca değinmekte yarar var.

A. Kanunilik İlkesi Açısından 61/A Maddesi ve Anayasa Mahkemesi'nin Kararları

Bir defa 61/A maddesi ilk halinden beri suçta ve cezada kanunilik ilkesi bakımından ilginç bir içeriğe sahip. Bu durum mevcut düzenlemede de devam ediyor. 61/A maddesi bir kanunda değil, Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'de yer alıyor. Bilindiği gibi kanun hükmünde kararnamelerle ilgili Anayasanın 91. maddesi uyarınca KHK'lar ile suç düzenlemesi yapılamayacağı açıktır. Fakat suç düzenlemesinin bulunduğu 61/A maddesi, KHK'nın içerisine sonradan 4128 sayılı Kanunla eklenmiş vaziyette, bu şekilde suçta ve cezada kanunilik ilkesinin gereği yerine getirilmiş oluyor. Kanunilik ilkesini ihlal etmemek amacıyla bir anlamda KHK-kanun karması ilginç bir düzenleme yöntemi aslında. Fakat özellikle Anayasa

Mahkemesi tarafından iptal edilinceye kadar baktığımızda kanunla eklenen 61/A maddesi var evet, a ve b bentlerinde birtakım suç tipleri tarif ediliyor, fakat c bendinde bu defa bir KHK hükmüne, yani 61. maddeye, oradan 9. maddeye atıf var. Baktığımızda suçun içeriğini aslında bir KHK hükmü, yani 61. ve 9. maddeler belirliyor. Bu düzenleme biçimi, eğer kanunilik ilkesini katı bir şekilde ele aldığımız takdirde söz konusu ilkeyi ihlal eden bir nitelik taşıyor. Çünkü evet, belli ölçüde bir kanuni düzenleme var, 61. maddeye aykırılık şeklinde bir suç tipi tarifi yapılmış, ama suçun içeriğini esas itibariyle KHK hükümleri belirliyor.

2004 yılına kadar bildiğim kadarıyla bu hüküm kanunilik ilkesini ihlal iddiasıyla Anayasa Mahkemesinin önüne gelmemiştir. Ancak gelmiş olsaydı dahi Anayasa Mahkemesinin ihlal kararı verme ihtimali düşüktür. Zira 2004-2005 Türk Ceza Hukuku Reformundan önce bu nitelikte başka düzenlemeler de mevcuttu. Örneğin Türk Parasının Kıymetinin Korunması Hakkındaki Kanunda da doğrudan Bakanlar Kurulu aykırılık şeklinde bir suç tarifi vardı. Bu hüküm yanlış hatırlamıyorsam iki kez Anayasa Mahkemesinin önüne gelmiş olmasına rağmen bunun kanunilik ilkesini ihlal etmediği, burada Bakanlar Kurulu kararına aykırılık şeklindeki bir suç tarifinin kanunilik ilkesi için yeterli olduğu sonucuna varılmıştı. Yani 2005'teki reform öncesi Anayasa Mahkemesi kanunilik ilkesini daha esnek kabul etmekteydi. Fakat 2005 sonrasında TCK'da kanunilik ilkesi, özellikle idarenin düzenleyici işlemleri suç ve ceza konulmayacağına belirtilmesi suretiyle daha katı bir şekilde öngörüldü. Bu şekildeki esnek kanunilik düzenlemesi, sadece kabahatler açısından kabul edildi. Bilindiği gibi Kabahatler Kanununda da kanunilik ilkesine yer verilmiştir. Ancak TCK'ya nazaran daha esnek bir içeriğe sahiptir. Kabahatlerde içeriğini idarenin doldurduğu çerçeve kanun hükümleriyle de düzenleme yapılması mümkün.

Türk Ceza Hukuku Reformunun getirdiği bu yeni konseptte uygun olarak Anayasa Mahkemesi de 2004 ve 2008 yıllarında kanunilik ilkesi temelinde markalar hakkındaki KHK ile ilgili iptal kararları vermiştir. Daha önce değindiğim 61/A maddesinin c bendinin atfı çerçevesinde atıf yapılan bazı hükümleri iptal etmiştir. Bu noktada tabii Anayasa Mahkemesinin kararı da eleştirilebilir. Çünkü Anayasa Mahkemesi atıf yapan suç hükmünü değil, suç hükmünün atıf yaptığı KHK hükümlerini iptal etmiştir. Yani atıf yapılan 61. maddenin ve bununla bağlantılı olarak 9. maddenin ilgili bentlerini iptal etmiştir. Bu eleştirilmelidir. Zira sonuç itibariyle bu iptal sonucunda ilgili hükümlerin getirdiği özel hukuk koruması da ortadan kaldırılmıştır. Söz konusu hükümler sadece suç hükmü değildir, özel hukuk koruması da sağlamaktadır. Fakat tabii bu noktada gerekçelendirme kolaylığı açısından, bir de iptal hükmünün sınırlarının saptanması yönünden bu yöntem daha kolay gelmiş olabilir Anayasa Mahkemesine, çünkü Anayasanın 91. maddesi açıkça KHK'larla suç düzenlemesi yapılamayacağını belirtmektedir. Anayasa Mahkemesi de gerekçe olarak buna dayanmıştır. Oysa burada tartışılması ve iptali gereken husus, atıf yapılan KHK hükümleri değil, bunlara atıf yapan ve kanunla KHK'ya eklenen 61/A maddesinin düzenleme biçimi olmalıydı.

B. Yürürlükteki Düzenleme

Anayasa Mahkemesinin iptal kararlarından sonra 61/A maddesinde 2004 yılında 5194 sayılı Kanunla ve son olarak 2009 yılında 5833 sayılı Kanunla değişiklikler yapılmıştır. Bu çerçevede, biraz önce Caner Hocamız düzenlemelerin içeriğine değindi, dolayısıyla ben tekrar ayrıntılarına girmeden, genel bazı tespitler yapacağım.

1. Suç Sayısının Azaltılması ve Atıf Usulünden Vazgeçilmesi

Mevcut düzenlemede üç ayrı suç tipine yer verilmiş olup, bu noktada dikkat çeken husus, atıf usulünden vazgeçilmiş olmasıdır. Suçların daha sadeleştirildiği, üç suç tipine indirildiği, birçok suç tipinin biraz önce değindiğim ve isimlendirilmesinde dahi güçlüğüne sebep olan atıf yoluyla unsurlarının öngörülmesinden vazgeçildiği, birbirinin tekrarı olan suçların çoğunun birleştirildiği görülmektedir. Keza bazı fiiller suç olmaktan çıkarılmış, genel suç tiplerinin sağladığı korumayla yetinilmiştir.

Her ne kadar doğrudan atıf yönteminden vazgeçilmiş olsa da özellikle taklit fiilinde, ıktibas ve iltibas kavramlarının saptanması noktasında 61. ve 9. maddelerden yararlanılacağı açıktır, ancak en azından doğrudan bir atıf yapılmamıştır.

2. Hapis ve Adli Para Cezasının Birlikte Öngörülmesi

Yaptırım noktasında yeni düzenlemenin farklılığı bakımından bir hususa dikkat çekmek isterim. KHK'nın ilk halinde hapis cezası ve yanında para cezası öngörülmüştü. Bu aslında eski TCK'daki sistemin bir yansımasıydı. Mülga TCK'da ilgili suçun ekonomik nitelik taşıyıp taşımadığına bakılmaksızın çoğu suç açısından para cezası, hapis cezasına ek bir ceza gibi öngörülmüştü. KHK'da 2004 yılında yapılan değişikliklerle "hapis veya para cezası veya her ikisi" şeklinde esasen Türk Ticaret Kanununda yer alan sistem benimsendi. 2009 yılında yapılan değişikliklerle son şeklini alan mevcut hükümde ise, hapis artı adli para cezası biçimindeki düzenlemeye yer verildi.

Mevcut düzenleme, yürürlükteki TCK sistemiyle uyumludur. Zira yeni TCK sisteminde kural olarak adli para cezası hapis cezasına alternatif olarak öngörülmüştür, ancak ekonomik nitelik taşıyan, müsadere hükümlerinin yetersiz olduğu suç tiplerinde hapis cezası ve adli para cezasının birlikte öngörülmesi bir prensip olarak kabul edilmiştir. Bu prensibin de 2009 değişikliğine yansıdığını görüyoruz.

3. Tüzel Kişilerin Güvenlik Tedbiri Sorumluluğunun Düzenlenmesi

Bir başka işaret etmem gereken husus yeni düzenlemede tüzelkişilerin sorumluluğu hakkında. Eski düzenlemede tüzelkişilerin yargılama masraflarından ve para cezasından müteselsilen sorumlu olacağı belirtilmekteydi. Tabii Türk Ceza Hukuku Reformundan sonra biliyorsunuz tüzelkişilerin ceza sorumluluğunun olmadığı Ceza Kanununun 20. maddesinde açıkça düzenlenmiştir. Maddenin 2. fıkrasında tüzel kişiler hakkında sadece güvenlik tedbiri yaptırımının uygulanabileceği belirtilmiştir. Söz konusu güvenlik tedbirlerinin de TCK'nın 60. maddesinde faaliyet izninin iptali ve mü-

sadere olduğu gösterilmiştir. Fakat aynı maddedeki hüküm uyarınca bu yaptırımların uygulanabilmesi için ilgili suç tipinde bu yönde açık bir ifadenin bulunması gerekir. Başka bir ifadeyle tüm suçlarda tüzelkişilere yönelik güvenlik tedbiri yaptırımı uygulanamaz. Bunun için açık bir hükme ihtiyaç vardır. İşte bu açık hüküm ihtiyacını 2009 değişikliği getirmiştir ve marka suçları dolayısıyla tüzelkişilere de faaliyet izninin iptali ve müsadere yaptırımlarının uygulanmasının yolu açılmıştır.

4. Markanın Türkiye’de Tescilli Olması Şartı: Objektif Cezalandırılabilirlik Şartı.

Yürürlükteki 61/A maddesinde ilginç bir ifade yer alıyor. Maddenin 5. fıkrasında, “Yukarıdaki suçlardan dolayı cezaya hükmedebilmek için markanın Türkiye’de tescilli olması şarttır” ibaresiyle markanın ülkemizde tescilli olmasının şart olması hususu ayrıca vurgulanmış. Bu noktada tabii ceza hukuku dogmatığı açısından bu ifade yorumlanmaya muhtaç, acaba markanın ülkede tescilli olması suçun konusunun bir özelliği mi yani suçun bir unsuru mu, yoksa suçun unsurları dışında cezalandırılabilirliği sağlayan bir objektif şartı mı sorunu ortaya çıkacaktır. Maddenin kaleme alınış biçimi itibariyle bunun bir objektif cezalandırılabilirlik şartı olduğu izlenimi öne çıkıyor, ama tartışmaya açık.

Bunun önemi şu: Eğer objektif cezalandırılabilirlik şartı dediğimizde failin kastının bu hususu kapsamaması gerekmiyor. Yani failin tecavüz ettiği, ihlal ettiği markanın Türkiye’de tescilli olup olmadığını bilmesi ve istemesi veya öngörmesi ve kabullenmesi, yani kastın bunu içermesi gerekmiyor. Dolayısıyla eğer objektif cezalandırılabilirlik şartı dediğimizde suçun içerdiği yasak hükmü geriye çekilmiş oluyor. Yani yasaklanan fiil, Türkiye’de tescilli olup olmadığına bakılmaksızın marka hakkına tecavüz etmenin yasak olması ve dolayısıyla suç teşkil etmesi, ancak eğer marka Türkiye’de tescilliye bunun yaptırım uygulamaya yol açması şeklinde bir sonuç doğuyor.

5. Etkin Pişmanlık

Maddenin son fıkrasında yer verilen etkin pişmanlık hükmünün kaynağına daha önce işaret etmiştim. Eski düzenlemede suç oluşturan bir durum, mevcut düzenlemede bir teşvik hükmüne dönüştürülmüş vaziyette. Ancak etkin pişmanlık hükmünün uygulanma güçlüğüne dair tespit ve eleştirilere ben de katılıyorum. Yapılan düzenlemede taklit ürünün kaynağını bildirerek bunu üretenlerin ortaya çıkarılmasını sağlamak yeterli görülmemiş, buna ek olarak üretilmiş mallara el konulmasını temin etme şeklinde şartı getirilmiş. Bu yönüyle kurumun uygulanma şartları son derece zorlaştırılmış.

6. Şikâyet ve İhtisas Mahkemeleri

Şikâyet süresi, eski düzenlemede genel kuraldan farklı olarak 2 yıl şeklinde öngörülmekteydi. Şikâyet hakkını kullanabilecek kişiler tek tek sayılmaktaydı ve daha kapsamlıydı. Yeni düzenlemede bu hususta özel bir düzenlemeye yer verilmemiş, sadece suçların şikâyete bağlı olduğu belirtilmiştir. Dolayısıyla bu konuda artık genel hükümler uygulanacaktır. Buna göre Ceza Kanununun 73. maddesindeki 6 aylık şikâyet süresi esas alınacak, şikâyet hakkına sahip kişiler ise bu konuda kabul edilen prensipler çerçevesinde suçtan doğrudan doğruya zarar görenler olarak belirlenecektir.

Son olarak biliyorsunuz KHK’da tek hâkimli ihtisas mahkemelerinin görevli olacağı açıkça belirtilmiş vaziyette. Bu noktada fikri ve sınai haklar ceza mahkemesi veya asliye ceza mahkemelerinin ilgili dairelerinin görevlendirilmesi söz konusu.

Beni dinlediğiniz için teşekkür ediyorum.

Av. Vehbi KAHVECİ - Sayın Hocam, çok teşekkür ederim. Süre kısıtlaması yapmak istemiyoruz, zaten arkadaşların çoğu burayı bulmak için bir saatlerini harcadılar. Şimdi konuya adapte olmak bakımından gerçekten çok başarılı oldu, ama ben bir konuyu açıklamak istiyorum. Ekonomik suç kavramı meselesi suç tipi olarak ya da suçun düzenleniş şekli olarak ekonomik suç gibi gözükse de suçu işleyenler ve organizasyonlar hakkında belirtmek lazım; 2012 yılında İstanbul Emniyet Müdürlüğü’nün Türkiye çapında yaptığı operasyonda yakalanan faillerin hemen hemen tümünün aynı zamanda uyuşturucu madde nedeniyle de sabıkalı oldukları tespit edilmiştir. Ayrıca terörün finansmanına ilişkin uluslararası sözleşmeler açısından da bu olayın değerlendirilmesi gerektiği inancındayız. Zira bütün Türkiye’de taklit üretimi ve satışının belli gruplar tarafından, çok az sayıda belli gruplar tarafından yapıp piyasaya sürüldüğü de tespit edilmiştir. Dolayısıyla bir de bu açıdan olaya bakmakta fayda olduğunu düşünüyorum, teşekkür ederim.

Şimdi hem oturumu toparlamak hem de yenilikleri öğrenmek üzere, süre kısıtlaması olmaksızın diyorum, çünkü ne kadar istifade edersek o kadar iyi, Yargıtay 7. Ceza Dairesi üyesi Sayın Memiş Selçuk Güney üstadımızı mikrofona davet ediyorum, bursunlar efendim.

Memiş Selçuk GÜNEY - Teşekkür ediyorum. Öncelikle hepinize saygılarımı sunarak konuşmama başlamak istiyorum. Biz diğer konuşmacı hocalarımız,ki hepsi de aynı zamanda bir söz üstadıdır, onlar gibi akıcı bir üslupla sizlere hitap etme konusunda çok tereddütlerimiz var. Nihayetinde bir topluluk önünde konuşma yapmak ömrümüzde ya iki, ya üç keredir. Bizim işimiz dinlemek, bizim işimiz hep dinlemek, konuşmak değil, dolayısıyla bu ben anlatırken biraz sıkılabilirsiniz, onu peşinen söyleyeyim.

Hocalarımız konunun mevzuat bölümünü çok güzel izah ettiler. Sıkıntıları dile getirdiler. Yasa koyucu yasal düzenlemeleri yaparken uygulamada çıkabilecek sorunları yeterince öngöremiyor, Türkiye’de göç hep yolda diziliyor. Yasa düzenlemesinden doğan sıkıntılardan sonuçta en çok etkilenen de uygulamacılar olarak bizleriz. Yasal düzenlemeler ve kanunlar öyle bir şekilde yapılıyor ki, uygulama olarak dosyalar önüne geldiğinde, gerek yerel mahkemeler, gerekse Yargıtay olarak ortada yasal düzenlemeden kaynaklanan sorunları, yani birtakım hususlardaki boşlukları fark ediyorsunuz, ya da düzenlemelerin hayatın pratiğine uymadığını, sorunların çözümsüz kaldığını fark ediyorsunuz. İşte müsadere, cezaların miktarında, hiç uygulanmayan ve uygulanması mümkün olmayacak etkin pişmanlık hükümlerinde vb. konularda...

Yasa koyucu belki yalnızca suçla mücadeleyi amaçlıyor, ama bizim işimiz suçla mücadele değil, yasaların toplum ihtiyaçlarını karşılayacak şekilde yorumlanıp uygulanması. Bu nedenle kanunilik ilkesi çerçevesinde, kanunun amacına uygun olacak, aynı zamanda hak sahiplerinin haklarını teminat altına alacak şekilde kararlar vermeye çalışıyoruz. Marka ihlalleri, diğer ceza hukuku konularına göre çok az akademisyenin ilgi alanına giren bir konu. Bu konuda yayınlar da çok sınırlı, yani teorik destek yetersiz.

Bu sebeple bu alandaki gelişmeler ağırlıklı olarak Yargıtay uygulamalarına bağlı kalmak durumunda. Yargıtay'ın iş yükü herkesin malumu. Bu İşlere bakmakla görevli 7. Ceza Dairesi aynı zamanda özel yasaların çok önemli bir kısmına da bakarak temyiz incelemelerini yapmaktadır. Sınırlı bir zamanda, ağır iş yükü altında yeterli hukuki gelişmelerin sağlanmasının zorlukları ortada.

Öte yandan Yargıtay muhafakazardır, öyle de olmak zorundadır. Çünkü Yargıtay'ın vereceği kararlar içtihat anlamına gelir. İçtihat olduktan sonra da bir karardan dönmek, aynı konuya başka bir tanımlama, yaklaşım, yorum getirmek neredeyse imkânsızdır. Bu nedenle Yargıtay bir konuda en son karar olacak hükmü her yönüyle ele alarak vermek durumundadır. Görüldüğü üzere marka hakkı ihlali suçlarıyla ilgili her bakımdan ani ve hızlı gelişmelerin olması beklenmemelidir.

Tarihsel anlamda ülkemizde fikri sınai haklar, marka hukukuna ait ceza uygulamaları bilindiği üzere çok eski tarihlere dayanmamaktadır. 556 S.K.H.K. nin ceza içeren 61.maddesiyle ilgili uygulamalarında belli konularda istikrar ve çözüm üretilmeye başlanılmışken, malum 2008 Ocak ayının 13'ünde Anayasa Mahkemesi Kanun Hükümünde Kararnamenin bu ceza hükümlerini "*kanun hükmünde kararnameyle ceza hükmü getirilemez*" ana gerekçesiyle iptal etti. Bu durumda yaklaşık bundan 3-4 ay öncesine kadar bütün mahkumiyet hükümlerini esası incelemeyen bozmakla vaktimizi geçirmek zorunda kaldık. Bu dönemde yalnızca müsadereyle ilgili birtakım kararlarla yetindik. Neydi o kararlar? O kararlarda taklit ürünlerle ilgili bugün tartışılabilir tabii, önemli bir kısım giyim vb. ürünleri beraat hükmü verildiğinden sahiplerine iade ettik, eğer doğrudan kamu sağlığına, can güvenliğine zarar verecek ürünler varsa, örneğin otomobil, taklit otomobil parçalarını doğrudan müsadere ettik. Diğer bir kısım ürünlerle ilgili de 4703 sayılı Yasaya göre eğer işe yarıyorsa bunun kullanımını bir şekilde düzenle diye kurumlara taklit ürünlerin gönderilmesini istedik.

Dedik ya, yeni yeni 01.01.2009'dan sonraki suç olaylarıyla ilgili verilen mahkeme kararları birkaç aydır önümüze geliyor. Bu konuda değişiklik ya da gelişme olarak benim şahsi olarak gözlemlediğim, verdiğimiz kararlarda önemseydiğimiz husus tüketicinin algısının ne şekilde oluştuğudur. tüketim üzerinde malın taklit olduğu hususunda marka değeriyle ilgili doğrudan etkilenme hususu dikkate almaya çalışılmaktadır.

Bu konuda birkaç örnek vermek istiyorum. Örneğin, bir dosyamızda Manisa Horozköy'de bir kişi taşıma işlerinde hamal olarak çalışırken daha sonra kötü bir büro

tutmuş, “*Horoz Nakliyatçılık*” diye de bir kart bastırmış, tek bir broşür bastırmış. Yapılan aramada miktar olarak 20-30 adet kartvizit ele geçmiş, bir büro, büronun üzerinde “*Horoz Taşımacılık*” yazıyor. Sanık hakkında açılan davada, sanık savunmalarında; “*ben Horozköy beldesinde oturuyorum, Horozköy’de oturduğum için de Horoz Taşımacılık yazdım.*” Mahkememiz burada mahkumiyet hükmü kurdu, nüfus kaydına göre oturduğu yer Horozköy’dü, Manisa ili Horozköy veya Mahallesi gerek büronun kapasitesi, görüntüsü, durumu, tutanaktaki özellikleri, gerekse karttaki yazım, baskı kalitesi içerik, nazara alındığında objektif olarak dışarıdan bakıldığında, gerçek Horoz Nakliyatçılıkla bir ilgisinin olmasının mümkün görülmemesi sonucu, tüketicinin bu firmaya, Horoz Nakliyatçılık firmasına taşımacılık yaptırdığını düşünerek iş vermeyeceğini değerlendirerek suçun oluşmadığını düşündük. Daire kararımızda 2014/7. “*Sanık evden eve nakliyat işinde çalıştığını, Manisa Horozköy’de oturduğu için “Horoz Evden Eve Taşımacılık” ismini kullandığını savunmuş olup, şikâyet üzerine ele geçen bir adet el afişinde yer alan ibareler iltibasa sebebiyet vermediği ve ortalama düzeydeki tüketiciler üzerinde yanıltıcı bulunmadığından marka hakkına tecavüz suçunun oluşmadığı gözetilerek, sanığın beraatına hükmedilmesi gerekir*” şeklinde karar verildi.

Dairemiz kararlarında, her olayla ilgili olarak, somut olayın incelenerek, ilgilinin taklit, yani satış yapan ya da suçu işleyen, işlediği iddia olunan kişinin hangi halde, hangi bilgiyle, hangi durumda, hangi kültürde olduğuna bakılıp, ona göre suç kastı olup olmadığını değerlendirilmesi gerektiği üzerinde durulmaktadır.

Bu anlamda bir başka örnek kararı değerlendirirsek, müşteri firmamız Loreal meşhur güzellik ürünleri satıcısı, markası. Tescilli bir ürün elbette, firmanın temsilcisi, yetkilisi şikâyet hakkında bulunuyor. Bursa’da bir firmada ürünlerinin taklit olarak satıldığını bahsediyor. Yapılan aramada toplam 81 adet Loreal double exion ... ürün ele geçiyor. Sanığımız diyor ki: “*Ben bu işyerinin müdürüyüm, mağaza sorumlusuyum. Sahibi değilim şirketin, ürünleri de faturayla aldık. Faturayla aldığımız ürünlerden ben sorumlu olamam.*” Nitekim faturalı ürün alışı kanıtıyor, tanık olarak da satan kişi dinleniyor. Ürünlerin taklit olmadığını satan kişi söylüyor. Yapılan bilirkişi incelemesinde taklit ürünler olduğu, aldatma kabiliyetinin bulunduğu anlaşılıyor. Mahkememiz burada: “*Faturayla alınmış bir ürünün sanık tarafından satışında suç kastı yoktur*” deyip, beraat hükmü kuruyor. Dairemizin kararı da şu şekilde oluştu: “*Beraat kararı verilmişse de dosya kapsamına göre dava konusu eşyanın ele geçirildiği alışveriş merkezinde mağaza müdürü olarak görev yapan sanığın bilirkişi raporuyla taklit marka oldukları saptanan ürünlerinin sahte olduğunu bilmeden alıp satışı arz etmesinin üstlendiği iş itibariyle mümkün bulunmadığı, yani bu işi yapıyorsa taklit olup olmadığını bilmek durumunda. Sadece faturalı olması onun suç olmadığını göstermez*” dedik ve bu beraat hükmünü bozduk.

Tabii bunlar önceki konuşmacı arkadaşlarımızın da kısmen ifade ettiği gibi marka suçlarıyla ilgili, markanın önemiyle ilgili toplumsal algı eksikliği var. Bunun arka pla-

nını Vehbi Bey söyledi. Yani bu kişiler aynı zamanda terörle, terör finansmanı, aynı zamanda uyuşturucu işiyle ilgili insanlar, çok masum değiller. İlk bakışta yalnızca ekmeğini kazanıyor görünen satıcı masum görünüyor. Bir yandan işte çok yüksek ürün fiyatları, tanınmış ürünler, bir yandan 75 milyonluk bir ülkede bu kadar genç insan, tüketim arzuları kamçılanmış, iyi bir etiketli ürün giymek istiyor. Yüksek fiyatlı orijinal ürünlere ulaşamıyor, ortalama gelir seviyesi belli, ilk anda görünen bu, ama arka planı görüldüğünde mesele çok önemli. Tabii bu işin sosyal boyutu, bizim uygulamamız farklı bir şey.

Ben burada uygulamada son zaman iyice yerleşen bir konuyla şimdilik konuşmamı bitirmek isterim. Marka uygulamasında genellikle yapılan aramalarda işyerlerinde tek bir ürün ele geçmiyor. Genellikle birkaç marka ele geçiyor. Bunlardan bazılarında biri şikâyetçi oluyor, bazen birden çok şikâyetçi olabiliyor. Daha önceki uygulamalarda 43. madde zincirleme suçla ilgili değerlendirme çok gündeme gelmiyordu. Çok fazla vurgu yoktu. Bir mahkumiyet hükmü onanıyor, geçiyordu ya da bozma. Son zamanlarda artık birden çok ürün ele geçmişse, elbette şikâyet gerçekleşmişse kesinlikle 43. maddenin uygulanması gerekliliği konusunda dairemizin artık istikrar bulmuş uygulamalarını hatırlatmak isterim. Burada örnekleri var, ama okuyup vaktinizi almak istemem. Bir diğer, 43. maddeyle ilgili bir diğer husus: İddianame düzenleninceye kadar kısa tarihli olarak aynı işyerinde yapılan aramalarda ele geçen taklit ürünlerle ilgili olarak da yine bir suç işleme kastı vardır da demiyoruz daire olarak, bunu değerlendiriyoruz her bir somut olayla ilgili. Bu UYAP kayıtlarından çıkıyor. Üç gün önce bir arama daha yapılmış, bu davaları birleştir, mutlaka uygula değil, ama somut olayda 43. maddenin şartlarını değerlendir şeklinde istikrar bulmuş kararlarımız mevcut. Şimdilik beni sabırla dinlediğiniz için teşekkür ediyorum.

Av. Vehbi KAHVECİ - Evet üstat, çok teşekkür ederiz. Şimdi hani vardır ya “pek yakında, pek yakında” diye, biz de bugün şimdi hep pek yakındaları gördük. Gerçekten çok teşekkür ediyorum. 7. Ceza Dairesi yeniden karar oluşturma devresine girdi. Daha önce biz çok kararlar görüyorduk; pek fazla hukukun o ince kıvrımlarına girilmiyordu. Şimdi bu durumda bizim de bir istirhamımız var, bir de bu açıdan bakılsın diyelim: Şimdi bu bizim Af Kanunu dediğimiz, ama teknik olarak Anayasa Mahkemesinin iptalinden sonra kanunun geç çıkarılması nedeniyle lehe hükmün geriye yürütmesi kapsamında özellikle kamu sağlığıyla direkt ilgili olanları imha ederken tekstil ve aksesuar ürünlerinde iade kararı verilmesi bize göre eksik bir incelemedir. Neden? Çünkü bugüne kadar hep iddia ediyoruz ki markalar tekstil ürünleri üzerinde AR-GE çalışmaları yapmak suretiyle o ürünleri geliştiriyorlar. Taklit olarak üretilen ürünlerse hiç bugüne kadar incelenmedi, ama içerisindeki petrol muhteviyatı nedeniyle sağlığa aykırı olmasına rağmen, insanlarda kanser dahi yapıcı özellikler taşıyor olmasına rağmen, üzerinde taşıdığı boyalar nedeniyle gerçekten çok ciddi bir şekilde çocuk sağlığına, insan sağlığına zararlı olmasına rağmen bu yönde hiçbir inceleme yapılmaksızın direkt iadesine karar verilmiştir. Bizim de şimdi istirhamımız dairemizden bu yönden

de bir inceleme yapıp yapılamayacağı hususunun bir daha gözden geçirilmesidir. Bir temyiz dilekçesi gibi yazmış olduk, ama böyle bir talebimiz var.

Şimdi arkadaşlar, saatimiz gerçekten 11.15 oldu. Öbür saate sarkmamak için 15 dakika kahve molası verelim. Bu süreçte bütün arkadaşlar üstatlardan soracakları soruları kahve molası sırasında sorsunlar diye düşünüyoruz.

Tekrar teşekkür ediyoruz.

2. OTURUM

HAKSIZ REKABET HUKUKUNDA GÜNCEL GELİŞMELER

Av. Vehbi KAHVECİ - Arkadaşlar, çok farklı bir konuyu tartışacağız. Tartışacağımız konu perakende sektörüne hukukun direkt irtibatlı olduğu bir konu, "**Haksız Rekabet**"i tartışacağız. Haksız rekabet biliyorsunuz yeni Ticaret Kanunu'nda farklı şekilde ele alındı. Dolayısıyla aslında marka uzantısı olarak haksız rekabeti tartışacağız. Şu anda katılım sunacak üstatlar yerlerini aldılar. Oturumu Sayın Levent Yavuz üstadımız, 11. Hukuk Dairesinde bu konuyla ilgili yol gösteren üstadımız yönetecekler, dolayısıyla çok önemli. Aynı şekilde Doç. Dr. Füsün Nomer Ertan bize katkılarını sunacak. Aynı şekilde Yrd. Doç. Dr. Tamer Pekdinçer katkılarını sunacak. Sektörü temsilen de Ejder Altıparmak bize sunumla özellikle haksız rekabetin emek ilkesinin sömürülmesi konusunu anlatacaklar. Katkı hepimize faydalı olması dileğiyle buyurun efendim.

Levent YAVUZ - Değerli katılımcılar, hepinize merhaba.

Öncelikle bu sempozyumun düzenlenmesi nedeniyle İstanbul Barosu ve İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesine, emeği geçen herkese çok teşekkür ediyorum bizleri bir araya getirdiği için, bu vesileyle bilgilenme, bilgilerimizi güncelleme, değişik bakış açılarından beklentileri anlama-dinleme fırsatı elde ediyoruz. Dolayısıyla bu toplantılar biz uygulamacılar için de son derece yararlı oluyor. Öncelikle bunu belirtmek istiyorum. Vehbi Beyin hakkımda söylediği güzel sözler için de teşekkür ederim. Ancak bu toplantılar hiçbir zaman tek taraflı bir fikir verisi değil, tam tersine karşılıklı bir fikir alışverişi olmaktadır, bunu açıklamak isterim.

Sempozyumun 2. Oturumdaki konumuz haksız rekabet hukukuyla ilgili, tabii fikri ve sınai haklar söz konusu olunca bunun temel disiplini olan haksız rekabet hukuku da çok önem taşıyor ve haksız rekabeti bilmek, anlamak onun özel hallerini oluşturan fikri ve sınai haklar bakımından çok büyük bir değer taşımakta. Bu nedenle haksız rekabet hukuku benim çok önem verdiğim bir konu, buradaki konuşmacı ve hocalarımızdan öncelikle Füsün Hocam bizlere 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununda yeni düzenlenen 54 ve devamı maddelerinde düzenlenen haksız rekabet hallerini tanıtacak, anlatacak. Ben sözü kendisine bırakıyorum, buyurun.

Doç. Dr. Füsün NOMER ERTAN - Çok teşekkür ederim Sayın Başkan. Değerli konuklar, hepinize hoş geldiniz, diyorum ve herkesi sevgi ve saygıyla selamlıyorum. Şimdi sıra haksız rekabette. Ufak bir hatırlatmayla başlayayım isterseniz: Eski Ticaret Kanunumuzda önce 56. maddede haksız rekabetin tanımı verilmiş, ardından da 57. maddede hüsnüniyet kaidelerine aykırı hareketler başlığı altında, haksız rekabet halleri 10 bent halinde sayılmıştı. Şimdi yeni Ticaret Kanunumuza baktığımızda sistematik açıdan değişiklik yapılmadığını görüyoruz. Önce 54. maddede amaç gösterilmiş, yani haksız rekabet kurallarının amacı gösterilmiş ve tanım niteliğinde bir ilkeye yer verilmiştir. Ardından 55. maddede de haksız rekabet halleri sayılmıştır. Tabii, sayılmış, derken yine bir ufak hatırlatma yapayım: Bunlar sınırlı sayıda haksız rekabet halleri

değildir. Yani haksız rekabet halleri 55. maddede sayılanlardan ibaret değildir, bunlar sadece birer örnektir. Bu örneklerle benzeyen durumlarda da, haksız rekabetin varlığını kabul ediyoruz. Bu örneklerle girmeyen bir hal varsa veya bu örneklerle benzemeyen bir hal varsa, biz yine 54. maddenin 2. fıkrasında verilen tanım çerçevesinde, “evet, bir haksız rekabet hali vardır” diyebiliriz. Dolayısıyla kanun koyucu bize haksız rekabet halleri konusunda açık kapı bırakmıştır. 54. madde tanım maddemizdir. Bu maddede verilmiş tanıma giren her durumu haksız rekabet hali olarak değerlendirebiliriz. Ama bizde bir de önemli bir yardımcı madde var, o da 55. maddedir. 55. maddede eski kanunumuza oranla çok daha fazla haksız rekabet hali sayılmıştır. Eski kanunda örnek haller 57. maddede 10 bent halinde sayılmıştı. Şimdiki 55. maddemize bakıyoruz: Ticaret Kanununun en uzun maddelerinden bir tanesidir; 6 bent ve her bir bentin altında da toplam 21’i bulan alt bent var, dolayısıyla aslında yeni kanun bize aşağı yukarı 20’den fazla haksız rekabet hali örneği vermiştir. Şimdi ben burada size eskiden mevcut olup da yeni Ticaret Kanunumuzda da düzenlenmiş olan haksız rekabet hallerinden bahsetmeyeceğim. Bunları zaten biliyoruz, ama ben size yeni kanunumuzda eskiden olmayan, yeni getirilmiş haksız rekabet hallerinden bahsedeceğim. Bu hallerden bahsederken de örnekler vermeye çalışacağım. Yani çok akademik olmak istemiyorum. Haksız rekabet halleri deyince bunları örnekler çerçevesinde, uygulamada karşılaştığımız şekilde, somut olaylar çerçevesinde örneklerle anlatmaya çalışacağım.

Şimdi; 55. maddenin sisteminde 6 ana başlık var: Aslında başlıklar o kadar bençe önem taşıyor, asıl önemli olan bu alt başlıklar, yani ana başlıkların altında verilen örnekler.

Birinci başlık, 55/A, dürüstlük kuralına aykırı reklam ve satış yöntemleri kullanmak. Belki yanında kanun olanlar vardır veya hatırlayanlar vardır, 55/A bendinde toplam 12 haksız rekabet hali yani örneği var. Birinci örnek, kötüleme. Eskisinin hemen hemen aynısı. İkinci örnek, gerçek dışı beyanlarda bulunmak. Bu da eskisinin aynısı. Kendini üstün yetenekli göstermek, bu da eskisinin aynısı. Bu örneklerle yani bu haksız rekabet hallerine hiç değinmeyeceğim. Bir tek yanlış anlamaya fırsat vermemek için bahsetmek istiyorum: karıştırılmaya yol açmak diye bir haksız rekabet hali- örneği var. Bu bizim bildiğimiz iltibas. Kavram sadece değiştirilmiş, bizim 1926’dan beri kullandığımız iltibas kavramı yerine “karıştırılmaya yol açmak” kavramı kabul edilmiş ve içerik olarak da bir ufak eksiklik dışında aslında sistem aynı.

Bize yeni gelen ilk örnek ya da ilk haksız rekabet hali, karşılaştırma yapmak. Bu 55. maddenin A bendinin 5. alt bendinde düzenlenmiş. Şimdi “karşılaştırma yapmak yeni mi ki?” diye sorabilirsiniz. Hayır, yeni bir haksız rekabet hali değil. Eski Türk Ticaret Kanunumuzda karşılaştırma yapmak özel bir düzenlemeye sahip değildi, ama Yargıtay uygulamamızda karşılaştırma yapmak belirli durumlarda haksız rekabet hali olarak vardı, haksız rekabet hali olarak kabul ediliyordu. Yeni kanunumuza baktığımızda da belirli hallerde karşılaştırma yapmanın haksız rekabet teşkil edeceği kabul edilmiş. Tabii şunu da parantez içinde söyleyeyim, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun-

da biliyorsunuz karşılaştırmalı reklamlar özel olarak düzenlenmiştir. Dolayısıyla biz karşılaştırmayı aslında yapabiliriz, ama kanun koyucu diyor ki: “*Ne zaman ki gerçeğe aykırı, yanıltıcı, rakibini gereksiz yere kötileyici veya gereksiz yere onun tanınmışlığından yararlanacak şekilde karşılaştırma yaparsınız, bu haksız rekabet teşkil eder*” Aslında biz şimdi şunu düşünebiliriz: Bundan gayet doğal bir şey olabilir mi? Evet, bundan gayet doğal bir şey olamaz. Yanlış bilgi verirseniz veya karşınızdakini gereksiz yere kötölürsünüz, tabii ki bu fiil haksız rekabet teşkil eder. Şimdi epey bir haksız rekabet halimiz olduğu için ben çok fazla sözü uzatmak istemiyorum. Belki daha sonra tartışmalar kısmında soru gelirse detaya elbette ki girebiliriz. Şimdi tamamen yeni bir haksız rekabet halimiz var. A bendinin 6. alt bendinde düzenlenmiş, bu da tedarik fiyatının altında satış yapmak. Şimdi aklımıza tabii ki şu soru gelebilir: Ben satıcıyım, dükkanımda malımı istediğim fiyata satamaz mıyım? Hatta maliyetinin altına satış yapamaz mıyım? Sokağa çıktığımızda dükkanlarda bazen zararına satışlara, “fiyatları düşürdük”, “kapatıyoruz”, “depoları boşaltıyoruz” tarzında ilanlara hep rastlıyoruz. Peki, bu haksız rekabet mi? Tabii ki değil, prensip olarak herkes malını, hizmetini istediği fiyata satar. Ama kanun koyucu bir şeyi engellemeye çalışıyor. Bazen, özellikle büyük mağazalarda şöyle bir ilan veriliyor: “Biz zararına satışlara başladık veya şu ürünlerde özel indirim yaptık”. Biz aslında o ilanı görüyoruz ve okuyoruz, ama müşteride şöyle bir intiba da uyandırılıyor: “Bu mağazada sadece şu mallar değil, aslında bütün mallar ucuza satılıyor”. Ve siz ucuz zannıyla mağazaya giriyorsunuz ve soruyorsunuz: “Sizde şu marka saatler veya kalemler ucuzlamış, onlardan kaldı mı?” Ucuza satışı sunulmuş malları ya bulamıyorsunuz ya da çok az kalmış oluyor. Ama o esnada size başka bir ürün gösteriliyor ve siz o başka ürünü de ucuz zannıyla, tedarik fiyatının altında olduğu zannıyla satın alıyorsunuz. Şimdi diyeceksiniz ki bu uygulamada oluyor mu? Mutlaka oluyor. Özellikle çok büyük marketler bunu yapıyorlar, ama Ticaret Kanununda düzenlendiği şekliyle haksız rekabet hali hiç gerçekleşecek mi, Yargıtay uygulamasında göreceğimiz? Çok emin değilim. Çünkü mesela, İsviçre bizim mehazımız biliyorsunuz, İsviçre’de şu ana kadar bu maddeyle ilgili henüz bir Federal Mahkeme kararına rastlanmamış. Peki, bizim kanunumuz çerçevesinde tedarik fiyatının altında satış yapmak ne zaman bir haksız rekabet hali olur? Birden çok kez belirli malların tedarik fiyatının, yani maliyet fiyatının altında satışa sunulması, ek olarak bu sunumların reklamlarda vurgulanması ve müşterilerin de satıcı veya rakiplerin yeteneği hakkında yanıtılması unsurlarının beraber bulunması gerekiyor. Göreceğimiz, yeni bir kanun, belki de ben yanılırim, bir uygulama ortaya çıkabilir.

Şimdi başka bir haksız rekabet hali ve yeni bir hal, bu da A.7 bendi: “*Müşteriye ek edimlerle sunumun gerçek değeri hakkında yanıltmak.*” Bu ne demek? Şimdi çok sıkça rastlıyoruz, hep duyuyoruz: “kahve makinesi alana fincanı hediye ediyoruz” veya “iki gömlek alana üçüncüsü bedava” veya “iki pantolon alana ikincisini biz veriyoruz”, “bir takım elbise alana ikincisini biz hediye ediyoruz”. Şimdi burada hediye olarak size bir ürün daha veriyorsa, kanun anlamında bir ek edim var. Dolayısıyla biz kahve makinesi alıyoruz ve satıcı bize diyor ki, “bunun yanında sana şu fincanı da he-

diye ediyoruz”. Bu haksız rekabet tabii ki değil, ama haksız rekabet olan nedir? Size öyle bir şekilde ek edimi sunuyorlar ki, siz malın veya ek edimin fiyatında yanılgıya düşüyorsunuz. Mesela, nasıl bir örnek olabilir? İsviçre uygulamasına baktığımızda aslında burada da pek de sık karşılaşılmayan, yüksek mahkeme kararına konu olmayan bir haksız rekabet hali söz konusu. Mesela, şu anda birkaç mağaza bunu yapıyor. Size diyorlar ki: “1.500 liralık alışveriş yapana çok değerli hediyelerimiz var”. Siz de koşa koşa gidiyorsunuz. Zaten alışveriş yapageldiğiniz bir dükkan, 1.500 lirayı ödöyorsunuz ve bir şey alıyorsunuz ve size 2 liralık bir çorap hediye ediyorlar. Halbuki siz 1.500 liraya alışveriş yapınca karşılığında çok değerli bir şey hediye edileceğini düşünöyorsunuz. İşte burada değerli adı altında 2 liralık veya 5 liralık bir hediye verilmesi bir yanıltmadır. Dolayısıyla böyle bir durumda haksız rekabet vardır.

Gelelim A.8’e: “*Müşterinin karar verme özgürlüğünü özellikle saldırgan satış yöntemleriyle sınırlamak*” Benim çok hoşuma giden demeyeyim, ama Türk Ticaret Kanununun bu haksız rekabete ilişkin hükümleri arasında bence önemli bir haksız rekabet örneği diyeceğim, saldırgan satış yöntemleri kullanmak. Ne demek bu? Uygulamada maalesef sıkça rastlıyoruz, birkaç tane örnek vereceğim. Özellikle eskiden ve belirli bir yaş üstü kişilere, büyükbabalarımıza, büyükannelerimize yapılan uygulamaları hatırlayalım: Kapı çalınır ve “çok zor durumdayım”, “iki çocuk okutuyorum”, “ne olur yardım edin, size bunları satayım” söylemleri başlar. Veya sokakta kolunuzdan çevirirler, “öğrenciyim, lütfen, ne olur! Size şunu satmak istiyorum...” derler. Veya sizi gezilere götürürler; maksat devremülk satmak, taşınmaz satmak, ev satmaktır. Siz de gezilere giderseniz, özellikle yine söylüyorum, belirli bir yaş üstü tercih edilir, güzel güzel gezersiniz, yeşillikler görürsünüz, size binalar, maketler üzerinden tanıtılır. “Biz şöyle güzel yapıyoruz”, “böyle güzel devremülkler yapacağız” derler ve ardından masaya oturtulursunuz, çay ikram edilir ve sizden sundukları projelerden bir mülk almanız talep edilir, hatta zorlanırsınız. Siz de o kadar yaka silkensiniz ki, kendinizi satın almak zorunda hissedersiniz. Benim kendi anne ve babama bunları yaptıklarında, kendileri hiçbir zaman hiçbir şeye hayır diyememişlerdir. İşte bu şekilde manevi duygulardan faydalanılan o kadar çok hal var ki... Saydığımız bu gibi durumlar işte bu haksız rekabet haline-örneğine giriyor.

Şimdilerde de büyük marketlerde şuna rastlıyoruz: Sizin elinizde alışveriş listesi vardır, 20 tane alınacak eşya vardır. Eşiniz, hanımınız veya kendinizin yaptığı bir listedir bu. Bir anda bir anons duyarsınız: “Et reyonunda kıyma fiyatları 30 dakika için yüzde 50 indirimdedir” veya “indirilmiştir”. İşte o anda durursunuz: bir dakika, kıyma lazım mıydı? Hayır, lazım değil, ama 30 dakikalığına yüzde 50 indirimli... Hanımınıza ulaşmak istersiniz, telefon açıp “alayım mı?” diye sormak istersiniz. Şimdi burada hep müşteriye sıkıntıya sokan gerçekte ihtiyacı olmadığı halde manevi baskılarla satın almaya yönelten bir sistem var. Bunu eminim ki hepimiz yaşıyoruz. Bu da haksız rekabet...

Başka bir örnek: Eminim ki hepimiz bundan da rahatsız oluyoruz. Şimdi bayram öncesi yaşadık, yılbaşı geliyor. Yılbaşından sonra anneler günü, ramazan, ramazan bay-

ramı... İşte hep bu özel gün ve dönemler vesilesiyle cep telefonunuza mesajlar, hatta e-postalar ve telefonlar gelir.

Bazen “bu dükkanı ben hiç bilmiyordum, benim telefonumu nereden buldular da bana SMS gönderdiler?” diye kendi kendinize sorarsınız. Özellikle kurban bayramı öncesinde benim cep telefonuma her gün 10’a yakın mesaj geliyordu. Ben bunların çoğunu tanımiyordum. Belki bazı dükkanlara girmişimdir, bir kez alışveriş yapmışımdır ve bana kart vermişlerdir ve o kartı alırken de telefon numaramı vermek gaffetinde bulunmuşumdur. Ama lütfen beni her üç günde bir telefonla arayıp, “şöyle bir indirimimiz var, gelir misiniz” veya her gün üçer mesaj gönderip, “işte şu mağazada-şimdi isim vermeyeyim- yüzde 20 indirim girdik”, iki gün sonra “indirimi yüzde 50 yaptık”, üç gün sonra “depoları boşaltıyoruz” gibi söylemler ile muhatap etmesinler. Ben bunları duymak istemiyorum, sadece bir dükkandan gelse iyi ve bazen adını sanı- nı bilmediğimiz sigorta şirketlerinden, acentelerden telefon geliyor. Hatta artık o kadar abarttılar ki... Yeni bana oldu, bir kuru temizleme firmasından telefonlar gelmeye başladı. Telefon çalıyor, “alo” diyorum, banda bir sekreter konuşmuş, telefonda “şu şu kuru temizleme şirketini açtık, fiyatlarımız çok uygundur, şöyle şöyle...” diyerek hikaye anlatılıyor. Bunlara siz daha önceden “olur” izni vermediyseniz ve size mütemadiyen bu şekilde telefonla, SMS’ler ile veya e-postalar ile rahatsızlık veriliyorsa, bu haksız rekabettir.

Şimdi son dönemde dikkat ederseniz internetten yaptığınız alışverişlerde büyük şirketler size bir kutucuğu fark ettirmeden işaretlettiriyorlar. Siz farkında olmadan kutucuk kendiliğinden tıklanmış olarak “sözleşme şartlarını kabul ediyorum”u tıklıyorsunuz... Neden? O kutucuğa dikkat edin, önünde “verdiğiniz e-posta adresine veya telefon numarasına reklamları gönderebilirsiniz, göndermenize izin veriyorum” gibi bir yazı vardır. Dikkat etmezseniz o kutucuk kendiliğinden tıklanmış oluyor ve siz de “sözleşme şartlarını kabul ediyorum” ifadesine tıkladığınızda aynı zamanda ilgili alışveriş sitesinden reklamların size gönderilmesini önceden kabul etmiş oluyorsunuz. Elbette bir bakıyorsunuz, beşinci dakikadan itibaren epostalarınıza reklam yağıyor, spam kutunuz doluyor, mütemadiyen bazı e-postalar size geliyor ve hatta bazen hiç bilmediğiniz yerlerden epostalar geliyor. Bu nedir? Eğer izin vermediğiniz halde epostalar geliyorsa bu da bir tür haksız rekabettir. Bilmediğiniz yerlerden epostalar veya telefon gelmesinin, SMS gelmesinin tek bir sebebi var: Bu e-postalar, adresler vs. hepsi satılıyor. Hatta bir dükkana veriyorsunuz, o dükkan toplu halde müşterilerinin tüm numaralarını ve e-posta adreslerini satıyor. Bunu birkaç yerden bizzat duydum. Dolayısıyla aslında bunların hepsi haksız rekabettir. Bu şekilde internetten alışveriş yaparken, dükkanda form imzalarken mutlaka dikkat etmemiz gerekiyor, diye düşünüyorum. Saldırgan reklamların düzenlenmiş olması bence bu açıdan çok önemli.

Bir A.9’umuz var, o da gizlemek suretiyle yanıltmak, ne demek bu? Mal sattığınız iş ürününün, malın özelliklerini saklıyorsunuz. Ürün veya hizmetin en önemli özelliğini saklıyorsunuz, bu şekilde müşteriye yanıltıyorsunuz. Bu da bir haksız rekabet hali, uy-

gulaması çok var. Kocaman bir kutu alıyorsunuz, içinden şu kadarcık bir oyuncak çıkarıyor. Çok yapıla gelen bir şey, bu da yeni bir haksız rekabet hali olarak düzenlenmiş.

Şimdi A bendinin 10, 11 ve 12. alt bentleri. Bunlarla ilgili çok fazla bir şey söylemeyeceğim. Burada taksitle satım sözleşmelerinde ve tüketici kredilerine ilişkin yapılan sözleşmelerde ve ilanlarda belirli bilgilerin olması aranmış. Örneğin, satım sözleşmesi yapıyorsanız, taksitle satım yapıyorsanız ve ilan veriyorsanız, ticaret unvanınızı yazacaksınız, maliyeti yazacaksınız. Yani peşin alsaydım şu kadar lira, ama taksitle aldığım için bu kadar lira ödeyeceğim. Bu bilgileri görmemiz gerekmektedir. Bunu ilanlarda da görmemiz gerekiyor. Kredi, tüketici kredilerindeki ilanlarda da aynı şey geçerli, size toplam maliyeti göstermeleri gerekiyor. Şimdi neden bunlara değinmeyeceğim? Çünkü bunlar zaten hem Borçlar Kanununda, hem Tüketici Kanunumuzda, yani Tüketicilerin Korunması Hakkında Kanunda, özel olarak düzenlenmiş sözleşme tipleridir. Haksız rekabet olarak düzenlenmiş olmaları olumlu, ama bu düzenlemenin yeri bence burası değil, doğrudan taksitle satım sözleşmeleri bakımından Borçlar Kanunu, tüketici kredileri bakımından da Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da düzenlenmiş olmalıydı. Gelelim B bendine, 55/B bendine, umarım çok süreyi aşmıyorum.

Biraz hızlı ve çabuk çabuk olmaya çalışıyorum. B bendi de sözleşmeyi ihlale yönlendirmek. Şimdi, B bendinin altında dört tane alt bent var. Bunlardan B.1 ve B.4 yeni, buna karşılık B.2 ve B.3 eskiden de mevcut olan haller, dolayısıyla 2 ve 3'e hiç değinmeyeceğim. B.1 ve B.4 isterseniz okuyayım: *“Müşterilerle kendisinin sözleşme yapabilmesi için onları başkalarıyla yapmış oldukları sözleşmelere aykırı davranmaya yöneltmek.”* Bunun anlamı şu: Siz satıcısınız. Bakıyorsunuz, gözünüze kestirdiğiniz müşteri gitmiş, başka bir satıcıyla çoktan alışverişini yapmış, işi bitirmiş, ama sizin gözünüz hâlâ o müşteri üzerinde ve müşteriye yakalamaya çalışıyorsunuz. Müşteriyi eğer akde aykırılık teşkil edecek şekilde sözleşmesini feshetmeye yönlendirirseniz, mesela fesih hakkı olmamasına rağmen feshe yönlendirirseniz, parasını ödemek, taksitini ödemek zorunda olduğu halde, “aman ödeme, git boş ver, bir şey olmaz, parasını alırsın, malı geri ver” dersiniz haksız rekabet olur. Bu gibi saldırgan yöntemlere başvurursanız, müşteriye başkasıyla yapmış olduğu sözleşmesinin hükümlerine aykırı davranmaya yöneltirseniz, bu haksız rekabet olur. Bu haksız rekabet halini uygulamada ne kadar görürüz, nasıl görürüz bilemiyorum...

B.4, bu yalnız ilginç, okuyayım isterseniz: *“Onunla kendisinin bu tür bir sözleşme yapabilmesi için taklitle satış tüketici kredisi sözleşmesi yapmış olan alıcının bu sözleşmeden caymasına veya peşin satış sözleşmesi yapmış olan alıcının bu sözleşmeyi feshetmesine yöneltmek.”* Şimdi ben başkasının sözleşmesini feshe yöneltirsem bu haksız rekabet mi? Hayır. Burada da kafaların karışmaması için şu ayrımı yapmak lazım: Siz bir müşteriye veya başkasıyla satış sözleşmesi yapmış bir kimseye, zaten hakkı olan bir fesih hakkını kullandırtırsanız bu bir haksız rekabet olmaz. Örneğin, satış sözleşmesinde “müşterinin istediği zaman fesih hakkı vardır” gibi bir ibare konulmuşsa ve bu müşteri de akde aykırılık teşkil etmeyecek bir şekilde fesih hakkını kul-

lanıyorsa, zaten bir sıkıntı yok. Uygulamada mesela son dönemde şu reklamları görüyoruz: “Emekli maaşınızı bizden almaya başlayın, size 500 lira bonus para” veya “200 lira nakit para”. Özellikle cep telefonu şirketlerinde, telefon şirketleri reklamlarında görüyoruz: “numaranızı bize taşıyın, örneğin, Avea’dan Türkcell’e, Türkcell’den Avea’ya gelin, size ekstradan şu kadar dakika konuşma hakkı verelim” Bunun anlamı nedir? Türkcell’e olan veya Avea’yla, Vodafone’la -hangisi fark etmez- olan sözleşmeyi iptal et, numaranı bana taşı, ben sana bunun karşılığında her yöne 500 liralık konuşma hakkı vereceğim. Şimdi bu haksız rekabet mi? Tabii ki değil. Siz bir işletme olarak promosyon yapıyorsanız, promosyonu istediğiniz gibi tabii ki duyuracaksınız. Ben de müşteri olarak bakacağım. Şu şirkete gidersem bana şöyle bir imkân veriliyor, öteki şirkete gidersem böyle bir imkân veriliyor. İstediyimi seçme hakkına sahibim, bu tamamen bir rekabet özgürlüğü. Haksız rekabet olarak düzenlenen şey ise, ben müşteriysen, beni, yaptığım sözleşmeyi akde aykırılık teşkil edecek şekilde feshe yönlendirmek. Bu ne zaman uygulamada olur bilemiyorum, bunu da ayrıca düşünmek, tartışmak lazım.

Bireysel emeklilik sözleşmelerinde de özellikle görüyoruz: “Gelin, biz size bireysel emeklilik sözleşmesi yapalım. 100 lira ekstradan emekliliğinize katkıda bulunacağız”. Bu da haksız rekabet değil.

Bir de şu var: Mesela, “kredi borcunuzu kapatalım. Başvurun bize, çok kredi kartınız mı var, üç tane kredi kartınız var, hepsinde de borç yüklü, gelin bize, biz borcunuzu kapatalım.” Aslında bunun altında yatan şey nedir? “Sizin toplamda üç kredi kartına, 30.000 lira kredi borcunuz mu var? Bana gelin, ben size 30.000 lira kredi vereyim, onları kapatın, eh, bana da 30.000 lirayı faiziyle geri ödeyin.” Bu da aslında bir haksız rekabet değil.

Geliyoruz C bendine: *“Başkalarının iş ürünlerinden yetkisiz yararlanmak.”* Şimdi bu konuda yanlış bilmiyorsam Tamer Hoca da birkaç bir şey konuşacak, ama şimdi ben de bir-iki cümle ekleyeyim, bir örnek vereyim. Başkalarının iş ürünlerinden yetkisiz yararlanmak ne demek? Elimizde bir eser varsa FSEK’e gideceğiz. Marka çerçevesinde korunan bir ürünümüz varsa özel mevzuata gideceğiz, patentimiz varsa veya coğrafi işaret varsa zaten biz bunları özel mevzuata göre koruyoruz, korumadan yararlanıyoruz, ama haksız rekabette bu 55/C’de kanun koyucu özel mevzuata tabi olmadığı için korunamayan iş ürünlerini korumak istemiştir. Mesela, mimarların çizdiği kaba projeler, bunlar eser olmayabilir. her seferinde eser diyemeyiz. Veya siz restoran sahibisiniz, internet sitenize size nasıl ulaşılacağını gösteren bir kroki koydunuz. Şimdi çok var, girin internete, bütün restoranların, otellerin sitelerinde, “bize ulaşın” kısmını tıkladığımızda bir “Google map”, bir de “kroki” çıkar. Şimdi ben de İstanbul’la ilgili bir gezi kitabı basıyorum. Sizin restoranınızdan da bahsedeceğim. Çok beğendim, yemekleriniz güzel, kroki basmak istiyorum. Şimdi kroki ile kim uğraşacak? Ne yaparım? Giderim, sizin internet sitenizdeki krokiyi alır, aynen kitaba koyarım. Peki, bu olur mu, olmalı mı? İşte burada bir eser yok, kişilik haklarıyla ilgili bir şey yok, mar-

ka yok, nasıl korunacağım ben? Kanun koyucu burada haksız rekabete bu açıdan çok olumlu bir hüküm koymuş.

Benim bir arkadaşım dekorasyon işleriyle uğraşiyor. Büyük AVM'lere gittiğiniz zaman, örneğin şimdi yılbaşı geliyor, yılbaşı dekoru görürsünüz veya araba çekilişleri yapılır. "300 liralık alışveriş yapana AVM'de araba çekilişine katılma hakkı" tanınır. Bakarsınız, orada bir arabayla ilgili, bu çekilişle ilgili bir dekor yapılmıştır. Arkadaşımın kendisi bana son iki-üç yıldır o kadar çok şikâyet ediyor ki, "ben", diyor, "müşterime sunum hazırlıyorum, bu dekorla ilgili teklif götürüyorum, arabayı koyarız, önüne kırmızı halı, yanına çiçekler, arabayı kırmızı yapacağız, çiçekleri beyaz yapacağız, şöyle şöyle ..." veya "ramazan dekoru yaparız.." Mutlaka bütün AVM'lerde bu tarz dekorlar görürsünüz. "ve ben sunumu yapıyorum, fiyatımı söylüyorum. Atıyorum 15.000 lira... ve tabii mecburen ben fikrimi ve sunumumu yapmak zorundayım. Müşterim bana, bir düşünelim, patronlara soralım diyor. Bir ay geçiyor, bir buçuk ay geçiyor, ben AVM'ye gidip bir bakıyorum, benim fikrim ve sunumuma çok benzeyen bir şekilde başkaları tarafından o dekor zaten yapılmış." Peki, bu nasıl oluyor? Sizin sunum yaptığınız müşteriniz gidiyor bir başkasına, sizin sunumunuzu önüne koyuyor: Bak kardeşim, aşağı yukarı taslak budur, bunu bana kaçta yaparsın? Eğer sizin rakibiniz 15.000'den daha uygun bir rakam verirse, tabii ki sözleşmeyi sizin rakibiniz kazanıyor. Arkadaşım bana o kadar çok bu konuyu şikâyet etti ki: "ben ne yapacağım?" Şimdi ortada aslında esere dönüşmüş bir şey yok, bir marka yok, ama bir şey var, bir ürün var. Bunun devamını bu tarafa bırakacağım, konunun devamını Tamer Hoca'ya devrediyorum. Ben sadece bir örnek çerçevesinde bunu izah etmek istedim, bu da haksız rekabet.

Şimdi son bir şeyimiz var. İşte üretim ve iş sırlarını hukuka aykırı olarak ifşa etmek, iş şartlarına uymamak, bunlar eski kanunumuzda da vardı, onun için değinmeyeceğim. Fakat bizim yeni bir şeyimiz daha var, son bir haksız rekabet hali F bendi, dürüstlük kuralına aykırı genel işlem şartı kullanmak. Şimdi haklı olarak "hoppala coppala bu nereden çıktı? Bu aslında Borçlar Kanunumuzda değil miydi?" diye sorabilirsiniz. Evet, bizim eskiden genel işlem şartları çok sıkıntılı bir konuydu. Şimdi Borçlar Kanunumuzda 20 ve devamı maddelerinde düzenlendi. Haksız şartlar da Tüketici Kanunumuzda var. Peki, buradaki nedir? Burada, genel işlem şartı kullanmak ne zaman haksız rekabet teşkil eder o düzenlenmiş. Bir sözleşmede yer alan hüküm, genel işlem şartı mıdır, değil midir, batıl mıdır geçerli midir? Borçlar Kanunu anlamında batıl mıdır, genel işlem şartı olarak kabul edilebilir mi, yazılmamış mı sayılır? Bu soruların hiçbirinin Ticaret Kanunuyla ilgisi yok, bütün bu soruların cevabını biz Borçlar Kanunumuza bırakıyoruz. Ama ne zaman ki dürüstlük kuralına aykırı bir genel işlem şartı kullanırsınız, -parantez içinde söyleyeyim- ne zaman ki Borçlar Kanunumuz veya Tüketici Kanunu anlamında batıl bir genel işlem şartı vardır veya yok sayılan bir genel işlem şartı vardır, o zaman ben size diyeceğim ki, işte bu halde aynı zamanda haksız rekabet de vardır. Bunun doktriner tartışması yapılabilir. Ben doktriner tartışmaya girmeden fikrimi söylüyorum. Çünkü haksız rekabette çok hikaye anlatılabilir, ama bu-

nun özü bence şudur: genel işlem şartının genel olarak düzenlendiği temel hükmümüz Borçlar Kanunundadır, dolayısıyla Borçlar Kanununu esas almamız gerekiyor. Borçlar Kanununun 20 ve 25. maddeleri arasında düzenlenen bir şekilde batıl bir genel işlem şartı varsa veya yazılmamış sayılan bir genel işlem şartı varsa, o zaman biz haksız rekabet de gerçekleşmiş olur, diyeceğiz.

Benim anlatacaklarım bu kadar, umarım süreyi çok aşmadım. Daha teorik bir şey sormak isteyen olursa veya olaylarla ilgili eski-yeni Ticaret Kanununun fark etmez, haksız rekabet halleriyle ilgili olarak tabii ki, tartışmalarda memnuniyetle cevap vermeye çalışırım. Beni dinlediğiniz için çok teşekkür ederim

Levent YAVUZ - Füsün Hocama çok teşekkür ediyorum.

Gerçekten bu 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunuyla birlikte 55. maddede haksız rekabet halleri çok genişletildi, maddedeki sayım usulüyle belirtilen haller de arttırıldı. Üzerine bir de tüketici sözleşmeleri ve borçlar hukukundaki genel işlem şartları gibi sözleşmelerde yer alan hükümler de dahil edildi. Hocama bu güzel sunuşu için çok teşekkür ediyorum. İkinci konuşmacımız Sayın Hocamız Tamer Pekdincer, kendisi bize haksız rekabet hukukunda emek ilkesiyle ilgili açıklamalarda bulunacak ve uygulamadan örnekler sunacak. Ben sözü hocama bırakıyorum.

Yrd. Doç. Dr. Tamer PEKDİNÇER - Çok teşekkür ediyorum Sayın Başkanım. Öncelikle sunumumu başlamadan önce İstanbul Barosu Fikri Sınai Haklar Komisyonu Başkanlığına ve İstanbul Üniversitesine teşekkür etmek istiyorum. İstanbul Üniversitesi benim de mezun olduğum fakülte olduğu için bugün gelirken kendime hâlâ aynı mı diye düşüncesiyle gelmişim. Gelirken binaya gelmekteki zorluk falan, onları geçiyorum, ama fakülteyi bana sevdiren, bu üniversiteyi sevdiren hocalar kimdi diye düşünüyorum. Bunların başında rahmetli Kemal Oğuzman Hocamız geliyordu ve bugünlerde kıymetini daha da iyi anlıyoruz. Çünkü 4 sene boyunca medeni hukuk dersini kendisinden almıştık ve 4 sene boyunca da her dersi hiçbir gün aksatmadan tam saatinde girip, tam saatinde çıkmıştır. Bu sebeple çok değerli hukukçu olmasının dışında bu sebeple bile saygıyla anmalıyım. İstanbul Üniversitesi için, benim için özdeşleşen bir hoca olduğu için sözüme öyle başlamak istedim. Bugün için İstanbul Barosunda her hafta 100-150 tane ruhsat verildiği bir dönemde böyle değerli hocalarımızı saygıyla anmak da görevimiz diye düşünüyorum.

Şimdi haksız rekabet konusunda sunumuma başlamadan önce birkaç noktaya temas etmek istiyorum. Beklentim, ileriki dönemdeki süreç içerisinde yaşayacağımız nokta olarak gördüğüm öncelikle şu: Haksız rekabet biliyorsanız Füsün Hocam da bahsetti, İsviçre'deki bağımsız bir kanun olan Haksız Rekabet Kanunundan alındı ve Türk Ticaret Kanununun 54 ya da 63. maddesi arasına konuldu. Füsün Hocanın bahsettiği hususlar sadece örnekti, ama asıl temel 54. maddemiz, 54. maddeyi iyi anladığımız takdirde de zaten haksız rekabet davalarının ne kadar genişleyeceğini, önümüzdeki dö-

nemde ne kadar önem arz edeceğini hep birlikte yaşayıp göreceğiz. Benim ilk beklentim ileriki süreçlerde inşallah yine kısmet olur birlikte olursak haksız rekabet davalarının çıkış gibi geleceğini, özellikle avukatların bu konularda bilinçlenmesiyle geleceğine inancımı belirtmek istiyorum.

Bu yine yaşadığım bir olayla da bağlantı kurayım. Çünkü uygulamadan da örnekler vermek sizler için daha da faydalı olacağını düşünüyorum katılımcılar açısından, o da şuydu: Yaklaşık 10-12 sene kadar önce Kadıköy'deki mahkemede bir haksız rekabet davası vardı. Gitmiştik ve inceleme yaparken bir reklam filminden dava konusu olduğunu anlamıştık. Banka reklamı, Türkiye'nin en büyük bankalarından bir tanesi, iki tane evden vatandaş çıkıyor normal, bir tanesi son derece güvenli bir aracı biniyor ve kırmızı ışıkta duruyor, bütün yasal kurallara uyuyor. Bir başkasıysa evden doğru düzgün üstünü başını toparlayamadan çıkıyor, hiçbir trafik ışığında durmuyor, etmiyor, o da bir başka araca biniyor ve gidip trafik polisine çarpıyordu, film de bitiyordu. Reklamın sonunda da doğru tercih yapmazsanız sonunuz budur mealinde bir söz geçiyordu. Bu reklam televizyonlarda sıkça oynuyordu, ben de seyrediyordum. En sonunda bu ikinci araca binen sahibin, yurtdışındaki Güney Kore'deki bir firmanın genel müdürü Türkiye'dekilere telefon açıyor: *"Siz ne yapıyorsunuz? Bizim markamızı, itibarını yerden yere vuruyorlar. Siz niye buna karşı bir dava açmıyorsunuz?"* demesi üzerine yaklaşık bir ay sonra falan bu reklam o kadar oynadıktan sonra bu bankaya karşı haksız rekabet davası açıldı. O bankanın sahibi olan işadamı da vefat etmeden önce anlaşmak suretiyle kredi kartları-na bu ikinci aracın çekilişle dağıtılması suretiyle bu konuyu kapatmıştı. Bu örneği niye verdim? Çünkü Türkiye'de hiçbir o firmanın aracın sahiplerinin, işletenlerin binlerce kişinin hiçbirinin burada haksız rekabet olduğunun farkına varmamasıydı enteresan olan, yurtdışındaki genel müdür bunun farkına varıp, bu davayı açıyordu.

Şimdi yeni dönemde baktığımızda, yani 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununa baktığımızda 1 Temmuz 2012 tarihli 54. maddenin haksız rekabeti son derece genişlettiğini net bir şekilde görebiliriz. Çünkü 54. madde Rekabet Kanununa yaklaşacak bir şekilde bütün katılanların menfaatine dürüst ve bozulmamış rekabetin sağlanmasının bu kanunun, Haksız Rekabet Kanununun amacı olduğunu söylemiştir. Şimdi bu konuda da tabii bütün katılanların menfaatine ne anlama geliyor? Bu en önemli değişikliklerden bir tanesi, eskiden tartışılmalar vardı. Bu rakipler mi olması lazım haksız rekabet davasının, bunun da kaynağı maalesef ve maalesef Borçlar Kanunu 57. maddedir. İlk tasarıda bunu çıkartmışlardı, fakat son anda yasalaşırken Türk Ticaret Kanunu aynı tarihte yine haksız rekabet hükmünü Borçlar Kanununda koydular. Eskiden beri tartışma konusu olan işte tacir olmayan kimseler arasında Borçlar Kanunundaki haksız rekabet yükümlülere uygulanacaktır, tacirler arasında, rakipler arasındaysa Ticaret Kanunundaki haksız rekabet hükümleri uygulanacaktır tartışması yine ister istemez mevcut düzenlemelerde gündeme gelebilecektir, ama şahsi kanaatim asla ve asla bundan sonra bütün haksız rekabet halleri tacir olsun, olmasın Türk Ticaret Kanununun görev alanına girecektir. İşte bu maddedeki 54. maddenin 1. fıkrasındaki bütün katılanlardan ne anlaşılması gerektiğini kanun koyucu gerekçesinde açıklıyor. Ekonomi, tüketimi-

ci ve kamu diyor. Kamunun da artık haksız rekabet davalarında davalı veya davacı sıfatının olacağını da inşallah önümüzdeki dönemlerde göreceğimizi ümit ediyorum. Bu konuda da yine bir tecrübemden bahsetmek istiyorum. Bir derneğin açtığı haksız rekabet üzerinden ekonomik menfaatlerini korumak için açtığı bir haksız rekabet davasında mahkeme görevsizlik kararı verdi yakın tarihte, yaklaşık 7-8 ay önceki bir olay bu, ticaret mahkemesi hâkimi. Gerekçesinde de derneğin haksız rekabet davası açma sıfatının olmadığı, o yüzden de bu davanın asliye hukuk mahkemesinin görev alanına girdiğini belirtti. Şimdi asliye hukuk mahkemesinin görev alanına giriyor dediğinizde biliyorsunuz yeni HMK çerçevesinde bu kesin hüküm oluşturuyor ve davanın kararı, bu kararı temyiz ederseniz Yargıtaya gidip, görev konusunda bir karar vermesini beklemeniz gerekiyor. Halbuki haksız rekabet davaları o kadar hızla hareket edilmesi gereken davalardır ki, çünkü eylem devam ediyor, haksız rekabet teşkil eden eylem devam ettiği için de siz bu konuda Yargıtaya gidip de evet, sen görevlisin diye bir karar almanız daha konuyu en başından anlamayan bir mahkemeye tekrardan dönmenizin açacağınız veya açtığınız haksız rekabet davasını da ortadan kaldıracığını da etkilerini söylemek mümkün.

Şimdi haksız rekabet davasının bu kadar genişlediğini net bir şekilde söyledikten sonra konum olan emek ilkesine de değinmek istiyorum. Emek ilkesi esasında bu kanundan önce de Yargıtayın birçok kararında ve doktrinde sık sık gündeme gelen ve hep de güzel örnekler olduğunu söylediğim bir konuydu. Emek ilkesinin temeli eski 56. maddede Türk Ticaret Kanunu, şimdi 54'e tekabül eden 56. maddedeki iyi niyet kurallarına, hüsnüniyet kurallarına aykırılık ilkesine dayanıyordu. Şimdi ancak 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununda, yani yeni Ticaret Kanunumuzda emek ilkesi daha fazla önem arz ediyor.

Çünkü hem kanun koyucu genel gerekçesinde, hem de birazdan da değineceğim 55. maddesindeki hükmünde emek ilkesini benimsediğimi ve bunun önemini net bir şekilde ortaya koyuyor. Şimdi Türk Ticaret Kanununun genel gerekçesinde 4. maddeden önce kanun koyucu şu ifadeyi kullanıyor: *“Emek ilkesinin güçlenmesi ve etki alanının genişletilmesi de haksız rekabet hukukuna kazandırılan yeni bir içeriktir”* diyor. Türk Ticaret Kanununa baktığımızda haksız rekabet hükümlerinin İsviçre'den alındığını, İsviçre Haksız Federal Kanunlarını görüyoruz, ama kanun koyucu orada bir detaya daha temas ediyor. Diyor ki: *“Bu kanunu İsviçre'den aldık, evet, ama aynı zamanda Türkiye'nin gerçeklerini dikkate alarak da birtakım düzenlemeler yaptık.”*

Şimdi emek ilkesinden ne anlaşılması gerekiyor, emek ilkesinin tanımı nedir ve uygulamada emek ilkesi karşımıza nasıl çıkıyor kısmına bakmamız lazım. Emek ilkesinin tanımını yapmak gerekirse, bu doktrindeki ve Yargıtay kararlarındaki görüşleri de dikkate alarak şu şekildeki tanım herhalde en isabetli tanım olacaktır: Rekabetin emeğe dayalı olması, yani kendi emeğini ortaya koymadan gerçekleşen ve rakiplerini rekabette engellemeye, onları rekabet dışına çıkarmaya ya da kendi emeğini koymadan başkalarının iş ürünlerinden faydalanmaya yönelik her türlü davranış bu ilkeye aykırılık teşkil edecektir.

Doktrinde Yaşar Karayalçın tarafından ifade edilen ve birçok Yargıtay kararına da alınan bir görüş var emek ilkesiyle ilgili, onu da paylaşmak istiyorum. Çünkü o da belirleyici bir ilkedir. Şayet elde ettiği menfaatle bu menfaati elde etmek için harcadığı emek arasında orantısızlık mevcutsa, emek ilkesine aykırılıktan bahsetmek mümkün olacaktır. Emek ilkesinin özünde iktisadi oranda herkes ahlâk kaidelerine uygun olarak kendi emeği ölçüsünde netice almalı düşüncesine dayanılmaktadır. Bir kimsenin kendi emeği ve çabasına dayanan rekabeti yasaldir, ancak ekmeden biçmek isteyen veya zahmetsiz rahmet elde etmek isteyen kimsenin davranışı emek ilkesine aykırılık teşkil eder demiştir hocamız ve Yargıtay da birçok kararında buna temas etmişti. Bunlardan bir tanesinden bahsetmek istiyorum. Yeni tarihli bir karar Hukuk Genel Kurulu kararı Galatasaray Futbol Kulübüne ilişkin yakın tarihli bir karar, 7 Temmuz 2010. Biliyorsunuz marka hukukunda renkler kimsenin tekeline verilemez prensibi vardır. Yani renkler tek başına marka olarak tescil edilemiyor, sadece bir kombinasyon halinde tescili mümkün. Bu olayda da sarı-kırmızı renklerinin kullanıldığı bir dava İstanbul Asliye İş Ticarete açılmış. Haksız rekabet istemli bir dava anladığım kadarıyla, bu davada yüksek mahkeme şu görüşe yer vermiştir, yakın tarihli olduğu için vurgulamakta fayda var: *“Ekonomik ve ticari hayatta herkes ahlâk ve objektif iyi niyet kurallarına uygun bir şekilde hareket ederek, ancak kendi emek ve gayreti ölçüsünde bir kazançla yetinmelidir. Fakat bir kimsenin en ufak bir yorgunluğa ve zahmete girmeden bir başkasının yıllar yılı didinip, alın teri ve göz nuru dökmek suretiyle ancak meydana getirdiği ve tamamen kişisel emek ve gayretinin ürünü olan çalışmasına ortak olması hali hem ahlâk kurallarına bir aykırılık oluşturur, hem de haksız rekabet meydana getirir”* deyip, parazit rekabet olarak da değerlendiriyor ki bu konu da biraz tartışmaya müsait. Parazit rekabet ayrı bir oturum konusu olabilir veya bu sunumu yazılı hale getirdiğimde ona da değineceğim. Burada haksız rekabete hükmetmiştir. Çünkü bu firma, yani sarı-kırmızı renkleri kullanan firma aynı zamanda taraftar, futbol, spor kulübü, şampiyon gibi ibareler de kullanmıştır. Bunun da Galatasaray’la irtibatlandığını kabul ederek emek ilkesine her ne kadar bunun fikri mülkiyet hukuku çerçevesinde korunamayacağını kabul etsek de haksız rekabet teşkil ettiğini ve haksız rekabet olarak değerlendirilmesi gerektiğini de benimsemiştir.

Şimdi haksız rekabet konusunda tabii ki bir tartışma var. Füsün Hocam da biraz ona değindi. Sabahki bizden bir önceki oturumda da 7. Ceza Dairesi üyesi Hâkim Beyin sunduğu sunumda da gündeme geleceğini düşünmüştüm. Çok önemli bir konu, haksız rekabet davalarında bir de kümülatif korumadan bahsetmemiz lazım. Yani tescilli bir marka, tescilli bir endüstriyel tasarım, eserler tescil edilemiyor tabii, ama gibi bir sicil ile tescili, böyle bir şey söz konusuysa, bunun aynı zamanda haksız rekabet hukuku hükümleri çerçevesinde de korumanın mümkün olup olmadığını değerlendirmemiz gerekiyor. Şimdi benim gözlemlediğim ve belirleyebildiğim kadarıyla Yargıtay 11. Hukuk Dairesi açıkça kümülatif koruma dediğimiz bu korumayı benimsediğini görmekteyiz. Fakat 7. Ceza Dairesi bu Anayasadaki hükmün, ceza hükmünün iptal edilmesi döneminde haksız rekabete dayalı taklit mallara ilişkin açılan davalarda bunun olmadığını,

olamayacağını, haksız rekabete dayanılamayacağını, çünkü ortada tescilli bir marka olduğu için özel kanun hükmünde kararnamele korunması gerektiğini savunmuştu ki bunu da katılmak özel hukukçu olarak tabii ki mümkün değil. Burada da kümülatif korumanın söz konusu olduğu ve kümülatif korumanın da özel hukuk anlamında kaçınılmaz olduğunu da belirtmek istiyorum.

Şimdi tabii ki bu emek ilkesi dediğimiz ilke o kadar tanımladığım kadar basit bir ilke değil, emek ilkesi birçok konuda kendini gösteriyor. Füsun Hocanın incelediği 55. maddeye baktığımızda örneğin, iltibas yani eski kanunda geçen ifadesiyle iltibas, yeni kanunda karıştırma ihtimali diye geçiyor- karıştırma ihtimali de esasında özünde bir emek ilkesine aykırılık teşkil ediyor. O yüzden de emek ilkesine ilişkin verilen kararlar sadece iltibasla genelde karşımıza çıkıyor, ama bu iltibasla sınırlamak mümkün değildir. Füsun Hocanın bahsettiği ve benim tarafımdan inceleneceğini söylediği husus -ki kendisi zaten yeterli açıklamayı verdiği düşüncesindeyim- o hükümde de yine aynı çerçevede çok kısa bir açıklama yapmak istiyorum. C bendinde başkalarının iş ürünlerinden yetkisiz yararlanmaya ilişkin burada kanunun gerekçesine baktığımızda açıkça zaten emek ilkesine dayandığını bu hükmün söylüyor. Yani emek ilkesi çerçevesinde bu hükmün düzenlendiğini söylüyor. Ben çok tartışmalara girmek istemiyorum, ama Füsun Hocanın söylediği konuda uygulama bizim de tabii çok sık karşımıza gelen bir şey: Birisinden teklif alır ve o teklifi yapmak yerine daha uygun fiyatlı fason üreticiye gidiyor. Bu oyuncak sektöründe oluyor, başka sektörlerde oluyor ve burada tabii ki bir emek ilkesine aykırılık var. Tartışmasız bu madde de o yüzden son derece faydalı ve önemli, ama sıkıntı bunu ispat edebilmekte. O yüzden de birtakım böyle teklifler verirken, ederken bunun ispat edilmesi sağlanması halinde bu hükmün, C bendinin uygulanması hükmünün mümkün olacağını, aksi takdirde uygulanmasının zor olacağını düşünüyorum. Uygulamada da eskiden de zaten Yargıtayımızın verdiği kararlarda, yakın tarihli kararlarda da var. Bu esas projelerde özellikle emek verme bazında dikkate alarak yine kurulduğunu görüyoruz. Her ne kadar eskiden 6762 sayılı Kanunda açık bir hüküm yoksa da yine bu hallerde de Yargıtayımızın emek ilkesini dikkate almak suretiyle bu konuyu yorumladığını ve isabetli olarıktan bir sonuca vardığını söylüyorum, ama yine bir kez daha üzerinde basa basa söylüyorum: İspat kısmı bu tarz davalarda önem arz ediyor.

Şimdi konuya ilişkin bir başka değinmek istediğim nokta ki bu esasında emek ilkesinin bence bakış açısından belki önümüzdeki dönemde değişiklik yaratacağına inandığım husus olacak: Türkiye’de çok gündeme geldi, çok dava konusu oldu, mahkeme kararlarının doktrinde eleştirisi yapıldı. Tek satıcılık sözleşmelerinde haksız rekabet olup olmadığı, yani paralel ithalat veya hakkın, marka hakkının tüketilmesi diyelim gibi konularda, aynı zamanda haksız rekabet teşkil edip etmediği konusu çok tartışıldı. Benim şey yapabildiğim kadarıyla Sayın Başkanım da düzeltme, belki katkı sağlayacaktır eminim bu konuda, gözlemleyebildiğim kadarıyla, takip edebildiğim kadarıyla Yargıtayın 1991 tarihli bir kararı var. Tek yetkili satıcının açmış olduğu bir davada haksız rekabet olduğunu kabul ediyor. Çünkü iddia şu: Ben bir ürünü Türkiye’ye

getirip, tanıtıp belli bir noktaya getiriyorum, bir başkası bunu paralel ithalat yapmak suretiyle orijinal ürünü -tabii ki onun tartışması yok- getirmek suretiyle benim hazırladığım piyasaya giriyor ve benim yaptığım masrafların hiçbirini yapmadan bu imkânlardan, yani hiçbir emek vermeden, demin okuduğum emekzahmet-rahmet ilişkisi girmeden faydalanıyor. Yargıtayın bu 1991 yılı tarihli kararında bunun olmadığını, bunun haksız rekabet teşkil ettiğini ve haksız rekabet hükümleri uygulanması gerektiğini söylemişim, ama 1991 yılından sonraki kararların hemen hemen benim görebildiğim, takip edebildiğim kararların hemen hemen hepsinde burada marka hakkının tükendiğinden yola çıkarak haksız rekabette olmayacağını söylüyor.

Şimdi bu biraz ticaret hukukçusu ve haksız rekabet hukukuna ilgi duyan birisi olarak çok da isabetli olduğunu düşünmediğim bir görüş oluyor. Çünkü mehzada da, yani İsviçre’de de İsviçre Federal Mahkemesinin kararlarına baktığımızda da bu görüşün orada da geçerli olduğunu görüyoruz. O yönden tabii ki çok söylenebilecek bir şey yok federal mahkemenin kararları açısından, ancak İsviçre’deki doktrinde federal mahkemenin verdiği bu kararın haksız rekabet hükümlerine o kadar da uygun olmadığını, çünkü birçok noktadan bakılması gereken bu 54. maddedeki tanımda geçen bütün katılanların menfaatine dürüst ve bozulmamış rekabetin sağlanmasıdır kısmının da dikkate alınarak incelenmesi gerektiğine temas ederek, İsviçre Federal Mahkemesinin bu kararını eleştirmekteler.

Türkiye açısından olaya baktığımızda görüşüm nedir, bu konuya ilişkin değerlendirmem nedir? Şimdi tabii ki haksız rekabet bu kadar geniş ve özel bir koruma sağlıyorsa katılanlara, bütün katılanların ekonomik menfaatleri gibi ifadeler kullanıyorsa, sadece marka hakkından yola çıkarak getirilen, paralel ithalat yoluyla getirilen ürünler orijinaldir, o yüzden de hem marka hakkına tecavüz yoktur -tabii ki bu tartışmasız dediğim gibi- hem de haksız rekabet yoktur demek pek gerçekçi değil. Çünkü İsviçre’de bunu söyleyebilmek nispeten daha kolay olabilir. Dünyanın en gelişmiş ekonomisi, kültür seviyesinin en fazla olan ülke, kişisel mal varlığı olarak şahıs başına en zengin insanların yaşadığı bir ülke, orada bir tek yetkili satıcının tabii ki büyük masraflar yapması, ekonomik olarak büyük yatırım yapması, reklam harcaması yapması gibi hususlar gündeme gelmeyebilir. Zaten insanların ekonomik durumları ortada, sahip oldukları bilgi düzeyi ortada, ama Türkiye gibi gelişmekte olan ülkelerde baktığımızda konuya çok ciddi bir yatırım yapılması lazım. Bugün için hepimiz kendimize sorabiliriz: Kullandığımız birçok ürünün en fazla 3 yıllık, 5 yıllık bir geçmişi var. Bunları bize tanıtan kimdir? O sektördeki yatırım yapan tek yetkili satıcıdır. Bunu 3-5 yıl içerisinde belli bir noktaya getiriyor, belli bir bütçeyle bunu yapıyor. Bir başkası hiçbir emek sarf etmeden girip, o piyasada ürünlerini rahatlıkla satıyor, kimi zaman da zaten böyle masraflar yapmadığı için daha düşük fiyattan satıyor.

İşte bu çerçevede içerisinde benim şahsi görüşüm bütün davalarda bunların hepsinde yanlış anlaşılmasın, haksız rekabet vardır demiyorum. Haksız rekabet olmayabilir de, ama bütün hepsinde emek ilkesinin de dikkate alınarak incelenmesi ve bu emek ilke-

si çerçevesi içerisinde yapılacak inceleme neticesinde o aşamadan sonra yapılan inceleme evet, burada emek ilkesine bir aykırılık yoktur, yapılan masraflar yüksek miktarda değildir, bunlara katılınması gerekli değildir, verilen, gösterilen çaba ve elde edilen menfaat arasında bir uygunsuzluk yoktur gibi bir sonuçla kararlar verilebilirse, inceleme yapılabilirse, çok daha isabetli ve çok daha hakkaniyete uygun olacağı kanaatindeyim. Aksi takdirde evet, marka orijinaldir, o yüzden haksız rekabet yoktur demek de marka hukuku ve haksız rekabet arasındaki o ince çizgiyi biraz kolaycılıkla aşmak olacaktır. Marka hakkına tecavüz etmiyor demek haksız rekabet de teşkil etmiyor demek değildir. Bu noktada bir şey daha söylemek istiyorum. Tabii ki haksız rekabet davalarına baktığımızda her birinin üzerinde saatlerce konuşabileceğimiz, yani Füsün Hocamın sunduğu örnekler üzerinde saatlerce konuşabileceğimiz hukuki müesese olduğunu, fakat buna karşılık uygulamada mahkeme kararlarının çok da fazla bu konuda tatmin edici olmadığını düşünüyorum. Bu yüzden belki ileriki süreç içerisinde ihtisas mahkemeleri de haksız rekabet konusunda gündeme gelebilecektir diye de tahmin ediyorum. Benim emek ilkesine ilişkin son söyleyeceğim nokta da şudur: Emek ilkesi sadece iltibasta veya marka hakkının tüketilmesinde değil, ticari sır kavramında da karşımıza çıkıyor. Ticari sırda da mesela bir firmanın elde ettiği, verdiği ve belli bir noktaya getirdiği bir ürün var.

Bir başkası bu sırdan -ki bu müşteri listesi de olabilir, başka şey de olabilir- hiçbir emek sarf etmeden oradaki çalışanları ayartmak suretiyle bunu elde edebiliyor. Emek ilkesini uygularken, daha doğrusu emek ilkesi olduğu iddia edilen davalarda bunların hepsinin tek tek incelenmesi ve değerlendirilmesi gerektiğini de açıkça düşünmekteyim. Herhalde soru-cevap kısmında bu konuyu daha fazla açıklama imkânım da olacaktır. Hepinize sabrınız için teşekkür ederim.

Levent YAVUZ - Ben de Tamer Hocama çok teşekkür ediyorum. Yargıtay kararlarına atıfta bulunduğu için hemen sıcaklığı sıcaklığına bir-iki eklemeye yapma ihtiyacı hissettim. Füsün Hocamın da sunuşuyla bağlantılı olarak, öncelikle Dairemizin haksız rekabet açısından genel anlamda emek ilkesine bakışı şu şekilde; örneğin, bir tescilsiz tasarım veya bir emek ürünü olabilir, herhangi bir sınai mülkiyet belgesi ile tescilli olmayan bir ürünün Türkiye’de ilk kez üretilmiş olması, yine büyük yatırımlar yapılarak toplumda tanınmış hale getirilmesinin bu işi yapan kişi bakımından herkese karşı engelleme hakkı veren bir üstün hak sahipliği oluşturacağı şeklinde peşinen kabulü mümkün değildir diye düşünüyoruz. Bu durum elbette ki önemlidir, ancak yeterli bulunmamaktadır. Bunun yanında aynı zamanda daha sonradan aynı malı üreten bir başkasının da bu emekten ve tanınmışlıktan haksız surette yararlanmak amacıyla hareket ettiğinin ve iltibastan kaçınmak için gerekli tedbirleri almamış olmasının önem taşıdığını ve haksız rekabet unsuru olduğunu benimsiyoruz. Yeni TTK’da farklı bir uygulamamız olacak mı? 6102 Sayılı Ticaret Kanununa tabi olarak henüz uyuşmazlık gelmediği için bir şey diyemiyorum, ama şu ana kadar yaptığımız uygulamada emek ilkesiyle birlikte bir ürünle ilgili olarak eğer özel kanunlarla, kararnamelerle korunmuş

bir sınai hak söz konusu değilse, elbette ki bu durumda aynı ürünün herkesin kullanımına açık olduğunu, yeter ki bu serbest kullanımın başkasının emeğinden haksız yararlanma ve iltibas yaratma gayreti olmaması kaydıyla haksız rekabet oluşturmayacağını, (11 Hukuk Dairesinin 21.03.2008 tarih ve 1816/3687 sayılı bir kararından alıntılar da yapmaya çalışıyorum) şayet ilk kez Türkiye'ye ben getirdim, ilk kez ben pazarladım, tüketiciye ben sevdirdim, o halde benden başka kimse bunu üretemez, benden başka kimse bu malı satamaz diyen kişi bakımından, haksız rekabet koruması için tek başına böyle bir üstün hakkın varlığını yeterli kabul edersek böyle bir koruma tabii ki rekabet hukuku ve piyasada serbest ve adil rekabetin sağlanmasına da aykırılık oluşturur. Bu durum, piyasada üreticilerin aralarındaki rekabet nedeniyle en kaliteli, en ucuz ürünü tüketiciye sunabilmesinin ve serbest rekabetin ortadan kalkması ve bundan tüketicinin yararlanmasının önüne geçilmesine yol açar ki haksız rekabetin bu boyutu ile de, yani adil rekabetin korunması boyutuyla birlikte değerlendirilmesi gerektiğini eklemek istiyorum. Daire olarak haksız rekabet korumasına bakış açımız genel olarak bu şekildedir.

Bir son nokta da zaman çok ilerliyor, Vehbi Bey de acele ettiriyor oradan, ama bir şey daha eklemek istiyorum 1991 tarihli karar dedi Tamer Hocam, bu 1999 tarihli peş peşe verilmiş iki karardır (11.HD. 12.03.1999 tarih ve 7997/2098 sayılı ve 11HD. 26.05.1999 tarih ve 2086/4505 sayılı kararlar). Tek satıcılık sözleşmesiyle ilgili kararda Haluk Tandoğan Hocamızın Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkilerinin 1.cildine atıfta bulunulmuştur. Buradan tek satıcılık ilişkisine dönülerek sözleşmelerin nispiyeti ilkesi çerçevesinde tek satıcı sözleşmesi tedarik edenle, taraflar arasında, yani yapımcıyla tek satıcı arasındaki bir sözleşme olup, üçüncü kişilere karşı tek satıcılık sözleşmesinden doğan hakkın ileri sürülmesinin ilke olarak haksız rekabet korumasını oluşturmayacağı bahsedilmektedir, dediğim gibi bu bir ilkedir ve 2013 tarihli bir kararımızda da bu ilke tekrar edildi (11. HD. 02.05.2013 tarih 8292/8910), ama ta ki orijinal malları belli bir bölgede satmak üzere getiren kişi kendisini de tek satıcı veya bayi gibi tanıtmak suretiyle iltibasa yol açmasın.

Yrd. Doç. Dr. Tamer PEKDİNÇER - Yok, ben 1991 tarihli o karardan bahsediyorum.

Levent YAVUZ - Çok eski karar.

Yrd. Doç. Dr. Tamer PEKDİNÇER - Evet, eski bir karar, dediğim gibi yani evet, ondan sonraki kararlar dediğiniz gibi, ama bu kararda 57/5 o zamanlar çerçevesinde haksız rekabet oluşturduğunu hazır bir piyasaya girilmesi halinde diye bir karar olduğunu şey yapıyor.

Levent YAVUZ - Terside var.

Yrd. Doç. Dr. Tamer PEKDİNÇER - Tabii, o tek karar zaten, sonraki kararlar yerleşti.

Salondan - Ben çok özür dileyerek bir cümle söyleyebilir miyim müşteri gözüyle? Ben müşteri olarak eğer orijinal malı 500 liraya sizden, 300 liraya da başkasından alıyorsam neden 300 lirayı tercih etmeyeyim? Siz de lütfen biraz kârınızı düşürün ve 300 liraya satın, ben de size geleyim. Ben çok özür dilerim, bir de bu gözle bu konuya bakmak gerektiğini düşünüyorum. Çünkü müşterinin neden öteki paralel ithalat yapan kişiye gittiğini düşünüp, doğru, siz de çok emek sarf ettiniz, ama biraz da beni düşünün, yani dengelemek lazım diye düşünüyorum ve sustum.

Levent YAVUZ - Tamer Hocam, soru-cevap kısmında size bir hak vereyim. Son konuşmacımız sektör temsilcisi olarak aramızda, kendisi perakende sektöründe bir firmanın genel müdürü ve mutlaka sektörel perspektiften haksız rekabete bakacaktır. Canı yanan veya can yakan her ikisi de ekonomik rekabet hayatında zaman zaman bu durumlar yer değiştiriyordur. Bu nedenle onların bakış açısını da dinlemek gerçekten çok önemli, ben sözü Sayın Ejder Beye veriyorum, buyurun

Ejder ALTIPARMAK - Teşekkür ederim. Son soru, galiba sizin sorunuz bana geldi, ben sorunuzu cevaplayacağım.

Salondan - Ben farklı fikirdeyim anlamında değilim, ama müşteri gözünün de bençe itiraf ediyorum, ben de paralel ithalattan alıyorum.

Salondan - Paralel ithalata karşı değiliz.

Ejder ALTIPARMAK - Önce sunumumu açmak istiyorum.

Öncelikle herkese merhaba, burada bulunduğunuz için, biz de bulunduğumuz için çok mutluyuz, çok teşekkürler herkese. Neden ben buradayım? Sektörün sorununu direkt olarak en yetkili sizlere anlatmaya çalışmak için buradayım. Bu arada da eğer sorularınız olursa onları da ilk elden, ilk ağızdan cevaplamak için elimden geleni yapacağım. Affınıza sığınarak sunumumu buradaki gibi hukuki dille değil de, bizim sektörel bir dille yapmak istiyorum. O sebeple affınız olursa, lütfen kusurumuz olursa affedin.

Ben Eren Perakende Şirketinde çalışıyorum. Türkiye’de önemli perakende şirketlerinin ilk birkaç tanesinden bir tanesi, oranın genel müdürlüğü ve yönetim kurulu üyeliğini yapıyorum. 20 yıldır şirketteyim, sektörün birçok sorunlarını bu süreç içerisinde gözlemledim, gördüm ve kolay bir şekilde herkese aktarabileceğimi düşünüyorum şu anda. Biz bünyemizde Lacost, Burberry ... (80.24), Gent, Notika, Ceestar, Süperstap, Süperkids, ayakkabı sisteminden dolayı bir sürü ayakkabı markasının, daha bir sürü ayakkabı markasının distribütörlüğünü yapıyoruz. Bazı markaların da özellikle üretimini yapıyoruz ve çok büyük iş hacimlerine ulaşmış durumdayız. Yani ciromuz 1.5 milyar liralara gelmiş durumda, bir-iki yıl içerisinde 1 milyar dolar gibi cirolara ulaşacağımızı düşünüyoruz tamamen öz Türkiye katma değeriyle. Yani pamuktan başlıyo-

ruz, sonunda mağazaya kadar, müşterilerin gardolobına kadar gidiyoruz, müşteri hizmetlerine kadar gidiyoruz.

Sunumumda kısaca önce perakende sektörünün kısa bilgiler, çok kısa bilgiler vereceğim. Perakende sektörünün ne kadar önemli olduğunu kısa bilgilerle anlatmaya çalışacağım. Bu sektörde var olan şirketlerin, bizlerin neler yaptığımızı anlatmaya çalışacağım. Hemen arkasından da bizi tehdit eden büyük riski anlatmaya çalışacağım. Süre çok kısıtlı olduğu için sektör adına konuştuğumdan dolayı kendi firmamdan örnekler vereceğim. Çünkü en doğru bilgi ve en hızlı aktarabileceğim o, o yüzden eğer sektörden arkadaşlar varsa beni yanlış anlamasınlar.

Öncelikle sektörün istihdam verilerini göstermek istiyorum. Şimdi önce panik yapmayalım, sırf data göstermeyeceğim. Gittikçe tansiyon yükselecek, heyecan artacak, bizim neler yaşadığımızı orada göstereceğim. Ön sıralar pek gülmedi, ama ben arka öğrenci arkadaşlar için söylüyorum, daha verimli hale gelecek. Şimdi sektörde perakende ticaret gerçekten bu bizim araştırmalarımız sonucunda aldığımız data ilk sıraya istihdam verisini görüyoruz. 1 milyonun üzerinde 2012 yılı, özellikle iki yıl öncesini koydum. 2012'de 1 milyonun üzerinde direkt perakende sektöründe çalışan insan varmış. Üzerine toptan ticareti de koyarsak 1 500 000'in üzerinde bir istihdam olduğunu burada görüyoruz ve önemini burada görüyoruz. Bu arada geçen iki yıl, yani 2014 senesine geldiğimiz zaman da bu 1 500 000 olan rakam 3 600 000, 3 500 000'un üzerine çıkıyor. Ne kadar önemli olduğumuzu perakende sektörünün burada görmemiz lazım. Tabii ki yalnızca da bu 3 600 000 kişi direkt sektörümüzde çalışan kişiler, bunun haricinde yalnızca bize ait 306 tane mağaza var. Bu mağazaların hepsini yaptırдық. Kime yaptırдық? İnşaat sektörüne yaptırдық. Bakın, bina inşaatına. Her gün yaklaşık 10 000-20 000 adet ürün sevkiyatları gidiyor-gelıyor. Bunları kim yapıyor? Karayolu taşımacıları yapıyor. Bu ürünleri kim üretiyor? Tekstil ürünleri imalatı gördüğümüz kısımda. Demek ki yalnızca 3 600 değil, bu sektörün yan endirekt sektörleriyle birlikte belki iki katı, belki daha fazla istihdam yarattığını burada görüyoruz. Demek ki bizim korunmamız lazım, yani bizi koruyacak olan insanların daha neler yaptığımızı gösterdikçe anlatabileceğim, bize daha yardımcı olması gerekir.

Bakın, 2014 yılında bizim perakende sektörü şu ikisinin toplamı gıda artı gıda dışı tekstil üst taraftaki, 350 milyar dolar tahminen yıl sonunda ciro gerçekleştireceğini görüyoruz ve yükselişi dikkat edersek 2017'de geleceği de parlak bir sektör olarak karşımızda duruyor. Orada 241 artı 226, 460 milyar doların üzerinde bir ciro elde edeceğimiz açıkça görülüyor. Sorduk Sreet TV'ye, dedik ki: Hâlâ bu popülerliğimiz devam ediyor mu? Yani iş ilanlarımızdaki oran nedir? Sreet TV'den gelen rapor şuydu: Yüzde 12.5 mağazacılık ve perakendecilik ilanları, güncel 2014, yani bütün Sreet TV ... (84.55) içerisindeki ilanların yüzde 12.5'u mağazacılık ve perakendeciliğe ait. İlerlediğimizde bir de dedik yanlış olmasın, yeni bir işe soralım, yenibiriş.com'a soralım, orada da yüzde 12 olduğunu gördük. Yani birbirini destekler çok doğru veriler geliyor ve hâlâ demek ki o deminki söylediğimiz büyümeleri 2017'ye kadar gerçekleştirecek gibi görünüyor.

Biz organize perakende şirketleri olarak neler yaptık başarılı olmak için, bu ülkeye nasıl katkılarda bulduk? Prestijli mağazalar açtık, güçlü mimari ekipler kurduk, hatta hukuk departmanları kurduk. Artık özellikle Eren Holding içerisinde, Lacost'ta çalışan 3-4 tane avukatımız var. Yalnızca davalarımıza bakan avukatlar değil, artık her ticari anlaşmalarımızı, ticari sözleşmeleri, ticari şartları ve hukuki şartları hepsini birden önce onların onayına bakıyorum ben, o eğer onaylamışsa, hukuk departmanını onaylamışsa artık onaylıyoruz, tabii bu organize perakende şirketlerinin yapabileceği bir şey. Reklam giderlerimiz var, büyük oranlarda reklam harcamaları yapıyoruz. Reklam sektörünün önemli oyuncularından bir tanesiyiz. İnsan kaynakları, çağrı merkezleri, CRM sistemleri, donanımlı IP ekiplerimiz, üniversitelerle, İstanbul Üniversitesiyle yapmadık, ama Arel Üniversitesiyle, Kültür Üniversitesiyle eğitim programları yaptık. Her yılın sonunda hayatında daha üniversite görmemiş yüzlerce mağazalarımızda yaşayan gençlere kep ... (86.53) attırdık. Yüzlerindeki o mutluluğu, o güzelliği görmeniz gerekirdi.

Lojistik departmanları kuruldu. O gördüğünüz makinelerin hepsi yerli üretim makineler özellikle tercih edildi. Sektörde de diğer firmalar da özellikle tercih ediyor. O sanayinin de gelişmesine iyi bir katkıda bulunduğumuzu düşünüyoruz. Polonya'ya gittik, Polonya'da mağazalar açtık. Moskova'ya gittik, Zorlu Center mağazalarımız bizim gibi Tommy il figür, rafören ... (87.29), Burberry, onlar da mağazalar açtılar. 1991 yılıydı, İstanbul'da yalnızca üç mağazayla başlamıştı bu yolculuk, 2004 yılında geldiğimizde öyle güzel başarılar elde ettik ki Fransızlar geldi, bizimle bir görüşme yaptılar. Dediler ki: Artık sizinle yalnızca Türkiye'de değil, bütün başka birçok ülkede de ortaklık kurmak istiyoruz. Bunun anlamı şu: Artık biz Türkiye'de üretiyoruz pamuktan başlayarak her şeyiyle, ama bir de ihracat yapıyoruz. Bütün ülkelere gönderiyoruz, orada kendi mağazalarımız var, satıyoruz, dövizimizi alıp, Türkiye'ye getiriyoruz. Yani daha fazla Türkiye'ye nasıl faydalı oluruz, bakalım. Yani bu gördüğünüz tablo direkt olarak her şehirde direkt olarak mağazalarımız var. Kendi direkt storelarımız ... (88.35), şu bölge gördüğünüz orası Sibiryaya alanı, Sibiryaya bölgesinde yaklaşık 16 tane mağazamız var. Bakın, oralara gittik, bu şehirlerin hepsini sokak sokak neredeyse biliyoruz. Kendi mağazalarımız, kendi yatırımlarımız, kendi insanlarımız var. Bir sürü Türk ekiplerimiz o bölgelerde çalışıyor, Ural'larda çalışan, aşağıda Krasrolar ... taraflarında Rusya'nın güneyinde çalışan bir sürü Türk personellerimiz var, Türk çalışanlarımız var. Hepsi çok mutlu, bizim tarafımızdan çok desteklenen insanlar. Biz oralara gittik, çok zor şartlarda pırpır dediğimiz küçük uçaklarla 10 kişilik, daha sonra böyle yollarda çok kötü arabalarla Sibiryaya'nın kuzeyine kadar çıktık. Ne için çıktık? Önce şirketimiz için, yani buralarda bir pazar var mı, biz buralarda mağaza açabilir miyiz, yapabilir miyiz, bunu bir yoklamak istedik. İlk gittiğimizde, hatta oturduğumuzda şimdi oradaki herkese bakıyorsunuz sarışın bembeyaz tipler, bize baktılar, biz onlar için esmer, ... (89.44) böyle insanlar da mı var dünyada der gibi bakan insanlarla da karşılaştık, ama gittik, oralara gittik. Oralarda, yukarılarda bulamadık, en fazla burada gördüğümüz gibi Surgut, Tümen, Sibiryaya bölgelerinde mağazalarımızı açtık.

Rusya’da ve diğer bölgelerde bir baktığınızda buraya sanki bir Macaristan’ın bir bakanı geldi oraya yatırım yaptığımız için, biz onlarla toplantı sırasında bir anekdot anlatmak istiyorum. Biz bu tabloyu gösterdik tabii, şurayı gösterince onlar hani tarihsel Avusturya Macaristan İmparatorluğu da var, Osmanlı İmparatorluğu var, baktı, dedi ki: “itluks like, ottoman empair” ... (90.31) dedi. Gerçekten bir ucumuzla bir ucumuz fizem, yani Çek Cumhuriyetinde, bir ucumuzla bir ucumuz arasında 11 saat uçak mesafesi var. Eğer bize müsaade edilirse, bizi korursa hukuk biz önümüzde daha alacağımız yol var. Yani şu Batı Avrupa tarafı var ya, Batı Avrupa, Şanzelize’de, Paris’te, Milano’da, Regent Street’te İngiltere’de, Londra’da, buralarda mağaza açabilecek gücümüz, sermayemiz, bilgimiz, becerimiz var. Eskiden şöyle yapıyordu: Bu Avrupa ülkeleri markaları Türkiye’ye getiriyorlardı. Hiçbir emek sarf etmeden satıp, parasını alıp gidiyorlardı. Şimdi durum tersine döndü. Artık biz gidiyoruz oraya ve kendi markalarını satıyoruz. Yani Avrupalıların markalarını bakın, oralarda doğuda, Avrupa’da, her yerde satıyoruz ve biz getiriyoruz artık döviz Türkiye’ye. Rusya’da bir toplantıda arkadaşlarımızla beraber Rus ekipleri, Fransız ekipleri, Lacost’un Fransız ekipleri, ayrıca bir de İngiltere, Lacost ayakkabıları İngiltere’de bir firma lisansını almış, onlar yürütüyorlar, İngiliz ekipleri, Fransız ekipleri oturuyor, Türk ekipleri, Rus ekipleri ben toplantıya başkanlık yapıyorum. Fıkra gibi oldu İngilizler, Türkler diye, ama bir an durduk, iş konuşuyoruz. Yani biz Rusya’da nasıl cirolar, nerelere mağazalar açabiliriz, nerelerde nasıl satışlar elde ederiz, sokak sokak, AVM AVM cirolar neler tahmin ediyoruz, bir durduk, Türkler toplantıyı yönetiyor. Bakın, İngilizler var, Fransızlar var, Ruslar var. Ruslar bizim ekiplerimiz zaten, İngilizler ayakkabı üretiyorlar, Fransızlar markanın sahibi, ama hiç kimse hiçbir şey konuşmuyor, biz konuşuyoruz. Perakende şirketleri ben bize anlatıyorum, bizim gibi Rusya’da yardımlaştığımız bir sürü daha firmalar var, aynı şekildedeler. Artık dünya markaları Türkiye için gelmiyor bize, bir zahmet, bakın, bir zahmet diyerek Rusya’daki bizim dağıtımımızı, üretimimizi yapar mısınız? Çok büyük dünya markaları artık bizlere yalnızca distribüsyon yapmamız için gelmiyor. Artık üretim yapmamızı istiyorlar, koleksiyon üretmemizi istiyorlar. Lacost’ta belki bilenlerimiz, belki bilmeyenlerimiz var, koleksiyonun yüzde 30-40’ı Türkiye’de üretiliyor. Biz Türkiye’de dizayn ediyoruz Türk insanına özel, Rus insanına özel, Avrupa insanına özel ve bizden alıyorlar, satın alıyorlar dizayn ettiğimiz modelleri.

Burada bizim mağazalarımızı görebilirsiniz. 306 tane Türkiye, Rusya, Ukrayna, Polonya, Çek, Macaristan ve diğer ülkelerde olmak üzere 306 tane mağaza var. Orta ölçekli bir dünya markasından bahsetmek istiyorum, 306 tane mağazası yoktur. Düşünün, bir orta ölçekli bir dünya, Zara gibi bir markadan tabii ki konuşmuyorum, ama orta ölçekli dünya markalarının 306 mağazaları yok. 2 787-2 800, kabaca yuvarlak konuşalım, 3 000 kişiyle bu organizasyonu yürütüyoruz, 3 000 çalışanımız var. Bölge bölge hangi markalarda hangi çalışanlarımız var, burada görüyoruz. 3 000 kişilik bir emek var organize sanayi, organize perakende şirketi olmamızdan kaynaklı. Eğer yalnızca ürün getirip, dağıtıp satan bir şirket olsaydık bir masa, bir sandalye bize ye-

terli gelecekti, ama kesinlikle sektörde biz ve bizim gibi bir sürü şirket var, üstüne basarak her seferinde söylüyorum, korunması gereken. Bu rakamları hızlıca geçeceğim. Bakın, son yıllarda şirketlerimizden bir tanesi 50 milyon lira para harcamış. Reklam, çağrı merkezi, yurtdışı seyahati, PR ekipleri, görsel ekipler, bunun gibi giderler için 50 milyon lira son yıllarda. Diğer şirketimiz bir 50 milyon lira daha harcamış. Yani 100 milyon lira biz son dönemlerde bu işlere para yatırmışız, bir emek sarf etmişiz 2 700 kişiyle beraber, bir bilgi üretmişiz, bir şeyler sağlamışız kendi içimizde. Bakın, Rusya'da üst tarafta bir reklam görüyorsunuz: 4 200 m², tabii perakendeci arkadaşlarımız varsa ne demek istediğimi daha iyi anlar. Dev, yani burada işte Hyundai'nin reklamı olabilir, Samsung'un reklamı olabilir, ama bizim reklamımız var. Ayda 150 000 dolar, ama yapıyoruz ve çok güzel para kazanıyoruz ve çok güzel bunları Türkiye'ye getiriyoruz. Başarıyoruz bunu. Diğer reklamlarımızı da burada görebiliriz.

Şimdi en önemli konuya geldik: Burada özellikle üzerinde durmak istediğim konu ve sonuç bütün bu emekler için durum bu, yani burası 3 000 kişinin çalıştığı organize bir mağazacılık. Burası süpermarket. Bakarken biraz üzülüyoruz biz, çünkü kendi markamız, çünkü Lacost bakın, buradaki ürünler Lacost. İnsan üzüntü duyuyor tabii bakarken, ama ağlamıyoruz. Yani ağlamaya gerek yok, çözüm üretmemiz gerek. Çözüm şu: Biz bunu görünce tabii ki çok tepkilendik kendi içimizden, biz burada bir sürü departman, hukuk departmanları siz olduğunuz için, PR departmanları, mimari departmanlar, satış departmanları, her şey artık bizim için boş oldu şu tabloyu görürken, 79-90 tablosunu görünce. Bakın, biraz yakından bakarsanız yanında ... (97.03) yan yana, şimdi bu mağaza, bunu mimarlar yaptı, bunu inşaatçılar, bunu hukukçuların sözleşmesine kadar ... çok büyük bir emek var. Burada da bu emeğin sömürüldüğü ... var. Biz buna karşı değiliz, yani ben sizin sorunuza geleceğim. ... Lacost'un satılmasına karşı değilim, biz araştırdık. Yani bu nedir diye bir baktık. Ne olduğunu şöyle bulduk: Bir tane firmaya ulaştık. Bir tane firma baktık ki bizim gibi davranıyor. Yani biz son yıllarda 100 milyon lira para harcamışız, 3 000 kişi çalıştırmışız, bir sürü departmanlar kurmuşuz, Sibiry'a'nın dağlarına kadar çıkmışız bir şeyler yapabilmek için, gelmişiz, adam bizim 25 yıllık emeğimizi 25 günde üzerine edilmiş. Neden Lacost getiriyor diye soruyorum. Bir saniye düşünebilir misiniz, neden Lacost getiriyor? Marka olduğu için. Neden marka? Biz yatırım yapıyoruz, arkasında emek var, 3 000 kişi var bunun arkasından, bu yüzden marka. Neden İtalyan fortery ... (98.22) markasını getiriyorlar, neden İngiliz tedbeykırı getiriyor, neden? Emeğimizi sömürüyorlar. Yani burada bizim emeğimiz var. Biz 3 000 kişiyle yaptık, 25 yılda yaptık, o 25 günde yapıyor bunu. Biz dağıtımına karşı duruyoruz. Tabii ki size bir adres göstermek istiyorum, yani 79-90'a biz de bu fiyata satıyoruz. Bu da bir haksız rekabet, bence kandırıyorlar. Biz de bu fiyata satıyoruz çünkü, bizim çok organize outlet sistemlerimiz var. Reklam olarak algılamayın, bu böyle soru da geldiği için söylüyorum. okazyon.com.tr girin bakın, o fiyatlar. Organize biz satıyoruz. Seri sonu günlerimiz var, yani daha aşağısına yaptıklarımız var, daha aşağısına sattığımız ürünler var, ama bu şekilde satmıyoruz.

Salondan - ... (99.30)

Ejder ALTIPARMAK - Onlar tabii bir süpermarket olmanın avantajlarını kullanıyor. Bir süpermarkete günlük insan trafiğiyle bizim mağazalarımızdaki veya bizim yaptığımız işlerdeki insan trafiği arasında belki bir on kat fark var. O trafiği kullanıyorlar, o trafikle 79-90'ı gösteriyor. Satabiliyor mu? Yani ne kadar sattıkları konusunda bu işler biraz daha altta kaldığı için, çok resmileştirilmediği için ne kadar sattıkları konusunda bir fikrimiz yok, ama bizi çok etkiledikleri konusunda eminiz. Eğer bize müsaade edilirse biz paralel satışla getirip, bireysel satışlardan bahsetmiyoruz. Yani bu organize distribütör gibi davranan firmalara karşı biz eğer korunursak size söz veriyoruz ki biz, o Batı Avrupa'ya da gireceğiz. Yani Şanzelize'de mağazalarımız olacak, Regent Street'te, Nightbreed'te, ... (100.34) her tarafta mağazalarımız olacak. Yeter ki bize bu şans tanıyın, yani bunu bizzat sektörde bu işleri çok yaşayan birisi olarak söylüyorum.

Yalnızca tabii Lacost değil, bir ilerleyelim, bakın, bu Adidas mağaza yapmış, emek harcamış, mimarlar çalışmış. Yine onların da hukuk departmanları yine bizim gibiler, ama yapıları bakar mısınız? Yine aynı firma, yine ... (101.04) oradan geliyor. Taleplerin üzerinde Adidas satılıyor. Bunları bir araştırdık, bunların ne olduğunu, bunlar Almanya'dan geliyor. Almanya'da Vehbi Beyin çok güzel tabiri var, yatık mal diyorlar. Yani artık işi bitmiş mal, çöp olmuş, yani bu bize yakışan bir şey değil. Biz Türkiye'de üreterek, Türkiye katma değerini bunun üzerine ekleyerek zaten bu fiyatlara satıyoruz. Birazcık araştırsak gerçekten bulacaksınız, yani bunu bulacağız. Buradan almak, onlardan almak, o ne yapıyor? Yalnızca Kâğıthane'de bir firma, bir masa, bir tane sandalye, bizim 25 yıllık emeğimiz, 3 000 kişi, bize rakip oluyor, ama olması gerekir. Biz de çünkü burada Adidas gibi bir sürü organize perakende şirketlerinin çok büyük emekleri var. Belki içimizdeki birçok kişinin birçok akrabaları bu sektörden geçiniyor. Bu sektörü korumak zorundayız. Başka bir firma, yani yine Lacost bakın, Corner'lar Lacost'ları bir köşeye nasıl yığdığını üst üste görün. Ben kendi çocuğum gibi, o yüzden çok içim acıyor bakarken, gerçekten öyle, 20 yıldır oradayım. Tek işim üniversiteyi bitirdim, orada başladım, orada devam ediyorum ve Lacost'un her aşamasında bulunduk Türkiye'deki, her gelişiminde.

Burada Newbalans ... (102.44) markası, Newbalans'la ilgili bir anekdot: Newbalans'ı getiren bir firma bir fuarda stant açtı. Newbalans'ın resmi distribütörü değil, yani bu kadar ileriye gidebildi. Hiçbir emek yok, yani tamamen sömürülüyor, tamamen bitiriliyor, ama emin olun biz siz gençlere gelecekte inanılmaz fırsatlar açıyoruz.

Avrupa'ya gidiyoruz, Asya'ya gidiyoruz, Ortadoğu'ya gidiyoruz, Afrika'ya gideceğiz. Yani buralarda çalışma fırsatları yaratacağımız sizlere, ama belki sizler karar vereceksiniz gelecekte bizler adına öğrenciler olarak da, ama korunma ihtiyacımız var. Şu anda bu konuda korunamıyoruz, bu konuda bütün sektör çok muzdarip durumda.

Burada da görüyorsunuz diğer bir marka Ralph Lauren ... (103.45) var aşağıda, yan tarafta da Convers var, yan tarafta da Convers'in halini görüyorsunuz. İnsan tabii baktıkça ne olduğunu anlıyor. Benim sizlerden tek ricam: Bizi koruyun, biz size söz ve-

riyoruz ki bu gençlere, bu Türkiye'nin önünü perakende sektörü olarak çok açacağız, çok ilerleteceğiz, ama sizin yardımlarınızı bekliyoruz. Teşekkürler.

Levent YAVUZ - Ejder Beye de çok teşekkür ediyoruz.

Doğrudan doğruya ve de sıcaklığı sıcaklığına sektörel bakışı bize yansıttı. Gerçekten ürünlerin orijinal olması kaydıyla paralel ithalat uygulamada verilen kararlara göre marka hakkı ihlali oluşturmuyor. Karşılığında belki şu düşünülebilir: tabii ki orijinal ürünlerin sadece tekstil değil, elektronik alanda cep telefonu vb bir sürü alanda da bu yolla satışı piyasada mümkün; ancak bir de satış sonrası garanti ve servis koşulları var. Tüketici seçimini yaparken bunu da dikkate almalı. Yani bir tarafta yetkili ürün satıcı ve servisleri var, bir de doğrudan yurtdışından temin edilen orijinal ürünleri satan kişilerin anlaştığı özel servisler var. Üründe bir arıza ya da bir ayıp halinde ürünü değiştirme imkânımız, garanti imkânımız için döndüğümüzde bazen o firmayı yerinde bulup bulamama gibi birtakım riskleri de taşımakta bu durum. Demin, tek satıcılık sözleşmesinin hukuki analizini yaptıktan sonra orijinal ürünlerin belirli bir piyasada satılmasının ihlal oluşturmayacağını belirttik, yeter ki o kişi kendisini yetkili distribütör veya yetkili servis ya da bayi vb gibi göstermesin ve bundan dolayı başkasının yaptığı büyük emek ve yatırımdan karıştırılma suretiyle haksız yarar elde etmesin. Tüketici sanki yetkili kişinin temin ettiği malı alıyormuş, onun servis hizmetini alıyormuş gibi yanıtılmasın. Haksız rekabet hukuku koruması yanında az önce adil rekabet hukukunu ilkelerinin de altını çizdim. Çünkü, nihai tüketici rekabetçi bir piyasada karşılaştırma yaparak kendisine en uygun şartlarda en ucuz ve mal ya da hizmeti seçebilmelidir. Aksi takdirde, piyasada bir tekelleşme söz konusu olur. Rekabet hukuku da aradaki bu nazik dengeyi kurmaya çalışıyor. Tabii ki bir eylemin haksız rekabet olup olmadığının da her olayın somut koşullarına göre belirlenmesi gerekir.

Ben öncelikle Ejder Beye gerçekten çok teşekkür ediyorum. Bu çalışmalarının dünya çapında devamını diliyorum. Yaratılan her istihdam, milli gelire her katkı bizler için gerçekten çok büyük bir övünç kaynağı, böyle çalışan firmalarımız olsun, böyle çalışsınlar. Biz de hukukçular olarak uyumsuzluklar çıktığında adil ve en hızlı çözümleri üretmeye çalışıyoruz, ama zaman zaman memnuniyet doğar, zaman zaman doğmaz. Adil olduğuna inandığımız kararlar vermeye ve adaleti bu şekilde gerçekleştirmeye çalışıyoruz. Tamer Beyin ekleyeceği bir cümle vardı, ondan sonra zaman çok ilerledi, üç-beş soru kısıtlı olarak alabiliriz sanıyorum.

Yrd. Doç. Dr. Tamer PEKDİNÇER - Ben özellikle şunu belirtmek istiyorum: Burada paralel ithalat, haksız rekabet marka hakkına tabii ki tecavüz etme, ama haksız rekabet var mı, yok bunun emek ilkesi çerçevesinde her somut olayda incelenip, neticesinde evet vardır veya yoktur denilmesinin önem arz ettiğini özellikle vurgulamak istiyorum. Sayın Başkanın belirttiği husus zaten çok önemli bir konu, kendisini bayıymışçesine göstermesi Ejder Bey de sunumda bahsetti.

Fuara katılıyor, sanki o ürünü Türkiye’deki tek yetkili satıcısıymışçasına davranıyorsa, zaten o Yargıtayın da yerleşmiş kararları çerçevesinde haksız rekabet teşkil edecektir. Tabii burada avukatlara çok iş düşüyor. Bu konunun iyi vurgulanması lazım. Yoksa sadece paralel ithalattan dolayı denilmesi doğru değil.

Füsün Hocama ilişkin söyleyeceğim bir husus var. Tabii ki müşteri bazlı bakarsa hocamın söylediği doğru, ama 54. maddeyi bütün katılanların -sunumumda da ona özellikle dikkat etmiştim- menfaatine oluyor. Burada tek yetkili satıcının da menfaati en az müşterinin menfaati kadar önemli, asla ve asla Rekabet Kanununa aykırı tek satıcı benim, benden başka kimse satamaz, böyle bir şeyi hukuken savunmak tabii ki mümkün değil. Söylediğim, söylemek istediğim şahsımın görüşü sadece şu: Evet, benim de menfaatim varsa onun da haksız rekabet hükümleri çerçevesinde korunması gerekmektedir. Bunun incelenmesi, değerlendirilmesi lazım, ama neticede yüce yargı kararını verecektir. Hayır, burada yoktur da diyebilir, ama bir yatırım varsa ve ciddi rekamlar yapıp daha önceden hiç kimsenin bilmediği bir markayı Türkiye’de tanıtıyorsanız müşteri çevresine, bir başkasının hiçbir çaba sarf etmeden sadece paralel ithalat yaparak aynı malı daha ucuza satması kaçınılmaz zaten daha ucuza satması ve bunu hukuken korumak da söz konusu olmaması gerektiğini emek ilkesi çerçevesinde şahsi kanaatim bu yönde olduğunu belirtmek isterim.

Levent YAVUZ - Evet, teşekkür ederim Tamer Bey. Zaman çok ilerledi. 14.30’da toplantının öğleden sonraki kısmı devam edecek. Eğer varsa bir soru, buyurun, tek soruyu soru almamış denilmesin.

Av. Kutlu OYTAŞ - Bir hukukçu olarak yıllar önce İsveç’te başıma geleni söyleyeyim. Bir giyim eşyası satın almıştım ve yanımdaki bir İsveçliyle beraber devam ederken bir başka mağazadan o giyim eşyasının aynıısının daha ucuz olduğunu gördüm. İsveçli: *“Hayır, olamaz böyle bir şey. bir fiyat, malda bir fiks belirli bir malsa, onun bir başkası tarafından daha ucuza satılması söz konusu olamaz.”* Şimdi o zaman bütün sektörler bakımından, yani etik İsveç ahlâkı olarak, ama yıllar öncesinde böyle bir kavramın gerçekleşebileceğini İsveçli toplumu üyesinin de çok rahat edebileceğini müşahade ettim. Bunu hatırlatayım dedim.

Levent YAVUZ - Teşekkür ederim Kutlu Bey. Sabahki bölümü burada sonlandırıyoruz. Vehbi Beyin anons ettiği gibi 14.30'da bundan sonraki oturumla tekrar bir araya geleceğiz. Hepinize çok teşekkür ediyoruz.

ARA VERİLDİ

3. OTURUM

FİKRİ VE SİNÂİ MAL VARLIKLARININ MADDİ DEĞERLEMESİ

Av. Vehbi KAHVECİ - Arkadaşlar, bu sempozyumun en önemli oturumlarından biri olarak biliyorsunuz bu oturumda avukat olarak bizim çok kullanmadığımız, eksik olduğumuz bir alanı tartışacağız: Markanın değerlendirilmesi meselesi. Benim tabii en çok şaşırdığım konulardan biri bu, marka değerleri hususunu artık şirket bilançolarında çok önemli rol oynamalarına rağmen biz tam olarak bilmiyoruz. Çünkü bu konu üstünde çok fazla çalışmadık. Neticede düşündük ki bugünkü sempozyumun bu oturumunda hem bu husus aydınlansın hem de avukat arkadaşlarımız açısından yeni bir alan açılsın. Bu gerçekten çok önemli bir alan, inanıyorum ki bundan sonraki iş hayatımızda bizim için önemli bir açılım sağlayacaktır. Bu bağlamda oturum Başkanımız Sayın Prof. Dr. Tufan Ögüz, hoş geldiniz efendim. Prof. Dr. Münir Şakrak Hocam, hoş geldiniz. Hocamı bilirkişi olarak da tanıyoruz. Bu konularda uzman üstatlardan, tabii ki Uğur Çolak üstadımızı da aldık. Şahsında bugün Hâkim Beye biz şunu soracaktık: Hâkim Bey, Anayasa Mahkemesi'ne bir kanun maddesini götürerek emek verdi. Ucundan bir ses çıktı, ama içine kattıklarından farklı bir ses çıktı, aslında onu tartışmak isterdik, ama bugün konumuz daha farklı oldu. Belki size tavsiyem arada üstadla bunu tartışın. Bir de gene bu değerlendirme açısından çok önem arz ettiği için Sayın Zeynep Talu Hanımefendi MSG Yönetim Kurulu üyesi olarak sizlere hitap edecekler. Tekrardan katıldığımız için teşekkür ediyorum. Üstatlar, buyurun efendim.

Prof. Dr. Tufan ÖĞÜZ - Teşekkür ederiz sayın katılımcılar, 3. Oturuma hoş geldiniz. Vakit kaybettiğimizi de dikkate alarak konuşmacıların da size takdim edildiğini de göz önünde tutarak ben ilk sözü programa göre Prof. Dr. Münir Şakrak Hocama vermek istiyorum. *“Marka Değerlemesi ve İşletme Ekonomisi Boyutlarıyla Bir Yaklaşım Sağlamak”* konusunu sunmak için buyurun.

Prof. Dr. Münir ŞAKRAK - Sayın Başkan, sayın hocalarım, sayın katılımcılar; bugün benim konum: *“Marka Değerlemesi ve İşletme Ekonomisi Boyutlarıyla Bir Yaklaşım Sağlamak”*. Bu çerçevede isterseniz yöntemi belirleyelim. İşletme içinde buldukları rekabete dayalı ortamda benim bildirimde amaç marka değerlendirilmesinin işletme ekonomisi boyutuna bir yaklaşım sağlamak. Özellikle çok riskli böyle bir konuda ortak noktalar ve tabii ki katılımcı ... (06.17) dikkate alındığında mümkün olduğunca sıklıktan sorunlara, kavrayabildiğim sorunlara hem literatür taraması, hem de kişisel deneyimlerimden hareketle yaklaşım sunmak ve daha da ötesinde naçizane önerilerimi sizlerle paylaşmak. Sunumumda ... noktalara ilgi çekerek, özellikle zamanı ... kullanmaya çalışacağım ve soru-cevap bölümünde eğer lütfederseniz gelecek sorulara belki tartışma ortamında devam ederiz diye düşünüyorum.

Temel kabullerim var. Burada bir temel kabulü de aslında amaç ve yöntemde aktarmış oldum, ama işte markanın çok önemli olduğunu kabul ediyoruz. Bunda herhalde herkes hemfikir. Rekabete dayalı ekonomik çevrede çok disiplinli bir yaklaşım yok. Tabii ki bu konuda sorunlar irdelendiğinde daha somutlaşacaktır ki standartlar hususunun irdelenmesi ve hemen kavramlar, ilkeler boyutunda da bir ortak yaklaşım oluştu-

rulmaya çalışılması büyük önem taşıyor. Fazla boğmadan kavramsal yapıda en büyük sorun olarak naçizane benim gördüğüm bu tür multidisipliner konularda tabii ki değerlendirme konusunun böyle bir sunumla, kitapla değişik alanlarda çalışanlar tarafından uzmanlaşma seviyesinde çözümlenmesi, uygulanması ya da uygulamadaki sorunlara çözümler üretilmesi tabii ki gerçekçi bir yaklaşım olmayacaktır. Bu nedenle de geniş katılımlı bir çalışma önemli, ama geniş katılımlı bir çalışma içinde de temel kavramlarda bir türlü el sıkışmak gerekiyor. Bu konuda önerilerimize daha somut yaklaşımları olacak.

Devam edelim. Evet, günümüzde aslında özetle işletme ekonomisinin makro ekonomik konulara herkes bir türlü ilgi duyuyor, ama içinde bulunduğu ve farkında olmadan da aslında yoğunlukla da süreçlerin önemli parçası olan çalışanlar firmalarla, hatta kamu işletmeleri ya da kamu kurumlarında çalışmalarını yürütenler büyüme kavramı ve bunu koruma kavramının önemini günümüzde hatırlamak zorundalar. Çünkü en önemli konu haline bu gelmiştir. Diğer önemli bir konu da rekabet konusudur. Bu nedenledir ki çeşitli fonksiyonlar var işletme ekonomisinin doğası gereği ortaya çıkan: Süreçleri başarıyla yönetmek için ar-ge'yle başlayan, halkla ilişkiler, hatta günümüzde birer fonksiyon olarak işletmelerin olmazsa olmazı haline gelmiş hukuk işleri yönetimi kavramına kadar ulaşan hemen hızla tekrarladığımızda satın alması, üretimi, finansmanıyla, pazarlamasıyla ayrı ayrı fonksiyonların yerine getirilmesi her biri ayrı önem taşıyor. Tabii burada önemlilik hani analizi komik olur, ama ne olursa olsun değer katma süreçlerinde ar-ge ve pazarlama günümüzde geçmişten çok daha ön plana çıkmıştır. Burada mühendislik, ürün bilgisi, insanı algılama, anlama, ihtiyaçlarını tanımlayabilme, yani aslında ekonominin o temel unsurları çerçevesinde başarıyla yürütülmeye çabalanan hususlar veriyken marka yönetimi bu arada her geçen gün önemini arttırmıştır. Dolayısıyla marka dediğimizde aslında işletme fonksiyonlarının ar-ge ve pazarlama, yani bu üretimi soyutlayıp, ana üretim, haşa öyle bir şey demiyorum, önemli değil demiyorum, ama illa ki ar-ge ve pazarlama odaklı bir kavram olarak marka doğal olarak işletme değerinin günümüzde oluşumunda, özellikle de uluslararası piyasalarda faaliyet gösteren, finansal piyasalarda hisseleri itibariyle etkinliği sürükleyen, iten firmalar açısından tartışmasız en önemli noktaya ulaşmıştır. Bu demek değildir ki küçük ve orta ölçekli işletmeler için önemli değil, hayır, işte yani bundan 10 yıl, 20 yıl öncesinde telaffuz edemeyeceğimiz boyutlarda her bir sektöre hemen hemen yakın girmiş olan rekabet bunu tetikleyen, arttıran diğer önemli bir konu haline gelmiş. Doğal olarak hemen klasik bağlantı güvenilir bilgiye olan gereksinme her geçen gün artmakta ve hakikaten çok artmıştır diyemiyoruz, yarın daha da artıyor ve bunu çok iyi yakalamak gerekiyor.

Burada iddialı bir vurgulamayla devam etmek istiyorum. Tabii ki haddimi aşmama-ya çabalayarak finansal boyutla sınırlı. Marka değerlemesinde ortak algıyı yakalayabilmemiz için önemli olan muhasebe dilidir. İnanın muhasebe dili bildiğiniz dillerden farklı değildir. Bir iletişim sağlama amacına yönelir. Çünkü işletme kitaplarının ilk

üç, dört, beş sayfasında mutlak surette rastlayacağımız kesin bir ifade vardır: Muhasebe işletmenin dilidir. Bu demektir ki muhasebe işletmenin iletişimde bulunma olasılığı bulunan bütün ilgili ve ilişkili taraflarla iletişimi sağlama işlevini görür. Burada da ilkeleri şimdi tüketmek istemiyorum, belli ilkeler ve kavramlardan hareket ederek gider. O halde buradan hareketle bu dili izninizle marka kavramı ve değerlemesinde ön plana çıkararak devam etmek zorundayım. Ancak bu dediğim gibi net anlaşılabilir kavram ilke ve daha ötesinde biraz daha spesifik standartlara dayanan bir dildir. Markaya tanım olarak yaklaşırken benim açımdan ya da benim uzmanlık alanım olduğu işletme, iktisadın muhasebe, finansman ağırlıklı fonksiyonel alanından bakarken markanın ilk önce maddi olmayan varlık kavramıyla özdeş olduğunu görmek lazım. Soru-cevaplarda belki merak eden olursa entelektüel sermaye kavramıyla da bir ilişkisi var, ama ona girsek varlık, sermaye diye dağılacak. Onun için maddi olmayan duran varlık kavramı üstünde duralım.

Maddi olmayan duran varlık içine markayı da alan ve fikri ve sınai haklar kavramı içinde -dikkatlice kelimelerimi seçiyorum, hukuki gaf yapmayayım- hakları barındıran bir kavram. Bu kavram işletmelerin sahip olduğu her şeyi gösteren ve düzenlendiği andaki durumu yansıtan finansal durum tablosu ya da uygulamada yoğun olarak kullanıldığı şekliyle bilançoda gösterilir, raporlanır. Şimdi maddi olmayan duran varlıklardan bahsediyorum. Acaba marka bu kadar net ifade ettiğimiz gibi aktifte, bilançoda bununla ilgili bilgi edinmek isteyen herkese açıklıkla gösterilebilir bir varlık mıdır, buna bakmak lazım. Yine aynı dilden devam etmek zorundayım. Bununla ilgili uluslararası muhasebe ve finansal raporlama standartlarıyla uyumlu Türkiye muhasebe standardımız, herkes merak eden keyiflidir, ilk önce çok böyle paragraflar çevrilen de kaynaklanan, ama her geçen gün daha ilerliyor çevirinin kalitesi, haddim değil zaten hani şey açısından değerlendirmek, ama anlama açısından diyorum. Bu bağlamda KGK'nın lütfen sitesine girsinler ve orada uluslararası standartları mutlak surette görsünler. Bunu özellikle de haddimi yine fazla aşmadan ısrarla öneriyorum, hukuk alanında düşünen ve çalışanlardan özel hukuk ve ticaret hukukunda uzmanlaşanların mutlak surette odaklanması gereken muhasebenin kanunları, yani burada tabii çok rahat finansal raporlama standartları muhasebenin işletme dili olduğundan bahsettiğim de işletmenin sürdürülebilir hesap verme düzeninin kanunlarıdır. İşte bu kanunlar maddi olmayan duran varlıklardır ve de doğal olarak markayla ilgili bir düzenlemeye sahiptir.

Burada uzun uzun bilmiyorum bildiriler basılacak mı, basılmayacak mı, bunları yazılı metinlerinde belli bir akış içinde aktarmaya çalıştım, ama dikkat edilmesi gereken markayı bilanço içinde ayrı olarak görmek istiyorsanız net şereflieden, işte çok bilindiği için kavramlara girmek istemiyorum, goodwill ... (17.24) diye de duyduğumuz işletmenin sahip olduğu bilançoda raporlanan değerlerin ötesinde ortaya çıkan toplam -hatta piyasa değeri de ifade edilen, ama anlamı o değil tabii- kavramdan ayrıca belirlenebilmesi halinde marka raporlanır. Bu markanın değerlendirilmesi sorununu ortaya çıkara-

yor. Bunu yapmak da basitçe çok zor, zaten böyle olduğu için de muhasebe standartları öyle bir sınırlandırma getiriyor ki bu sınırlandırma çerçevesinde biraz sonra ölçme ve değerlendirmede hemen net gerekleri vurgulayacağız. Evet, hızla geçeyim. Burada yöntemler nelerdir, o yöntem de böyle yapılır falan hiçbir anlamı yok tabii bunları konuşmamızın, yazılı metinde de ona girmedim, ama çok çeşitli yöntem var. Gelir yaklaşımı yöntemleri var, pazarlama odaklı davranış modellerini dikkate alan, müşteri araştırmalarına odaklanmış, istatistiği ileri safhada kullanan yaklaşımlar ve bu yaklaşımları ayrı ayrı kullanabileceğiniz bir kısmı çok kullanışlı olduğu halde bir kısmı hakikaten karma olarak kullanıldığında çok iyi sonuçlar verebilecek yöntemler, ama buradaki en önemli sorun bu yöntemlerin uygulanabilirliği. Hemen muhasebe işlerine gidiyoruz, çok iyi bir veri tabanına, bu veri tabanından geçmişe yönelik çıkarımların ötesinde öngörü yeteneğinize ve de ekonomik çevre analizi yapma kabiliyetinize bağlı. Bu da takdir edersiniz stratejik boyuttur. Ne kadar çevre analizini güçlü yaparsanız, sizin işletmecilikte adınız güçleniyor, vizyonel oluyorsunuz, öne geçiyorsunuz, çeşitli stratejilerden de yararlanarak bunu geliştirebiliyorsunuz.

Temel kriterler şunlar: Muhasebe standartlarının her birinde ayrı ayrı bahsedilen aslında siz de Türk Ticaret Kanunundaki değişikliklerle birlikte, kurumsal yönetim kavramıyla birlikte, hatta günlük televizyon konuşmalarında sıklıkla karşılaştığımız, bildiğiniz, duyduğunuz kavramlar bu işin burada da temelini ve temel ilkelerini ortaya koyuyor. Başta şeffaflık geliyor, bu tabii ki işte marka değerini oraya yazmak önemli değil, çok iyi yansıtmak lazım. Güvenilirlik, yeterlilik ve tarafsızlık, en önemli -ben atıfta bulunurum zaman zaman- temel kavramlardan biri -ki hukukun da temeli herhalde kanıt kavramı çerçevesinde düşünüyorum- tarafsızlık ve belgelendirme temel kavramı her bir konuda zaten finansal boyutuyla bizi mutlak surette ilgilendiriyor. İşte bu ilkeleri karşılayabilecek bir kalitede, hızda ve de yeterlilikte bir çıktıyı marka değeri olarak koyabilmek için spesifik uzmanlık şart. Hesaplama uzmanlığı, ama bu hesaplama uzmanlığı mutlak surette kabul edilebilir algıyı gerektiriyor. Nasıl benim medeni haklarımı kullanabilmek için başvurmam gereken temel düzeyde yasadan haberdar olmam gerekirse, işletmecilik ve de bu bağlamda dert eden konularda çalışanların odaklanması gerekir. Bunu o kadar tartışmalı ki dramatize fazla etmemek istiyorum, ama gerçekten yöntemler, uygulama şekilleri, hesaplama modelleri ve dönemsel olarak, yani sizin bu yıl yaptığınız gelecek sene Allah korusun bir kriz olursa ya da her şey daha güzel olursa bir anda öngörülerıyla ve de değişen tüm parametreleriyle ve de değişkenleriyle tamamen farklı bir modele bürünebilir. Standartlaşma çalışmalarını engelliyor mu? Hayır. Temel ilkeleri belirleme ve yöntemlerden en anlamlı olanlarını belirleme konusunda standart geliştirme çalışmaları yıllar sonra muhasebe standardı hâlâ bu konuda özel bir muhasebe standardı yok, ama meşhur ISO standardı bu konuda da, yani organizasyon olarak girdi ve işte 10668, hatta Tekin Memiş Hocanın geçenlerde 2013'te yayınlanan bir makalesinde de detaylar, yani yöntemleri girip merak ediyorsanız, gerçi o standart, o yöntemlerle ilgili daha yine serbestliğe tabi, uygulamayla ilgili el sıkışılmış standartlar değil, ama uzmanlaşmaya ve de algılamaya katkı

sağlayacak metinler üretmeye başlıyor. Çok az biliniyor şu anda standardın yaklaşımları da. Bu çerçevede uluslararası muhasebe standartları ki artık rahat rahat biz uluslararası muhasebe standartlarında gönül rahatlığıyla söylüyorum ve iddiayla söylüyorum ki çok öndeyiz. Avrupa Birliğinde 2005 yılında uygulanmaya başlamış, bizde de 2002 yılında ... (15.16) başladı, ama Türk Ticaret Kanununa bir türlü giremediği için gecikmeli olarak daha bir algılanmada, daha bir uygulamada yaygınlaşma süreci hızlanmaya başladı, ama bilgi birikimi hızla geliyor.

Bu standartlar ve ISO'da da atıfta bulunulan yöntemler çerçevesinde dikkat edilmesi gereken aktifte raporlayabilmeniz için esas edinmedir. Yani sizlerin arasında tabii ki ben oturup da edinme tanımını, vesaire hukuki boyutlarını vurgulamayacağım, ama basitçe herhangi bir şekilde birleşme de dahil olmak üzere bir ortağın maddi olmayan duran varlık ya da aynı hak olarak işletmeye getirmesi de dahil olmak üzere, ama illa ki tabii ki satın alma yoluyla edinmeleri kastediyor ve değerlendirme maliyet ilkesine dayanır. Yani edinme tarihindeki maliyet ve buna göre hakların itfa edilmesi, yani yararlılık süresini doldurmasıyla ilgili süreçlerde de aktiften makul düzeylerde düşülerek raporlanmaya devam edilmesi lazım. O halde burada net olarak vurgulanması gereken bizim işletme olarak bütün taktik ve stratejik düzeylerde, bütün teknik işletme fonksiyonlarında, bütün yönetim fonksiyonlarında başarı sağlayarak ürününüzle, işletmeciliğinizle markayı ve ürün markalarını yani bir işletme kavramıydı, böyle gaf yapmadan- artı ürünler bazında markaları geliştirmiş olalım. Aktifleştirme şansımız uluslararası genel kabul, finansal raporlama standardı gereğince olanaklı değildir. Bu neyi ortaya çıkarıyor? Bunu mu söylemek için geldiniz diyebilirsiniz. Bu değerlemede uzmanlaşmanın önemini ve de tarafsız, yeterli, güvenilir marka değeri gereksinmesini daha da arttırıyor. Çünkü marka değerine ihtiyaç vallahi raporlanmıyor nasıl olsa, böyle bir şey, bununla uğraşmayalım deme olanağımız olmadığına göre, marka organize piyasalarda alım-satımı olan bir aktif unsur olmadığına göre, faaliyetlerin sürdürülebilirliği halinde kendini koruyan ve geliştiren ya da özel olarak ilgi duyan bir alıcı bulunması halinde değeri artan ya da korunan bir aktifken bu değer ne kadar? Tabii en güzel söylenilecek şey el sıkışılan değerdir, ama bu el sıkışılan değerın hesaplanmasında şüphesiz tarafların güvendiği bir uzman kuruluş bu olayı toptan ortadan kaldırıyor, sorunu ortadan kaldırıyor, çözümlüyor. Çıkan değer üzerinde tabii ki pazarlık her zaman olduğu gibi işletmenin her aşamasında el sıkışılır ve yürür. Yani en etkili yöntem rayiç ya da tarafların anlaştığı makul değişim değeridir.

Onun dışındaki yöntemlerden ise biraz da önermelerle değineceğim, hiç mi kullanılabilir yöntemler yok? Yani bunun dışında güvenilir yöntem yok mu? Var, ama nasıl hareket edilmesi, davranılması gerektiği konusunda önermelerime geçeyim. Evet, işletmeye sermaye olarak konulacak markanın değer tespitiyle ilgili sorun ve öneriler. Şimdi burada ben yine çok fazla kavramsal problem yaşamamak için şunu vurgulayacağım: Tabii ki bunun tescili ve de yargı süreçlerinde onaylanması veriyken, bu konuda dikkat edilmesi gereken konu uzman ve de bizim literatürümüzde bilirkişi olarak

ifade edilen kişilerce yapılacak tespitler. Herhangi bir uzman raporuna dayanmayan, yani yeteri kadar zaman, veri analizi, kapsamlı öngörüler ve ciddi araştırma, maliyetli araştırmayı ortaya koyarak bir değerlendirme yapmıyorsanız hiç güvenilir değil. Ben iddia ediyorum, tartışılabilir tabii, bilirkişi inceleme sürecinde zaten iş çözümlenmiş durumda, benim önermeme gerek yok. Özellikle büyük işletmelerde yalnız Sermaye Piyasası Kurulunun da önemle vurguladığı uzman kuruluş raporu işte bir prosedüre tabi olarak uzman bilirkişi tarafından da şekilsel denetime tabi tutuluyor ve de o uzman kuruluşun raporundan sonra ancak o değer tespit edilmiş oluyor, ama küçük ve orta ölçekli işletmelerde bilirkişi incelemesiyle bunun yeterli, güvenilir, tarafsız -buradaki tarafsızlık lütfen finansal anlamda ilgili tarafların hakkının korunması anlamında, yoksa başka bir şeyi ifade etmiyorum- belirlenmesi olanağı olayın finansal doğası gereği yok. Benim görüşüm. Ne yapmalı? Önceden her durumda bir delil niteliğinde, kanıt niteliğinde çalışmanın yaptırılarak mutlaka sunulması gerektiğini öneriyorum. Tabii bu şu andaki düzenlemeler olanaklı olanaksız, ama çok net güvenilir değildir, yeterli değildir. Diğer ilkelere girmeyim.

Ortaklıktan çıkma, çıkarma, fesih davalarında hele durum affedin beni, daha da vahim. Çünkü burada en önemli konulardan biri oturup da marka değerini salt talep etmek gerçekçi değil, öyle ya da böyle marka değerinin ötesinde bir işletme değeri var. Aslında ciddi bir kavram kargaşası yaşanıyor. Yani ortaklıktan çıkmak isteyen marka ve benzeri diyor genelde ya da marka know how diyor, bir yaklaşımla deniliyor ki bunlar da dahil olmak üzere benim çıkma payımın hesaplanması işletme değeri hesabıdır. Buna girmiyorum. Orada da birçok yöntemler var ve bu yöntemlere göre tespit de en az marka kadar, hatta markadan daha zor. Çünkü daha hesapta markada çünkü bir yöntem -ona değineceğim- hesaplanması kolay, yeter ki kanıtınız olsun, ama işletme değerinde iş daha zor. Bu nedenle de tabii burada önermek kolay. Efendim, işte ortaklıktan çıkma, çıkarma davaları mutlaka önceden uzman kuruluştan ya da uzmanlığı belirlenmiş bu konularda çalışma sertifikalı kuruluşlardan, profesyonel kuruluşlardan önerme getirilmeli, delil konulmalı demek kolay, ama küçük işletmeler için bunun ne kadar maliyetli olduğuna baktığımızda elde edeceği belki de, hani abartılıyor, işletme değeri marka know how, yani çok cüzi değerler çıkma olasılığı var. Tabii ki bunu sürdürmek mümkün değil küçük işletmeler açısından, ama isteyebilir de. O halde bunun nasıl çözülebileceği konusunda disiplinler arası, yani olayın usulü itibarıyla hareket edilmesi ve genel kabuller geliştirmesi önemli bir gerekliliktir diyorum. Aynı şekilde rehin, haciz ve benzeri hukuk süreçlerde değer tespiti de, gerçekten marka değerinin tespiti yine ısrarla vurguluyorum, finansal açıdan güvenilir ve de yeterli değil.

Çok enteresan bir süreç: Son yıllarda iflasın ertelenmesi sürecinde duruma göre ya talepte bulunan davacı diyelim ya da iflasın ertelenme sürecine müdahil olan kişi ya da kuruluşlar duruma göre marka değerinin hesaplanması, işte borca batıktan çıkma durumu, şimdi iflasın ertelenmesi sürecinde konunun anlaşılması açısından şu noktalara, yani iflasın ertelemesiyle alakalı değil tabii, öyle bir haddim yok, marka değeri açısından

dan şunlara işaret etmek istiyorum. Bakın, referanslar çok belli, dört tane temel ilke ... (25.16) gerçekleşebilir değer ilkesi teknik kanıtları gerektiriyor. İlk girişteki paragraflarıma bakarsanız eğer o paragraflarda vurgulandığı üzere marka değerinin temeli sürdürülebilir olmaktan geçiyor. Bu nedenle bir anda, ama bu değerın sıfırlanması anlamına gelmiyor tabii, o düşünülen değerlerin çok ötesinde -ben genel konuşuyorum şimdi- değer kayıpları söz konusu olabilir. Bu nedenle de iflasın ertelenmesi sürecinde en temel kavramlardan biri yine raporlama standartlarında ihtiyatlı davranmak ve markanın iyileşme ümidi için bir veri, yani finansal olmayan bir veri olarak değerlendirilmesi önemlidir. Günümüzde iddiayla vurguluyorum, kurumsal yönetim anlayışına Türk Ticaret Kanununun getirdiği yeni ilkeler ve değerlendirmeler, değerlendirme yaklaşımları, yani atıfta bulunduğu değerlendirme yaklaşımları çerçevesinde entegre raporlama, salt işletmenin dili olan muhasebeden hareketle üretilen raporların yeterli olamayacağı, finansal olmayan konularda makro ekonomik katkıların ötesinde çevre koruma bilincinin neye baliğ olduğu konusunda da raporlar üretilmesini zorunlu hale getiriyor kurumsallık anlayışı. Böyle bir ortamda şüphesiz muhasebe koordinasyon olarak yine bu dilde elinden geldiğince katkıyı sağlayacaktır, ama finansal olmayan kavramların da entegre olarak kullanılabilmesi lazım. İşte bu bağlamda marka işletmenin geleceğe yönelik potansiyel gücünü temsil etmesi açısından bir değerdir. Kaç para? İflasın ertelenmesi sürecinde çok. İyice de ... (27.19) Şüphesiz iflasın ertelenmesi sürecinde öyle ürünler vardır ki, öyle bir proje hazırlarsınız ki, öyle kanıtlar sunarsınız ki iki ürününüzün markasını satmak suretiyle işletmenin kurtulma ümidini bir yıl, iki yıla bağlayabilirsiniz. Kanıt: En temel kanıt benzer işlem ve rayiç değer kanıtıdır. Bu bağlamda marka değerlemesinde karamsar olmamak için mesela, özellikle rehin, haciz ve benzeri hukuki süreçlerdeki davalarda lisans, yani kullanım hakkı geliri elde eden işletmeler bunun gelecekte beklenen nakit akışının, bu da bir finansal teknik hesaplama zorlukları var, ama veriyle ilgili güvenilirlik sorununuz minimuma iniyor, tarafsızlık derdiniz azalıyor ve de yeterli bir çalışma haline gelebiliyor.

Çünkü birçok yöntemden yararlanma derdiniz olmuyor. O nedenle iflasın ertelenmesi süreci ancak böyle somut kanıtlara dayalı bir yaklaşım olması halinde önem kazanıyor.

Sayın diğer konuşmacımızın alanına fazla girmek istemiyorum. Burada da birkaç mesaj vereceğim ve bitiriyorum. Çok kısa, 10 dakikada bitiriyordum, çok özür dilerim. Markaya tecavüz uyuşmazlığında işte biraz önce bahsettiğim yöntem eğer seçenekler olarak markanın lisans kullanım bedelleri nedeniyle, sayesinde gelir elde etmeyi işinin doğası haline getirmiş işletmelerde bu nedenle ortaya çıkan kaybın hesaplanması sadece, ama bu teknik de değil, finansal tablolardaki değişimin de analiziyle kolay. Eğer elde ettiğiniz geçmişte gelirlerden ve bunun ortaya çıkardığı kazanç kaybından hareketle ya da tecavüzde bulunan karşı tarafın elde etmesi muhtemel gelirlerin ortaya çıkardığı artıştan kaynaklanan kayıp tazminini isterseniz Türkiye’de iddia ediyorum, birçok büyük işletme de dahil veri tabanlı muhasebe bilgi sistemleri, finansal

bilgiye olan, finansal bilginin yöneticinin her sorununda hiç beklemediği anda çözümleyici bir kararı destekleyici bilgi sunma işlevi göz ardı edildiği için ne yazık ki yeterli olamıyor ve de bu nedenle güvenilir olamıyor. Aslında bu önermeler içerisinde önerilerim netleşti, ama sonuçta disiplinler arası çalışmanın bu alanda yoğunlaştırılmasının zorunlu olduğunu düşünüyorum ve ortak dilin geliştirilmesinde temel ilke, kavram ve standartlara özellikle gereksinme sahibi olan, hukuk dünyasında uzman ve de tabii ki uyumsuzluklarda gereksinme sahiplerinin bir türlü yaklaşım kurma gereğini önemli görüyorum. Efendim, teşekkür ediyorum çok, Sayın Başkanım, teşekkürler.

Prof. Dr. Tufan ÖĞÜZ - Teşekkür ederiz. Şimdi soru-cevap bölümü konuşmaların ardından programlandığı için ikinci sözü İstanbul Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi Hâkimi Sayın Uğur Çolak'a vermek istiyorum. Bir borçlar hukuku kavramı olan yoksun kalınan kârın marka ihlali yargılamasında tespitine ilişkin tebliğini sunmak üzere buyurun efendim.

Uğur ÇOLAK - Herkese merhaba. Ben İstanbul 4. Fikri Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi hâkimiyim. Bu toplantıyı düzenleyen İstanbul Barosuna, İstanbul Üniversitesine, davet edenlere, emeği geçen herkese ben de teşekkür ediyorum.

Benim konuşma konum, benim tartışma konum: *“Marka İhlal Yargılamasında Yoksun Kalınan Kârın Tespiti.”* Bu birazcık hukuki bir konu, birazcık da muhasebe ya da iktisat hesaplamayla ilgili bir konu. O yüzden bu hesaplamayı yaparken çoğu zaman da, bu tespiti yaparken çoğu zaman da teknisyenlerin, bilirkişilerin ve iktisatçıların, muhasebecilerin yardımına ihtiyaç duyuyoruz. Şimdi de bir teknisyenin yardımına ihtiyaç duyacağım. Çünkü ok tuşları da çalışmıyor ya da teknolojiyi biraz kaçırmışız.

Marka hakkının ihlali halinde marka sahibi genellikle davalar tecavüzün tespiti, durdurulması, önlenmesi ve tazminat talepleriyle birlikte açılıyor. Tazminat talebi geldiğinde mahkemeleri en çok uzatan, yargılamayı en çok uzatan kısım da işin tazminat talebi, tazminat talebi olmadığında bizim için işimiz biraz daha kolay, ama bununla beraber geldiğinde sorun biraz daha artıyor. Bunun birkaç sebebi var: Birazcık yasal düzenlemeden kaynaklanan sorunlar var, bir miktar hesaplamada, uygulamada bilirkişilikten kaynaklanan sorunlar var, bir miktar da Türkiye'nin genel yargı sistemiyle ilgili sorunlardan kaynaklanan halleri var. Fakat çok genel olarak bakarsak, marka sahibi marka hakkı ihlal edildiğinde yasada da söylendiği gibi sadece fiili kaybını değil, aynı zamanda yoksun kalınan kazancını da tespit edebilir. Zaten benim sunum konum da sadece bununla sınırlı, fiili zarar kısmına girmiyorum.

Yoksun kalınan kazanç marka sahibinin seçimine göre üç halde hesaplanıyor. Aslında zaman zaman bunlardan bahsedeceğim. Yani yasal düzenlemenin yasada geçen teknik tabirlerin uygulamacıya yaşattığı zorlukların da altını bu vesileyle çizmek için. Şimdi yasada aşağıdaki değerlendirme usullerinden birisine göre hesap edilir diyor. Buradaki hesaplama usullerinden bir tanesini yasa bu şekilde isimlendirmiş. Bunlar-

dan marka hakkına tecavüz üzerine rekabet olmasaydı, marka hakkının kullanılmasıyla elde edebileceği muhtemel geliri, marka sahibinin muhtemel geliri, burada bir farazi durum var. Marka hakkına tecavüz edenin markayı kullanmak yoluyla elde ettiği kazanç burada gerçekleşmiş bir durum tespiti var, bir de farazi lisans, lisans örnekleme. Şimdi bunlara tekrar döneceğim, ana hatlarıyla altını çiziyorum. Bu kazancı tespit ettikten sonra bunun bir de arttırımı maddesi var. Marka üzerinde tasarruf yetkisi olan kişi ibaresi geçiyor burada da. Az önce dikkat ederseniz marka hakkı sahibi ibaresi kullanıyordu, şimdi de marka üzerinde tasarruf yetkisi olan kişi tabiri kullanılıyor.

Marka üzerinde tasarruf yetkisi olan kişi yoksun kalınan kazancın hesaplanmasında A, B ve C bentlerinden birindeki değerlendirme usullerinden birini seçmişse diyor, zaten burada üç tane seçenek var. Bunlardan bir tanesini seçmişse ibaresi çok da belki pratik değil. Aslında bunun sebebi muhtemelen bu metin alınırken sanıyorum İspanya Patent kanunundan direktif ve tüzüğe uyarıldığı için literatürde ufak sorunlar yaratıyor. Makul bir payın eklenmesine mahkeme karar verir diyor. Şimdi seçeneklere tekrar bir göz atalım. Birinci seçenek marka hakkına tecavüz edenin rekabeti olmasaydı marka sahibinin markanın kullanılmasıyla elde edeceği muhtemel gelir. Burada zaman zaman ya da pek çok zaman marka hakkı ihlal edilen hak sahiplerinin açıkları davalarda genellikle düşük rakamlar üzerinden ya belirsiz alacak davası biçiminde ya da sonradan ıslah edilebilir şekilde tazminat talepleri de bulunuyor. Hatta çok klişeleşmiş bir tabirle işte 5 000 lira maddi, 5 000 lira manevi gibi taleplerle dava açılıyor, ama dava dilekçesinde son yıllarda biraz daha bu durum düzeldi, ama dava dilekçesinde çoğu zaman hukukçu meslektaşlarımız tercih yapmıyorlar. Tazminatın neye göre talep ettiklerini belirtmiyorlar. Aslında burada da çok haksız da değiller. Çünkü tazminat konusunda tercih yapabilmek için hak sahibinin birtakım verilere ihtiyaç duyabileceği açık, ama el yordamıyla ya da görmeden ya da bilmeden tercih yapması da aslında çok da belki hakkaniyetli değil.

Davacı eğer seçim yapmamışsa, tabii mahkeme bundan bu durumda davacıdan bunun seçimini yapmasını, hangi seçeneği seçtiğini, hangi hesaplama yöntemini seçtiğini istemesi gerekiyor. Bazı hallerde bunun mahkemece yorumlanması da mümkün. Sözgelimi birazcık da haksız rekabet hukukundan hareketle davalının elde etmesi mümkün görülen yararın karşılığını talep ediyorum demişse, bunu da KHK'nın 66/B maddesindeki seçim olarak yorumlanması mümkün, yüksek mahkeme de böyle öngörüyor.

Şimdi hak sahibi bu tercihi yaparken birtakım verilere ihtiyaç duyabilir dedik. Çünkü düşünelim ki bir tır dolusu taklit ürün ele geçirilmiş. Marka hakkı sahibi bunun için bir tazminat talep edecek, ama bunun önü, arkası, ne kadar geldi, ne kadar üretildi, daha geride ne kadar var, bunu bilmiyor veya ne kadar sattı, depolarda ne kadar var, ne kadar talep edeceğini bilmiyor. Başlangıçta dolayısıyla tercih yapmakta da, talep etmekte de zorluk var. Şimdi burada KHK'da 65. maddede buna imkân veren bir yasal düzenleme var. Yasa diyor ki: *“Marka sahibi markanın kendi izni olmaksızın taklit edilerek kullanılması sonucunda uğramış olduğu zarar miktarının belirlen-*

mesi için tazminat yükümlüsünden markanın kullanılmasıyla ilgili belgeleri vermesini talep edebilir.” Bu hüküm aslında hak sahipleri için oldukça işe yarayabilecek pratik bir hüküm. Yasada boşluklar var, ama marka hakkı sahiplerinin oldukça işine yarayabilecek bir hüküm ve bu çok nadiren talep ediliyor. Ben 11 yıldır bu mahkemelerde çalışıyorum, çok çok az miktarda hak sahipleri bunu talep ettiler. Bunda belki yasal düzenlemenin eksikliği ya da belirsizliğinin de payı olabilir. Mesela, burada tazminat yükümlüsü tabirinden ne anlamak lazım? Yasa tazminat yükümlüsü diyor, ama daha başlangıçta marka hakkına tecavüzün tespiti, durdurulması, önlenmesi, tazminat talep ettiğimizde ortada bir tazminat yükümlülüğü var mı, yok mu, o aşamada belli değil. Eğer marka hakkı sahibi önceden bir marka hakkına tecavüz iddiasıyla bir dava açmış ve bu dava kesinleştikten sonra tazminat talep etmişse, o durumda bunu uygulamak biraz daha kolay. Çünkü ortada tazminat yükümlüsü birisi var artık kesinleşmiş bir karar varsa elimizde, ama başlangıçta eğer yoksa ve hepsinin bu talepleri birlikte yapıyorsa, o zaman tazminat yükümlüsü kavramı çok da belirgin değil. Dolayısıyla mahkeme başlangıçta ancak bu ihtimale dayalı olarak belki bunu uygulayabilir. Bunu ne zaman isteyecek? Dava açıldığında, davanın başlangıcında hak sahibi diyebilir ki: Ben yoksun kalınan kâr tercihleri arasında bir tercih yapabilmek için öncelikle karşı tarafın birtakım verilerini görmek istiyorum. Dolayısıyla davanın başında eğer başlangıçta verilmiş bir kesin hüküm, kesinleşmiş bir karar yoksa tazminat davasından önce. Hangi belgeleri isteyeceği konusunda da bir belirsizlik var. Bunları kime nasıl verilecek, verilmezse yaptırımı ne olacak, ticari sırlar, gizlilik kuralları, bunlar tamamen yasada belirsiz durumda, ama uygulamayla ortaya çıkabilecek belki şeyler. Hangi belgeler talep edilebilir? Tabii ki defter faturaları, ithalat belgeleri, gümrük evrakı, stoklar gibi belgeleri talep edebilir. Aslında bunların detayları bizim KHK’ımızda mehzaz oluşturan direktifte var. Yani pek çok yabancı ülke yasasında da var, sözcğelimi Alman Markalar Kanununda da var. Bunların biraz daha düzenlemede detaylandırılması lazım ki hak sahibi tercihini doğru bir şekilde yapabilsin, başlangıçta el yordamıyla değil de bilerek önünü görerek tercih yapabilsin.

Dava hak sahibinin seçeneklerinden bir tanesi marka sahibinin muhtemel geliri. Yani tecavüz eylemi olmasaydı marka sahibi bundan ne kadar bir gelir elde edecekti ve fakat tecavüz olduğu için ne kadarlık bir geliri edememiş oldu? Dikkat ederse-niz burada bir ihtimal var. Muhtemel gelirden bahsediyor yasa koyucu. Muhtemel gelir hesabı hemen söyleyeyim, bu üç hesaplama yöntemi de hangisi seçilirse seçilsin mahkemelerin işini oldukça uzatıyor ve zorlaştırıyor. Bunlardan hangi birisini hesap-larsanız hesaplayın, neresinden baksanız bir yıla yakın bir süreden az sonuca varmak çoğu olayda mümkün değil. İstisnaları hariç tutuyorum. Marka hakkına tecavüz edilenin rekabet olmasaydı, mütecevize rekabet olmasaydı marka sahibinin elde edeceği geliri hesaplamak şu açıdan da zor: Türkiye gibi bir ülkede, yani kayıt dışılıktan bahsediyorum. Hâlâ daha belki yüzde 100 kayıtlı çalışılmıyor, ticari hayatta tamamen kayıt altında değil. Eğer müteceviz kayıt dışı çalışıyorsa ya da marka sahibi bazen bu da oluyor, marka sahibinin Türkiye’de doğrudan bir, yani ticari temsilciler aracılığıyla-

la iş yapıyor ve kendi şirket merkezi yurtdışında, burada defteri yok, kaydı yok, ama Türkiye'deki şirketler aracılığıyla yürütüyorsa, bu durumda da bu gelirleri tespit etmek biraz daha zor. Bir örnek, geçmişteki bir örnekle bahsetmek isterim. Bir ürünün sözgelimi kendi mağazasındaki satış fiyatı 400 liraysa, 380 liraysa, 400 liraysa ve fakat müteceviz bunu 10 liraya, 20 liraya, 30 liraya satıyorsa, burada marka sahibinin muhtemel gelirini hesaplariken hangisini baz alacaksınız? Mütecevizin satış fiyatlarını baz alırsanız zaten işin niteliğine de uymaz. Bir yandan da davacı tarafın geliriyle, fiyatıyla da arasında çoğu zaman bir uçurum var, ama tabii ki mademki marka sahibinin muhtemel geliri hesaplanıyor, dolayısıyla orijinal ürünün fiyatı neyse onu baz almak lazım. Marka hakkı sahibinin fiyatlarına göre düzenli hesaplama yaptırmak lazım.

Burada bir sorun daha var: Toptan satış, perakende satış fiyatı arasında da farklar oluşuyor. Zaman zaman bu da önümüze geliyor. Herhangi bir işletmeci bayi aracılığıyla satış fiyatı farklı olabilir, doğrudan kendi mağazasında belki farklı fiyattan satış yapabilir. Dolayısıyla burada da bir hesaplama sorunu var. Burada da en adil yöntem belki bana göre en adil yöntem eğer işin ticari hayatın gerekliliği başka bir şey göstermiyorsa, belki ortalama bir yol bulmak en doğrusu. İkinci seçenek mütecevizin geliri seçeneği. Burada markaya tecavüz edenin markayı kullanmak yoluyla elde ettiği kazanç hesaplanması gerekiyor. Bu da oldukça zor. Bazı davalarda beş defa ek rapor aldığımız haller oluyor. O şundan dolayı buna ihtiyaç duyuyoruz: Bu yargılamayı da oldukça uzatıyor, ama ne yazık ki bunu ayırt etmek zaman zaman bilirkişi incelemelerinde güçlükler yaratıyor. Biz bilirkişimize şunu diyoruz: Davalının defterlerini inceleyeceksin, şu dönemler arasındaki defterlerini inceleyeceksin ve o dönemler arasındaki gelirinden kira geliri olabilir, başka gelirler olabilir, faiz geliri olabilir, bina satmıştır, başka bir sürü geliri olabilir, bütün bu gelirlerini çıkaracaksın. Başka mallar satmış olabilir, bu dava konusu mallar dışında başka mallar da satmış olabilir, onları da çıkaracaksın, ama sadece ve sadece markayla bu markayı kullanarak, yani bu ürünleri satarak bu markayı ürünler üzerine koyarak ya da hizmet vererek bu marka adı altında bundan dolayı elde ettiği geliri hesaplayacaksın diyoruz. Bunu bulabilmek çoğu zaman bazen bilirkişilerden kaynaklanan nedenlerle, bazen birtakım davalardan kaynaklanan nedenlerle, bazen de faturalarda malın markasının, ürünün cinsinin Türkiye'de pek gösterilme alışkanlığı olmadığı için bunu tespit etmek oldukça da zor oluyor. Dolayısıyla ikinci seçenekte de benzer sıkıntılar devam ediyor. Burada uygulamanın içinde olan fikri sınai haklar mahkemelerinde marka davalarına bakan pek çok hukuki yaklaşımımız var. Eminim ki onlar da bunun farkındadırlar. Çoğu olayda gerçek zararı tam olarak, kesin olarak belirlemek çoğu zaman da belki mümkün olmuyor. Yani yüzde 100 gerçek zararı belirlemek mümkün olmuyor. Burada mütecevizin gelinde tabii ki davalı tarafın defter ve faturalarının incelenmesi gerekiyor. Davacınınki-ler değil, ama şöyle sonuçlar da ortaya çıkabiliyor: Müteceviz Türkiye'de, fakat işletmesi sözgelimi Bulgaristan'da, Kuzey Kıbrıs Cumhuriyetinde veya Kuzey Irak'ta, bu durumda da davalının defterlerini inceleme imkânı da yok. Davacı da bu seçeneği seçmişse, mahkemenin işi takdir edersiniz ki gene zor. Burada bir teknik konu da aslında

A seçeneği için de belki düşünülebilir. Bu gelirlerden indirilecek olan giderler de mutlaka vardır. Çünkü marka sahibinin bilanço gelirini biz zaten hiçbir zaman istemiyoruz. Çünkü bilanço gelirine baktığınızda göreceğiniz bir şey özet bilanço alırsanız orada kâr-zarar rakamları var. Biz dediğim gibi markayı kullanmak yoluyla elde ettiği geliri istiyoruz, ama müteceviz bu satışları sırasında doğal olarak birtakım giderler de yapıyorlardır. Hammadde giderleri, elektrik giderleri, işçi ücretleri, satın alma maliyetleri gibi, dağıtım giderleri, belki makine kiraliyordur, leasing masrafı yapıyordur, belki bina, bütün bunlardan müteceviz dava konusu tecavüze konu mallara düşen bir pay da vardır mutlaka, bu payın da belki indirilmesi gerekir hakkaniyet gereği, tabii ki bunu ispat yükü de davalı tarafa düşüyor.

Son seçenek de varsayımsal lisans seçeneği. Bu da bizim için hesaplaması oldukça zor seçeneklerden bir tanesi. Çünkü Türkiye’de lisans sözleşmesi pek çok olayda elde edemiyoruz. Emsal lisans sözleşmesi de bulamıyoruz. Ya işletmeler birtakım ticari sınırlardan dolayı belki bir kısmı ondan vermek istemiyor, belki bir kısmı hiç yapmıyor veya yazılı yapılmıyor ya da bu ticari hayatta belki en azından bu alanda belki de çok yaygın değil, ama şu da var: Bazen de dava açıldıktan sonra samimi olmayan sözleşmeler yapılmış da olabilir. Dolayısıyla bunları ayıklamak, bulmak, elde etmek de zaman zaman zor oluyor. Lisans sözleşmesi şöyle güçlükleri de var: Geçmişte biz bunları çok yaşadık. Bir spor kulübümüzle ilgili olaylarda çok vardı. Sözgelimi bir işyerinde arama yapılıyor, beş tane forma yakalanıyor ve o davacı marka sahibi de lisans bedelini seçmiş oluyor. Örnek sözleşme ibraz ediyoruz, istiyoruz. Gelen örnek sözleşmeler sözgelimi neversim takımı sözleşmesiyle ilgili veya oyuncularla ilgili lisans sözleşmeleriyle görülüyor. Şimdi bir oyuncakla ilgili lisans sözleşmesinin bir neversimle ilgili lisans sözleşmesini de bir formayla ilgili bir alanda bir davada ona uyarlamak da oldukça zor. Öte yandan ibraz edilen lisans sözleşmeleri bazıları bir yıllık, iki yıllık süreleri kapsıyor ve yüksek miktarlarda ürün üretimine ilişkin oluyor. Sözgelimi 100 000 adet neversim takımı ya da 100 000 adet çorap, bunu uyarlamak da zor. Bunu, 5 tane formayı uyarlamak da zor. O yüzden yüksek mahkemede buna bir hakkaniyetli çözüm bulmaya çalıştı. Pek çok karar kesinleşen, geçen pek çok kararda da dairenin, 11. Hukuk Dairesinin içtihatlarıyla ortaya çıkan şu kriterler oldu: Emsal araştırması yapılması gerekiyor. Sektörel uygulamaların dikkate alınması gerekiyor. Biz bunu zaman zaman İstanbul Ticaret Odasından soruyoruz, ama öyle alanlar var ki sektörel uygulaması olmayan alanlar var. Bir spor kulübünün hiç üretimini, satışını yapmadığı, faaliyet göstermediği bir alanda bir ürün ele geçiriliyor. Bu defa o alandaki sektörel emsal bulmak da zor oluyor. Davalının cirosunun da dikkate alınması gerekiyor. Çünkü hani davalının boyu ne kadar ki ya da mali gücü ne kadar ki nasıl bir üretim yapmıştır ki ona göre ona uyumlu bir lisans alabilir? Aslında yüksek mahkeme kararlarında benim gözüme çarpmadı en azından, belki yanıltıcı olabilir, belki Levent Bey bunu açıklamaya gerek duyabilir. Benim gözümden kaçmış olabilir, bunlarda davacının defterlerinin de belki incelenmesi gerekebilir. Bu lisans yasağı güçlüğü sırasında çünkü davacının da acaba markasının gücü, değeri, boyutu ne ki davalının mali gücü,

boyutu ve ihlale göre uygun bir emsal, bir lisans veya farazi bir lisans ortaya çıkabilsin? Yüksek mahkeme uygulamasıyla da ortaya çıkan kriterler aşağı yukarı bunlar.

Belki taraflar arasında daha önceden bir franchise sözleşmesi yapılmış olabilir veya belki eski tarihte yürürlükte olan ya da feshedilmiş lisans sözleşmesi olabilir, tabii ki bunların da dikkate alınması ve eğer emsal lisans sözleşmesi yoksa lisans bedeli belirlenirken somut olayın özellikleri ve şartları da dikkate alınması gerekiyor. Burada az önce söylediğim gibi hesaplamadaki ciddi güçlüklerden bir tanesi süreyle ilgili, genellikle lisans sözleşmesinin bir yıllık olabileceği varsayılarak bir yıl üzerine hesaplama yapılıyor, ama tabii bu farklı da olabilir. Sözelimi geçmişte bir olayda bir hak sahibinin tespiti vardı ve daha sonra dava açılıp hal ve tespit tarihleri arasında, yani dava açmadan önce yaptığımız tespitle dava arasında diyelim ki 1.5 yıla yakın bir süre vardı. O takdirde de bir yıl değil de ihlalin 1.5 yıl gerçekleştiği ispat edilebiliyorsa, o da talep edilebilir. Dolayısıyla böyle bir yıllık süre gibi kısıtlı sınırlama yok. Bazı yabancı ülke uygulamalarında 3 yıllık ve 5 yıllık hesaplamaların yapıldığını da gördüm. Bizde böyle bir sınırlama yok. Tabii ki zamanaşımı hususu da göz önünde bulundurularak, eğer ihlalin daha uzun sürdüğü ispat edilebiliyorsa, bir yıldan fazlalık, bir yıllık, 1.5-2 yıllık veya ne kadarsa sürede talep edilebilir.

Ele geçen ürün miktarı az önce dediğim gibi 2-3 tane forma geçmişse, bununla lisans hesabı yapmak çok zor. Bunlarda çoğu zaman genel hükümlere gitmek zorunda kalıyor mahkemeler yeni Borçlar Kanunu 50 ve devamı maddelerine göre. Bazen şu da oluyor: Davalının işyerinde 10 tane gömlek ele geçirilmiş. Marka sahibi diyor ki: 10 tane gömlek ele geçirildi, ama 10 tane gömlek yapılması ticari olarak mümkün değil. Çünkü bir gömlek üretimi için en az bir top kumaş alırsınız. İşte bir top kumaştan diyelim ki 100 tane gömlek çıkar. Bazen bu da talep edilebiliyor. Genellikle Türkiye’de yüksek mahkeme uygulamaları da çoğunlukla bu yönde, yerel mahkeme uygulamaları da bu yönde. Genellikle varsayımsal üretim kabul edilmiyor. Yani 3 forma ele geçirilmişse ya da 10 tane gömlek ele geçirilmişse, o kadarlık hesaplama yapın kuralı kabul ediliyor, ama bazen hayatın, ticari hayatın olağan akışı gereği, yani kimse bir tane gömlek yapmaz. Hiçbir işletme firması 10 tane dikiş makinesini ya da 20 tane işçiyi bir araya koyup, bir atölye kurup da 10 tane gömlek üretmez. Böyle durumlarda eğer ticari hayatın olağan akışına uygun olmayan bir hal varsa bence işin ticari hayatın niteliğine göre de bir minimum üretim miktarı belirlenmeli. Bu sektörde kolaylıkla belirlenebilir. Bu minimum üretim miktarına göre de en az üretim kaç adet olmalıydı? 100 adet veya 500 adetse veya 300 adetse buna göre de hesaplama yapılabilir. Çünkü hepimiz çok iyi farkındayız ki belki yakalanan ürün sayısı belki çoğu zaman gerçek taklit ürün sayısının sadece bir kısmı oluyor, çoğusu belki tespit dahi edilemiyor. O yüzden bu gibi kötü niyette de prim tanımamak lazım. Aynı şekilde belirleyeceğimiz lisansın ne olduğu da belli olmayabilir. Bu münhasır lisans mı olacak, yoksa münhasır olmayan lisans mı olacak? Fason üretim için verilen lisansın koşulları farklıdır. Kendisi belli bir bölgede belli bir süreli üretim, satış yapmak için verilen lisansın

koşulları farklıdır. Bunları da olayın özelliğine göre, işleyiş biçimine göre belki değerlendirme yapmak gerekebilir.

Bu marka hesaplama lisans bedeli hesabında zaman zaman çok güçlüğü düştüğü müzde uzmanlar, konunun uzmanları marka değerlemesi üzerinden sonuca gitmeye çalışıyorlar, zaman zaman buna dayalı raporlara göre de mahkemeler bir sonuca varıyor. Markanın değeri, değerlendirme yöntemlerine göre markanın değerini belirliyor uzmanlar ve arkasından da buradan hareketle somut olaya uyarlama yapıyorlar ve hakkaniyete, adalete uygun bir sonuca varmaya çalışıyoruz. Tabii ki yeri gelmişken şunu da söylemem gerekir: Marka değerlendirme alanı tabii iktisatçıların, muhasebecilerin uzmanlık alanı, ama kolayca yapılabilecek bir iş olmadığını farkındayım. Belki haftalarca, aylarca sürebilecek bir incelemedir mutlaka, o yüzden bunların teftiş yoluyla mahkemelerin önüne bazen geliyor. Onlar mahkeme önünde ... (56.53) yolla incelenecek hususlardan değil.

Defter ve faturalar incelenmesi gerekiyor. Aslında az önce dediğim gibi her üç seçenekte de hangi seçeneği seçerse seçsin hak sahibi, bunların incelenmesi gerekiyor. Çünkü somut olayın özelliği bazen hiç hakkaniyete olaya uygun olmayan tazminatların ortaya çıkmasına yol açabilir emsal sözleşmelerle olay arasında bir bağlantı kurmazsanız. Burada zaman zaman karşılaştığımız sorunlardan bir tanesi de dediğim gibi davalı taraf ya bulunamıyor, ya bulunsa da defterlerini ibraz etmiyor. O durumda da davalının defter ve faturalarını ibraz etmesi için mahkeme ona bir süre verip, olmazsa eğer hiçbir şekilde ulaşılamazsa da kendisi bir takdir yoluna gidebilir. Hem A seçeneğinde, hem B seçeneğinde, yani mütecavizin geliri ya da marka sahibinin muhtemel geliri ya da hatta lisans örnekesmesi seçeneğinde de zaman zaman mahkemeler zarar miktarını kendisi tespit etmek durumunda kalıyorlar.

Üçüne de göre hesaplama yapılmadığı takdirde burada genel hükümlere göre eğer zararın miktarı tam olarak ispat edilemiyorsa, hâkim olayın olağan akışına ve zarar görenin aldığı önlemleri göz önünde bulundurarak, hakkaniyete uygun bir zarar tespit edebilir diyor Borçlar Kanunu ve bu pek çok olayda da ciddi bir oranda da mahkemeler son çare olarak böyle bir yönteme başvuruyorlar. Tabii ki burada da şu sorun var: Mahkemenin takdir edeceği zarar miktarı belki gerçek zararın altında kalabiliyor. Çünkü düşünün ki 10 adet gömlek ele geçirilmiş, eğer 10 adet gömlek üzerinden bir zarara hükmederseniz belki bir tır dolusu ihlale konu ürünün tazminatını hak sahibi elde edememiş oluyor. O yüzden zaman zaman uygulamacı ve akademisyenlerin de eleştirdiği ve Türk hukukunda da çok klişeleşmiş o 5 000 lira maddi, 5 000 lira manevi tazminatın da artık birazcık daha hak sahiplerinin haklarını koruyacak şekilde daha gerçeğe yakın bir rakamlara belki mahkemelerin en azından takdir haklarını biraz daha gerçek zararı bulma yönünde kullanmaları gerekli olabilir.

Burada uygulama sırasında sorunlardan bir tanesi şu davacı taraf en avantajlı yöntemi seçebilmek için bu yöntemlerden her biri bakımından ayrı ayrı hesaplama yapılmasını talep edebilir mi? Bildiğim kadarıyla sözelimi Almanya'da bu imkân mümkün.

Alman hukukunda marka hakkı sahibi üçüne göre de, üç seçeneğe göre de tazminat hesaplaması yapılmasını isteyip, onlardan bir tanesini seçebiliyor, ama bizim uygulamamızda, Türk hukukunda uygulama bu şekilde değil. Mahkeme taraflardan davacıya bu seçeneklerden bir tanesini seçmesi için süre veriyor ve davacının seçtiği seçenek üzerinden de yargılamaya devam ediyor. Yani bu şöyle de olabilir: Kümülatif koruma hallerinden bir tanesi söz konusu olabilir, marka üç boyutlu markası vardır, aynı zamanda tasarımı vardır. Hatta üç boyutlu markası veya tasarımı aynı zamanda eser niteliğinde olabilir. Bunlardan her biri için ayrı ayrı hesaplama yapılmasını ve ona göre ben seçim yapacağım da diyebilir hak sahibi, ama mahkeme, Türkiye'deki uygulamada mahkemeler tercihinin baştan yapmasını söylüyor hak sahibinin ve o tercih üzerinden gidiliyor. Peki, hak sahibi tercihinin yaptıktan sonra bunu değiştirebilir mi? Burada da bizim, yani Türkiye'deki uygulama biraz farklı, bildiğim kadarıyla Almanya'da bunu herhangi bir ıslaha gerek duymaksızın, herhangi bir usulü engelle karşılaşmaksızın hak sahipleri tercihlerini değiştirebiliyorlar, ama bizim hukukumuzda yüksek mahkemenin uygulaması da bu yönde. Eğer davacı seçim yaptıktan sonra mahkemede hesaplama yaptırdıktan sonra sözgelimi A'yı seçtikten sonra ben lisans bedeli tercih ediyorum diyorsa, o zaman davalı tarafın buna muvafakati yoksa tabii ıslah yapması gerekebilir. Bazen şöyle bir sorun da ortaya çıkıyor: Davalı taraf, müteceviz taraf kendi markasıyla birlikte davacının marka hakkı sahibinin markasını da kullanıyor. Bu takdirde mütecevizin markayı kullanarak elde ettiği geliri bulmak birazcık daha zorlaşıyor. Çünkü o ürünün satışında davalının markasının payı da vardır, ama davacının markasının payı da vardır. Burada nasıl bir çözüm bulmak lazım? Burada da olayın oluşuna, olayın özelliklerine göre, somut olaya göre bir adaletli çözüm bulmaya çalışıyoruz. Yani ürünlerin satışından elde edilen gelirin tamamı değil de olaya göre değişebilir tabii, markanın tanınmışlığına göre, sektördeki pazar payına göre tabii ki oranlar değişebilir, ama diyelim ki yarı yarıya veya yüzde 25, yüzde 75, ama olaya uygun bir hakkaniyetli bir bölüştürme de yapılabilir. Aynı şekilde ihlalin türüne göre de hesaplama güçlükleri var. Şimdi karıştırma ihtimali yoluyla bir marka ihlali durumundaki ihlalle sulandırma hallerinden birisi yoluyla ihlal durumunda hesaplama takdir ederseniz ki çok kolay değil. Kesinleşmiş bir karara konu bir olaydan bahsetmek isterim. Bir tanınmış marka bir film festivalinde kullanılmıştı, yani film festivalinin tanıtımlarında, promosyonlarında kullanılmıştı. Bu olayda KHK'nın 9. madde, yani 8/4'te yazılı sulandırma hallerinden birisi ve 9/2'deki sulandırma hallerinden biri yoluyla ihlal iddiasıyla mahkeme marka hakkına tecavüzü sabit gördü, ama burada da zarar hesabında ciddi güçlük yaşadı mahkeme. Çünkü takdir edersiniz ki böyle bir kullanımda elde edilen gelirin ne kadarının marka kullanılarak elde edildiğini bulmak oldukça zor. Dolayısıyla dediğim gibi her üç halde de zaman zaman takdir mahkeme hâkiminin takdiri yoluyla sonuca ulaşılabilir. Bu gerek kayıt dışılıktan dolayı, gerek hesaplamadaki sorunlardan dolayı bu hüküm tabii pek çok yabancı ülke mevzuatında da var. Yoksun kalınan kazancın bir miktar arttırımı da söz konusu oluyor. Burada da yasamız 66. maddenin A, B, C bentlerinden birisini seçmişse diyor, makul bir payının eklenmesine

karar verir. Hangi şartla? Markanın ekonomik bakımdan önemli bir katkısının bulunduğu kanaatine varmışsa. Makul bir pay artırımıyla ilgili uygulamada şöyle bir sorun ortaya çıkıyor: davacı 100 000 lira tazminat talep ediyor, bir de makul bir payın eklenmesini istiyor. Biz de diyoruz ki makul bir payın eklenmesini talep ediyorsanız hangi oranda, bu oransal olabilir ya da hangi miktarda rakamsal olabilir, bunu lütfen belirtin. Yani 100 000 liralık tazminat talep ediyorum, artı yüzde 25 oranında da arttırım talep ediyorum ya da 100 000 lira tazminat talep ediyorum, 20 000 lira da arttırılmasını talep ediyorum gibi. Eğer 100 000 lira tazminat talep ediyorum, bir de makul limiti arttırmasını talep ediyorum diyorsa hak sahibi, biz onun için de davacı tarafa süre verip, ne kadar arttırmak istediğini lütfen bize açıkla ve harcını da yatır diyoruz. Benim sunumum bu kadar, sabrınızla ilgili çok teşekkür ederim, saygılar sunarım.

Prof. Dr. Tufan ÖĞÜZ - Teşekkür ederiz. Efendim, bu oturumun son konuşmacısı Sayın Zeynep Talu. Sayın Talu Musiki Eseri Sahipleri Grubu Yönetim Kurulu üyesi, sizlere *“Meslek Birliklerinin Değerleme Uygulamaları ve Karşılaştıkları Problemler”*e ilişkin tebliğini sunacak. Buyurunuz efendim.

Zeynep TALU - Evet efendim, saygılar değerli hocalarımıza ve katılımcılara. Ben Zeynep Talu, şarkı sözü yazarıyım. Yaklaşık 30 yıldır bu mesleği yapıyorum ve 1999 yılında MSG kurulurken onun kurucu üyelerinden de biriydim. Daha önceden faaliyet gösteren bir meslek birliğimiz daha vardı Türkiye’de, ama bir yenilik olsun, yeni bir kan olsun diye 1999 senesinde MSG’yi kurduk. Bildiğiniz gibi şu anda müzik alanında Türkiye’de faaliyet gösteren dört meslek birliği var. Bunların bir tanesi bizim söz yazarları ve bestecilerin haklarını takip ve tahsil etmek için çalışan MSG, yine aynı alanda çalışan MESAM, bir diğeri MÜYORBİR -ki icracıların ve yorumcuların haklarını takip etmek üzere kurulmuştur- ve MÜYAP müzik yapımcılarının haklarını takip etmek üzere kurulmuş bir meslek birliği.

Biz ne yapıyoruz? Bildiğiniz gibi 5846 sayılı Kanuna uygun olarak bütün bu meslek birlikleri üyelerinin haklarını takip ve tahsil etmek üzere çalışıyorlar. Alandaki zorlukları birazdan tabii ki anlatacağım, ama öncelikle şunu söylemem lazım: Belki 10 yıl önce sıfırın altında bir yerlerdeydik, şimdi 2014’te bugün evet, belli bir yol kat ettik, ama geldiğimiz yol gelmemiz gereken yer midir? Aslında hiç değildir. Maalesef çok daha gerideyiz, dünyaya baktığımız zaman, gelişmekte olan Türkiye’nin olduğu yere baktığımız zaman bu alanda maalesef daha çok eksiklerimiz var, çok kat etmemiz gereken yol var. Burada ne zorluklarımız var, ne engellerimiz var, biraz sonra onları da birazcık size kısacık bahsedeceğim.

Bu dört meslek birliği geçen mayıs ayına kadar ayrı ayrı faaliyet gösterdiler. Dolayısıyla kullanıcılar her zaman önümüze şu şeyle geliyordu: Hepinizi ayrı ayrı dolaşmak çok zor oluyor, hepimizle ayrı ayrı uğraşmak istemiyoruz, tek bir çatı altında birleşin ve ortak lisanslama yapın. Tabii ki biz de yıllardır ayrı ayrı çalışmanın zorlukla-

rını yaşıyoruz gerek hukuksal süreçte, gerek kullanıcılarla olan lisanslama çalışmalarını aşamasında. Çünkü bildiğiniz gibi umumi mahaller, oteller, restoranlar, gece kulüpleri bir yana, televizyon ve radyolar bir yana, dijital alan bir yana çok gelişmekte olan bir alan, tabii ki bu alandaki tüm kullanıcılarla tek bir çatı altında muhatap olmak mutlaka iki taraf için de çok kolay olacaktı. Dolayısıyla 2014'ün Mayıs ayında bu dört meslek birliği bir ortak lisanslama protokolü imzaladılar. Artık tek bir ofisten sanki tek bir kurummuş gibi kullanıcının karşısına çıkıyoruz mayıs ayından beri. Bu tabii ki kullanıcı açısından çok kolaylaştırılmış bir sistem. Gerçi bu dört meslek birliğinin ayrı olmasını biraz da müzik kullanıcılarının bahane ettiğini düşünüyorum telif haklarımızı ödememek için, biz o bahaneyi de ortadan kaldırdık mayıs ayında. Çünkü sonuçta bir müzik eseri dört ortaktan da oluşsa tek bir parça, içinde dört icracının, yapımcının, bestecinin ve söz yazarının payları da olsa sonuçta ortaya çıkan tek bir eser ve o tek bir eserin tabii ki tek bir yerden temsil edilmesi, takip edilmesi, haklarının korunması her açıdan çok daha pratik bir uygulamadır. Biz de bunu sağlamaya çalıştık mayıs ayında, bunun tabii ki kolaylıklarını gördük, ama yine telif ödemek istemeyen kullanıcı her zaman bir bahane buluyor. Bu bahaneler de maalesef bitmiyor.

Biz burada ne yapıyoruz? Hukuki sürece başvuruyoruz. Daha önce tespitlerde ya da hukuki süreçte yaşadığımız zorluklardan biri de yine bu müzik eserinin ayrı ayrı meslek birlikleri tarafından temsil ediliyor olmasıydı. Şu anda tabii ki dört meslek birliğinin bir araya gelmiş olması Türkiye'de kullanılan tüm müzik repertuarının yüzde 100'ünü temsil ediyor demek. Yani bu ortak lisanslama birimi adını verdiğimiz bu yeni çatımız şu anda Türkiye'de nerede ne şekilde hangi müzik kullanılıyorsa, artık o müziği yüzde 100 temsil eden bir yapı olarak kullanıcının da karşısına çıktı, ama tabii ki Türkiye'de bugün baktığımız zaman sanıyorum geçtiğimiz sene tüm bu dört meslek birliğinin tahsilatı 60-70 milyon lira civarındadır müzik alanında. Bu Türkiye'deki kullanılan müziği düşündüğümüz zaman, çapını düşündüğümüz zaman, geride dönüp hesaplarımızı yaptığımız zaman olması gerekenin yaklaşık 1/10'üdür en az. Meslek birlikleri zaman zaman suçlanıyorlar düzgün çalışmadıkları için, ben buna tabii yer yer eksiklerimiz vardır mutlaka, buna bazı zamanlar katılıyoruz. Eksiklerimizi kapatmaya çalışıyoruz, ama sonuçta meslek birlikleri Kültür Bakanlığına bağlı ve kanunla kurulmuş birtakım kurumlar. Dolayısıyla kanunun bize izin verdiği şekilde, izin verdiği ölçüde gücümüzü kullanmaya çalışıyoruz.

Burada ne zorluklarımız var, birazcık bunlardan bahsetmek istiyorum size. Çünkü Türkiye'de ciddi bir gelir kaybı olduğunu düşünüyoruz müzik sektöründe, belki de müziğin hâlâ müzik piyasası diye anılması bir sektör haline gelememiş olması belki de hâlâ bu telif hakları sisteminin tam olarak oturmamış olmasından ve bu büyük gelir kaybından, hani Türkiye'de müzik çöktü diye bir şey var birkaç yıldır, Türkiye'de müzik çöktü. Türkiye'de müzik bu kadar az geri dönüş olursa gelirlerde yakında belki çok daha fazla çökecek. Maalesef böyle bir durumdayız. Çünkü yatırılan paralara baktığımız zaman bir albümün yapım maliyeti aşağı yukarı bugün 150-200 bin liralara

civarındadır. Bu da hani çok en böyle hit, en ünlü sanatçıların albümleri değildir, bu ortalama bir maliyettir. Bunun içinde işte repertuar ücretleri, şarkı sözlerine, besteleme ödenen paralar, aranjörler, stüdyolar, hepsi dahildir ki bunlara klipler, reklam çalışmaları dahil değildir bu ücretlere. Bu maliyetleri düşündüğümüz zaman bir kere her şeyden önce müzik yapımcılarının bu yatırdıkları paraları bir şekilde geri almaları lazım ki yeni yapımlara cesaret etsinler ve bu işe devam etsinler. Çoğu müzik yapımcısı ne yazık ki son 3-4 senedir artık bu işi bıraktılar. Sektörde savaşılan birkaç büyük şirketimiz kaldı. Onun dışında daha butik, daha küçük işler yapan şirketlerimiz var. Tabii biz eser sahipleri olarak elimizden geldiği kadar destek olmaya çalışıyoruz yapımcılara, ben eskiden hatırlıyorum, şarkı sözü yazdığımız zaman bir şarkı sözünün, bir bestenin değeri yer yer 15 000-20 000 liralara kadar çıkıyordu. Yani biz bunu müzik yapımcısından talep ediyorduk, onlar da bize ödüyorlardı. Çünkü albüm satışları son derece iyiydi, onlar da bu parayı kazanabiliyorlardı, ama artık sektör öyle bir hale geldi ki biliyorsunuz fiziki albüm satışı diye bir şey artık dünyada da, Türkiye’de de kalmadı. Bir kere bu tamamen dijital satışa döndü. Dünya bunu nereden karşılıyor? Telif haklarını o kadar iyi organize etmişler ki yıllardır, fiziki olarak CD satamaları bile telif haklarından ve dijital alandaki gelirlerinden o kayıplarını karşılıyorlar. Biz oradan da bu kaybımızı karşılayamıyoruz, bu fiziksel alandaki satış kaybımızı, dolayısıyla Türkiye’deki müzik sektörü gerçekten sıkışmış bir durumdadır. Bu bir gerçek.

Şimdi birazcık problemlerimizden belki bahsetmekte fayda var. Türkiye’de radyo ve televizyonların büyük bölümü, ulusal kanalların çoğu uzun zamandır teliflerini ödüyorlar, ama nasıl ödüyorlar? Asla yurtdışındaki ABD’de gördüğümüz ya da Avrupa Birliğinde gördüğümüz örnekleri gibi reklam gelirleri üzerinden ödemiyorlar, bunu katıyen kabul etmiyorlar. Belli bir para üzerinden yıllar önce anlaşılmış meslek birliklerinin yeni kurulduğu dönemlerde ve onun üzerinden işte bu yıl da TEFE, TÜFE oranında bir zam yapalım, bu şekilde bunu ödeyelim şeklinde senelerdir süregelen bir uygulama var. Sıfırdan iyi evet, ama yurtdışındaki örneklerine baktığımız zaman gerçekten reklam gelirleri üzerinden biz bu parayı tahsil edebilseydik ki yurtdışında reklam gelirleri üzerinden yüzde 2-6 arasında değişiyor bu oran, yüzde 1’ini, yüzde 0.5’ini bile tahsil edebilseydik eğer bugün aldığımız paranın kat be kat fazlasını radyo ve televizyonlardan tahsil ediyor olacaktık. Onu alamıyoruz ve bunun tabii ki medeni bir sisteme oturacağını düşünüyoruz, bunun için çaba gösteriyoruz, ama onun yanında bir de hiç ödemeyen radyo ve televizyon kanalları var. Küçük bölgesel yerel yayın yapan kuruluşların yanı sıra, onlar zaten sayıları artık binleri aşıyor, ama hepinizin çok iyi bildiği mesela NR1 TV, Flash TV, hani isim vermekte mahsur görmüyorum, çünkü yıllardır zaten hukuk mücadelesini sürdürdüğümüz yayın kuruluşları, onlar da telif haklarını ödemediği yayın yapmaya devam ediyorlar. Burada tabii meslek birlikleri ne yapıyor? Koşarak mahkemelere başvuruyoruz. Hukuki süreçten başka yapabileceğimiz bir şey yok elimizde. Burada şöyle bir zorluğumuz var: Hiçbir zaman mahkemelerden maalesef bu yayınları durdurmaya yönelik bir karar çıkmıyor. Bu kararları bekliyoruz, ama çıkmıyor. Çıkmayınca tabii ki telif haklarını ödemediği yayın yapan

bu kuruluşlar bundan cesaret alıyorlar ve bu şekilde devam ediyorlar. Bizim elimizde başka hiçbir güç yok, hukuktan başka hiçbir güç yok onlarla savaşabilecek, oradan da bir sonuç çıkmayınca maalesef meslek birlikleri böyle elimiz kolumuz bağlı bir şekilde sürekli işte görüşmeler, toplantılar, ama niyet iyi olmayınca yapacak bir şey yok ve bu tabii ki bence şöyle de çok büyük bir haksızlık: Bir tarafta iyi-kötü evet, bizim beklediğimiz kadar değil, ama yine de bir şekilde telif haklarını ödeyen yayın kuruluşları varken, diğer yanda hâlâ ulusal yayın yapan bazı yayın kuruluşlarının bölgesel ve yerellerin hâlâ beş kuruluş telif ödemediği müzik eserlerini kullanmaları bence çok büyük bir haksızlık, ama burada da dediğim gibi elimizdeki tek güç hukuk, ama istediğimiz kararlar çıkmadığı sürece tabii ki hiçbir şey yapamıyoruz. Tabii bu kararların yanı sıra belki RTÜK'ün ya da diğer idari kurumların vereceği para cezaları da çok caydırıcı rol oynayacaktır. Çünkü maalesef bazen yumruğumuzu masaya vurmada daha iyi niyetle telif haklarını çözebilecek seviyede değiliz. Müzik kullanıcılarının bazıları bu seviyede değil, ama dediğim gibi biraz daha kararlı, belki biraz daha sert kararlara ihtiyacımız var hukuki süreçte. Bunların eksikliğini hissediyoruz maalesef.

Dediğim gibi radyo ve televizyon lisanslamalarında ne zaman ki reklam gelirleri üzerinden bir pay almaya başlayacağız, ne zaman ki yurtdışında olduğu gibi bu örneğe yaklaşacağız, o zaman belki ancak Türkiye'deki radyo, televizyon lisanslamaları uluslararası bir boyuta yaklaşacaktır. Tabii ki hiç olmamasından iyi, dediğim gibi sırfından iyi, ama hâlâ beklenen düzeyde, beklenen yerde, hak ettiğimiz yerde değil.

İkinci problemlili konumuz: Umumi mahaller. Yani oteller, restoranlar, barlar, dükkanlar, vesaire müzik yayını yapan veya müzikten faydalanan tüm bu umumi mahaller, bunlarla da hukuki mücadele sürekli devam ediyor. Bazı çatı birliklerle TROPED ... (78.25) gibi, TES gibi, TOBB gibi bazı çatı birliklerle anlaşmalarımız var. Onların üyelerine çok ciddi şekilde tarifeler üzerinden indirimler yapılıyor. Çünkü biz 10 yıl önce MSG'yi kurarken 15 yıl önce şunu düşündük: *"Mühim olan önce sisteme girsinler, önce müziğin kullanılıyorsa eğer bir karşılığı olduğunu insanlara anlatalım."* Ben ilk MSG kurulduğunda ilk yaptığımız toplantılarda büyük radyo kanallarının yöneticileri, avukatları şöyle geliyordu bizim karşımıza: CD'yi para verip aldık ya, bir de niye size para vereceğiz ya da bir dükkan şöyle geliyordu: Canım, bir radyo dinliyoruz, size niye para verelim ya da dükkandan CD aldık, zaten verdik CD'nin parasını, siz daha ne istiyorsunuz? Buralardan 15 yılda yavaş yavaş bu kullanımın bir bedeli olduğunu, bunun bir fikri haklar konusu olduğunu, kanunda yeri olduğunu yavaş yavaş anlata anlata buralara kadar geldik, ama umumi mahallerde de dediğim gibi tabii ki daha bu bilinç çok az yerleşmiş vaziyette. Evet, büyük işletmeler, oteller, büyük zincir mağazalar, daha kurumsal yönetilen işletmeler bunun farkında, birçoğu bazen kendi kendilerine geliyorlar lisanslarımızı alalım diye, ama bunlar müzik kullanan umumi mahallerin sanıyorum binde 1'i oranında. Yine biz tabii ki koşuyoruz, hukuka sığınmıyoruz, tespitler yapıyoruz mahkemelerin kapısında ve bu tespitler o kadar pahalı ki bizim için, meslek birlikleri için, yani bir tespit bedeli 300 lirayla 500 lira arasında bize maliyeti var. Düşünün, bizim listemizde bir şehirde 15 000-20 000 yer var

tespit yapılması gereken, biz bunların hepsini tespit yoluyla, mahkeme yoluyla, ondan sonra da yargıyı bu kadar meşgul ederek çözmemiz hemen hemen imkânsız. Burada aslında AB ülkelerinde olduğu gibi bir sertifika sistemi olması gerektiğine inanıyoruz. Yani bir yer açılırken nasıl ki belli izinler alınıyorsa, belli yerlerden belli izinler alınıyorsa, müzik kullanımının da aslında buna dahil olması gerektiğine inanıyoruz. Avrupa'daki uygulamalarda çoğu yerde bu yönde, bu sertifika sisteminin yürürlüğe girmesi gerektiğine inanıyoruz. Yeni hazırlanan yasada bütün bu önerilerimizi yaptık meslek birlikleri olarak, hukukçularımız çalıştılar. Yurtdışındaki örnekleri incelediler, hukuk müşavirlerimizden görüşler alındı. Bakanlığa bu konudaki önerilerimizi sunduk, ama yeni yasa tasarısı her ne hikmetse bizden böyle devlet sırrı gibi saklandığı için bir daha bizim yasa tasarısından haber alınmadı son iki yıldır, ne oldu bilmiyoruz. Bunlar yer aldı mı, bilmiyoruz. Bakanlığımız ne yapıyor, çalışıyor mu, bu yasa çıkacak mı, çıkacaksa nasıl çıkacak, bizim önerilerimiz yer alıyor mu içinde, yoksa yine kullanıcılara yönelik bir yasa mı çıkacak? Çünkü biliyorsunuz Kültür ve Turizm Bakanlığının bir arada olduğu tek ülke herhalde Türkiye midir Hocam, bilmiyorum, daha iyi bilirsiniz, ama kullanıcılarla bizlerin aynı bakanlık tarafından temsil edildiği başka bir örnek var mı bilmiyorum. Dolayısıyla bakanlık da iki arada, işte otelcilerle mi uğraşsın, bizlerle mi uğraşsın, iki arada kalmış bir vaziyette. Dolayısıyla biz de herhangi bir bilgi alamıyoruz kendilerinden ve yeni yasamız ne olacak hiçbir fikrimiz yok, bekliyoruz heyecanla, ama önerilerimizi yaptık. Dediğimiz gibi bu tespitlerle tek tek mahalle mahalle gezip, dükkan dükkan gezip tespit yapmakla bu işin sonu gelmez. Ne maddi açıdan, ne hukuki açıdan bunun sonu yok. Bunun bir sisteme oturması şart. Tabii ki önce bilinçlenmeyle, ama yasada da bazı değişikliklerle ve bu sertifika sistemiyle bunun da önümüzdeki günlerde belki daha iyi yerlere gideceğini umut ediyoruz ve uğraşmaktan tabii ki vazgeçmiyoruz bir taraftan.

Bu arada şöyle bir şeyle karşı karşıyayız: Buna hukuki olarak ne yapacağımızı bilmiyoruz. Bu Türk müziğinde gerçekten çok büyük tehlike şu anda, birtakım şirketler ellerinde copyright free müzik katalogu bulunduran birtakım özel şirketler, yani üzerinde hiçbir telif hakkı olmayan yurtdışından satın alınmış birtakım kataloglarla bu umumi mahallere gidip, meslek birliklerinin 1/4, 1/5 fiyatına bu katalogları satıp, meslek birlikleriyle olan sözleşmeleri iptal ettiriyorlar.

Şu anda böyle bir tehlike de var Türkiye'de ve bu para tamamen yurtdışına gidiyor. Hiçbir Türk eser sahibinin eseri o alanlarda kullanılmıyor. Dolayısıyla para ödenmiyor. Bir de böyle bir tehlike var. Bu gerçi sadece Türkiye'de değil, bu Amerika'da veya Avrupa ülkelerinde de var şu anda bu uygulama, onlarla da sürekli kontak halindeyiz. Çünkü hepimizin üyesi olduğu üst konfederasyonlar var, orada da bu problem var. Dolayısıyla bu da Türkiye'deki müziğin değerini gerçekten çok tehlikeye sokan bir uygulama, son bir senedir bunu yaşıyoruz. Bununla da henüz nasıl başa çıkacağımızı bulamadık, dünya da daha bulamadı, ama sanıyorum biz de tarifelerimizi gözden geçirerek, yani maalesef fiyatı düşürerek bunlarla ancak başa çıkabileceğiz, öyle gözüküyor.

Tabii burada dört meslek birliğinin ortak hareket ediyor olmasının büyük avantajı var bizim için, sonuçta karşılırlarına çıktığımız zaman bakın, burada bir şey var ve bunun yüzde 100'ü yasal ve Türkiye'de temsil ediliyor diyebiliyoruz şu anda, önceki gibi bölük pörçük halde değiliz, ama yine de bu copyright free müziklerin fiyatlarıyla başa çıkmak çok zor, ama dünyada ne yapılacağını da biraz izleyeceğiz tabii. Onlar ne yapacaklar, onlardan nasıl öneriler gelecek, onları da izleyerek Türkiye'de de birtakım benzer uygulamalarla bunlarla da savaşmaya devam edeceğiz.

Dijital alan lisanslamalarımız var. Biliyorsunuz son zamanlarda artık Türkiye'deki müzik tamamen internet üzerinden, web üzerinden ve mobil cihazlardan indiriliyor, dinleniyor, yükleniyor. Burada gerçekten belki de bu alanda faaliyet gösteren şirketlerin belki de Türkiye'de en kolay lisanslama yapabildiğimiz alan bu bizim, çünkü hepsi çok kurumsal şirketler Türkcell gibi, avea gibi, Vodafone gibi şirketler ve Türkiye'ye yeni girmiş olan Iytuz, dizır, You Tube ... (85.39) gibi yabancı şirketler, bunlar zaten belli bir sistem içindeler, zaten dünyada yıllardır iş yapıyorlar ve bir çalışma şartları ve bir kurulmuş sistemleri var. Bu sistemle Türkiye'ye geldikleri için gerçekten onlarla lisanslama konusunda hiçbir zorluk yaşamadık, ama nerede çok zorluk yaşıyoruz? Tabii ki korsan web sitelerinde, bunlar çok büyük bir problem gerçekten Türkiye için, biz kapattırıyoruz, yenileri açılıyor, biz kapattırıyoruz, yenileri açılıyor. Kanunumuzun ek 4. maddesinde bununla ilgili bir yaptırım var, bir uygulama var. Bunun tabii ki hukukçularımızdan hep fikir alıyoruz, bize söyledikleri şu: Bu ek maddenin bu ek madde olmaktan çıkarılması ve Fransa'daki gibi daha detaylı bir şekilde yazılması, uyar-kaldır sistemi deniliyor buna Fransa'da, çok daha pratik bir halde bu korsan web siteleriyle savaşmamız için bu mücadele yönteminin oluşturulması bizim için çok önemli. Bunları da biz yeni yasa tasarısıyla ilgili fikirlerimiz arasında bakanlığa ilettik, raporlarımızı verdik, ama tabii sonucunu bilmiyoruz, dediğim gibi bekliyoruz.

Bir de yine dünya uygulamasından farklı -ondan da kısaca bahsetmek istiyorum- Türkiye'de farklı bir uygulama var. Özel kopyalama harcı denilen bir harç var. Bu nedir? Bu Kültür ve Turizm Bakanlığımızın ülkemizde üretilen ya da yurtdışından ithal edilen kayıt edilebilir her şey, CD, USB, kaset, DVD, bütün bunlardan aldığı bir harç var, bir vergi var. Bütün dünyada bu vergi meslek birliklerine, o alandaki meslek birliklerin, eser sahiplerine aktarılıyor, ama Türkiye'de maalesef bu toplanan vergi bize ödenmiyor. Sanıyorum hazineye aktarılıyor. Bu da AB sürecinde gerçekten çok defa katıldığımız toplantılarda dile getirdiğimiz bir sıkıntı, ama maalesef buna da bir çözüm bulamadık. Bu yaklaşık 50 000 000 lira gibi bir paradır senede Türkiye'de toplanan bu para ve dünyanın hiçbir yerinde bu hazineye gitmiyor Türkiye'den başka, bu tamamen dönüp dolaşıp o alandaki meslek birliklerine aktarılıyor. Bunun da düzelmesi gerektiğine ve yurtdışındaki uygulamalarla paralel bir şekilde dönüşmesi gerektiğine inanıyoruz. Bununla da ilgili çok fazla görüş bildirdiyssek de yine henüz bir sonuca varamadık.

Genel olarak alandaki sıkıntımız bunlar, zamanımızı da çok aştığını varsayarak çok da uzatmak istemiyorum, ama tabii her şeyden önce belki şunu söylemek lazım: Telif bir bilinçse, o bilinci bizim jenerasyonumuz o bilinçle yetişmedi. Biz o treni kaçırdık, ama gençleri yetiştirirken, çocukları yetiştirirken belki onların daha bilinçli yetişmesine, bunun bir insan hakkı olduğunu bilmelerine, yani Sezen Aksu bir konserden 150 000 lira alıyor, niye bir de telif hakkı ödeyeyim demeyecek çocuklar yetiştirmemize akademisyenlerin önayak olacağına inanıyorum. Çünkü evet, Sezen Aksu bir konserden 150 000 lira alıyor olabilir, ama onun bestecisi, söz yazarı oradan bir para almıyor. O sadece sanatçının şovu için aldığı bir para, ama biz bunu insanlara anlatmak için yaklaşık 15-20 yıldır uğraşıyoruz. Dediğim gibi üç adım attık, belki daha atacağıımız 103 adım daha var. Uğraşyoruz, bıkmıyoruz, bıkmadan uğraşıyoruz. Burada tabii ki hukukçuların, sizlerin, bilirkişilerin, bu alanda faaliyet gösteren herkesin, tüm meslek birliklerinin birtakım ortak kararları, birlikte hareket etmeleri eminim kullanıcıların da önümüzdeki senelerde biraz daha bilinçlenmesine yardımcı olacaktır diye düşünüyoruz. Umudumuzu kaybetmiyoruz. Daha güzel günler diliyoruz eser sahiplerine, çok teşekkür ediyorum.

Prof. Dr. Tufan ÖĞÜZ - Teşekkür ederiz Sayın Talu. Şimdi efendim, hoşgörünüze sığınarak hem programın oldukça önemli ölçüde sarkmış olması, bir oturumun daha bugün programda yer alması sebebiyle soru-cevap bölümünü 10 dakikayla en fazla sınırlamak istiyorum. Lütfen sorularınızı hem kendinizi tanıtarak, hem de soruyu hangi konuşmacıya yönelttiğinizi belirterek sorarsanız memnun olacağım. İlk siz kaldırdınız, buyurun efendim.

Zeynep TALU - MÜA 1'le yapımcılarını bahsediyorsunuz herhalde, değil mi?

Salondan - Dört tane meslek birliği yüzde 100 repertuarı temsil etmiyor Türkiye'de.

Zeynep TALU - MÜYAP diğer yapımcı alanında...

Salondan - MÜA 1 ve Müzik 1 de var efendim.

Zeynep TALU - Evet tabii, gayet iyi biliyorum da, yapımcılar arasında bir ortak anlaşma olduğu için ve MÜYAP

Salondan - Ama efendim, siz bakın, ısrarla yüzde 100, üç defa dediniz ki yüzde 100 bu repertuarı temsil ediyor bu dört tane meslek birliği, bu yanlış bir bilgi. Yüzde 100 temsil etmiyor, orada üç tane de bunların eseri varsa yüzde 100 temsil etmiyor. Bunu ben düzeltmek istiyorum. Siz kullanıcılardan, müzik kullanıcılarından saygı bekliyorsunuz, biz de sizden doğru bilgi edinme saygısını bekliyoruz.

Zeynep TALU - Ben o bilgiye gayet iyi vakıfım, hiç merak etmeyin. Benim bildiğim kadarıyla MÜYAP o meslek birlikleriyle bir anlaşması vardır ve ortak lisanslama çalışmalarını onların adına da yürütmektedir. Yanlış biliyorsam beni düzeltin.

Prof. Dr. Tufan ÖĞÜZ - Şimdi efendim, izin verirseniz...

karşılıklı tartışma ... (92.03)

Zeynep TALU - Doğru mudur, o bakımdan o şekilde telaffuz ettim.

Prof. Dr. Tufan ÖĞÜZ - Peki, buyurunuz siz efendim.

Av. Ayşe DERYA ELÇİN - Herkese merhaba. Sorum Münir Şakrak Hocama olacak. Öncelikle değerli sunumu için teşekkür ediyorum. Hocam, marka değerinin tespitinde büyük ölçekli işletmelere oranla orta ve küçük ölçekli işletmelerin markaların değerinde oldukça hani sorun yaşanacağını ve önceden önlem anlamında belli aralıklarla bunun tespitinin yapılması ve bir kenarda olmasının faydalı olduğunu söylediniz eğer doğru algıladıysam, bunun orta ve küçük ölçekli işletmeler bakımından ne şekilde yapılmasını öneriyorsunuz ya da ne şekilde oluyor uygulamada?

Prof. Dr. Münir ŞAKRAK - Çok teşekkürler. Evet, yani en önemli problem burada görüyorum. Sayın değerli konuşmacımız da biraz önce sunumlarında markaya tecavüz davalarında seçenekleri ifade ederken vurguladılar. Bakın, burada çok net vurgulanması gereken bir konu var. Bu işin tek dili var. Şimdi daha net vurgulayayım. Bu da finansal dildir. Bu finansal dilin doğru kullanılabilmesi de dört temel ilkeye dayalı, bunun ötesinde birçok ilke var. Yani 18, 26, duruma göre çıkıyor. Bu ilkelere dayalı bilgi sisteminin kurulması ve geliştirilmesidir. Bu bir süreci gerektirir, bugünkü durumda küçük ve orta ölçekli işletmelerin bu bilince gelmesi için çok disiplinli katılımlı çalışmada siz sayın profesyoneller, hukuk dünyasında çözümleri üretmek için çaba harcayanlarla işletme iktisadını çeşitli fonksiyonlarla yerine getirenlerin bir arada yoğun çalışmaları gerekiyor. Çok güzel bir önerme vardı: Ortalama yöntemler. Ne kadar için? 10 yıl için, 20 yıl için geliştirmek, ama illa ki bunun çözümü muhasebe bilgi sisteminin sağlıklı bilgi üretmesini sağlamaktır. Teşekkür ederim.

Yrd. Doç. Dr. Ali DURAL- Teşekkür ederim. Her üç konuşmacıya da konuşmaları için çok teşekkür ederim. Benim Sayın Hâkim Beye bir sorum olacaktı. Şimdi marka hakkına tecavüzde marka hakkı sahibi söz konusu tecavüz olmamış olsaydı elde edebileceği muhtemel gelirin talep edebileceğini kanun hükmünde kararnameyi düzenliyor. Şimdi sizin sunumunuzda çok güzel bir örnek vardı, onu izlerken aklıma geldi. Dizel örneğini vermiştiniz. 380 liralık bir blucin ve müteceviz bunu 25-30 lira civarında satıyordu. Acaba marka hakkı sahibinin tazminat alacağı hesaplanırken bu mütece-

vizin bu kotları satmış olduğu müşteri kitlesinin gelir düzeyi de dikkate alınabilmeli mi? Şu açıdan düşündüm: Çünkü dizel markası hiçbir zaman o gelir düzeyine o kotları satamayacaktı. Acaba bu dikkate alınmalı mı tazminat hesabında? Teşekkür ederim.

Uğur ÇOLAK- Teşekkür ederim. Haklısınız, belki 25 liraya o pantolonu alan kişi gidip 380 liralık pantolonu belki almayacaktı, ama şu da var: Bunun tam oranını kestirmek belki çok zor, ama o 25 liralık ya da 20 liraya satılan ürün olmasaydı marka sahibi bir miktar daha fazla satacaktı. Belki aralarında yüzde 100 bir doğrudan aynı oranda bir bağlantı yok, ama takdir edersiniz ki o ürünler bir şekilde hak sahibinin satışlarını engelliyor. Dolayısıyla bence burada asıl dikkate alınması gereken marka sahibinin orijinal ürününün fiyatının ne olduğu. Şimdi benzer bir sorun gümrükte ele geçen ürünler konusunda da var. Gümrükte bir tır diyelim ki taklit pil ele geçiyor veya taklit müzik aleti ele geçiyor. Bunlar için de bir giysi geçtiğinde bunlar yönünden de şöyle bir sıkıntı var: Bu ürünler pazara sunulmadı ki zarar ortaya çıksın ya da maddi, manevi zarar var mı, ama bizde yerleşik artık uygulama bunlar yönünden de bir zararın evet, tazminatın hesaplanması gerektiği yönünde. Burada takdir edersiniz ki gümrükte ele geçen ürünler henüz iç piyasaya girmediği takdirde belki diyebilirsiniz ki burada da zarar yok, ama tecavüz varsa tecavüzün olduğu yerde hak sahibinin bir mağduriyeti, bir zararı da illa ki mutlaka vardır. Belki yakalanan miktar bir gemi, belki bir gemi de yakalanmadı, onu da düşünmek lazım. O yüzden ele geçen ürün miktarı ya da taklit ürünün cüzi fiyatına değil de marka hakkı sahibinin orijinal ürün fiyatını baz almak bence daha doğru, ama tabii ki olayla da bir hakkaniyete uygun bir dengeyi sağlamak lazım.

Prof. Dr. Münir ŞAKRAK - Son soru olarak, siz daha evvel kaldırmıştınız, buyurun.

İsmail FİDAN- Türk Patent Enstitüsünden Dr. İsmail Fidan. Tüm konuşmacılara bu birbirinden değerli tebliğleri için teşekkür ediyorum. Benim sorum Hâkim Beye: Maddi tazminat ve bu bağlamda mütecavizin karının hesaplanmasıyla ilgili merak ettiğim bir hususu paylaşmak ve bu konuda görüşlerini almak isterim. Hâkim Beyin sunumunda belirttiği gibi mütecavizin karı hesaplanırken işçi ücretleri, kira, leasing ücretleri gibi masraflar cirodan düşülür ve ondan sonra bir bedel elde edilir. Bu aşamada mütecavizin kârı derken, bulunan bu bedelin tamamını mı ele almak lazım, yoksa mütecavizin tecavüz ettiği markayı kullanması yoluyla elde ettiği fazladan kârı mı esas almak lazım? Somuta indirgeyeyim sorumu: Mütecaviz taklit ürünü başka bir markayla da satsaydı belli bir kâr elde edecekti. Hiç markasız da satsa belli bir kâr elde edecekti, ama şimdi ürünü taklit markalı satarak fazladan bir kar elde ediyor. O zaman mütecavizin marka tecavüzünden dolayı oluşan kârı derken bizim esas almamız gereken miktar elde ettiği kârın tümü mü yoksa taklit marka kullanmak suretiyle fazladan kazandığı kar miktarı mı sorusu ortaya çıkıyor. Bu şekilde kar miktarının hesaplanması gerekli midir? Ben elde edilen karın tamamının mütecavizin karı olarak kabul edil-

mesi gerektiğini düşünüyorum ama bu konuda Hâkim Beyin görüşlerini de merak ediyorum. Teşekkür ederim.

Uğur ÇOLAK- Teşekkür ederim. Mütecavizin kârını hesaplarken tabii ki dava konusu tecavüze konu ürünlerin satışından onları ayıklayarak özellikle altını çizmeye çalıştım. Ayıklayarak sadece markayı kullanarak elde ettiği geliri bulmaya çalışıyorum. O oldukça zor, çok her zaman yüzde 100 sağlıklı bir sonuca ulaştığımızı söylemek mümkün değil, ama bence şu da doğru olmaz: Tamam, marka sahibi, mütecaviz marka sahibinin markasını kullanmasaydı kendi markasıyla ya da markasız bile satsaydı bir gelir elde edecekti. O zaman markasız da satabilirdi, o zaman markasız satmayı tercih etseydi. Mademki birisinin tabağından yiyorsun, birisinin sırtına biniyorsanız onun sonucuna da katlanmak lazım diye düşünüyorum. O yüzden artık orada öyle bir indirim yapmak belki çok da doğru değil, yani teşvik de etmemek lazım tabii şeyleri. Çok teşekkürler.

Prof. Dr. Tufan ÖĞÜZ - Peki efendim, çok teşekkürler. 15 dakikalık aradan sonra 4. Oturum devam edecek.

ARA VERİLDİ

4. OTURUM

MARKA HAKLARINDA ÖZEL HUKUK ALANINDAKİ YENİ GELİŞMELER

Av. Vehbi KAHVECİ - Arkadaşlar, gerçekten bizim tahminimizin çok üzerinde bir kalite yakalamış bulunuyoruz. Çıkaracağımız kitabın, uygulamacılar bakımından, yalnızca bu kitapla hayatlarını sürdürebilecekleri bir kalitede olacağı anlaşılıyor. Çünkü işlenmemiş hiçbir konu kalmıyor. Daha da güzeli hukukun yeni alanlarını da açmış olduk. Mesela, hiç kimsenin bugüne kadar dikkate almadığı paralel ithalattan kaynaklanan haksız rekabet meselesi bugüne kadar hiç işlenmemiş bir konuydu. En önemlisi arkadaşlar, hepimiz avukatlık yapıyoruz, avukatlığımızı yaptığımız bir şirkette markanın da çok ciddi bir şekilde mal varlığı içerisinde yer alabileceği hususu biliniyordu, ama bu kadar detaylı bilinmiyordu. Dolayısıyla bu da artık hepimizin hafızasında yer etmiş oldu. Gerçekten sempozyumun en ağır bölümünü en sona bırakmış olduk. Çünkü burada tartışacaklarımız artık bütün günün de toplamı olacak. Biz de bunu biraz da mahsus son bölüme bıraktık ki arkadaşların ilgisi devam etsin. Çünkü başka sempozyumlardan biliyoruz ki bir-iki oturum izledikten sonra arkadaşlar gidiyorlar.

Şimdi bu son oturum. Normalde 16.30'da bitirmeyi planladığımız sempozyum 18.30'a kadar uzayacak, öyle anlaşılıyor. Ama olsun, bu bizim için bir başarı. Bu arada sizden benim bir istirhamım vardı tabii avukat arkadaşlardan özellikle, bu kahve molalarını iyi değerlendirmelerini arzu ederdim. Çünkü şimdi mesela, Uğur Çolak Hâkim Bey bahsetti ve biraz sonra Hamdi Yasaman Hocam anlatacak, Anayasa Mahkemesinin bir iptal kararı var. Mesela, birçok arkadaşımız bu iptal kararının mahiyetini tam olarak kavramış değil ve bunu Anayasa Mahkemesine götüren Uğur Çolak üstadımızdı. Mesela, bunu aralarda inşallah konuşmuşsunuzdur. Çünkü Anayasa Mahkemesine gidiş bir başka şekildeydi, çıkış bir başka şekilde oldu, ama sonuçta bir karar çıktı. Talebe uygun bir karar çıktı. Dolayısıyla biz yarın daha çok fikri haklar ağırlıklı olarak toplantımızı devam ettireceğiz, ama benim sizden istirhamım, inşallah üstatlar gene katılır, bu kahve molalarını iyi değerlendirmeniz şeklindedir. Çünkü kolay kolay bu üstatlarımızla bir araya gelmemiz mümkün olmuyor. Onlar da çok yoğun, ama bu fırsatı değerlendirsek bu toplantının öbür faydası da bu olmuş olacak.

Şimdi bu oturumda Prof. Dr. İlhan Ulusan Hocamız başkanlık yapacak. Biz Prof. Dr. İlhan Ulusan Hocamızla Kültür Üniversitesi'nde böyle bir programda beraber olmuştuk. Oradaki çabayı, oradaki katkıda bulunma isteğini gördüğümüz için bugünkü bu oturumun, bu çok özel oturumun başkanlığını kendisinden istirham ettiğimizde kabul etti. Kendisine çok teşekkür ediyoruz. Tabii bu arada Prof. Dr. Hamdi Yasaman Hocamız çoğumuzun hocası tabii ki, Prof. Dr. Hamdi Yasaman Hocamız burada yer alıyor. Tabii bir de Sayın Doç. Dr. Ali Dural Hocamız Galatasaray Üniversitesi'nden yer alacak. En son, toplam özet olarak hepimizin can kulağıyla dinleyeceği Levent Yavuz üstadımız da bize hararet ve hasretle beklediğimiz Yargıtayın yeni içtihat oluşturma ya da yeni fikir oluşturma çabalarını sunacaklar. O nedenle şimdi sizleri heyetle baş başa bırakacağım. Hocam, buyurun lütfen.

Prof. Dr. İlhan ULUSAN - Efendim, hepinize bu son oturumda saygı ve sevgiyle selamlıyorum. Bu son oturumda aynı duyguları diğer değerli konuşmacı arkadaşlarla da paylaştığımda eminim Sayın Azra Arkan Serim'e organizasyon komitesindeki çabalarından dolayı, beni de davet ettiği için teşekkür ederim. Vehbi Bey kardeşime değerli hukukçu, avukat Sayın Vehbi Kahveci'ye hem güzel sözleri için teşekkür ederim, hem de organizasyonda gösterdiği bu olağanüstü sayılabilecek başarı için teşekkür ederim. Biz çok toplantılara katılıyoruz hem konuşmacı olarak, hem de başkan sıfatıyla yaşımıza hürmeten, herhalde bizi davet ediyorlar. Hakikaten bu denli yoğun ilginin olduğu toplantı son zamanlarda az gördüm, onun için de değerli dinleyenlerimiz de, siz değerli arkadaşlarımıza, meslektaşlarımıza da teşekkürlerimi sunmama müsaade edin. Şimdi tabii bir hayli geciktik. 18.30'a kadar süre verdi Vehbi Bey bize, bu çerçevede içinde değerlendirmek suretiyle konuşmalarımıza başlayalım. Sevgili arkadaşım, çok eski arkadaşım Prof. Dr. Hamdi Yasaman arkadaşımıza sözü vermek istiyorum. İstersen Hamdiciğim sen kendin anons et konuyu da, buyurun.

Prof. Dr. Hamdi YASAMAN - Efendim, hepinizi saygıyla selamlıyorum.

Benim konum son zamanda çıkmış bir Anayasa Mahkemesi kararı ile ilgili. İstanbul 4. Fikri Haklar Hâkimi Uğur Çolak tarafından Anayasa Mahkemesi'ne müracaat edildi. Anayasa Mahkemesi ise, kullanmama sebebiyle, markanın 5 yıl haklı sebeple kullanılmaması sebebiyle hükümsüzlüğü maddesini, bunun bir mülkiyet hakkı olduğu ve mülkiyet hakkındaki kısıtlamaların da ancak kanunla yapılabileceği; oysa 556 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile mülkiyet hakkının sınırlanamayacağı gerekçesiyle 42. maddenin 1. fıkrasının C bendini iptal etti. Bu iptal sebebiyle uygulamada bazı sorunlar ortaya çıktı.

İlk önce meseleyi biraz görelim; yani bu konuyla çok ilgili olmayan veya daha az ilgilenen arkadaşlarımız için, 14. maddenin ve 42. maddenin biraz kapsamı üzerinde durmak istiyorum. Hükümsüzlük 556 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 42. maddesinde düzenlenmiştir. Kanun Hükmünde Kararname'nin 7. maddesinde mutlak red sebepleri, 8. maddede nispi ret sebepleri düzenlenmiştir.

Bizim Kanun Hükmünde Kararnamenin kaynağı Avrupa Birliği Hukuku olduğuna göre markanın kullanılmaması sebebine bağlı olarak mutlak ve nispi hükümsüzlük sebepleri ile iptal sebepleri ayrımı yapılmamıştır. 42. maddeye baktığımız zaman tamamı hükümsüzlük sebebi olarak nitelendirilen 6 bent mevcuttur. Oysa, burada kaynak kanunda olduğu gibi hükümsüzlük ve iptal sebepleri olmak üzere ikili bir ayrım yapılması gerekmektedir. Zaten bu ayrımı yapmadığımız için uygulamadaki veya tebliğimin konusunu oluşturan Anayasa Mahkeme kararındaki gerekçenin yanlış olduğunu veya doğru olmadığını göreceğiz.

Marka hakkında kabul edilen sistem tescil sistemi olduğuna göre, tescil anında var olan bir sebep varsa ve her nasılsa bu marka tescil edilmişse, daha sonradan bu markanın başından itibaren tescil anında var olan bir sebeple hükümsüz hale gelmesi bir

hükümsüzlük sebebidir. Bu hüküm geriye etkilidir; diğer ifade ile makale şamildir; yani tescil anına kadar etkilidir. Bu olasılık dahilinde, markayı hükümsüz kıldığınız zaman bütün yapılan işlemler geçersiz oluyor. Bunun kanunda iki istisnası var: Eğer bu arada tescilden sonra bir mahkeme kararı alınmışsa, kesinleşmişse ve uygulanmışsa iki şartın birden olması lazım- veya bir sözleşme yapılmış ve uygulanmışsa, bu hükümsüzlük kararının sayılanlar üzerinde etkisi olmuyor. Bunlar hariç diğerlerini geçmişe yönelik olarak tescil anına kadar hükümsüz hale getiriyor. Hükümsüzlüğün neticeleri çok ağır; eğer hükümsüz kılınmış değil de bu marka iptal edilmiş olsa, hükümleri ileriye etkili olacak, bir başka ifade ile, hükümsüzlükten önceki dönemlerde yapılan işlemlerin geçerli olduğu sonucuna ulaşılacak.

Burada şunu diyoruz: Mutlak iptal sebepleri tescil anında var olmayan, nispi veya mutlak ret sebeplerinden birisine bağlı olmayan ve fakat sonradan ortaya çıkan sebeplerdir. Bir markayı ben aldım, usulüne uygun olarak tescil ettirdim. Tamamen benim yarattığım bir marka, fakat hiç kullanmadım veya kullandım; daha sonra 5 yıl süreyle haklı bir sebep olmaksızın kullanmadım. Demek ki, bu bir hükümsüzlük hali değil. İptal ve hükümsüzlük diye ayırdığımız zaman mesele daha kolay anlaşılacaktır. Kanunumuza baktığımız zaman 42. maddenin (a) ve (b) bentleri hükümsüzlük halidir. Hepsine hükümsüzlük denilmiş, ama sonraki 4 bent iptal halleridir. Yani kullanmama sebebiyle hükümsüzlük, markanın yaygın ad hale gelmesi, eşyanın adı hale gelmesi, marka sahibinin kusuruyla hareketleriyle yaygın hale gelmesi, üçüncüsü markanın niteliğinde, kalitesinde üretim yeri veya coğrafi yerinde yanlış anlamalara, halk nezdinde yanlış anlamalara sebep olması, dördüncüsü yine garanti markası ve ortak marka varsa teknik yönetmeliğe aykırı kullanım. Benim bir garanti markam var, teknik yönetmeliğe aykırı hareket etmişsem bu durumda markayı iptal ettirmek imkânı var. Demek ki, KHK'nuna baktığımız zaman hepsi hükümsüzlük denilmesine rağmen gerçekte iki bent hükümsüzlük, dört bent iptal hükmüdür; ancak, bizim KHK'mız bu ayrımı yapmamıştır. Avrupa Birliği Topluluk Markası Tüzüğünde ve Yönergelerde bu husus açıkça belirtilmiştir. Tüzüğün 51. maddesinde iptal sebepleri, 42. maddede kesin hükümsüzlük sebepleri, 53. maddede de nispi hükümsüzlük sebepleri denilmiştir.

Yargıtay kararlarına baktığımız zaman, yani Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararından önceki dönemde iki tane örnek karar görüyoruz. Burada da Yargıtay, 14. maddeyle ilgili iki kararında açıkça bunun iptal hükmü olduğu, bu kararın geriye, makale şamil olmadığı yönünde karar vermiştir. Çünkü geriye etkili olduğu zaman hem sisteme aykırıdır, hem de hakkaniyete aykırı sonuçlar verecektir. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 2009 tarihli bir kararında yerel mahkeme kararını bu şekilde bozmuştur.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi bir kararında aynı ilkeyi benimsediği görülmektedir. Anılan karar uyarınca, söz konusu hallerde kural olarak hükümsüzlük kararı davanın açıldığı tarihe kadar geçmişe etkili kabul edilmelidir denilmiştir. Yargıtay davanın açıldığı tarihe kadar, talep olduğu tarihle sınırlamıştır. Daha geriye, yani tescil anına kadar geriye doğru bunu uygulamamıştır.

Olayımıza baktığımız zaman İstanbul 4. Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi Hâkimi Uğur Çolak iptal talep etmiştir. Markaya tecavüz sebebiyle açılan bir davada karşı dava olarak hükümsüzlük istenmiştir. Bu karar sonradan Yargıtay’ca bozulmuştur, ancak Yargıtay’ın bozma kararından sonra mahkeme Anayasa Mahkemesine başvurarak, bu maddenin 2. maddeye, yani Anayasanın 2. maddesine, 35. maddeye ve 91. maddeye aykırı olduğu iddiasında bulunmuştur. Yerel Mahkeme Hakimi, bu kararın geriye etkili olması halinde kazanılmış haklara, yani mülkiyet hakkına tecavüz olacağı gibi kazanılmış haklara da tecavüz teşkil edecektir. İki tane tescilli marka var: Birincisi, daha önce tescil edilmiş, bir tanesi sonra tescil edilmiş. Eğer önce tescil edilmiş markayı geriye etkili olarak hükümsüz saydığımız zaman sonraki marka ilk marka haline gelecektir. Bu da adaletsizliğe veya kazanılmış haklara aykırı olacak demıştır.

Anayasa Mahkemesinin gerekçesine baktığımızda, 42. maddenin 1. fıkrasının C bendinin 91. maddeye, Anayasanın 91. maddesine aykırı olduğunu söylemiştir. Denilmiştir ki: *“Kişinin hakları ve ödevleri başlıklı 2. bölümde yer alan mülkiyet hakkına ilişkin olarak kanun hükmünde kararnameyle düzenleme yapmak mümkün değildir. Bu da markalarda fikri mülkiyet, yani mülkiyet hukuku hakları kapsamında yer almıştır. O bakımdan mülkiyetin ortadan kaldırılması veya sınırlandırılması ancak ve ancak kanunla olabilir, kanun hükmünde kararnameyle olamaz”*.

Şimdi bu iptal kararının sonuçları nedir? 42. maddenin 1. maddesinin c bendi iptal edilmiştir. Artık mahkemeler kullanmama sebebiyle hükümsüzlük kararı veremeyecek midir? Diğer iptal sebepleri, yani biz ayırım yaptık, kanunda ayırım yok, bu ayırım sebebiyle bir ayırım yapmadığına göre diğer hallerde, hükümsüzlük hallerde markanın hükümsüzlüğü olduğuna göre, markada bir mülkiyet hakkı kabul edildiği için diğer hallerin de Anayasaya aykırı olması lazım. Yani sadece 14. maddeyi cımbızla çekmek mümkün değil, o zaman kanun hükmünde kararnameyle 42. maddeyle hükümsüzlük kararı veremezsiniz. Bu sorunlar şimdi ortaya çıkmıştır. Bunlar nasıl çözümlenecektir? İşte Anayasamız açıkça temel haklar, kişi hakları, siyasi hakların Kanun Hükmünde Kararname ile düzenlenemeyeceğini hükme bağlamıştır. Biliyorsunuz mülkiyet hakkı dediğimiz zaman fikri haklar, yani gayri maddi haklar ve markalarının bir eşya hukuku mülkiyeti olmadığı kabul edilmektedir. Gayri maddi bir haktır, fakat herkese karşı etki yapabilen bir hak olarak kabul edilmektedir. Bunun hukuki niteliği de tartışmalıdır. Ancak, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin bir ek protokolünde bütün devredilebilen ve ekonomik değeri olan hakların mülkiyet hakkı içinde olduğu da kabul edilmiştir. Bu kavram geniş anlaşılmaktadır. Fikri hakları, eşya hukuku anlamında mülkiyet veya eşya hukuku olarak anlamamak gerekir.

42. maddeye bu açıdan baktığımızda, bu iki ayrımı yapmamız gerekir. Yani Anayasa Mahkemesi 42. maddenin C bendini iptal etmiştir, ama 14. maddeyi iptal etmemiştir. 14. maddeye baktığımız zaman 14. maddede iptal edilir hükmü vardır. Yani oradaki kelime 14. maddede iptaldir, hükümsüzlük değildir. Hatta bir kanun tasarısı taslağında 14. maddeyi iptali kaldırmışlar, hükümsüzlük yazmışlardır. 42. madde hiç değişme-

miş, ama 14. maddede iptal hükmünü yanlış olarak bence kaynak kanundaki açık düzenlemeye bakmaksızın yahut görmeksizin onu da hükümsüzlük yapmıştır. Bu hal hükümsüzlük hali değildir. Bunlar tescil anında var olmayan usulüne uygun, kanuna uygun, Markalar Kanunundaki kurallara uygun olarak tescil edilmiştir; ancak, daha sonraki sebeplerle bunların marka olarak korunması öngörülmemiştir. Hiç kullanmıyor, o işareti üzerinde inhisarı olmasın denilmiştir. Teknik yönetmeliğe aykırılık; garanti markasını kullanıyorum; daha sonra teknik yönetmelikteki kaliteyi kaliteyi tutturamadım, tamamen kalitesiz mal çıkarıyorum. Yüzde 100 yün, mesela Woolmark markası var, yüzde 100 yün olması lazım. Eğer içine sentetik karıştırmışsam, artık garanti markasını sizden alıyorlar. Burada gördüğünüz gibi o 6 bendin 2'sinin çok açık hükümsüzlük sebepleri, 4'ü ise iptal sebepleri olduğunu görüyorsunuz. Birisinde başından beri bu sebepler var; diğerinde daha sonra ortaya çıkıyor. Onun için, ilkinde kararın etkisini tescil anına kadar götürmek mümkün; mantıklı, ancak diğerinde Yargıtay'ın da bir kararında söylediği gibi davanın açıldığı tarihe veya hüküm verildiği tarihe indirge-
mek adalet ilkelerine ve marka hukukuna daha uygun olacaktır.

Diğer kanun hükmündeki kararnamelere baktığımız zaman patentlerle ilgili 551 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 131. madde, endüstriyel modellerle ilgili 45. madde ve coğrafi işaretlerle ilgili 23. maddede, 556 sayılı Kanun hükmünde bulunmayan bir hüküm bulunmaktadır. Burada da her üç Kanun Hükmünde Kararnamede de aynı kelimeler vardır. O da aynen şöyledir: Bu nedenle patent veya patent başvurusu hukuki bakımdan bu kanun hükmünde kararnameyle sağlanan koruma hükümsüzlük kapsamında doğmamış sayılır. Bütün bu üç kanun hükmündeki kararnamedeki hükümlerden çıkaracağımız sonuçlar vardır. Markalarda hükümsüzlüğün dışında iptal hallerinde varlığını kabul etmek ve iptal hükmünün dava tarihinden veya karar tarihinden itibaren hüküm ifade edeceğini kabul etmek zarureti vardır. Çünkü diğer üç kanun hükmünde kararnamede bu şekilde bir hüküm yoktur. Bu şekilde, yani Anayasa Mahkemesi kararının 42. maddenin bu markayı kullanmama sebebiyle hükümsüzlük karar vermesi kazanılmış hakları ihlal edecektir. Anayasa Mahkemesi eğer bu gerekçeyle bunu iptal ediyorsa, diğer halleri de iptal etmesi, yani iptal değil, hükümsüzlüğüne karar vermesi veya bir talep halinde bunları da hükümsüz kılması gerekir. Yani bu hali ile Anayasa Mahkemesi kararının doğru olmadığı görüşündeyim. Bir başka ifade ile, Anayasa Mahkemesinin bu kanun hükmünde kararnameye göre verdiği kararın doğru olmadığı görüşündeyim. Çünkü Yargıtay uygulamasında da, kararlarında da bunların iptal edilebileceği belirtiliyor ve uygulama bu şekilde hareket ediyor. Yani Yargıtay bunu bu şekilde yorumluyor. Bu nedenle, geriye etkili olmadığının, yani bu iptal hükmünün olması ve bundaki verilen kararın geriye etkili olmaması gerektiğinin kabulü, halinde o sonraki marka değil, o iptal edilene kadar geçerli bir markadır ve ona bir tecavüz varsa o tecavüz gerçektir. Geriye etkili olma söz konusu değildir. Buna göre de, bu esaslara göre mahkemelerin karar vereceği görüşündeyim. Yani iptal kararının olmasına rağmen, 42/1.C'nin iptal edilmesine rağmen kaynak kanundaki ifadeler 42. maddenin sistematığı 14. maddedeki iptal edilir hükmü göz önünde tutularak, yine 5

yıl süreyle bir markanın haklı sebepler olmaksızın kullanılması hükümsüzlüğe sebep olmaz. Mahkemeler, kararlarında hükümsüzlük kararı değil, iptal, yani şu andaki hale göre de iptal kararları verebilecekleri düşüncesindeyim.

Yapılması gereken nedir? İlk önce biliyorsunuz bu kanun hükmündeki kararnameler 1995'te çıkmıştır. O zaman Avrupa Birliğine girmek istiyorduk ve ortak pazara geçmek için Avrupa Birliğinin bize dayattığı alelacele kanun hükmünde kararnameler çıktı. O zaman bir sebebi vardı. Çünkü bir an evvel gümrük birliğine geçilmesi. Kanun yapma çok önemli bir şey. 1995'ten beri Markalar Kanunu, Patentlerle İlgili Kanun, Endüstriyel Modellerle İlgili Kanun, Coğrafi İşaretlerle İlgili Kanun çıkarılmamıştır. Onun için kanunun bu maddesinde Avrupa Birliği Yönergesi ve Marka Tüzüğü göz önünde tutularak hükümsüzlük ve iptal sebeplerini ayırmak gerekir. Bu şekilde hükümsüz olan haller, hükümsüzlük doğuran hallerin verilen kararların etkisi geriye yürüyecek, iptal olan hükümler ileriye doğru uygulanacaktır. Bu şekilde yorumlarsa, o zaman hem sisteme uygun, hem de adalete uygun bir çözüm olacaktır diye düşünüyorum. Teşekkür ederim.

Prof. Dr. İlhan ULUSAN - Uydunuz, teşekkür ederiz değerli meslektaşım. Şimdi değerli meslektaşımız Yrd. Doç. Dr. Ali Dural konuşacaklar. Lütfen konuyu sen de anons edersen dinleyicilere.

Yrd. Doç. Dr. Ali DURAL - Efendim, bütün katılımcılara, değerli hocalarıma, Sayın Yargıtay üyelerine ve hâkimleri çok selamlıyorum ve buradaki katılımcılara da bu saate kadar burada kaldıkları için teşekkür ediyorum. Benim konum: *“Tanınmış Markaların Farklı Mal ve Hizmetler İçin Tescili”*yle ilgili, yani 556 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 8. maddesinin 4. fıkrası.

Şimdi biliyorsunuz marka hukukunun en temel ilkelerinden bir tanesi bir markanın aynısı veya bir benzerinin aynı veya benzer mallar için tescili talebinin yapılamaması. Aksi takdirde bu kanunumuzda, daha doğrusu kanun hükmünde kararnamede bir mutlak ret sebebi olarak düzenlenmiştir 7. maddede. Bu ilkeyi kanun hükmünde kararnamenin 8. maddesinin 4. fıkrasının ilk cümlesi farklı bir açıdan bize tekrar ediyor. Yani 7. maddedeki düzenlemeyi farklı bir açıdan önümüze koyuyor. Diyor ki: *“Marka tescil edilmiş veya tescil için başvurusu daha önce yapılmış bir markanın aynı ve benzeri olmakla birlikte farklı mallar veya hizmetlerde kullanılabilir.”* Dolayısıyla zaten 7. maddenin mefhumu muhalifinden bir markanın aynısı veya bir benzerinin farklı mallarda kullanılabileceği sonucu çıkıyordu, ama 8. maddenin 4. fıkrası bize bunu tekrar etti. Ancak bunun tabii ki bir istisnası var. O istisnada yine aynı fıkra içinde devam eden cümlede kendini gösteriyor. Nedir bu istisna? Kısaca doktrinde tanınmış bir markanın tanınmış marka olması halinde farklı mal ve hizmetlerde tescil edilebilmesi için birtakım koşulların bulunmaması halini düzenliyor. Madde diyor ki, daha doğrusu düzenleme diyor ki: *“Tescil edilmiş veya tescili için başvurusu yapılmış markanın toplumdaki ulaştığı tanınmışlık düzeyi nedeniyle haksız bir yararın sağlanması, markanın*

itibarına zarar verilmesi, markanın ayırt edici karakterini zedeleyici sonuçlar doğurabileceği durumlarda tescil edilmiş veya tescil için başvurusu daha önce yapılmış bir marka sahibinin itirazı üzerine farklı mal veya hizmetlerde kullanılacak olsa bile sonrakı markanın tescil başvurusu reddedilir.” Bu 8. maddede bir nispi ret sebebi olarak düzenlenir ve doktrinde de bu maddede sayılan, bu düzenlemede sayılan üç hal “*markanın sulandırılması*” adı altında ifade ediliyor ki bu üç hale ve buna ilişkin karar örneklerini, Yargıtay karar örneklerini sunumumun ilerleyen birimlerinde geleceğim. Ancak burada üzerinde durulması gereken çok temel bir problem var, o da şu: Aca-ba toplumda ulaştığı tanınmışlık düzeyi ifadesinden neyi anlamamız lazım? Bir başka deyişle doktrinde daha çok şu şekilde bu problem ortaya konuluyor: Kanun hükmünde kararnamenin 8/4’teki toplumda tanınmışlık düzeyine ulaşan markayla mutlak ret sebeplerine ilişkin 7. maddenin I bendindeki Paris Sözleşmesi 1. mükerrer 6. maddede tanınmış marka aynı marka mıdır, bir başka deyişle aynı kavramlar mıdır? Benim tespit edebildiğim kadarıyla belki abartıyor olabilirim, ama marka hukukunun en tartışmalı konularından bir tanesi bu tanınmış marka meselesidir. Çünkü tanınmış marka üzerinde şu an için doktrinin üzerinde ittifakla kabul ettiği bir tanım yok. Ne var ki zaten kanun hükmünde kararnamede de tanınmış marka için bir tanımlama yapılmamış, bu kavram için bir tanım verilmemiş ve öğreti ve yargı kararlarına verilmiş.

Şimdi ekranda görmüş olduğunuz bu sorunun cevabı doktrinde Paris Sözleşmesinin 1. mükerrer 6. maddesi anlamında tanınmış markadan ne anlaşılması gerektiğine verebilecek cevaba göre değişecektir. Gerçekten Paris Sözleşmesinin 1. mükerrer 6. maddesi size burada okumak istiyorum, şu şekilde karşımıza çıkıyor: “*Birlik ülkeleri tescilin talep edildiği ülkenin yetkili makamları tarafından söz konusu ülkede bu anlaşmadan yararlanacağı kabul olunan bir şahsa ait olduğu, aynı veya benzeri ürünlerde kullanıldığı -burası önemli- herkesçe bilindiği mütalaa edilen bir markanın karışıklığa meydan verebilecek surette örneğini, taklidini veya tercümesini yapan bir fabrika veya ticaret markasının tescilini ülke mevzuatı müsait olduğu takdirde doğrudan doğruya gerekse ilgilinin isteği üzerine ret veya hükümsüz kılmayı taahhüt eder.”* Gördüğünüz gibi Paris Sözleşmesinin 1. mükerrer 6. maddesinde aynı mal veya markanın aynı mal veya ürünlerde kullanıldığının herkesçe bilinmesi kavramı var. Dolayısıyla bu doktrinde herkesçe bilinen marka veya herkes tarafından bilindiği mütalaa edilen marka veya umumen tanınan marka gibi çok çeşitli kavramlarla ifade ediliyor.

Şimdi doktrinin bir bölümü bu markanın tanınmış sayılabilmesi için markanın hitap ettiği müşteri kitlesi veya çevresi tarafından tanınıyor olmasını yeterli görür. Sayın Hocam Hamdi Yasaman da bu görüştedir. Aramızda bulunan değerli hâkim Uğur Çolak da bu görüştedir. Tabii ki bu görüşün ciddi bir temeli var, nedir bu temel? Yine Türkiye’nin taraf olduğu TRIPS Anlaşması. TRIPS Anlaşmasının 16. maddesinin 2. fıkrası, onun da hikayesi çok ilginç: Resmi tercümesi şu şekilde, hemen söylüyorum: “*Paris Sözleşmesinin 6. mükerrer maddesi gerekli değişiklikler yapılmış olarak hizmetlere de uygulanacaktır. Üyeler bir markanın tanınmış olup olmadığını tespit ederken markanın promosyonu sonucunda kazanılan herkesçe bilinme durumunu dikka-*

te alacaklardır.” Şimdi bu Resmi Gazetede yayınlanan anlaşmanın Türkçeye çevirisi, dolayısıyla kanunlaşan çeviri bu, ancak gerek Fransızca metni, gerek İngilizce metni böyle değil. Orada “*ilgili toplum kesimi tarafından bilinen*” ibaresi var. TRIPS Anlaşmasının 16. maddesinin 2. fıkrasının orijinali budur. Dolayısıyla çok uzatmayacağım, bu görüş bu düzenlemeden de yola çıkarak tabii ki burada parantez içinde şunu söyleyeyim, şu tartışmalara hiç girmiyorum: Acaba orijinal metin mi dikkate alınacak, yoksa Resmi Gazetede yayınlanan ve kanunlaşan anlaşma metni mi dikkate alınacak? Bu tamamen Anayasa hukuku ve belki de devletler umumi hukuk meselesidir. O konuya hiç girmiyorum. Dolayısıyla bu görüş Paris Sözleşmesinin 1. mükerrer 6. maddesinde tanınmış markayı, daha doğrusu bir markanın tanınmış olabilmesi için ilgili kesim, markanın hitap ettiği müşteri kitlesi tarafından bilinmesini yeterli görüyor. İkinci bir görüşse şunu söylüyor: Hayır, tanınmış markadan bahsedebilmek için sadece müşterinin, daha doğrusu markanın hitap ettiği müşteri çevresi tarafından bilinebilmesi yeterli değildir. Bunu aşan, yani markanın çevresi dışına çıkan, markanın müşterisi olmayanlar tarafından da markanın tanınmış olması olarak kabul eder. Mesela, Aslan Kaya Hocamız bu görüştedir. Tam kitabında bir görüş belirtmese bile aksi bir açıklamada bulunmadığı için Tekinalp Hocanın da bu görüşte olduğu söylenebilir. Ben de bir makedemde bu görüşte olduğumu söylemişim.

Şimdi dolayısıyla Paris Sözleşmesinin 1. mükerrer 6. maddesi anlamında tanınmış markaya doktrinde çok temel olarak iki tane farklı anlam veriliyor. Şimdi sorumuza geri dönecek olursak, acaba bu 8/4’teki toplumda tanınmışlık düzeyine ulaşan markayla Paris Sözleşmesinin 1. mükerrer 6. maddesindeki tanınmış marka aynı mıdır? Şimdi burada da görüşler yine farklılaşıyor. Bir markanın tanınmış olması için ilgili çevrede bilinmesinin, müşteri çevresinde bilinmesini yeterli gören görüşe göre bu kavram tanınmış marka kavramından herhangi bir farkı yok. Dolayısıyla evet, bir markanın sadece müşteri çevresi tarafından bilinmesi halinde dahi bu 8/4 anlamında toplumda tanınmışlık düzeyine ulaşan markadır. Yine aynı görüşü savunan yazarlar tarafından şöyle de bir ayırım yapılıyor: Evet, aslında tek bir tanınmış marka vardır. Nedir o? İlgili müşteri çevresi tarafından bilinen marka. 8/4’te sadece tanınmışlık düzeyinin daha yüksek olmasına yollama yapılmıştır, dolayısıyla 8/4’teki toplumda tanınmışlık düzeyine ulaşan marka yine bir tanınmış markadır, dolayısıyla tek bir tanınmış marka var demiştik. Ancak bu sefer maddenin uygulanabilmesi için ilgili müşteri çevresinin dışında da tanınıyor olması gerekir görüşüdür. Bir diğer görüş ise hayır, tanınmış marka ayrı bir kavramdır. 8/4’teki toplumda tanınmışlık düzeyine ulaşan marka ayrı kavramlardır. Mesela, Tekinalp Hocanın görüşüdür bu, Tekinalp Hoca diyor ki: “*Bir markanın tanınmışlık düzeyi düşük, ama toplumda tanınmışlık düzeyine ulaşan bir marka olması mümkündür.*” Buna örnek olarak da şunu söylüyor: Mesela, Coca Cola veya Pepsi Cola bütün dünyada veya ilgili yurtiçinin tamamında tanınırken Ferah Cola toplumun belli bir bölümünde tanınmışlık düzeyine ulaşmıştır. Dolayısıyla markanın sadece belli bir bölgede tanınmasını dahi 8/4’ün kapsamı içine sokuyor. Son olarak da bir diğer görüşte yine markanın ilgili müşteri çevresi tarafından tanınmasını savunan

görüşle paralel olarak evet, bir tane tanınmış marka vardır diyor. Paris Sözleşmesinin 1. mükerrer 6. maddesindeki markayla 8/4'teki marka aynıdır. Çünkü her ikisinde de herkesçe bilinme kavramı vardır. Yani müşteri kitlesinin dışına çıkılması kriteri her iki maddede de düzenleniyor. Peki, Yargıtay ne diyor? Gördüğümüz gibi çok karmaşık bir görüşler silsilesiyle karşı karşıyayız. Dolayısıyla tanınmış marka üzerinde henüz daha tam bir görüş birliğine varılabilmemiş değil.

Peki, Yargıtay ne diyor? Yargıtay 2003'e kadarki kararlarında tanınmış markadan bahsedebilmek için Paris Sözleşmesindeki lafzı dikkate alarak, herkes tarafından tanınma kriterini arıyor. Ancak 2003'ten sonra ilgili çevrede tanınmayı tanınmışlık statüsüne ulaşmak için yeterli saydı. Hatta bunun için Yargıtayın kullandığı bazı kalıplar var. Birkaç kararda onu görüyoruz. Şu şekilde bir kalıp kullanıyordu kararlarında: *"Türkiye ve yabancı ülkede yazılı ve görsel tanıtım araçlarıyla gerçekleştirilen kuvvetli ve yaygın tanıtımla reklam ve haberlerde davacı teşebbüsüne sıkı sıkıya bağlı olan ürünlerinin taşıdığı garanti ve kaliteyle bilinen müşteri, akraba, dost ve düşman ayrımı yapılmaksızın coğrafi sınır, kültür ve yaş farkı gözetilmeksizin aynı çevrede tanınan refleks halinde hemen hatırlanan ve Paris Sözleşmesi 1. mükerrer 6. maddesinde tanımlandığı gibi tanınmış marka oldukları"* şeklinde gidiyordu. Şimdi burada *"aynı çevrede"* lafını duyduk, değil mi? Aynı kalıbı Yargıtay 2010 yılında vermiş olduğu bir kararda alıyor, tek bir değişiklikte tekrar edecek olursak şu şekilde kalıbı kararına geçiriyor: *"Yazılı ve görsel tanıtım araçlarıyla gerçekleştirilen kuvvetli ve yaygın tanıtımla reklam ve haberlerle davacı teşebbüsüne sıkı sıkıya bağlı olan ürünlerin taşıdığı garanti ve kaliteyle bilinen müşteri, akraba, dost ve düşman ayrımı yapılmaksızın coğrafi sınır, kültür ve yaş farkı gözetilmeksizin -dikkat- tüm insanlar tarafından refleks halinde hemen hatırlanan ve Paris Sözleşmesi 1. mükerrer 6. maddesinde tanımlandığı gibi tanınmış marka oldukları."* Dikkat ederseniz kalıpta *"aynı çevrede"* lafı yerine *"tüm insanlar tarafından"* lafı geçiyor. Şimdi acaba Yargıtayın görüş değiştirdiğini söyleyebilir miyiz? Tek karara özgü müdür? Bunu belki soru-cevap bölümünde Sayın Yargıtay Üyemiz açıklayabilir. Bu kararlar sanki Yargıtayın 2010 senesinde tanınmış markaya ilişkin görüşünü aynı çevre dışında çıkıp, aynı çevreyle sınırlandırmaktan çıkıp, müşteri kitlesi dışında da tanınmışlık olarak kabul ettiği belki söylenebilecektir. Tabii ki bundan sonraki içtihatlarında da bir istikrar sağlanması açısından da bakmak gerekecek, ama şunu söylemek de mümkün: Yine Yargıtay kararlarında tanınmış markaya konu olan kararların çok büyük bir çoğunluğunda genellikle şu kalıbın da kullanıldığını görüyoruz: Kanun hükmünde kararnameyi 7/I ve 8/4 anlamında tanınmış marka, her iki maddeyi de birlikte kullanıyor veya tanınmış veya tanınmışlık düzeyine ulaşmış marka kavramını yine hiç iki madde arasında bir ayırım yapmaksızın birlikte kullandığını görüyoruz. Belki buradan da Yargıtayın 8/4'teki toplumda tanınmışlık düzeyinde oluşan markayı Paris Sözleşmesinin 1 mükerrer 6. maddesi anlamındaki tanınmış marka arasında bir fark görmediği sonucu çıkarılabilir.

Gördüğümüz gibi bu karmaşık düzenleme sonucunda doktrinde Aslan Kaya Hoca bu düzenlemeyi, tanınmış markalara ilişkin bu düzenlemeyi eleştirmekte ve bunun bir ka-

nun değişikliğiyle mutlaka değiştirilmesi gerektiğini, tanınmış markanın korunmasının nispi ret sebepleri tarafından yapılması, yani nispi ret sebebi olarak düzenlenmesi gerektiğini, mutlak ve nispi olarak ikili bir ayrıma gidilmesinin bu takım sakıncaları doğurduğunu, hatta eğer -mantiken bana da çok doğru, yanlış gelmiyor açıkçası- illa ki bir mutlak ret sebebi yaratılmak isteniyorsa tanınmış marka açısından, herkesçe tanınan markalar açısından mutlak ret sebebi yaratılması gerektiği görüşünde. Dolayısıyla belki demin Hocam da söyledi, 556 sayılı Kanun Hükmünde Kararname çok aceleyle geldi. Avrupa Birliği düzenlemesi istedi diye, dolayısıyla bu tanınmış markaya ilişkin bu düzenlemeler de çok sağlıklı değil, üzerinden yıllar geçti, hâlâ bir görüş birliğine varılabilmiş değil.

Peki, tabii ki acaba bir markanın tanınmış marka olarak tespit edilebilmesi nasıl mümkün olacak? Bunun için gerek WIPO tarafından değişik kriterler düzenleniyor, gerek TPE tarafından da çeşitli kriterler veya yöntemler belirlenmiş. Ancak Yargıtayın uyguladığı, en sık uyguladığı, en yaygın olarak uyguladığı kriterlerden bir tanesi birçok ülkede tescil edilmiş olması. Yargıtay kararlarına baktığımız zaman birçok ülkede tescil edilen markaların tanınmış marka statüsüne ulaşacağını söylüyor. Halbuki tanınmışlık eğer toplumda ister müşteri kitlesi olsun, ister hangi görüşte olursanız olun, toplumda tanınmışlıksa, bunun bir kamuoyu yoklaması veya ciddi uzmanlar tarafından araştırılarak düzenlenmesi lazım. Birden fazla ülkede tescil kötü bir kriter mi? Kesinlikle değil. Ancak bunun tek başına alınmasını ben yanlış olduğunu bir makalede eleştirmiştim. Çünkü bugün uluslararası tescil, markanızı uluslararası alanda tescil ettirmek çok kolay. Gidersiniz bir uluslararası patent ofisine, sadece oraya başvuruyla bir anda 15-20 ülkede daha malınızı kullanmadan markanızı tescil ettirebilirsiniz. Eskiden daha da pahalıydı. Tabii ki yine bir maliyeti var, ama eskisi kadar da bir maliyet şeyi değil. Dolayısıyla birden fazla ülkede tescil olma kriterinin bence diğer kriterlerle birlikte değerlendirilmesi gerekir.

Şimdi acaba bir markanın farklı mal ve hizmetlerde kullanılabilmesinin şartları, daha doğrusu bir tanınmış markanın farklı mal ve hizmetlerde kullanılmasının şartları nelerdir? Hemen söyleyelim, Markalar Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 8/4 maddesi uyarınca markanın Türkiye’de tescil veya tescil için başvurusu yapılmış bir marka olması lazım. Dikkat, mutlak ret sebebi sayılan Paris Sözleşmesi 1. mükerrer 6. maddesi anlamındaki tanınmış markada burada farklı bir düzenleme getiriyoruz. O da nedir? Mutlak ret sebebi olarak tanınmış markanın Türkiye’de tescilli olması gerekmiyor. Paris Sözleşmesine üye ülkelerden bir tanesi de tanınmış olması yeterli. Ancak eğer farklı mal ve hizmetlerde tescili engellemek istiyorsak, tabii ki buradaki şartlar dahilinde bunun Türkiye’de tescil edilmesi veya tescil için başvurusunun yapılması lazım. WIPO’nun yayınladığı ortak tavsiye kararında bir markanın tanınmış sayılabilmesi için koruma istenilen ülkede tescil ve kullanma zorunluluğu bulunmaması yönünde bir tavsiye kararı var. Bunu da belirtmek gerekir.

Şimdi çok uzatmayacağım, uzatmamaya çalışacağım. Maddede sayılan sulandırma halleri denilen haksız yararlanma markanın itibarının zedelenmesi ve tescil için baş-

vurusu yapılmış markanın ayırt edici karakterinin zedelenmesi, bunlar sulandırma olarak adlandırılıyor. Bunların somut olayda hepsinin bir arada bulunması gerekmiyor, bir veya birkaçının bulunması yeterli. Yargıtayın bazı kararlarında, daha doğrusu son dönem kararları hariç 2008'e kadarki yanılmıyorsa veya 2006'ya kadar tanınmış bir marka varsa bu hallerin hepsinin varlığı otomatik olarak kabul ediliyordu. Bir ön kabul olarak değerlendiriliyordu. Eğer bir marka tanınmışsa, bu markadan haksız yararlanılacağı, markanın itibarının zedeleneyeceği, tescil için başvurusu yapılmış markanın ayırt edici karakterini zedeleyeceği kabul ediliyordu. Gerçekten somut olayda bunların var olup olmadığı belirlenmeli. Yine ben bunu eleştirmiştim, bunun bir ön kabul olarak düzenlenmemesi gerektiğini, kabul edilmemesi gerektiğini, dolayısıyla her somut olayda bunlardan bir veya birkaçının var olup olmadığının irdelenmesi gerektiğini belirtmiştim. Nitekim Yargıtay da son dönem verdiği kararlarında baştaki önceki kararlarındaki bu ön kabulden vazgeçerek, her somut olayda bu sulandırma hallerinden bir veya birkaçının var olup olmadığının araştırılmasını istiyor. Daha doğrusu arıyor.

Peki, bunlar neler? Çok kısa olarak bahsedecek olursak bunlardan bir tanesi haksız yararlanma. Markanın ulaştığı tanınmışlıktan faydalanmak suretiyle herhangi bir emek harcamadan reklam ve tanıtım faaliyetinde bulunmadan markanın ulaştığı bulmuş olduğu çekim gücünden faydalanma, yani markaya yapışma, asalak gibi, bir parazit gibi yapışma, hiçbir şekilde çaba harcamadan o tanınmışlık düzeyinden faydalanma. Yalnız buradaki faydalanmanın ya da yararlanmanın haksız olması lazım. ATAD kararlarında da olduğu gibi eğer o markanın kullanılmasını, farklı mal veya hizmetlerde kullanılması haklı bir nedene dayanıyorsa, marka, tanınmış marka o mal ve hizmetler için tescil edilebilecektir. Yargıtayın buna ilişkin vermiş olduğu çok karar var. Bunlardan bir tanesi mesela, derby ve derby tek markalarına ilişkin vermiş olduğu karar. Şimdi kararı okumaya başladığımda şöyle söyleyeyim, Derby bildiğiniz gibi bir tanınmış marka, yani öyle olduğu kabul ediliyor. Derby tek'in üreticisi çim makinesi, testere, zımpara gibi zirai araçlar üreten bir firma, ben esprili olarak düşündüm, sonuçta sakalları da biçiyoruz. Çim biçme acaba bir yararlanma mı var diye düşündüm. Yargıtay müşteri kitlesinin tamamen farklı olduğundan bir yararlanmanın söz konusu olamayacağı yönünde içtihatla bulunmuş veya next next star markasının bir giyim ürünü olarak tescil edilmesi halinde giyim sektöründe kullanılacak eşyalarda tescil edilmesi halinde hiç kimsenin elbiseyi alırken bir decoder veya anten markasını düşünerek, tercihinden vazgeçmeyeceğini gerekçe olarak göstererek -ki ben de buna katılıyorum- burada bir haksız yararlanmanın olmadığı yönünde karar vermiş. Markanın itibarının zedelenmesi durumundaysa, markanın, yani farklı mal ve hizmetlerde kullanılmak için başvuru markanın kullanılacağı ürünlerin tanınmış markanın imajını zedelemesi lazım. Hatat kararlarında buna çok güzel örnekler var. Örneğin, bir parfümün fare zehri, tanınmış bir parfüm markasının fare zehri markası olarak kullanılması veya çok tanınmış bir markanın pornografik ürünlerde veya tütün ürünlerinde kullanılması gibi markanın imajının tüketiciler gözünde zedeleyici şekilde kullanım bu kapsama girebilecektir.

Son olarak da şunu düzenliyor: Sulandırma hallerinden olarak kanun hükmünde kararname ayırt edici karakterinin zedelenmesi, markanın ayırt edici karakterinin zedelenmesi. Takdir edilecektir ki bir marka, tanınmış marka farklı bir üründe kullanıldığı andan itibaren bir ayırt edici niteliğinde bir ayrışma söz konusu olabilecektir. Buna doktrin bulanma diyor. Marka sıradanlaşacaktır. Kaldı ki buradaki kullanım bana göre, yani markanın ayırt edici karakterinin zedelenmesi bir tanınmış markanın ne kadar çok farklı mal ve ürünlerde kullanıldığıyla alakalıdır. Yabancı doktrinde Rolls Royce buna bir örnek olarak veriliyor. Rolls Royce restoranlarının, Rolls Royce pantolonlarının veya giyim eşyaları ne kadar fazla olursa 10 sene boyunca Rolls Royce markasının tamamen sıradan bir marka olacağı örnek olarak veriliyor. Dolayısıyla tartışılabilir. Bir markaya eğer tanınmış markaya farklı mal ve hizmetlerde tescil imkânı veriyorsak otomatikman burada zedeleme söz konusu olacaktır.

Son olarak da şunu söyleyeyim: Doktrinde pek dikkatimi çekmedi, belki benim hatımdır, belki ben gözümden kaçırmışımdır. Son olarak şunu belirteyim: 8/4'te çok ilginç bir düzenleme var. Haksız yararlanma ve marka itibarının zedelenmesi için tescil veya tescil başvurusu aranırken ayırt edici nitelik için sadece tescil başvurusu aranıyor, tescil edilmiş olma şartı aranmıyor. Bunun üzerinde bu düzenlemenin bilinçli olup olmadığı konusunda kuşkularım var. Dolayısıyla bunun da belki burada dile getirilerek, bir tartışmaya açılmasında fayda olacağını düşünüyorum. Sabırlarımız için çok teşekkür ediyorum.

Levent YAVUZ - Bir farkı da ben ekleyeyim: Nispi ret nedenleri kapsamında toplumda tanınmış markanın bir başvuruya farklı sınıflarda dahi olsa engel olabilmesi için (556 Sayılı KHK mad.8/4) markanın Türkiye'de tescilli olması, en azından tescil başvurusunun yapılması koşulu var. Paris Sözleşmesi anlamında tanınmış marka için ise (556 Sayılı KHK 7/1-i) Türkiye'de tescil şartı ve hatta kullanım şartı mevcut değil. Tanınmış marka konusunda gerçekten çok güzel makaleler, kitaplar yazan üstatlarımız var şu andaamızda belki onlar da katkıda bulunurlar zaman kalırsa. Ben şimdi hızlı bir şekilde kendi sunuşuma geçeyim.

Prof. Dr. İlhan ULUSAN - Çok teşekkür ederiz. Şimdi değerli arkadaşımız Levent Yavuz Bey biliyorsunuz kendisi Yargıtay 11. Hukuk Dairesi üyesi, marka hukukuyla ilgili çeşitli Yargıtay kararlarını ele alacak, değerlendirecek. Buyursunlar Levent Bey.

Prof. Dr. Hamdi YASAMAN - Ben dururken bir şey söyleyeyim. Ali dedi ki: "Bu konuda hocamla aynı fikirdeyim." Tabii biz aynı kürsüdeydik Ali'yle Galatasaray Üniversitesinde, benim asistanımdı, şimdi doçent tabii. Tabii bizim kürsüde de demokrasi vardı. Onun için benim sözüm dediğim dedikti. Onun için mecburen bizim şeyimize, fikrimize katılmış o zaman.

Levent YAVUZ - Herkese tekrar merhaba. Sunuşum İngilizce değil, yanlış anlamayın, sadece power point slaytlar yurtdışı bir sunum için hazırlanmıştı. Devamında da göreceksiniz sunumumu Türkçe İngilizce birlikte harmanlamaya çalıştım. Tümünü Türkçeleştirmeye fırsatım olmadı, onun için özür diliyor, hoşgörünüze sığıyorum.

Ama öncelikle Yasaman Hocamın bahsettiği Anayasa Mahkemesinin iptal kararıyla ilgili bir soru vardı: Peki, bundan sonra kullanmama nedeniyle hükümsüzlük kararı verilemeyecek mi? Anayasa Mahkemesi 42/1-(c) bendindeki kullanmama nedeniyle hükümsüzlük halini başka bir gerekçeyle de olsa iptal etti ve eldeki davalara da uygulanması gerekir. Çünkü o madde artık yok hükmünde ve iptal kararıyla beraber derdest davalara da uygulanması gerekiyor. Bu durumda ne yapacağız? Bununla ilgili olarak kendi görüşünü zaten açıkladı Hocam. Önce şunu belirteyim: 2005 yılından beri 11. Hukuk Dairesinde çalışıyorum, çalıştığım bu süre içerisinde biz zaten hükümsüzlük hallerinin sayıldığı 42. maddenin 1/(a) ve (b) bentleri dışında kalan ve kullanmama nedeniyle hükümsüzlük de dahil olmak üzere takip eden bentlerdeki düzenlemenin marka tescilinden sonra ortaya çıkan birer iptal nedenleri olduğunu, bunların diğerleri gibi geçmişe etkili hüküm doğurmayıp, dava tarihinden ileriye doğru etkili hüküm doğurduğunu kararlarımızda belirtiyorduk. Bu konu açılır diye bazı örnekler getirmiştik (11. HD. 25.09.2009 tarih ve 11. HD. 2244/6321, 04.12.2009 tarih ve 11093/12455 sayılı kararlar). Orada da açıkça iptal halinin düzenlendiğini, iptal kararının 44. maddedeki geçmişe etkisinden söz edilemeyeceğini belirttik.

Yine hocam Dairenin kararlarının gerekçesiz olduğundan söz etmişti. Yasaman Hocam sunuşunda bizim 2013/3805 K sayılı kararımızdan bir pasaj almış. O kararımızda hocamızın kitabından da alıntı vardı (11. HD. 01.03.2013 tarih 1496/3805 sayılı karar). Anılan kararda, 14. maddenin neden geçmişe etkili olmayacağı, bununla ilgili olarak karşılaştırmalı hukukta ve yine Avrupa Topluluğu Marka Tüzüğündeki hükümlerle birlikte yorumlanması gerektiği hususları uzun uzun yazılmıştır. Bu karar tarafımdan kaleme alındı ve toplam 4 sayfalık bir karardır. Bu kararın arkasında tekrar tekrar sil-boz, yap-boz şeklinde herhalde 15-20 günlük emek vardır. Biz kararlarımızda elimizden geldiğince ilkeleri açıklamaya, gerekçelendirmeye ve uygulamadaki farklılıkları ortadan kaldırmaya, belirsiz noktaları ayıklamaya çalışıyoruz, yeter ki uygulamada birlik olsun. Bu 2013/3805 sayılı kararda hatta biraz daha ileri giderek AB Marka Tüzüğü'nün 50. maddesinin 2. fıkrasındaki iptal nedenlerinin gerçekleşmesi halinde tarafların hukuki yararı bulunduğu takdirde hükümsüzlük (iptal) kararının ileri etkili olması kuralının biraz daha geriye çekilebileceğini kabul ettik. Çünkü, siz marka hakkına tecavüz nedeniyle birisi hakkında cezai takibat şikâyetinde bulunuyorsunuz. Bu kişi hakkında markanızın tescilli olduğu tarihte açılmış derdest bir ceza davası oluşuyor. Bu kişi kendisi aleyhine açılan ceza davasından sonraki bir tarihte ceza takibinin dayanağı olan tescilli markanın kullanılmaması nedenine dayalı hükümsüzlük davası açtığında ve dava da kabul edildiğinde; kural olarak hükümsüzlük (iptal) kararı ileriye doğru etki doğuracaktır, ama eğer markanın 5 yıl boyunca kesintisiz kullanılmama

olgusu cezadaki şikayet tarihinden çok daha önceki bir tarihte gerçekleşmişse, bu takdirde hükümsüzlük kararının etkisinin söz konusu kişi aleyhine açılan ceza davasındaki suç tarihine kadar geriye çekilmesi suretiyle ceza tehdidinden kurtulmasında da hukuki yararı vardır. Kullanmama nedeni nedeniyle hükümsüzlüğün o ölçüde de kısmen de olsa geçmişe etkili olabileceğini bu kararda uzun uzun irdelemiştik.

İhtisas Mahkemesinin Anayasa Mahkemesine yaptığı iptal başvurusuna da konu edilen Dairemiz kararına gelince, ben de o kararı çıkartıp baktım hakikaten birazcık ayıkla pirincin taşını bir karar olmuş. Mahkeme bu kararımıza karşı dirensydi kişisel görüşüme göre mahkemenin direnmesi doğru, iptal kararı geriye etkili gitmez derdik. Anayasa Mahkemesi bu hükmü iptal edince başka bir hukuki durum ortaya çıktı. Bununla ilgili olarak 42/1-(c) bendinin iptalinden önce verilmiş olan hükümsüzlük kararları 2014 adli tatilden döner dönmez hemen önümüze karar düzeltme yoluyla veya temyiz yoluyla bol miktarda geldi. Biz bu hususta şunu kabul etmekteyiz, Anayasa Mahkemesi 42/1-(c) bendinde düzenlenen kullanmama nedeniyle hükümsüzlük kurulumu mülkiyet hakkı gibi temel hakların KHK ile düzenlenemeyeceği gerekçesiyle iptal etmiştir, ama öte yandan Marka Kararnamesinin 14. maddesindeki tescilden itibaren 5 yıl süreyle kullanılmayan markanın iptal edileceğine ilişkin hükmü müeyyidesi de gösterilmek suretiyle yürürlüktedir, Anayasa Mahkemesi 42/1-(c) bendinin içerisinde atıf olduğu halde 14. madde de bununla bağlantılıdır ve mülkiyet hakkının özüne dokunan bir kuraldır diye bir gerekçe görmedi ve 14 maddeyi de iptal etmedi. Bu nedenle 42/1-(c) bendine göre hükümsüzlüğüne karar verilmiş dosyalar önümüze geldiğinde şayet hükümsüzlük kararı doğru ise onama kararımıza “Anayasa Mahkemesi kararıyla 42/1-(c) bendinin iptaline karar verildiğinden mahkemenin hükümsüzlüğe ilişkin kararının aynı KHK’nın 14. maddesi uyarınca uyuşmazlık konusu markanın iptali ve sicilinden terkinde şeklinde anlaşılacak olmasına göre” şeklinde bir gerekçelemede ve markanın kullanmama nedeniyle iptaline dair 14. madde hükmünü uygulamaktayız. 42. maddedeki sözkonusu (c) bendinin iptali belki hükümsüzlükle ilgili bir madde içerisinde iptalle ilgili bir bendin ne alakası var tartışmasını ortadan kaldırdı. Fakat uygulamamız 14. maddeye dayalı markanın iptali şeklinde devam ettiğinden 42/1-(c) bendi iptal edilerek yürürlükten kalkmıştır, dolayısıyla da artık kullanmama nedeniyle iptal kararı verilemez demiyoruz. Onu bir belirteyim dedim, kusura bakmayın, bu da yeni bir karar çünkü, (11. HD. 09.09.2014 tarih, 2014/8140 esas, 2014/13416 karar sayılı kararı).

Tanınmış markalarla ilgili olarak bir kararı da hocam yakalamış. Paris Sözleşmesine göre tanınmış markalarda TRIPS’teki hükme uygun olarak ilgili sektör tarafından bilinme koşulunu hiç değiştirmedik. İş yoğunluğu içerisinde karar yazımında yapılan birtakım hataları düzeltmeye çalışıyoruz, ama bazen gözden kaçabiliyor. Çok basit gibi görünen bir hata da temel bir ilke hatası olarak karşımıza çıkıyor.

Yine, en azından 2005’ten itibaren olan Daire kararlarında bir markanın tanınmış marka olup olmadığının kriterlerini dikkate alırken yurtdışında yapılmış tesciller de

elbette ki bu kriterlerden bir tanesi, ama bağlayıcı olmamakla beraber WIPO tavsiye kararlarında açıklanan ölçütlerinde mahkemelerce dikkate alınması gerektiğini kararlarımızda yazıyoruz. Dediğim gibi bunlar biliyorsunuz ciro, tanıtım, promosyon, şu bu bir sürü unsurlar var. Onları sayıp şimdi vakit harcamak istemiyorum. Bir farkı da ben ekleyeyim: Nispi ret nedenleri kapsamında toplumda tanınmış markanın bir başvuru ya farklı sınıflarda dahi olsa engel olabilmesi için (556 Sayılı KHK mad.8/4) markanın Türkiye’de tescilli olması, en azından tescil başvurusunun yapılması koşulu var. Paris Sözleşmesi anlamında tanınmış marka için ise (556 Sayılı KHK 7/1-i) Türkiye’de tescil şartı ve hatta kullanım şartı mevcut değil. Ancak, tanınmış markanın Paris Sözleşmesine üye olan menşe ülkede tescilli olması koşulu var. Örneğin tanınmış bir Alman markasıysa Türkiye’de tescili gerekmez, ama Paris Sözleşmesine üye menşe ülkede tescilli olması koşulu var. Tanınmış marka konusunda gerçekten çok güzel makaleler, kitaplar yazan üstatlarım var şu anda aramızda belki onlar da katkıda bulunurlar zaman kalırsa. Ben şimdi hızlı bir şekilde kendi sunuşuma geçeyim.

Ben sunuşumda marka hukukuna ilişkin olarak ihtisas mahkemeleriyle Yargıtay kararlarında sıkça bahsedilen ilke ve birtakım istisnalardan bahsetmek istiyorum. Bunlardan bahsederken de amacım Yargıtay kararını kelimesi kelimesine sizlere aktarmak değil de, karar analizi yapmak olduğu için anlattıklarım kararlarda mevcut metinle Haksız rekabetle ilgili konuya gelince, haksız rekabet o kadar çok çeşitli şekillerde ortaya çıkıyor ki emsal veya ilke olarak bir karara hasretmek doğru değil. Benim bahsettiğim haksız rekabet kararı modüler prizmatik su depolarıyla ilgiliydi (11.HD 21.03.2008T. 2008/1816 E. 2008/3687 K.).

Bunlardan bahsederken de amacım Yargıtay kararını kelimesi kelimesine sizlere aktarmak değil de, karar analizi yapmak olduğu için anlattıklarım kararlarda mevcut metinle uyuşmayabilir. Bu ilkelerden ilki “marka tescilinde öncelik ve teklik ilkesi” olarak yerleşmiş bir şekilde devam etmektedir. Bu husus 2007 tarihli Yargıtay kararında da ifade edilmektedir (11. HD. 05.02.2007 tarih 14600/1303 sayılı karar). Bu karar da ve aynı tarihli bir Hukuk Genel Kurulu kararında bu ilke özetle şöyle açıklanmaktadır; Türk marka hukukunda tescil sisteminde tescilde öncelik ve teklik ilkesi geçerlidir. Bu ilke tescilli bir markanın varlığı halinde aynı veya benzer bir işaretin başkası adına da mükerrer, yani ikinci kez tesciline izin vermez. Marka tescilinde teklik ve öncelik ilkesi Marka Kararnamesinden kaynaklanmakta ve kamu düzeniyle doğrudan ilgilidir. Yasa koyucu bu yolla piyasada aynı veya benzer mal ve hizmetler için mükerrer markanın varlığını yasaklayarak nihai alıcı olan tüketicilerin iltibas suretiyle mal ve hizmetleri karıştırmasını ve yanıltılmalarını önleyip, tüketicinin, marka sahipleriyle birlikte tüketicinin de korunmasını amaçlamıştır denilmektedir. Ancak, bazı özel durumlarda bu temel ilkenin bir istisnası olup olamayacağı, yani aynı ya da benzer markaların farklı kişiler adına da tescilinin mümkün olup olamayacağı tartışılmış ve Yargıtay tarafından son derece sınırlı bazı haller ve sıkı koşullarla geçerli olmak kaydıyla “seri marka kararı” tescilde öncelikle teklik ilkesinin bir istisnası olarak be-

nimsenmek suretiyle şu anda uygulamada yerleşik olarak uygulanan bir içtihat haline getirilmiştir.

Şimdi bu karara konu somut uyuşmazlığı ve bu kararda Yargıtayca dikkate alınan ve karara dayanak olan marka hukuku ve genel hukuk ilkeleriyle birlikte açıklamaya çalışacağım. Yargıtayın seri marka kararına konu(11. HD. 19.09.2008 tarih ve 7547/10251 sayılı karar) olay şu şekildedir: Davacının şekerleme ürünü için 1989 yılında tescil ettirdiği “Ece” markası mevcuttur. Davalının da aynı şekerleme ürünü için 1994 yılında tescil ettirdiği için “ece + taç şekli”nden oluşan slaytta da gördüğümüz markası mevcuttur. Her iki taraf da bu markayı tescil ettirdikleri şekliyle kullanmaktalar. Daha sonra davalımız 1994 yılında tescil ettirdiği ece + taç şekli” markasına ek olarak 2000 yılında “ece+taç şekli + Ecelady” ve “ece+taç şekli +Ecetoff” olarak bahsedeceğim iki marka daha tescil ettirmiştir. 1989’da “Ece” markasını tescil ettiren davacımız davalının en son tescil ettirdiği kısaca “Ecelady” ve “Ecetoff” olarak bahsedeceğim 2000 yılında tescil edilen markaların hükümsüzlüğü için 2004 yılında ihtisas mahkememizde hükümsüzlük davasını açmıştır. Bu davada, kendisinin Ece asıl unsurlu 1989 tarihli markasından kaynaklanan öncelik ve üstün hakkına dayalı olarak 556 sayılı KHK 7/1-(b) ve 8/1-(b) maddelerine göre sözkonusu 2000 tarihli markaların hükümsüzlüğünü ister. Mahkemece de tarafların “Ece” asıl unsurlu markaları arasında iltibasa yol açacak şekilde benzerlik bulunduğu gerekçesiyle dava kabul edilerek, uyuşmazlık konusu Ecelady ve Ecetoff markalarının hükümsüzlüğüne karar verilir. Bu karar aleyhine davalının başvurusu üzerine 11. Hukuk Dairesi seri marka istisnasını özet olarak şu şekilde açıklamıştır: “Bu dava açılmadan önce davacıyla davalı tarafından 1989 ve 1994 yıllarında ayrı ayrı yaptırılan marka tescilleri sonucunda her iki taraf da “Ece” kelimesi üzerinde üçüncü kişilere karşı yasal koruma sağlayan öncelik ve üstün haklara sahip olmuştur. Buna ek olarak da davacının tescili 1989 yani daha önce olmasına karşın, taraflarca aynı piyasada eşzamanlı olarak kullanılan ve birbirine benzer olan Ece markalarından dolayı yaklaşık 10 yıldır, yani davalının ilk tescil yaptırdığı 1994 yılından bu davanın açıldığı 2004 yılına kadar aralarında herhangi bir dava ya da anlaşmazlık meydana gelmemiştir. Bu nedenle de bu davanın çözümünde taraflarca markaların aynı piyasada “eşzamanlı ve dürüstçe kullanımı” unsurunun, “kazanılmış haklar ilkesi”nin ve “taraflar arasındaki hak ve menfaatler dengesi”nin de dikkate alınması gerekmektedir. Ayrıca da davalının uyuşmazlık konusu Ecelady ve Ecetoff markalarını 2000 yılında tescil ettirirken davacının 1989 tarihli Ece markasıyla iltibas ya da haksız rekabet yaratmak amacıyla mı, yoksa kendisinin de 1994’te tescil ettirdiği ve uzun zamandır kullandığı Ece+taç şeklinden oluşan markasının temel kimliğini de taşıyan, onun serisi nitelikteki markalar yaratmak amacıyla mı hareket edip etmediğinin de değerlendirilmesi zorunludur” denilmiştir.

Davada dikkate alınması gereken bu unsurlardan bir tanesi olan “eşzamanlı ve dürüst kullanım”dan amaçlanan; iki tarafın da rekabet halindeki markalarını uzunca bir süreden beri aynı piyasada aynı ya da benzer tür mal ve hizmetler üzerinde kullanmalarındır. Eşzamanlı ve dürüst bir kullanımdan söz edilebilmesi için ise; genel ola-

rak markaların kullanım süresi, kullanım kapsamı, coğrafi alan, iltibasın derecesi, işa-
retler arasındaki iltibasın derecesi (yoğun veya yoğun değil) ve ortalama tüketicilerin
markaları algılama şekli gibi kriterleri dikkate alması gerekmektedir. 11. Hukuk Dai-
resi kararında, sonuçta bu ilkeler gözetilmek suretiyle somut uyuşmazlığa gelindiğin-
de tarafların Ece asıl unsurlu markalar üzerinde yaklaşık 10 yıllık eşzamanlı ve birlik-
te kullanımlarının mevcut olduğu, davalının önceki “Ece + taç şekli” markasının temel
kimliğini değiştirmeksizin 2000 yılında tescil ettirdiği dava konusu markalara sadece
renklendirilmiş ve özel yazım karakterli “Ecelady” ve “Ecetoff” kelimelerini eklediği,
böylece de davalının önceki markası ve işletmesiyle bağlantı oluşturmak suretiyle ilti-
bas ve haksız rekabetin önüne geçmiş olduğu, bu durumda da davalının 1994’te şeker-
leme ürünü için tescil ettirdiği ilk markasından kaynaklanan bir kazanılmış hakkı
mevcut olduğu, taraflar arasındaki hak ve menfaatler dengesi de gözetildiğinde “dava
konusu markaların seri marka nitelikleri itibariyle mutlak ve nispi hükümsüzlük se-
beplerinin bir istisnası olması gerektiği” belirtilmek suretiyle ilk derece mahkeme-
si kararı bozulmuş bulunmaktadır. Böylece “seri marka kararı” uygulaması 2008’den
bu yana mahkemelerimizce de titiz bir şekilde uygulanmaktadır. Biz de koşulları mev-
cut ise seri markaların varlığını mutlak ve nispi ret ve hükümsüzlük sebeplerinin, yani
mükerrer markanın bir istisnası olarak bu uygulamaya devam etmekteyiz.

Yargıtayca benimsenen bir başka ilke de Türk Patent Enstitüsünün yayınladığı mar-
ka sınıflandırma tebliğlerine göre farklı sınıflarda veya farklı alt sınıf gruplardaki tica-
ret ve hizmet markalarının kapsadıkları mal ve hizmetlerin benzer tür olup olmadık-
larının saptanmasına ilişkin “marka koruma kapsamının tayininde belirlilik ve istik-
rar ilkesi” olarak adlandırılabilir (11. HD. 27.03.2008 tarih ve 649/3957 sayılı kara-
rı). Dairemizin 2008 tarihli kararı şu şekildedir, “tescilli ya da tescil başvurusu yapı-
lan markaların kullanılacağı, üzerinde kullanılacağı mal veya hizmetlerin benzer tür-
den olup olmadıklarının tespitinde öncelikle Türk Patent Enstitüsünün sınıflandırmaya
ilişkin tebliğleri dikkate alınmalıdır. Bu durum, markada belirlilik ve tescilli mar-
kanın koruma sınırının saptanmasında birlik ve istikrarın ön koşuludur. Ancak, bazı
durumlarda tebliğe göre farklı sınıflarda yer almalarına rağmen karıştırmaya yol aç-
acak nitelikteki mal ve hizmetlerin de benzer olarak kabulü mümkündür. Bir başka an-
latımla, ticaret ve hizmet markalarının içerdikleri mal ve hizmetler birbirlerinden ay-
rılmayacak derecede iç içe geçmişse, ticaret ve/veya hizmet markaları arasında da ilti-
bastan söz edilebilir. Buradaki temel ölçüt halkın markaları karıştırma ihtimali bu-
lunup bulunmadığıdır” denilmektedir. Slaytta da Dairemiz kararlarındaki mal ve hiz-
metlerin benzer tür olup olmadıklarının değerlendirilmesine ilişkin genel ölçütler yer
almaktadır. Bunlar, piyasanın anlayışı, benzer alıcı çevresine hitap edip etmedikleri,
benzer ihtiyaçları giderip gidermediği, birbirleri yerine ikame edilip veya rekabet ola-
nakları olup olmadığı gibi unsurlardır. Bu konuya bir örnek vermek gerekirse, 30. sı-
nıfta pastacılık, fırıncılık mamulleriyle tatlılar için tescilli bir bonjour markası varken,
bir başkasının 43. sınıftaki yiyecek-içecek sağlanması hizmetleri için bonjour patisse-
ri ... (92.02) marka başvurusu farklı sınıflardaki birisi 30, birisi 43, birisi ticaret mar-

kası, birisi hizmet markası niteliğinde olmasına rağmen benzer kabul edilmiştir. Çünkü, bu ürünlerin aynı zamanda kafe, pastane gibi yerlerde satışa sunulacak olması nedeniyle farklı sınıflarda olsa dahi tüketicinin bunu karıştıracağı, bu mal ve hizmetlerin aynı işletmeye veya aralarında ekonomik, idari bağlantı olan işletmelere ait olacağı düşüncesine kapılmaları tehlikesine yol açılmaktadır.

Şimdi de kısa kısa gidiyorum. Marka hükümsüzlüğü davalarındaki 5 yıllık hak düşürücü sürenin başlangıç tarihiyle ilgili olarak bir belirsizlik vardı. Bu başlangıç tarihi 39. maddedeki marka korumasının başladığı tarih, yani başvuru tarihi mi, yoksa başvurudan sonra sicile tescil tarihi mi olmalı? Daire 2007 tarihli kararında (11. HD. 18.12.2007 tarih ve 8082/15915 sayılı karar) bu sürenin madde metnindeki açıklama da dikkate alınmak suretiyle hükümsüzlük ve yine iptalle ilgili olarak tescil tarihinden itibaren 5 yıl denildiği için bu sürelerin marka sicil kaydında belirtilen tescil tarihinden itibaren başlaması gerektiğini belirtti. 5 yıllık süre 42. maddenin (a) ve (b) bentlerinde belirtilen hükümsüzlük davaları bakımından biliyorsunuz hak düşürücü bir süre olduğundan mahkemelerce resen dikkate alınması gerekmektedir. Yasaman Hocamın da bahsettiği kullanmama nedeniyle hükümsüzlük ki artık bundan sonra iptal olarak rahatlıkla belirtilebiliriz- davalarındaki ispat külfeti de genel ispat külfetinin aksine yer değiştirilmek suretiyle ispat külfetinin davalı tarafta olduğu, markayı kullandığımı, markayı kullanma yükümünü yerine getirdiğinin ispat külfetinin davalıda olduğu 2006 tarihli kararda belirtilmiştir (11. HD. 04.05.2006 tarih ve 2901/5144 sayılı karar). Elbette ki davalının 5 yıllık süre boyunca ciddi bir kullanımım var diye sunduğu delillere (fatura, broşür vb) karşı, tabii ki davacının da itiraz ve karşı delil bilirme hakkı bulunduğunu kabul etmemiz gerekir.

Yine 556 Sayılı KHK 14. madde hakkındaki kararlardan bahsetmişken, acaba kapsadıkları bir kısım mal ve hizmetler bakımından kullanmama nedenine dayalı olarak tanınmış markaların da iptaline karar verilmesi mümkün mü, değil mi? Buna ilişkin 2009 tarihli Yargıtay kararımızda da (11. HD. 25.05.2009 tarih 2244/6321 sayılı karar) Marka Kararnamesinin 14. maddesinin marka sahibine tescil ettirdiği markasının işlevine uygun bir şekilde kullanma yükümlülüğü getirdiğini, şayet tanınmış markanın kapsadığı bir kısım mal ve hizmetler üzerinde gerçekten 5 yıllık kesintisiz bir kullanmama söz konusuysa herhangi bir şekilde tanınmış markalar için kullanmama nedeniyle hükümsüzlükle ilgili bir istisna hükmü bulunmadığını, bunların da kısmen hükümsüz kılınabileceğini 2009 tarihinde belirtmiştir. Genellikle bu tür davalardaki savunmalar; ne gerek var, yani tanınmış marka bir kısım mal ve hizmetler bakımından kullanmama nedeniyle iptal edilse dahi; iptal edilen mal ve hizmetler için bir başkası marka başvurusu yaptığında farklı mal ve hizmet olarak değerlendirilse dahi, zaten tanınmış marka olduğu için farklı sınıflardaki tescillere engel olacağı, dolayısıyla iptal edilmesinde hukuk yarar bulunmadığı şeklinde gelmekteydi. Oysa, ileride ortaya çıkabilecek bir durum kullanmama nedeniyle iptal davasının açılmama gerekçesi değildir. Markanın tanınmışlık seviyesini muhafaza edip etmediği hususu her başvuruya itirazda dikkate alınacağından; belki ileride iptal edilen mal ve hizmet sınıfı için baş-

vuru yapıldığında markanın tanınmışlığı da sona ermiş olabilecektir. O dönem değerlendirilecek bir husustur bu. Bu nedenle açıklanan savunmaya da itibar edilmemiştir.

Şimdi internet servis sağlayıcısının sorumluluğuna dair bir başka Yargıtay kararından kısaca bahsetmek istiyorum. Bu kararda internet ortamında marka hakkının ihlali halinde internet servis sağlayıcısının iştirak halinde sorumluluğu ve bu eylemi bilecek ya da bilebilecek durumda olması gerektiği hususları ve kusur şartı gibi müesseseler tartışıldı. En sonunda Hukuk Genel Kurulundan geçmek suretiyle internet servis sağlayıcısının sorumluluk şartlarına dair karar oluştu. Şöyle ki, davacımız parfüm ürünü için tescilli Lancome markasının sahibi Fransız firmasıdır. Bu davada taraf olmayan üçüncü kişi tarafından davacının Lancome markasını taşıyan taklit parfümler www.....com adlı web sitesinde satışa sunulmakta ve bir kısım satışlar da yapılmaktadır. Az önce de belirttiğim üzere, ürünü web sitesinde satışa koyan ve anlaşma olduğu takdirde de alıcıya teslim eden yani asıl marka ihlalini yapan (asli fail) taklit markayı kullanan kişi bu davada taraf değildir. Bizim davamızdaki taraf sadece bu satış işlemlerinin yapıldığı internet sitesinin işletmecisi ve internet servis sağlayıcısıdır. İşte bu şekilde web sitesinde satışlar olması üzerine davacı Fransız şirketi ihtisas mahkemesinde davalı www.....com alan web sitesi işletmecisi aleyhine dava açarak taklit markayı taşıyan ürünlerin davdışı üçüncü kişi tarafından web sitesinde gerçekleştirilmekte olan satış eylemine servis sağlayıcısı olan davalının da iştirak suretiyle tecavüz ettiğini, bu tecavüzün giderilmesini, önlenmesini, taklit markayı taşıyan bu site üzerinden arzının sona erdirilmesini, ürünlerin toplatılmasını ve manevi tazminata hükmedilmesini talep etmiştir. Davalı işletmeciyse, kendisinin işlettiği web sitesinin tamamen üye kullanıcılar arasında iletişim ortamının sağlanması ve yapılan alışverişlerde güvenli ödeme sistemi olduğunu, tüm hukuki sorumluluğu ise sitede işlem gerçekleştiren satıcılara ait olduğunu savunmuştur. İhtisas mahkememiz kararında; marka sahibi olan davacının, bu dava açılmadan önce web sitesinde satışa sunulan taklit ürünler nedeniyle davalıya bir ihtarname göndererek tecavüzden haberdar etmesi ve tecavüz oluşturan içerik web sitesinden çıkartılmadığı takdirde ihlalden sorumlu tutulabileceği ve sözkonusu “uyar-kaldır” ilkesiyle ilgili olarak da 556 Sayılı Marka Kararnamesinde özel bir hüküm bulunmamakla birlikte; bu ilkenin Avrupa Birliği Elektronik Ticaret Direktifi, Amerika Birleşik Devletleri Dijital Milenyum Telif Hakları Yasası (DMCA), 5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunumuzda ve yine bu davanın devamı sırasında yürürlüğe giren 5651 sayılı İnternet Yayınlarının Düzenlenmesi Hakkındaki Kanunda açıkça benimsenmiş olduğunu böylece boşluk doldurma yoluyla marka hukukumuzda da uyar/kaldır ilkesinin dava koşulu olarak uygulanmasını kabul ettiğini kararında açıklamış ve davacı tarafından herhangi bir ihtar gönderilmeden böyle bir dava açıldığı için davalının sorumlu tutulamayacağı gerekçesiyle davanın reddine karar vermiştir. Davacı bu karar aleyhine Yargıtaya başvurdu.

Bu kararla ilgili olarak 11. Hukuk Dairesi (11. HD. 20.02.2012 tarih ve 15509/540 sayılı karar)ve Hukuk Genel Kurulu (HGK 15.01.2014 tarih ve 1138/16 sayılı karar)

kararlarında da, “Somut uyuşmazlıkta internet servis sağlayıcısı olan davalı uyuşmazlık konusu tecavüz eyleminin asli faili değildir. Davalının iştirak halinde sorumlu tutulabilmesi için asıl mütecevizin, dava dışı üçüncü kişinin fiilinin tecavüz oluşturduğunu bilmesi veya bilebilecek durumda bulunması, dolayısıyla da kusur şartı gerekmektedir. Oysa internette gerçekleşen işlemlerin yoğunluğu ve teknik niteliği itibarıyla davalının kendisine ihtar yapılmaksızın internet servis sağlayıcısının ihlalden haberdar olması mümkün değildir. Davacı marka sahibi tarafından da bu davadan önce davalıya yapılmış ihtar bulunmadığına göre davanın üzerine düşen önleme sorumluluğunu yerine getirmediği ve kusurlu davranışından söz edilemez” denilmiştir. 11. Hukuk Dairesi davalıya önceden ihtar yapılmasa dahi, artık dava dilekçesinin de ihtarname yerine geçtiği, dolayısıyla taklit marka satışından internet servis sağlayıcısı olan davalının haberdar olduğu, buna rağmen açılan davaya karşı çıkararak, reddini savunduğu ve haberdar olmasına rağmen ihlal oluşturan içeriği web sitesinden kaldırmaması nedeniyle; mahkemenin fiilen gerçekleşmekte tecavüzün refi ve gelecekte tecavüz tehlikesini engelleyici tedbirleri, yani muhtemel tecavüzü önlemesi gerekir diye yapılan bozmaya ihtisas mahkemesince direnilmişse de Hukuk Genel Kurulu kararında da, dava dilekçesi ihtarname yerine geçtiği ve ihlal oluşturan içeriğin web sitesinden çıkartılması suretiyle marka hakkına tecavüzün durdurulması gerektiği kabul edilmiştir. Böylelikle, 556 Sayılı KHK’de açık bir hüküm bulunmamakla birlikte internet üzerinden yapılan elektronik ticarete bizzat mal ve hizmet arzında bulunmayan internet servis sağlayıcısının marka hakkı ihlalden dolayı iştirak halinde sorumlu tutulabilmesi için “uyar-kaldır” ilkesi kusur şartıyla birlikte ilk kez bu kararla kabul edilmiş, marka hukukumuzda girmiş bulunmaktadır. Bu arada 5651 Sayılı Kanunda internet servis sağlayıcılarıyla ilgili olarak genel nitelikte olduğunu düşündüğüm bir düzenleme uyar-kaldır ilkesini getirdi. Bu tür uyuşmazlıklarda artık 5651 Sayılı Kanunun 8. ve 9. maddelerinin göz önüne alınabileceğini düşünüyorum.

Prof. Dr. İlhan ULUSAN - Levent Beyi biz büyük bir zevkle dinliyoruz, fakat aşağı yukarı 45 dakikaya yaklaşıyor. Yani benim vaktim var, ben oturabilirim, fakat organizasyon yönünden herhalde, bir organizasyon daha var bildiğim kadarıyla, onun için lütfederseniz biraz selektif ... (107.31) davranırsanız seviniriz.

Levent YAVUZ - O zaman şöyle yapalım, devamı uzun sürecek, şimdilik buraya kadar diyeyim. Sanıyorum bu çalışma bir kitap haline getirilecek. Kötü niyetli marka tesciline ilişkin kararı (HGK 2008/11-501 – 2008/507 sayılı kararı), mutlak ret sebeplerini, Türk Patent Enstitüsünün mutlak ret nedenleri kapsamında 556 Sayılı KHK 7/1-(b) bendi uygulamasının sınırlarını belirleyen kararımızı anlatacaktım (11. HD. 29.05.2012 tarih ve 8474/9165 sayılı karar), ama dediğiniz gibi zamanımı çok aştım. Katılımcılar da beni sabırla dinlediler hepimize teşekkür ediyorum.

Prof. Dr. İlhan ULUSAN - Biz de size çok teşekkür ediyoruz. Şimdi aşağı yukarı bir 10-15 dakikaya yakın bir zamanımız var. Vehbi Beyin hoşgörüsüne sığınacağız

herhalde, 18.30 dediniz, ama 19.00'u bulacak tahmin ederim. Soru sahiplerinin sorularını alalım, buyurun, sizden başlayabiliriz.

Salondan - Vehbi Bey kapanış konuşması yapacak.

Prof. Dr. İlhan ULUSAN - Daha konuşma yapar Vehbi Bey, biz buradayız. Buyurun, lütfen isminizi de, soyadınızı da belirtirseniz.

Dr. İsmail FİDAN- Türk Patent Enstitüsünden Dr. İsmail Fidan. Bu birbirinden değerli tebliğler için öncelikle konuşmacılara teşekkür ediyorum. Hepsinden çok istifade ettik. Benim Hamdi Hocanın sunumuna iki katkı olacak, belki iki açıklama da diyebilirsiniz. Birincisi, Anayasa Mahkemesinin iptal kararından sonra Türk Patent Enstitüsü tarafından yapılan faaliyetleri belirteceğim. Sabah da belirtildiği gibi, Türk Patent Enstitüsünün mevcut bir kanun tasarı taslağı şu an Meclis Genel Kurulunda, ona bir madde eklendi. Ek maddede de iptal kararına konu KHK madde 42, iki ayrı fıkrada iptal ve hükümsüzlük biçiminde düzenlendi. İptal ve hükümsüzlüğün hükümleri ile sonuç doğurma anları ise farklı farklı kaleme alındı. İptalin hüküm ve sonuçlarının kural olarak davanın açıldığı tarihten itibaren başlamasına karşılık, hükümsüzlük durumunda ise markanın baştan itibaren geçmişe dönük olarak hüküm ve sonuç doğurmayacağı belirtildi. Ayrıca Levent Beyin de belirttiği Yargıtay uygulamalarındaki gibi iptal nedenlerinin, daha önceki bir tarihte doğmuş olduğunun bilinmesi ve talep üzerine, iptal kararının sonuçlarının nedenin doğduğu andan başlayarak etkili olabileceği biçiminde bir düzenleme yapıldı.

İkinci olarak da kanunlaşmayan ve kadük hale gelen tasarı taslağındaki hükümsüzlük ve m.14'deki düzenlemeleriyle ilgili olarak açıklama yapmak isterim. Kadük olan tasarı taslağının ilk halinde TPE hükümsüzlük ve iptal diye ikili bir ayırım yapmıştı. Ancak daha sonra çeşitli kamu kurumlarının oturmuş bir sistem var bu sistemi bozup ikili bir sisteme geçmeyin biçimindeki görüşü üzerine biz hükümsüzlük ve iptal biçiminde bir ayırma gitmedik ve taslakta terminoloji birliği sağlamak için taslak m.14'de de taslak m.47'deki gibi hükümsüzlük kavramını kullandık. Buna karşılık kadük kanun tasarı taslağında da hükümsüzlük sebeplerinin hüküm ve sonuçları ile bu hüküm ve sonuçların doğdukları anları ayırarak de facto hükümsüzlük ve iptal biçiminde bu ikili ayırım yapılmıştı. Şöyle ki taslak m.49, hükümsüzlük sebepleri 47. maddenin (a), (b) ve (c) bentlerine ilişkinse hükümsüzlük kararı baştan etkili olur marka hiçbir hüküm sonuç doğurmaz, hükümsüzlük sebepleri 47. maddenin (ç), (d), (e), (f) ve (g) bentlerine ilişkinse hükümsüzlük talebin yapıldığı andan veya hükümsüzlük koşulunun daha önceki bir tarihte doğmuş olduğunun bilinmesi ve talep üzerine nedenin doğduğu andan itibaren etkili olur şeklinde kaleme alınmıştı. Bu iki hususu açıklama gereği duydum teşekkür ederim.

Prof. Dr. İlhan ULUSAN - Biz de teşekkür ederiz. Başka söz almak isteyen kim var? Sizi gördüm, buyurun.

Av. Mualla ÖZTÜRK KARA - Ben 2. Oturuma döneceğim. Haksız rekabetle ilgili olarak Tamer Hocamız ve Levent Beyin arasında geçen bir konuşma olmuştu. Emek ilkesiyle ilgili olarak Tamer Hocamız ilk ben getirmişsem, emek harcamışsam, tanıtmışsam bunun korunması gerektiği yönünde bir fikir ileri sürdü, öyle hatırlıyorum. Levent Bey de bu şekilde o ilk getirdi evet, belli bir emeği var, tabii ki getirmiştir. Bunu kabul etmekle beraber üstün bir hak tanınmasının doğru olmayacağını, serbest ekonomik koşulları geçerli olduğunu belirtmişti. Bu konuda ben avukat olarak hem ona, hem ona gerekçe bulabilirim şu anda, benim de kafam karışık. Şunu düşündüm: Eğer ona üstün hak tanımayacaksak, mantıklı, tanımayabiliriz tabii ki, hani belli bir süre bir emek yaptı diye ona sittin sene niye üstün hak tanıyalım? Fakat ben bir yatırımcı olarak bana yarın öbür gün üstün hak verilmeyeceğini de bilmeme rağmen zaten o yatırımı yapmak, o tanıtım harcamalarını yapmaktan kaçınabilirim. Bu sefer de o hiç gelmez ülkeye, ekonomiye hiç katılmayabilir. Bir de böyle bir risk yok mu bu sefer? Diğer taraftan da ithalatı yapılan mal için de şunu düşünmek gerekiyor: Yurtdışındaki kişinin de o tüccarın da emeği var. Bir de oradan bakmak lazım. O niye başka yerde satamasın malını? Herhalde başka bir prensip bulmak gerekiyor buna, yani hangisi belki kamuya daha faydalı ve ekonomiye daha katkı getirecekse, belki bilimsel bir araştırma gerekir veya benim şu an aklıma gelmeyen ben pratik çalışan biriyim, doktrinel tabii değilim sizler kadar, başka bir prensip bulunabilir mi?

Prof. Dr. İlhan ULUSAN - Peki, teşekkür ederim. Başka soru sahibi varsa alalım.

Av. Mualla ÖZTÜRK KARA - Kafamı karıştıran bir şey daha vardı ama.

Prof. Dr. İlhan ULUSAN - Müsaade ederseniz zaman çok geçti hanımefendi. Buyurun efendim.

Av. Kutlu OYTAÇ - Şimdi efendim, şu söyleyeceklerim dünyada gelişen trend karşısında Türk Patent Enstitüsünün, Türk Yargıtayının da bazı adımları farklı atmaları gerektiğini gösteriyor.

Efendim, Cambridge Üniversitesinden Prof. Dinvidi ... (114.01) ve San Francisco Üniversitesinden Prof. McCarty ortak hukukta fikri hakların ortak hukukun yaratıcılığı olduğunu ve marka, tasarım, vesaire kavramlar da ortak hukukun, common law'un geçerli adımları attığını ve geçmişinin yüz yıllara dayandığını söylüyor. Şimdi burada meşhur marka, tanınmış marka vernon trade mark ve feymıs trade mark, şimdi burada bir karışıklık yok. Kıstas şu: Meşhur marka coğrafi sınırları aşar ve tanınmış marka sınıf listesini aşar. Esas bir kural var. Şimdi bunun dışında bugün Yargıtayın verdiği iptal kararı fikri haklar, fikri mülkiyet hakları uluslararası anlaşmalarla da usul hükümleri düzenlenmiş anlaşmalar, dolayısıyla Paris Sözleşmesi varken, TRIPS Anlaşması varken burada tutup da kullanmama nedeniyle markanın iptaline karar verilmesi söz konusu olamaz. Nitekim benelux devletlerinde bir özellik vardır. Belçika, Lüksemburg, Hollanda'da marka kullanılmadan kullanılmış kabul ediliyor. Türk Yargıtay

yı bu iptal kararını ancak orada olsaydı alabilirdi. Bunun dışında buraya gelen anlaşmalar hükmü gereğince bunun yapılmaması lazım. Efendim, burada şimdi sorum şu: Bir defa meşhur marka, tanınmış marka, yani buradaki kıstas nasıl ele alınması lazım? Sayın konuşmacımız da burada tereddüt olduğunu ifade ettiler. Şimdi bu gelişen trende göre burada bunun bir tereddüdü olmaması lazım. Keza işlevsellik kavramı rekabetin korunması için kullanma kavramıyla eş düzeydedir. Siz marka kullanılmazsa sicilde yer işgal etmesi abes addedilir.

Prof. Dr. İlhan ULUSAN - Anladım Beyefendi, çünkü zaman dar olduğu için biraz kısa tutmamız gerekiyor.

Av. Kutlu OYTAÇ - Bu kavramlar çok kriterdir ve uluslararası esasları belirtir.

Prof. Dr. İlhan ULUSAN - Biz de istifade ettik, teşekkür ederiz. Siz bir şey söyleyecek misiniz? Levent Beye mi, bir sorunuz var mı? Soru tarzında yok. Başka?

Salondan - Efendim soru da, markanın, tanınmış markanın kriterinin tam oturtulmadığı ifade ediliyor. Ben aksi kanaatteyim.

Prof. Dr. İlhan ULUSAN - Aksi kanaattesiniz, biz de teşekkür ederiz size, yaralandık sizden bir hayli. Buyurun.

Av. Elif KAYRAL - Benim bir sorum olacaktı yeni tarihli bir Yargıtay Hukuk Genel Kurul kararıyla ilgili.

Prof. Dr. İlhan ULUSAN - Levent Beye mi soruyorsunuz, kime?

Av. Elif KAYRAL - Evet. Bu kararda bir endüstriyel tasarım tescilinin kötü niyetli olması halinde ve hükümsüz kılınması halinde geriye dönük olarak uğranılan zararın tazmininin istenebileceğine karar verilmiş. Şimdi buradan hareketle marka hukukuyla ilgili olarak da aynı şeyden bahsedebilir miyiz acaba? Yani bir kötü niyetli üreticinin markayı tescil, ilk önce kötü niyetli olarak tescil ettirmesi, daha sonra bu tescile dayanarak piyasaya sürmesi halinde esas marka sahibi tescilli olduğu zamana dayanarak geriye dönük olarak uğradığı zararın tazminini talep edebilir mi?

Tamer - Ben şimdi Avukat Beyin söylediği hususa ilişkin bir yanlış anlaşılma olmasın, ben tanınmış marka kriterlerinin tutmadığından bahsetmedim. Tanınmış marka kavramına doktrinde verilen anlamlardan dolayı bir kargaşa olduğunu, bunun tekrardan düzenlenmesi gerektiğini söyledim. Yoksa sanki şöyle bir anlam tanınmış marka tutmadı, bunu tamamen kaldıralım, bu kavramı terk edelim tarzında bir şey anlaşılmasın lütfen, sadece Türk doktrininde bu konuda bir tartışma olduğunu, 8/4'le 7 arasında bir uyumsuzluk olduğunu, her ikisinin aynı mı, farklı kavramları mı ifade ettiği yönünde bir karmaşaya neden olduğunu ve dolayısıyla bunun bir sonuca bağlanması için bir kanuni düzenlemeye ihtiyacımız olduğunu söyledim. Yoksa tanınmış marka, maruf marka, dünyaca tanınmış marka, ünlü marka gibi çok değişik kavramlar var tabii

ki, bunların hepsi de birbirinden farklı veya bazı yazarlar bunları aynı anlamda kullanıyor, bazıları farklı anlamda kullanıyor. O yüzden bir tereddüt ettim, benim öyle bir iddiam yok. Tanınmış marka kaldırılın veya kriterleri tutmadı tarzında bir şey söylemedim veya bu anlama geldiye de yanlış anlaşılabilirim.

Salondan - ... (119.35)

Tamer - Ama şimdi efendim, bu verdiğiniz anlama bağlı olarak değişir. Paris Sözleşmesindeki lafzı dikkate alırsanız herkes tarafından bilinen mark notu ... (119.49) konuluyor. Çünkü Paris Sözleşmesinin 29. maddesine göre İngilizce metni esas alınmaz, Fransızca metni esas alacaksınız. ... değil. Çünkü orada özel hüküm var.

Prof. Dr. İlhan ULUSAN - Teşekkür ederiz. Şimdi karşılıklı olursa içinden çıkamayız. Buyurun Levent Bey.

Levent YAVUZ - Ben hemen son sorudan başlayayım. Dairemizce hükümsüzlük kararının geçmişe etkisi kapsamında kötü niyetli davranışından kaynaklanan zararların tahsil edilebileceğine ilişkin markalarla ilgili olarak da kararlar verilmeye başlandı. Bu şekilde gerçekten kötü niyetli bir davranış sonucu uğranılmış bir zarar niteliğindeyse, bu zararların tazmin edilmesi gerektiği şeklindeki uygulama kabul edilmektedir. Dediğim gibi kötü niyetin varlığının ise her somut olayda tartışılması gerekir. Zarar nedenleri haksız yere eşyaların, ürünlerin toplatılması, ihracat ya da ithalatın engellenmesi şeklinde ortaya çıkabilir ve hükümsüzlüğün de tescilde kötü niyete dayalı olarak gerçekleştiğinin sabit olması lazım. Haksız rekabetle ilgili konuya gelince, haksız rekabet o kadar çok çeşitli şekillerde ortaya çıkıyor ki emsal veya ilke olarak bir karara hasretmek doğru değil. Benim bahsettiğim haksız rekabet kararı modüler prizmatik su depolarıyla ilgiliydi. Yurtdışından ilk defa davacı getirmiş ve tanıtmış, çok rağbet ve ilgi görmüş. Tabii ki bizim davalımız her şey garanti olduktan sonra piyasaya girmiş. Dolayısıyla, uyuşmazlık acaba davacının ürünü getirip, riski alıp, zahmetini çektikten sonra öbürünün hiç şey yapmadan hazır konması haksız rekabet olmaz mı? şeklinde bir tartışmadan kaynaklanıyordu. Haksız rekabet ille de bir tasarımın başkası tarafından taklit edilmesi olarak doğmuyor. O kadar basit eylemler nedeniyle dahi haksız rekabet oluşabiliyor ki benim (x) ürünüm piyasada kendine göre bir cazibe ve pazar yaratmış, basit olarak diyelim ki (x) ürünümün üstüne onu diğer ürünlerden farklı kılan çıkıntı şeklinde bir kulak koydum, bu işlevsel olarak hiçbir işe yaramıyor. Rakibim de çıkarttığı üründe hiçbir teknik zorunluluk olmadığı halde aynı biçimde bir kulak koyduysa, işte burada ürünler arasında iltibas yaratma çabasıyla davranıldığı, dolayısıyla iltibastan kaçınmayıp, haksız rekabet, başkasının iş mahsullerinden haksız yararlanma sağladığı sonucu doğabiliyor. Önemli olan davalı piyasaya bir ürün sunarken rakip firmaların aynı türden ürünleriyle iltibastan kaçınmak için gerekli önlemleri almış mı, almamış mı, buna bakmamız lazım. Yoksa, elbette ki önce ben getirdim, piyasaya ilk ben sundum, benden başka burada kimse mal satamaz diyemezsiniz. Sizin birtakım malları tanıtıp sevdirmeniz ve piyasada çok tutulan bir hale getirmeni-

ze rağmen; başka bir müteşebbis de piyasaya kendi sistemini kurarak ve ilk defa giriyor olabilir. Öte yandan, haksız rekabet koruması sonsuza kadar devam eden bir koruma da olmamalıdır. Haksız rekabet koruması, bir işe emek ve sermaye koyan kişinin bu emeğinin karşılığını alabileceği süre ile sınırlı olmalıdır. Haksız rekabetin olumsuz etkisinin sona ereceği makul bir sürenin sonunda, elbette iltibas tehlikesine yol açılmamak kaydıyla, artık pazara diğerlerinin mal ve hizmetlerinin girmesine karşı koyulamaması gerekir. Teşekkür ederim.

Prof. Dr. İlhan ULUSAN - Çok teşekkür ederiz. Bir arkadaşımıza daha söz verelim, buyurun. Hamdi Bey'e de söz vereceğim.

Rüştü Cem DAMGACIOĞLU - Benim sorum kısa hem Hamdi Bey'e, hem Levent Bey'e. Bu Anayasa Mahkemesinin iptalindeki ruha aykırı değil mi markaların hâlâ iptaline devam edilmesi mahkemelerce? Yani Anayasa Mahkemesi diyor ki: Mülkiyetle ilgili sınırlamaların kanunla getirilmesi gerekir, ama şu anda biz hükümsüzlük kararı vermiyoruz, iptal kararı veriyoruz denildiğinde bu iptal mülkiyet hakkı üstünde bir sınırlama değildir denilmiş olmuyor mu aynı zamanda?

Prof. Dr. İlhan ULUSAN - Anladım, Hamdi Bey'e galiba.

Levent YAVUZ - Şunu söyleyeyim: kullanmama nedeniyle hükümsüzlüğe ilişkin 41/1-(c) bendinden dolayı Anayasa Mahkemesince mülkiyet hakkına kanun hükmünde kararname yoluyla dokunulamaz diye iptal kararı verildi. Dolayısıyla 5 yıllık kullanmama nedeniyle hükümsüz kılma hukuki konusu esasen içerik olarak Anayasaya aykırı değil, sadece düzenleme şekli itibarıyla iptal edildi. Aynı zamanda şu anda 42. maddenin devamında yine iptal sebeplerini içeren markanın jenerik hale gelmesi, teknik yönetmeliğe aykırı kullanım vb bentleri devam ediyor. Bir şey daha söyleyeyim, yine Ankara İhtisas Mahkemesinin başvurusu üzerine Anayasa Mahkemesi 556 Sayılı KHK'nin 61/A maddesinin iptali için başvurusunu reddetmesine rağmen, bağlantılı gördüğü için "insanların özgürlüğüne yönelik düzenlemeler kanunla yapılması gerekir, dolayısıyla bu düzenleme şeklini uygun bulmuyorum, iptal ediyorum" diyerek 61/A maddesinin atf yaptığı aynı KHK'nin 9/1-(b), 9/2-(b) vır 61(a), 61(b) maddelerini iptal etti. Son başvurunun konusu olan 556 Sayılı KHK 42/1-(c) bendinde de 14. maddeye aykırı kullanım hükümsüzlük nedeni sayılır diye atf bulunmaktaydı, ancak Anayasa Mahkemesi 14. maddeye dokunmadı ve bu madde halen kullanmama nedeniyle iptal oluşturan bir hüküm olarak yürürlüktedir.

Prof. Dr. İlhan ULUSAN - Hamdi Bey, siz de bir şey söyleyecek misiniz bu konuyla ilgili? Size de sordu çünkü.

Prof. Dr. Hamdi YASAMAN- Yok, hayır, tamam, Levent Bey cevabı verdi. Ben sual değil de, kısa bir şey söyleyeceğim. O da şu: Ali Dural Aslan Kaya'ya atf vere-

rek kendisi de galiba o fikri savunduğunu anladım. O da şu: Tanınmış markalarla ilgili hem 7. maddede, hem 8. maddede hüküm var, ne gerek var bu hükümlere, bunlar neyi düzenleniyor deniliyor. Burada bir tenkit gördüm. Aslında bu iki madde bütün Avrupa ülkelerinde olduğu gibi bu sistem doğru bir sistem, bizde de doğru bir sistem, yanlış değil, tenkit edilecek bir madde değil. Çünkü ikisi de ayrı şeyi düzenliyor. 7. madde biliyorsunuz Paris Anlaşmasında birliğe dair ülkeler tanınmış markaları, yani ... (129.07) malum markaların diğer ülkelerde de birlik içinde korunmasını taahhüt etmişlerdir. Gene biliyorsunuz markalarda ülkesellik ilkesi vardır. Yani bir markayı korumak için o ülkede tescil edilmesi gerekir. Bunun istisnalarından birisi tanınmış markadır, yani Türkiye’de tescil edilmemesi bile yabancı ülkede tescil edilmiş tanınmış marka, ama dünyaca tanınmış marka filan değil, yani belli bir tanınmışlığa erişmiş umumen malum marka Türkiye’de korunabilir. Yani bu ülkesellik ilkesinin bir istisnasıdır. Tamamen bunu düzenliyor. 8. maddeyse gene bildiğiniz üzere bir marka tescil edildiği malla sınırlı koruma verir, diğer mallar ve hizmetlerde koruma vermez. Burada da tanınmış marka varsa başka mallarda dahi önleme imkânı vardır. Üç hal var biliyorsunuz, o üç hal varsa işte zarar veriyor, itibarına zarar veriyor, vesaire, üç hal varsa tanınmış markanın başka ürünlerde de kullanılması, hizmetlerde kullanılması imkânı vardır. 8. madde bunu düzenliyor, o bakımdan ikisinin arasında fark var. Düzenleme doğrudur ve herhangi bir tenkidi gerektirir bir durum ben görmüyorum.

Prof. Dr. İlhan ULUSAN - Peki, teşekkür ederim. Sizi dinleyelim.

Av. Pelin DEMİROĞLU - Çok kısıydı zaten, teşekkür ederim. 41/1.C’nin iptaliyle ilgili Sayın Yasaman Hocama ve Sayın Levent Yavuz Beyefendiye sorum olacak. Hatta Sayın Uğur Beyin de yorumunu alabilirim belki. 14. maddeye aykırılıktı. Devamında yok hükmünde sayılan maddede dava tarihinden geriye 3 aylık süre içerisinde kullanım ciddi kullanım sayılmamaktadır deniliyordu. Tamam, şimdi 14. maddeye dayanarak ben yine 5 yıllık kullanma nedeniyle iptal talep edebileceğim, ama diyelim ki son 2 ay içerisinde amiyane tabirle uyanıklık yaptı, kullandı. Nasıl yapacağız, yani yorumlayacak mı Sayın Hâkimler ya da Yargıtay? Bu konuda yorumunuzu rica ediyorum.

Levent YAVUZ - 42/1-(c) maddesinin iptali ile birlikte hükümde yer alan bazı özel haller de gitti, şöyle bir şey de vardı: “Ciddi biçimde dava açılacağı düşünülerek kullanma gerçekleşmişse, mahkeme davanın açılmasından önceki 3 ay içerisinde gerçekleşen kullanmayı dikkate almaz.” Bunun yokluğunu artık şöyle aşabiliriz, eğer ciddi bir kullanma değilse, 3 ay önceki kullanımla ilgili bu husus 14. madde hükmünde yazmasa dahi Medeni Kanun 2. maddesi ve yine ciddi kullanma koşulu kapsamında bu savunmayı dikkate almayabiliriz.

Prof. Dr. İlhan ULUSAN - Peki, çok teşekkür ederiz.

Toplantıya son veriyorum müsaade ederseniz, hepinize iyi akşamlar dileriz. Tekrar görüşmek, buluşmak gayesiyle, niyetiyle.

2. Gün / 5. OTURUM

FİKRİ HAKLARDA ÖZEL HUKUK ALANINDAKİ YENİ GELİŞMELER

Av. Burcu ASLAN - İstanbul Barosu ve İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinin birlikte düzenlemiş olduğu “*Fikri Sınai Haklarda Problemler ve Çözüm Yolları*” konulu sempozyumun 2. gününe hoş geldiniz, herkesi sevgi ve saygıyla selamlıyorum. Dün 1. günde oldukça yoğun, verimli, aynı zamanda da keyifli bir sempozyum geçirdik. Süremizi hayli aşmamıza rağmen ancak günün sonuna kadar ilgi ve katılım aynı şekilde devam etti. Bütün katılımcılara teşekkür etmek istiyorum. Ancak bugün tüm panelistlerden şehir dışından gelen konuklarımızın dönüş saatlerini programın bitiş saatine göre ayarladığımız için konuşma sürelerine sürelere sadık kalarak devam etmelerini istirham edeceğiz. Bu sebeple ben lafı da daha fazla uzatmadan sözü İstanbul Fikri Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi Hâkimi Sayın Habibe Aslan’a, FSEK madde 76 son üzerindeki değerlendirmeleri yapmak üzere bırakıyorum, buyurunuz efendim.

Habibe ASLAN - Teşekkür ediyorum. Önce tüm katılımcıları selamlıyorum. Hepiniz hoş geldiniz. Şimdi FSEK 76 son maddesiyle ilgili değerlendirme yapmak istemin asıl gerekçesi meslek birliklerinin açtıkları tecavüz ve tazminat talepli davalarda tazminatın hesaplanma şekliyle ilgili Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin içtihat değişikliğine gitmesi ve son dönemdeki bozma ilamları nazara alınarak hesaplama yapılmasının imkânsız olduğu yolundaki sektör görüşünden kaynaklanmaktadır. Asıl bu konuyu açalım diye ben bu konuyu inceleme gereği duydum. Biliyorsunuz 76. maddenin başlığından da anlaşılacağı üzere 1. fıkra göreve ilişkin, 2. ve son fıkraysa ispatla ilgili hususlarda hüküm içermektedir. Değerlendirmelerim de bu çerçevede olacaktır.

Şimdi maddenin metnini hatırladığımızda ne diyordu 76. maddenin son fıkrası? *“Açılacak hukuk davalarında mahkemenin davacının iddiasını doğruluğu hakkında kuvvetli kanaat oluşturmaya yeter miktarda delil sunması halinde korunmakta olan eserlerin, fonogramların, icraların, filmlerin, yayınları kullananların bu kanunda öngörülen izin ve yetkileri aldıklarına dair belgelerin veya tüm yararlanılan eser, fonogram, icra, film ve yayınların listelerini sunmasını isteyebileceği, bu belge ve listelerin sunulmaması halinde tüm eserlerin fonogram, icra, film ve yayınların kullanılmakta olduğuna karine teşkil edeceği belirtilmektedir.”*

FSEK 76 son maddesindeki düzenlemeyle hukuk davasında davalı yana kullandıkları eser ya da bu esere bağlı haklarla ilgili kullanım listesini mahkemeye sunma hususunda yükümlülük getirilmiştir. Bu yükümlülüğün önceyse, ihlali iddia eden tarafın, kimdir bu? Eserle ilgili hangi meslek birliğine bağlıysa, o meslek birliğinin mahkemeye iddiasının doğruluğuna kanaat getirecek delil sunması gerekmekte. Yani başta ihlal edenle ilgili iddiaya ilişkin ispat yönünden davacıya bir yükümlülük getirilmiş, davacı yükümlülüğünü yerine getirdiğinde bu kez davalının, yani ihlali gerçekleştirenin sorumluluğu devreye girmiştir. Burada belirtilen şart gerçekleştiğinde bu kez mahkemece korunmakta olan eserlerin, icraların ve benzer fonogram film ve yayınları kullanan kişilerin liste sunması emredebilecek ve ihlal gerçekleştirenin bu emri yerine getirmemesi halindeyse bu kez mahkemece tazminat talebine ilişkin değerlendirmeye gidilecektir.

Yine bilindiği üzere FSEK 76. maddenin son fıkrasının özellikle ispat külfetiyle ilgili bölümünün Anayasaya aykırılığı yanılmıyorsa 2007 yılındaydı 3. Fikri Sınai Haklar Ceza Mahkemesince, daha sonra da 1 no.lu Fikri Sınai Haklar Hukuk Mahkemesince iddia edildi. Anayasa Mahkemesine giderken hukuk mahkemesinin gerekçesi bizim bu sorunumuza ışık tutar gibi, o yüzden o gerekçeyi kısaca sizlere söylemek istiyorum. Şöyle diyordu çok özetle: Mesela, şarkının, CNN, Habertürk, Kanal D, ve saire gibi tematik yayın yapan bir kanalda yayınlanmasıyla örneğin, Kral TV gibi bir müzik kanalında izinsiz bir kez yayınlanması durumunda dahi yasanın aynı koşullarla uygulandığını, oysa tematik kanalların 24 saat müzik yayını yapmaması nedeniyle müzik kanalıyla aynı ağırlıkta yaptırma tabi tutulmasının 11. Hukuk Dairesinin eski içtihatlarına göre ölçülülük prensibine aykırı olduğunu ileri sürmüştü. Bu davaların sonucunda gerek ceza mahkemesinin açtığı davada 2008 yılında, gerekse hukuk mahkemesinin açtığı davada 2013 yılında Anayasa Mahkemesi şu gerekçeyle her iki davayı reddetti. Hukuki olanını ben daha net hatırladığım için onu söylüyorum. Hukuk devletinde kanun koyucunun haksız fiil ve sonuçları hakkında yasama yetkisini kullanırken Anayasanın ve hukukun temel ilkelerine bağlı kalmak kaydıyla usul kurallarının belirlenmesi konusunda takdir yetkisine sahip olduğu, itiraz konusu kuralla da kanun koyucunun fikri mülkiyet haklarının ihlalini caydırmaya ve söz konusu hakları koruma altına almaya yönelik bir düzenleme yaptığını gerekçe göstererek ret kararları vermişti. Ben bu yüzden şimdi şu halihazır durumuyla ilgili artık Anayasa Mahkemesi talepleri reddettiğinden, yani tartışılmaması gerekir. Gerçekten bu ispat külfeti belki sonraki konuşmacı arkadaşlarımız da bu konu üzerine değinecekler, ama artık şu an bunu tartışmaya gerek olmadığını düşünüyorum. Yalnız Fikir ve Sanat Eserleri Kanunuyla ilgili yapılacak düzenlemede bu kez bu hususların geniş çaplı değerlendirilip, bir düzenleme yapılmasının da uygun olacağını şahsi görüş olarak belirtiyorum.

Şimdi konuya ilişkin 11. Hukuk Dairesinin eski içtihatlarında 76 son maddesinin ihlale konu bir kaç eser tespiti söz konusu olduğunda bu eseri kullananların ilgili meslek birliğinin sahip olduğu bütün repertuarı kullanılmış gibi yıllık tarife bedelinin talep edileceğini belirterek, maddeyi bu şekilde yorumladığı halde 2009 yılından itibaren ki benim kendi dosyalarım da iki ya da üç tane bozma var, bu suretle artık istikrar kazandığımı düşünüyorum. Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun 80, 52. ve 68. maddeleriyle 76 son maddesine göre sadece söz konusu icracı sanatçıların davacı meslek birliğine mali haklara takip yetkisini verdikleri tüm eserlerinin haksız kullanıldığına dair aksi kanıtlanamayan karinenin gerçekleştiği dikkate alınarak ihlalin tespit edildiği tarihle dava tarihi arasında FSEK 68. maddesi uyarınca ödenmesi gereken telif bedelinin belirlenmesi suretiyle tazminata hükmedilmesi gerekirken davacı meslek birliğinin örneğin, MÜYORBİR'in üyesiye icracı sanatçıları kapsayacak şekilde ve meslek birliği tarifesi dikkate alınarak sözleşme ücretine hükmedilmesi doğru değildir diyerek bozmuştu. Buna ilişkin de elimde şu an üç tane karar örneği var. Örneğin, İstanbul 2 FSM'nin 2007 yılında tarifeyi esas alarak verdiği bir kararı Yargıtay 11. Hukuk Dairesi gerekçeyi yine doğru bularak onamış. Onama tarihi: 01.02.2010, bu sanıyo-

rum 2009'dan sonra onanan önceki uygulamaya göre farklı bir karar, ama 2009'daki önceki uygulamanın devamı niteliğinde, isteyen olursa Yargıtay ilamlarının örneğini de verebiliriz.

Bir tane bizim tarifeyi esas alarak 2010 yılında verdiğimiz kendi mahkememizin kararı var. Tarifeyi esas alarak karar vermiştik. 05.10.2013 tarihli Yargıtay ilamında burada da demin anlattığım çerçevede artık sadece ihlal edilen icracıların ya da eser sahiplerinin, sadece onların tüm repertuarı esas alınarak hesaplama yap, ona göre karar ver demekte, o yıllık tarife üzerinden verilmesinin uygun olmadığını söylemekte. Mesela, bir tane de Alanya 3. Asliye Hukuk Mahkemesinin aynı doğrultuda bir ilamını yine benim kararımın bozulduğu gerekçeyle Yargıtayca bozulduğunu yakın tarihte belirledim. Bunların istikrar kazandığını düşündüğüm için bu konunun önemli olduğunu ve bir hal yoluna gidilmesi gerektiğini düşünüyorum.

Şimdi özellikle meslek birliklerinin açtıkları tecavüzün durdurulması ve tazminat talepli davalarda tazminat miktarının, sadece meslek birliğine yetki veren ve icra olunan eserle ilgili eser veya icra bildirim formlarını düzenleyen eser sahibi veya icracı yorumcularının tüm repertuarı üzerine FSEK 68. maddesi gereğince tazminat hesaplaması yapılmasının mı uygun olacağı, yoksa meslek birliğinin esere tecavüz edenle, örneğin radyo, tv kanallarıyla FSEK 52. maddesi kapsamında yapacağı sözleşme, yani meslek birlikleri tarafından belirlendikten sonra yayınlanan bedellerin yıllık tarife dikkate alınarak hesaplanması konusunda kanımca ciddi şekilde sektörel bazda ve uygulama alanında sorun bulunmaktadır. Çünkü bu maddenin ilgili fıkrasında da belirtildiği üzere yasa koyucunun öncelikle iddia edenin iddiasının doğruluğu hakkında mahkemece kanaat getirecek düzeyde delil sunması şeklinde davacı yan lehine İspat karinesi belirlenmiştir. Karşı yan açısından, yani ihlal eden taraf açısından, bu karineyi çürütmesi gerekliliği, yani kullandığı eserle ilgili yasada öngörülen şekilde izin ve yetki aldığına dair belgeyi sunması gerekliliği şeklinde davalıya sıkı bir ispat yükümlülüğü yüklenmiştir. Bu suretle 76. maddenin son fıkrasıyla ispat karinesi tersine çevrilmiştir. Takip yetkisine sahip olan meslek birliğinin maddedeki bu karineden istifade ederek, eseri izinsiz olarak kullananandan ihlal tarihindeki geçerli tarifenin 68. madde kapsamında üç katını isteyebilmesinin uygun olup olmadığı veya son dönem içtihatlarında açıklandığı üzere meslek birliğine yetki veren eser sahibinin veya yorumcunun bildirdiği eserler ya da icralarla ilgili ve dolayısıyla tüm repertuarını içerecek şekilde hesaplama yapılarak, yine 68. madde kapsamında üç katını isteyebilmesinin uygun olup olmadığı konusu ciddi ciddi tartışmayı gerektirmektedir. Konuyla ilgili ben bir dosyamda sektörel anlamda görüşünü sorduğum bilirkişi bir ya da birkaç dosyaydı, şu an hatırlayamıyorum, ama bilirkişilerin, bizzat özellikle aralarında müzik yapımcısı olan bilirkişilerin görüşlerinin 2009 yılından önceki Yargıtay uygulamasına uygun olarak devam etmesi sebebiyle o bilirkişinin böyle gerekçesini burada izah etmek istiyorum. Burada bizler teknik olarak konuya belki çok vakıf olmayabiliriz, ama katılımcılardan bu konuda teknik olarak vakıf olanlar vardır belki onlar şimdi değer-

lendirmede bize katkıda bulunarak açıklama yapabilirler, soru sorabilirler. Bu yüzden bu hususu izah etme gereği duyuyorum.

Sektörün uzmanları niteliğindeki bu kişilerin bilirkişi olarak görüşüne başvurulduğunda özetle şöyle demişlerdir: Eser sahibi adına hareket eden meslek birlikleri ve üst konfederasyonunun lisanslama teknik komitelerinin bulunduğunu, tarife oluşturma parametrelerinin periyodik toplantılar yapılmak suretiyle meslek birliklerinin bu komitelerince belirlendiğini ve ticari amaçlı müzik kullanıcılarının ödeyeceği tarifelerin belirlenmesinde hiyerarşi söz konusu olduğunu, bu hiyerarşinin yukarıdan aşağı doğru sıralandığında zorunlu müzik, gerekli müzik ve yardımcı müzik ana başlıklarıyla türlerini de açıklamak suretiyle belirttiklerini, televizyon ve radyolardaki tarifelerin belirlenmesinde üç ana kategorinin söz konusu olduğunu belirttikler.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin son içtihatlarında belirtilen özellikle yorumculara ait eserlerin davacı meslek birliği koruması altında bulunan icralar bakımından yapılması gerektiğini, yalnız bu okuduğum özetle yorumcuyla ilgili olduğu için özellikle yorumcu demekteyim, belki eser sahibi olur veya başka pozisyon olur, o zaman özellikle o hakka dayalı denebilirdi, bunu açıklama gereği duyuyorum. Bu Yargıtay içtihadında belirtilen şekilde bir hesap yapılabilmesi bakımından bir tarife bulunmadığı gibi bu tür bir hesap yapılmasının da olanaklı olmadığını, zira radyo kanalıyla gerçekleşen yayınlar bakımından lisanslamaların eser başına ve günlük olarak hesaplanmasının mümkün olmadığını, meslek birliklerinin üyeler adına toplu hak takibi yaptıklarını, temsili alan olarak adlandırılan alana dahil edilen radyo, tv kanalıyla gerçekleşen müzik kullanımlarında tek tek kullanılan icralar belirtmek suretiyle her icra için bir ücret tespiti yapılmadığını, kullanıcıların kullanım öncesi meslek birliğinden izin aldıklarını ve bu meslek birliklerinin korumasındaki eserleri sözleşme çerçevesinde kullanabildiklerini, somut durumlarda da izinsiz icraların kullanıldığı tespit edilen sanatçıların tüm icralarıyla ilgili hesaplama yapılmasının da doğru olmayacağını, evet, bu konuda mesela çok iddialı farklı görüşte olan varsa ben özellikle bilgi olarak aktarmalarının uygun olacağını düşünüyorum. Ülkemizin taraf olduğu TRIPS'ten aynen alıntılanarak 76. maddesinin son fıkrasına bu hususun eklendiğini, izinsiz kullanmanın kanaat oluşturmaya yetecek şekilde delil sunulması suretiyle ispatlandığı karinesinin oluşacağı düşüncesiyle icra başına hesaplama yapmanın mümkün olmadığını tekrar belirterek, özellikle tarife bulunmadığından bu sebeple hesaplama yapılmadığını ve hesaplamının bu şekilde imkânsız olduğunu bize mütalaa olarak belirttikler. Şimdi sektör bilirkişilerinin yaptıkları bu yoruma itibar edilerek verilen kendi adıma diyorum iki tane emsal nitelikli karar vardı, ama taraflarca temyiz edilmeden kesinleştiğini tespit ettim. Bu durumu ne genel kurula yansıtılabildik, ne tekrar bozmaya diyelim ki olduğumuz halde bu mütalaaı esas alarak verdiğimiz karar temyiz edilmediği için 11. Hukuk Dairesine de gidemedi. Yargıtaydan bu husus denetimden de geçmedi, ben bilmiyorum şu an geldi mi Levent Yavuz Bey, mesela bu konuda aslında yüksek mahkemenin ne düşündüğünü de merak etmekteyim açıklama yapması mümkün mü acaba?

Dün oturumlar çok uzadı diye ben sunumumu kapatayım diyorum, çok uzun sürdü-
rerek katılımcıları sıkmayayım, şimdilik konuyla ilgili izah edeceklerim bundan iba-
rettir. Herkese çok teşekkür ediyorum.

Av. Burcu ASLAN - Biz teşekkür ediyoruz. Şimdi Sayın Doç. Dr. Azra Arkan Se-
rim, kendisi İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı öğ-
retim üyesi "**Meslek Birlikleriyle İlgili Güncel Hukuki Gelişmeler**" konulu tebliğini
sunacak. Buyurun efendim.

Doç. Dr. Azra ARKAN SERİM - Çok teşekkür ederim. Ben öncelikle bütün ge-
lenleri saygıyla selamlıyorum. Bize güç veren, bizi destekleyen ve böyle müşterek bir
çalışma imkânı sağlayan baroya özellikle teşekkür ediyorum. Av. Vehbi Kahveci'ye
emekleri için, Ali Yıldız'a emekleri için çok çok teşekkür ediyorum, hepimizi tekrar
saygıyla selamlıyorum.

Ben bugün biraz meslek birlikleriyle ilgili güncel problemlerden bahsetmek istiy-
orum. Tabii konu çok derin ve üzerinde saatlerce belki konuşulabilecek bir konu, fa-
kat zamanın kısıtlı olduğunu da bilerek, sadece güncel problemlerden kısaca bahset-
mek arzusundayım. Fikri hukuk alanında bildiğiniz gibi meslek birlikleri eser sahipli-
rini ve bağlantılı hak sahiplerini temsil eden özel hukuk tüzel kişileri. İcracı sanatçılar,
eser sahipleri bir sektör içerisinde çok zaman çok yalnız, dolayısıyla onların sektör-
de tutunabilmeleri, bir güç birliği oluşturabilmeleri meslek birlikleri sayesinde oluyor.
Fakat bu yapıların da son derece sağlıklı işlemesi gerekiyor. Dünyadaki örnekler çok
kısaca baktığımızda, Avrupa'da mesela ilk meslek birliğinin 1850 yılında Fransa'da
kurulduğunu görüyoruz. Yine Almanya'da 1903 yılında görüyoruz ilk meslek birliği-
ni. Bu kapsamda Avrupa'daki tarihi çok eski, bizdeki tarihyse oldukça yeni. Türk hu-
kukuna baktığımızda 1952 yılında ilk Fikir Sanat Eserleri Kanununun yürürlüğe gir-
mesiyle 42. maddede "meslek birlikleri" ifadesine rastlıyoruz. Yasada o sırada 1952
yılında bağlantılı hak sahipleri zaten tanınmıyor. Yani icracı sanatçılar, fonogram ya-
pımcıları, film yapımcıları, yayıncı kuruluşlardan müteşekkil bağlantılı hak sahipleri
zaten tanınmamakta ve yasalarca korunmamakta Türk hukuku bakımından 1952 yılı-
nda. Dolayısıyla sadece eser sahipleriyle ilgili olarak meslek birliklerinden bahsedili-
yor ve deniliyor ki: "Eser sahipleri 6 ay içinde bir meslek birliği kurarlar. Kurmadık-
ları takdirde bunu devlet kurar" fakat yasadaki bu hüküm aşağı yukarı 30 sene boyun-
ca hiç uygulanmadan böyle ölü bir hüküm olarak kalıyor ta ki 1983 tarihinde Fikir Sa-
nat Eserleri Kanunu 42. maddesinde yapılan değişikliğe kadar.

1983 yılından sonra yavaşça meslek birliklerinin yasadaki yapıları ile değişikliklerle kurul-
masını izliyoruz. Fikir ve sanat eseri sahipleriyle alakalı bir tüzük, meslek birlikleriyle
alakalı bir tüzük çıkarılıyor. Bu kapsamda ilk başta 4 tane meslek birliği kuruluyor.
Daha sonra bu meslek birliklerinin kuruluşunda tabii birçok sorun ve emekleyen bir
bebeğin, daha emeklemeye başlamak isteyen bir bebeğin hatta sıkıntılarını görüyo-
ruz. 2002 yılında yine fikir sanat eseri sahipleriyle alakalı tüzükte bir değişiklik yapı-

lıyor. 1995 tarihinde bağlantılı hak kavramı yasaya girdiği için bağlantılı hak sahiplerine de meslek birliği kurma hakkı tanınmıyor ve bu şekilde meslek birlikleri Türk hukukunda bir gelişim sağlıyor.

Konuyla ilgili yasal düzenleme yaparken birkaç hususa dair temel tespit ve seçim yapmak ve yasaları buna göre biçimlendirmek gerekir. Birkaç sistem var. Bugün bir Fikir Sanat Eserleri Kanunu Tasarısı Taslağı mevcut. Bu doğrusunu isterseniz, çok gizli tutulan bir taslak, bunun böyle olmaması gerektiğini düşünüyorum. Mesela, Türk Borçlar Kanunu çalışmaları yapılmıştır, Türk Medeni Kanun çalışmaları yapılmıştır. Bunlar temel nitelikte yasalarlardır. Üniversitemize soruldu bu konuyla ilgili ne düşünüyorsunuz diye, çalışma yapılması istendi. Bugün, Fikir Sanat Eserleri Kanunu Tasarısı Taslağı hakkında üniversitelerin, konuyla ilgili çalışan akademisyenlerin görüşleri yeterince alınmamıştır. Yine bu konuda çalışan sektördeki insanlar, hâkimler, Yargıtay üyeleri bunların görüşlerine yeterince başvurulduğunu düşünmüyorum. Bakın, tasarı gizli, dün Zeynep Talu buradaydı; kendisi de tasarıyla alakalı hiçbir bilgileri olmadığından bahsetti. Demek ki meslek birliklerine de çok temel bir şeyler sorulmuyor, bilgileri dahilinde değil. Doğrusu bu eleştirilmeye değer bir husustur. Yani böylesine bir yasa yapılırken bu konuyla ilgili kurumlara, kuruluşlara, kişilere bu işlerin sorulması uygundur ve yasalar hep böyle yapılır.

Dolayısıyla tasarının son şekli çok belirli değil, bir muamma. Bununla birlikte benim bilgi sahibi olduğum kadarıyla şu değişikliklerin yapılması öngörülüyor: Bir kere “meslek birliği” ifadesinin kaldırılması ve “telif birliği” ifadesinin konulması öngörülüyor. Bunun isabeti tartışmalı. Meslek birliği denildiğinde belki barolarla veya mimarlar odası gibi meslek birlikleriyle karıştırılması konusunda bir tereddüt, endişe vardır. Fakat telif birliği ifadesi çok güzel, belirli bir ifade değil. Telif ifadesi, bir bedeli mi ifade ediyor veya eser sahibi hakkını mı ifade ediyor? Eğer eser sahibi hakkını ifade ediyorsa, bağlantılı hak sahipleri bakımından telif birliğinin kurulması kavramsal kargaşaya yol açacaktır. Dolayısıyla bu ifade isabetli değildir. Meslek birliği ifadesi 1952 yılından beri yasada var olan, mevcut olan, oturmuş olan sektörde veya uygulamada veya akademik çevrelerde hepimizce bilinen bir kelimedir, bir terimdir. Başka bir şeyle karıştırılması imkânı artık söz konusu değildir. Dolayısıyla telif birliği ifadesini doğrusunu isterseniz çok uygun bulmuyorum.

İkinci husus şu: İlk meslek birliklerinin kurulmasına yol açan yasada 1983 yılında yapılan değişiklikte aynı alanda bir tek meslek birliğinin kurulması öngörülmüştü. Örneğin müzik eseri sahipleriyle ilgili alanda bir tek meslek birliği, fakat bunun uygun bir sistem olup olmadığı tartışmalı. Tek bir meslek birliğinin varlığı, aynı alanda rekabetin olmaması demek. Tek bir meslek birliğinin varlığı belki kullanıcılar bakımından bir kolaylıktır. Çünkü muhatapları tektir. Ancak bugüne kadar gelen gelişmede de aynı alanda tek bir meslek birliği mevcut değil, birden çok meslek birliği mevcut. Neden rekabetten kaçılmaktadır, ben bunun da doğru bir şey olduğunu doğrusunu isterseniz düşünmüyorum.

1983 yılından sonra 1995 yılında yasada yapılan değişiklikle, aynı alanda tek meslek birliği kurulması ilkesinden vazgeçilmiş ve aynı alanda birden çok meslek birliği kurulabileceği hükme bağlanmıştır. Taslakta yeniden tek bir meslek birliğine dönüşmesine yönelik bir düşünce ve çalışma olduğu anlaşılıyor. Mevcut meslek birliklerini muhafaza edebilmek için şöyle bir hüküm getirilmesi sanıyorum düşünülüyor: “Aynı alanda başka bir telif birliğinin kurulabilmesi için başvuruda bulunabilecek gerçek veya tüzel kişilerin sayısı o alanda kurulmuş en fazla üyesi olan telif birliğinin üye tam sayısından az olamaz”. Böyle bir hüküm, fiilen yeni bir meslek birliği kurulması imkânını ortadan kaldırır. Çünkü mevcut meslek birliklerinin üye tam sayılarını geçecek şekilde yeni bir meslek birliğinin kurulması, fiilen imkânsızdır. Ben bu hükmün de doğrusunu isterseniz çok isabetli olduğunu düşünmüyorum.

Dünya örneklerine baktığımızda örneğin, Avusturya, Belçika, Çekoslovakya, Danimarka, İtalya, Macaristan, Hollanda’da monopol, yani aynı alanda tek meslek birliğinin olduğunu görüyoruz. Yunanistan, Estonya, Polonya, İspanya, Malta, Slovenya’da bunlar benim tespit edebildiklerim, birden çok meslek birliğinin kurulabileceği yasalarında kabul edilmiş. Fransa, Almanya, Lüksemburg, İsveç, İngiltere, Finlandiya gibi ülkelerdeyse yasalarında buna ilişkin bir düzenleme yok. Yani tek meslek birliği kulsun veya birden çok meslek birliği kurulabilir şeklinde bir düzenleme yok, ama fiilen genellikle tek meslek birliğinin olduğunu görüyoruz ama yasada buna ilişkin bir düzenleme yok. Dolayısıyla ben bugün gelinen nokta itibarıyla yine monopole yol açacak yasal düzenlemenin isabetli olmadığını düşünüyorum.

Son olarak şu hususa değinmek istiyorum: Meslek birlikleri acaba kendilerine üye olmayan, kendilerine yetki vermeyen kişilerin haklarını takip edebilirler mi ya da hak sahipleri bazı haklarını yalnız meslek birlikleri aracılığıyla mı ileri sürebilirler, sürmelidirler? Şunu irdelemek istiyorum daha açıkçası: Fikir Sanat Eserleri Kanununun 41/2. maddesinde bir hüküm vardı biliyorsunuz. 41/2 temsil hakkıyla ilgili, yani umumi mahallerde müzik kullanımıyla ilgili temsil hakkıyla alakalı bir madde, şöyle diyordu: “Mahallerde kullanılan ve/veya iletimi yapılan eser, icra, fonogram, yapım ve yayınlar üzerinde hak sahibi olan gerçek veya tüzelkişiler bunların kullanımına ve/veya iletimine ilişkin ödemelerin yapılmasını ancak yetki verdikleri meslek birlikleri aracılığıyla talep edebilirler. Sinema eserleri bakımından bu fıkranın uygulanması zorunlu değildir”. Bir başka deyişle sizin bir müzik eseriniz umumi mahalde temsil edildiğinde, çalıştığında herhangi bir yerde, mesela bir mağazada çalıştığında veya bir restoranda, bir diskotekte çalıştığında siz buna ilişkin bedelin ödenmesini hak sahibi olarak bireysel başvuruyla talep edemiyordunuz, bir meslek birliği ancak sizin adınıza buna ilişkin ücretin ödenmesini talep edebiliyordu. İstanbul 4. Fikri Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi’nin önüne gelen bir dosyada ben bilirkişi olarak tayin edilmiştim. Bu hükmün Anayasaya aykırı olduğunu, bireysel hak takibini engelleyen böyle bir hükmün Anayasadaki hak arama hürriyetine, bireysel hak arama hürriyetine, 36. maddeye aykırı olduğunu ifade ettim bilirkişi raporunda, mahkeme de bu kanaatte olmuş olacak ki sayın Hâkim Anayasa Mahkemesine itiraz yoluyla bir iptal davası açmıştır ve ger-

çekten de Anayasa Mahkemesi talebi haklı görerek, hükümdeki “ancak” ifadesini kaldırmıştır. Bir başka deyişle bugün için sizin herhangi bir hakkınızı takip edebilmeniz için eser sahibi ya da bağlantılı hak sahibi olarak bir meslek birliğine üye olma zorunluluğu mevcut değildir. Oysa şimdi yeniden tasarıda getirilmek istenilenin bir ortak ve zorunlu lisanslama olduğu görülmektedir. Yine temsil hakkı ve iletim hakkı yani radyo, televizyonlarda yayın ve internet üzerinden yapılan iletimler bakımından, eser sahiplerinin ya da bağlantılı hak sahiplerinin haklarını ancak meslek birliği aracılığıyla takip edebileceklerine ilişkin bir düzenlemenin getirilmek istendiği anlaşılmaktadır.

Bu isabetli bir düzenleme değildir. Avrupa’da ve Avrupa Birliği ülkelerinde bunun örnekleri vardır; fakat Türk hukuku bakımından bunun doğru olduğunu düşünmüyorum. Ayrıca bir emsal Anayasa Mahkemesi kararı vardır. Dolayısıyla böyle bir düzenlemenin getirilmesi halinde pek muhtemeldir ki bu hükümler de Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilecektir. Peki, neden bazı Avrupa ülkelerinde böyle olmasına rağmen Türk hukuku bakımından bunun isabetli olmadığını düşünüyorum? Bunun nedeni şudur: Avrupa’da ileri ülkelerde birçok işin vekil, temsilci aracılığıyla yapılması adettir veya yasa gereğidir ama buralardaki gelişmişlik düzeyinin bugün Türkiye’de olmadığı çok açık. Dolayısıyla çok ileri devletlerde uygulanan bir takım sistemlerin buraya uyarlanmasının her zaman isabetli sonuçlar vermediğini düşünüyorum.

Son söz olarak şunu ifade etmek gerekir ki böyle bir düzenleme yapılırken, böyle bir yasa değişikliği yapılırken bu konularla ilgilenen kurumların, kuruluşların, kişilerin haberdar edilmesi ve görüşlerine yeterli şekilde başvurulması daha isabetli olur. Çok teşekkür ederim.

Av. Burcu ASLAN - Teşekkür ederiz

Av. Burcu ASLAN - Teşekkür ederiz Hocam. Şimdi Sayın Yrd. Doç. Dr. Ali Paslı, kendisi İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı öğretim üyesi “*Fikri Hukukta İspat*” konulu tebliğini sunacak, buyurun Hocam.

Yrd. Doç. Dr. Ali PASLI - Teşekkür ederim. Öncelikle tüm organizasyon komitesine, İstanbul Üniversitesi’ne, İstanbul Barosu’na bu değerli toplantıyı düzenledikleri ve beni de çağırdıkları için teşekkürlerimi ileterek başlamak istiyorum. Süremiz sınırlı, Burcu Hanım da uyardı, genelde bu tür toplantılarda oturum başkanlarıyla sürenin uzatılması konusundaki ısrarlarımdan dolayı aram açılır, bugün kendim için de bir ilk olacak, inşallah 15 dakikalık süre sınırlamasına uyacağım.

Tebliğ konum, “*Fikri Hukukta İspat*”. Öncelikle tebliğ konumun başlığındaki kavramları aydınlatmamız gerekli: 1. Fikri hukuk nedir? 2. İspat nedir? Hemen söyleyeyim bir hukukçu için en zor şey nedir sorusudur. Gerçekten bu, cevaplanması en zor sorulardan biridir. Benim bu tebliğ konum itibarıyla “*Fikri Hukukta İspat*” ile kastettiğim, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu ve eser hukuku çerçevesinde, eser sahibi ve eser

sahibinin haklarının korunmasındaki özel ispat kurallarıdır. Fikri hukukun ne olduğuna gelince: Doktrinel açıdan “*gayri maddi mallar hukukundaki diğer alanlarda, özellekle ayırt edici işaretleri açısından fikir yoktur*” şeklindeki baskın görüşü kabul etmiyorum. Bu açıdan saydıklarımın, başta marka olmak üzere, fikri hukuk olduğunu, dolayısıyla bunların da fikri mülkiyet şeklinde isimlendirilmesinin teknik açıdan doğru olduğunu düşünüyorum. Ancak genel baskın görüşün kullanımına uyarak ben de burada fikri hukuku sadece FSEK anlamında kullanıyorum.

İspatın ne olduğunu sormuştum. Cevabına gelince: İspat, bir iddiayı, bu anlamda bir davada davacının iddiasını veya davalının savunmasını dayandırdığı hukuki maddi vakanın ya da bir olgunun doğru ve gerçek olduğuna yönelik gerçekleştirilen faaliyetlerdir. İspat esasen, maddi vakanın veya olduğunun doğruluğuna ve gerçekliğine mahkemeyi inandırma sanatıdır. İşte bu sanatı icra ederken çeşitli araçlar -ispat araçları- kullanılır. Usul hukuku bu konuyu genel olarak düzenleyen hukuk dalı olup Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda buna yönelik genel kurallar konulmuştur. Ben burada, bütün bu genel kurallardan bahsetmeyeceğim; Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nda ispatla ilgili öngörülen bazı özel düzenlemelerin altını çizeceğim ve bir kısım tartışmayı da umarım tartışmalar bölümüne bırakacağım.

İspatın ne olduğunu açıkladığımızı göre sormamız gereken şudur: Fikri hukukta ispat ile kastedilen neyin ispatıdır?

1. Eserin ispatı,
2. Eser sahipliğinin ispatı,
3. Esere tecavüzün, oradaki hakkın ihlalinin ispatı.

Sunumumu bu üç ana başlık altında, ispatla ilgili özel kuralları belirterek yapmak istiyorum. Mecburen, çok ayrıntısına girmeden, yalnızca işaret etmekle yetineceğim.

Fikri mülkiyet hukukunun koruması kapsamına giren maddi mallardan farklı olarak gayri maddi mallarda şöyle bir problem bulunmaktadır: Mal somut olarak ortada değildir. Mal, başka deyişle mülkiyet konusu olan şey somut olarak ortada olmayınca, malın varlığının da ispatı lazımdır. Maddi mallar açısından bu noktada tartışma yoktur: Bir taşınmaz var mı, yok mu? Var. Yahut bir menkul var mı, yok mu? “Var, işte burada” denilebilir. Hâlbuki malın somut olarak varlığı/yokluğu, gayri maddi mallar hukukunda öncelikli sorun olarak ortaya çıkmaktadır. Mal ne zaman vardır? İşte bütün uluslararası fikri mülkiyet hukukunun 18, 19. yüzyıldan itibaren üzerinde durduğu konulardan biri, gayri maddi malın, markadan başlayarak patente kadar somutlaştırılmasıdır. Bu somutlaştırma çabasına, özellikle sinai haklarda, cevap tescil olmuştur. Marka bakımından bu somutlaştırma, malı belirli hale getirme mücadelesi tescil kurumunu ortaya çıkarmış ve bu tescil kurumuna yönelik olarak ulusal, uluslararası sistemler oluşturulmuştur. Buna karşılık fikri mülkiyet hukukundaki gayri maddi mallar bakımından söz konusu olan bu somutlaştırma gerekliliği ve buna verilen cevap olan tescil fikri hukukta reddedilmiştir. Yani fikri hukukta, eser hukukunda eser var

mıdır, yok mudur sorusuna cevap verirken, eserin tanımında tescil kesinlikle kurucu bir unsur değildir. Zaten uzun süre, tescil şeklinde bir sistem de kurulmamıştır. Bern Konvansiyonu'na dayanan ve onu takip eden uluslararası antlaşmalarda kabul edilen, gayri maddi eserin ve dolayısıyla eser sahipliğinin varlığında tescilin ve herhangi bir şekli formalitenin aranmaması kuralı bizde de mevcuttur. Bu açıdan bir sorun bulunmamaktadır ama malumunuz olduğu üzere, bu durum müzik ve sinema eserleri açısından bazı talihsiz düzenlemelere konu olmuştu. Daha sonra bu düzenlemeler yürürlükten kaldırıldı. Şu an yürürlükte FSEK madde 13 ve onu takip eden Fikir ve Sanat Eserlerinin Kayıt ve Tescili Hakkında Yönetmelik bulunmaktadır.

Filmlerin ilk tespitini gerçekleştiren film yapımcılarıyla, seslerin ilk tespitini gerçekleştiren fonogram yapımcıları, hak ihdas etmek amacı taşımaksızın, sahip oldukları hakların ihlal edilmemesi, hak sahiplerinin belirlenmesinde ispat kolaylığı sağlanması ve mali haklara ilişkin yararlanma etkilerinin takip edilmesi maksadıyla sinema ve müzik eserlerini içeren yapımların kayıt ve tescilini yaptırabilirler. Kayıt ve tescil işlemleri Kültür ve Turizm Bakanlığı nezdinde gerçekleştirilir. Ayrıntısına girmeden belirtelim: Buna ilişkin ikincil mevzuat zamanla değişmiştir. Şu anda Fikir ve Sanat Eserlerinin Kayıt ve Tescili Hakkında Yönetmelik yürürlükte bulunmaktadır. İşbu Yönetmelik'in özellikle 2, 5, 7. ve 8. maddelerine işaret etmek gerekir. Farklı anlamlara gelebilecek ifadelere karşı altını çizerek söylemek lazım ki buradaki tescil, ispat bizim için esas önemli olan ispata yarar. Peki, burada kastedilen neyin ispatıdır? Eserin varlığının ve takiben biraz sonra değineceğim ikinci ana başlığım olan eser sahipliğinin ispatıdır. Eser üzerindeki diğer hakların takip edilmesi için böyle bir sistem kurulmuştur. Bu sistem hangisi için kurulmuştur? Filmlerin ilk tespitini gerçekleştiren film yapımcılarıyla seslerin ilk tespitini gerçekleştiren fonogram yapımcılarının film ve ses yapımlarına yönelik olarak kurulmuştur. Ancak burada tescil edilenin, eser mi yoksa yapı mı olduğu da açıklığa kavuşturulmalıdır. Çünkü FSEK 13. maddenin devamında şöyle bir hüküm getiriliyor: *"Aynı maksatla eser sahiplerinin talebi üzerine bu kanun kapsamında korunan tüm eserlerin kayıt ve tescili yapılabilir. Mali haklara ilişkin yararlanma yetkileri de kayıt altına alınabilir."* Demek ki hüküm sadece bahsettiğimiz tespitlere, açık söyleyişle filmlerin, sinema ve müzik eserlerinin tesciline yönelik değildir; diğer tüm eserlerin de bu şekilde tespiti mümkündür. Ancak yönetmelik burada ikili bir ayırım yapıyor: Zorunlu olanlar ve olmayanlar şeklinde. Tekraren söylüyorum, bu zorunluluğu, hakkın varlığı için eserin varlığı noktasında aramamak lazımdır. Bu zorunluluğun idari sonuçları bulunmaktadır ve bu sonuçlar, bizim için önemli olan hususun, yani ispatın gerçekleştirilmesine yarar. Devamında o esere, hakka dayalı olarak talepler ileri sürülürken, örneğin savcılığa başvurulurken, yaptırılan tescilin doğrudan bir delil rolünde olması söz konusu olacaktır.

Kültür ve Turizm Bakanlığı nezdinde tutulan tescil ve kayıt, ikinci ana başlığım olan eser sahipliğinin ispatı noktasında da etkin, etkilidir. FSEK eser sahipliğiyle ilgili olarak başkaca hükümler, eser sahipliği hakkında karineler de öngörmüştür. Gelelim, ese-

rin varlığı dışında eserin sahibinin kim olduğu sorusuna: Eserin var olduğunu tespit etmiştik, eseri meydana getiren gerçek kişi eserin sahibi olur. Öyleyse eser sahipliği noktasında öngörülen karineler ne işe yarar? Belirli olgularla başka olguları ispat etmeye yarar. Bu konuda FSEK'in 11. maddesi ile 12. maddesi bize yol göstermektedir. FSEK'in 11. maddesi sahibinin adı belirtilen eserleri, 12. maddesi ise sahibinin adı belirtilmeyen eserleri düzenler. Bütün eser çeşitleri andığımız iki maddenin kapsamındadır. Bu iki maddeden yararlanarak eserin sahibi olduğunu göstermiş olursunuz; başka deyişle eser sahipliği bu anlamda karine olarak ortaya konulur. Yayımlanmış eser nüshalarında veya güzel sanat eserlerinin aslı'nda o eserin sahibi olarak adını veya bunun yerine tanınmış müstear adını kullanan kimse, aksi sabit oluncaya kadar o eserin sahibi sayılır. Diyelim ki bir kitap yayınladım ve kitabın kapağında benim adım yazıyor. Bu halde eserin sahibinin ben olduğu kabul edilir. Yahut bir tablounun köşesinde bir kişinin adı yazıyorsa, tablo onun eseri sayılır; eser sahibi, tablounun köşesinde adı yazan kişi kabul edilir. Bir örnek daha verelim: Piyasaya sürülen bir plağın kapağının üst kısmında "Orhan Gencebay" yazılı olsun, öyleyse plak karine olarak Orhan Gencebay'ın sayılır. Ancak aksi ispat edilebilir: Her kim "gerçek eser sahibi benim, o kişi değil" derse, iddiasını ispat yükü altındadır. Görüldüğü gibi, bu karine bize doğrudan eser sahipliği sıfatını verir ve ispat yükünü bir anlamda yer değiştirmiş olur. Yargıtay kararlarına konu olmuş olaylar da bulunmaktadır. Aynı eserle ilgili birden fazla karine bu şekilde ortaya çıkabilir. Örneğin aynı müzik eseri, bir plakta bir kişinin, başka bir plakta başka kişinin eser sahipliğine karine oluşturur şeklinde gösterilmiş olabilir. Bu durumun çözümüne ilişkin farklı görüşler bulunmaktadır. İlk görüşte, fikri mülkiyet hukukunun geneline hâkim olan özellikle sınai mülkiyet hukukunda çok özellikli bir kural olan "öncelik kuralı"nın burada da işleyeceği söylenmektedir. Ben, bu görüşe çok katılmıyorum. Yargıtay da, benim tespit edebildiğim kadarıyla, genellikle bu görüşe katılmamaktadır. Kanaatimce, kabaca "ilk önce hangisi yayınlanmışsa eser sahibi odur" şeklinde ifade edilebilecek olan öncelik kuralına dayanmamak gerekir. Bana göre, bu halde artık iki karine âdeta birbirini götürür ve genel ispat kuralları çerçevesinde kimin eser sahibi olduğunun belirlenmesi gerekir.

Eser sahipliği noktasında hemen şunu söylemek lazım gelir: Bir kişinin eser vücuda getirmesi ve eser sahibi olması hukuki anlamda bir maddi fiildir; hukuki işlem ya da hukuki işlem benzeri fiil değil. Dolayısıyla her türlü delille ispat edilebilir. Maddi fiil olduğu için eser sahibi sıfatını kazanmak bakımından tam ehliyetli olmaya da gerek yoktur. İşte, ispat hukuku açısından en önemli husus, bahsettiğim maddi fiil olma özelliğidir ki bu özellik eser sahibine, sahipliğini her türlü delille ispat hakkı verir. Onun için, HMK'deki tüm deliller bu anlamda eser sahipliğinin ispatı noktasında başvuru- labilecek unsurlar olarak karşımıza çıkar. FSEK'in 11 ve 12 maddesi doğrudan, karine olarak kişinin eser sahibi olduğunu göstermeye yardımcı olan veriler içermektedir.

FSEK'in 11 maddesinin 2 fıkrası şöyle kaleme alınmıştır: "Umumi yerlerde veya radyo, televizyon aracılığıyla verilen konferans ve temsillerde mutat şekilde eser sa-

hibi olarak tanıtılan kimse o eserin sahibi sayılır. Meğerki 1. fıkradaki karine yoluyla diğer bir kimse eser sahibi sayılsın”. Şu halde, FSEK’in 11. maddesinin ilk fıkrası, 2. fıkraya üstün gelmektedir. Yayınlanmış bir eser söz konusuysa, bu yayınlanmış eserin üzerinde eser/hak sahibi olarak gösterilen kişinin eser sahibi olduğu karine olarak kabul edilmektedir. Ancak ilk fıkranın uygulanması gündeme gelmezse, 2. fıkraya çerçevesinde umumi yerlerde, radyo, televizyon aracılığıyla veya -Radyo Televizyon Kanununun ilk halinde yalnızca “radyo” anılmaktaydı, daha sonra “televizyon” ifadesi de düzenlemeye eklendi. Kanımca hükmün ifadesini bugün itibariyle geniş yorumlamak ve her tür kitle iletişim aracını hükme dâhil saymak gerekir- her türlü kitle iletişim aracı yoluyla verilen konferans ve temsillerde eser sahibi olarak tanıtılan kimse eserin sahibi sayılır.

FSEK’in 12. maddesindeyse sahibinin adı belirtilmeyen eserlere ilişkin düzenleme yapılmıştır. Bu maddedeki özellik gösteren husus, 12. madde hükmünün doğrudan uygulanmamasıdır. İşbu maddenin uygulanması için gereken ilk şart eser sahipliğinin belli olmaması, başka deyişle eser sahipliği noktasında belirsizliğin olmasıdır. Yargıtay’ın bu hususta çeşitli kararları mevcuttur. Yayınlanmış olan bir eserin sahibinin FSEK’in 11. maddesine göre belli olmaması durumunda yayımlayan; yayımlayan da belli değilse çoğaltan eser sahibine ait hak ve yetkileri kendi namına kullanabilir. Görüldüğü gibi, bu madde bağlamında esasen eser sahipliğine yönelik bir karine bulunmamaktadır. Hüküm ile eser sahibinin haklarının bir başkası tarafından kullanılabilmesi yetkisi düzenlenmektedir. FSEK’in 12. maddesi, daha çok, eser sahibinin gizli kalmak istediği durumlarda gündeme gelen bir maddedir. İşte yayımlanan bir eserde eser sahibi belli değilse yayımlayan, yayımlayan da yoksa çoğaltan dış ilişkide kendi adına eser sahipliği haklarını kullanabilmektedir. Kullanabileceği hakların kapsamına, sadece mali değil, manevi hakların da girdiğini belirtelim.

FSEK’in 11. maddesinin 2. fıkrasına, yani biraz önce aktardığımız üzere umumi yer, radyo, televizyondaki konferans ve temsillerde eser sahipliğine ilişkin karineye yönelik olarak 12. madde, böyle bir durumda eser sahibi belli değilse, başka ifadeyle konferansta bu eserin kime ait olduğu gösterilmemişse, konferansı veren eser sahibi olarak kabul edilir. Örneğin şu anda tarafımda sunumu yapılan tebliğ bir eserse, bu tebliği sunan, konferansı veren kişi olarak ben eser sahibi kabul ederim. Özetle, FSEK’in 11. maddesinin 2. fıkrasındaki karineyle eser sahibinin belli olmadığı hallerde eser, konferansı verene veya temsili icra ettirene aittir.

Son fıkraya bu durumda özellikle doktrinel açıdan önemli bir hüküm getirmektedir. Bu fıkraya uyarınca, yetkili kişilerle asıl hak sahipleri arasındaki münasebetlere ticari vekâlet hükümleri değil; adi vekâlet hükümleri uygulanır. Yetkili kişilerle asıl hak sahipleri arasındaki ilişkinin doğrudan vekâlet olup olmadığı tartışmalıdır. Gizli kalan kişiyle yayımlayan veya çoğaltan yahut konferansı veren kişi arasındaki ilişkinin temsil ilişkisi olup olmadığı tartışılabilir. Fakat bu ilişkiye vekâlet hükümlerinin uygulanacağı kabul edilmektedir.

İhlalin tespitiyle ilgili olarak delil bakımından iki hükmün altını çizmek gerekir: Birincisi FSEK'in 68. maddesi 5. fıkrasıdır; "*hak sahiplerinden biri işbu maddenin 2. ve 3. fıkraları uyarınca talepte bulduklarında Ceza Muhakemesi Kanunu'nun el koymaya ilişkin hükümleri delil elde etmek amacı dışında kullanılmaz*". Bunun anlamı: CMK'nin 116 ve devamı maddelerindeki hükümler ile özellikle el koymayla ilgili 127 ve devamındaki maddelere hukuk davalarında delil elde etmek amacıyla başvurulabileceğidir. FSEK'in 75. maddesinde de bu hususa ilişkin -son günlerde tartışılmakta olan- bir düzenleme yer almaktadır: Savcılık marifetiyle delil elde etmek FSEK'in 75. maddesinin yardımı ile mümkündür. MarkaKHK'de, patentte ve tasarımda hak ihlali durumlarında delil tespiti davası düzenlenmiştir. Bu dava, FSEK'te doğrudan düzenlenmemiştir ama düzenlenmemiş olması delil tespiti davası açılmasına engel olmamaktadır. Kuşkusuz Hâkime Hanımın FSEK'in 76. maddesiyle ilgili yaptığı sunum ve maddede ispat hukuku açısından, dikkate değerdir. İşbu maddeye farklı açıdan da yaklaşmak mümkündür ama maddeyi esasında salt ispat hukuku maddesi olarak almak en doğrusudur. Andığımız maddeye ilişkin olarak yapılan tartışmalarda, maddenin Anayasa'ya aykırılığı iddia edilmektedir. FSEK'in 76. maddesinin doğrudan kaynağının TRIPS (Ticarette Bağlantılı Fikri Mülkiyet Anlaşması) olduğu kabul edilmekte; TRIPS'e dayalı olmasından hareketle maddenin Anayasa'ya aykırı olmadığını söylemek hem doğru, hem yanlıştır. Doğrudur, çünkü gerçekten de TRIPS'e dayanmaktadır. TRIPS'in 43 ve 44. maddelerinde bulunan ispat hukuku bakımından temel kuralı, kimsenin kendi aleyhine olan delili mahkemeye sunmak zorunda olmamasıdır. TRIPS'in -kanaatimce doğrudan uygulanma imkânı olmayan- 43. maddesi şöyle kaleme alınmıştır:

"Taraflardan herhangi biri hak talebini desteklemek için yeterli ve makul olarak temin edilebilen delilleri sunduğunda ve talebin tevsiki ile ilgili olup, karşı tarafın kontrolünde bulunan delilleri belirttiğinde, adli merciler; uygun hallerde gizli bilgilerin korunmasını sağlayan koşullara tabi olarak, bu delillerin karşı tarafça sunulmasını emretme yetkisine sahip olacaklardır.

Herhangi bir takibata taraf olanlardan birinin isteyerek ve geçerli bir nedene dayanmaksızın, gerekli bilgilerin elde edilmesini reddetmesi veya başka şekillerde bu bilgileri makul bir süre içinde vermemesi veya uygulama fiili ile ilgili bir usulü önemli ölçüde engellemesi halinde, Üyeler taraflara itham veya deliler konusunda ifade verme fırsatının tanınması koşuluyla, adli mercilere, bilgilere erişimin reddedilmesi nedeniyle olumsuz etkilenen tarafça sunulan şikâyet veya iddialar da dâhil olmak üzere, kendilerine sunulan bilgilere dayanarak, olumlu veya olumsuz, bir ön tespit veya kesin tespit yapma yetkisini verebilirler".

Bunun anlamı, üye devletlerin taraflara ve hak sahiplerine, karşı tarafı, yeterli delil ve emareleri göstermek hususunda imkân vermeleri gerektiği; karşı tarafın da bu durumda elindeki belge ve delilleri sunmak zorunda olduğudur. MarkaKHK'de buna ilişkin bir hüküm bulunmaktadır ancak bu hüküm FSEK'in 76. maddesi gibi bir karine düzenlenmemektedir. FSEK'in 76. maddesi, TRIPS'in 43. maddesini aşan ve sert

kural koyan bir düzenlemedir. Hiçbir sınırlama yapmaksızın, kişinin hangi belgeleri istediğini belirtmesi gerekmez ilgili belgenin verilmemesi halinde ne olacağına ilişkin olarak TRIPS'in 43. maddesi ile FSEK'in 76. maddesi aynı değildir. TRIPS'in 43. maddesinin varlığı FSEK'in 76. maddesini mazur göstermemekte, düzenleme şekli, doğru bir ihtiyaca cevap vermemektedir. Örneğin ben, davacı olarak, çeşitli şekillerde hak sahibi olduğumu ve hakkımın davalı tarafından ihlal edildiğini tam olmasa da tama yakın bir şekilde gösterir ve mahkemeyi ikna edersem, mahkeme karşı tarafa elinde ne var ne yoksa her şeyi sunmasını emreder. Karşı tarafın sunmaması halinde davayı ben kazanırım/davacı kazanır. Bu düzenleme TRIPS'in 43. maddesinde tam bu şekilde değildir: Sunma zorunluluğu yine vardır, ama sunmama durumunun doğrudan davacının tüm iddialarının doğru kabul edilmesi, davanın kazanılması anlamında bir karine oluşturması söz konusu değildir.

Son olarak, Uluslararası fikri mülkiyet hukukunun son yıllardaki en önemli gelişmelerinden biri olarak, AKTA adlı bir uluslararası anlaşmaya değineyim. AKTA, ticaretteki sahtecilik ve sahtekârlıklara karşı önlem getirme amaçlı bir antlaşmadır ve sadece fikri mülkiyetteki icra usullerini düzenlemektedir. Yani TRIPS'in bir kısmı başlı başına bir uluslararası antlaşma haline gelmiştir. AKTA, tamamen gelişmiş ülkelerin, özellikle de Amerika'nın önderliğinde WIPO'yu, VTO'yu da aşarak organize edilen bir antlaşmadır. Türkiye henüz bu anlaşmaya taraf olmamıştır, ama uluslararası antlaşmaların akdedilme sürecini göz önüne aldığımızda mutlaka ileride taraf olacağımızı kestirmek güç değil. FSEK'in 76. ve TRIPS'in 43. maddelerine denk gelen AKTA'nın 11. maddesinde andığımız düzenlemelerden ileri gidilerek bir adım daha atılmaktadır. Eğer taraf olduğumuzda AKTA Türkiye açısından bu şekilde yürürlüğe girse TRIPS'in 43. maddesinden sert bir maddeyle karşı karşıya kalınacaktır. Çünkü davalıya sahip olduğu tüm bilgi ve belgeleri (tüm distribütör ağları vb.) sunma yükümlülüğü yüklenmiş olacaktır. Teşekkür ediyorum.

Av. Burcu ASLAN - Biz teşekkür ediyoruz. Şimdi aramızda çok değerli sanatçı Sayın Orhan Gencebay var. Kendisi MESAM Meslek Birliği kurucu üyesi olduğunu da biliyoruz, konuşmasını yapmak üzere kürsüye davet ediyoruz.

Orhan GENÇEBAY - Bu konu benim hayati konum, yalnız benim değil, bütün sanatçıların hayati konusudur. Bu yaşamakla eşdeğer bir konudur, yani bu kadar önemlidir. Bizler genelde bu konuya "telif hakları 5846" sayılı yasa olarak bakıyor ve değerlendiriyoruz. Tabii yasalara saygımız büyük, ama aslında telif haklarını yalnız bu yasanın içeriği ve bakışıyla halletmemiz bana göre mümkün görünmüyor. Bizim buna insan hakları olarak bakmamız gerekiyor. Yani bir insanın hakkı neyse, o nasıl korunuyorsa ceza hukukunda, ticaret hukukunda veya medeni hukukta, o şekilde bakılmalı ve korunmalıdır. 1839 öncesi Osmanlı döneminde özel mülki hakların oluşturmuş olduğu özel fikir ve sanat, yani düşünce ve duygu ürünlerinin bir hak talebi olduğu zaman buna "ahlaki değil" diye bakılırmış. 1839'da kapitalist sistemin uygulanma-

ya başlamasından itibaren, her emeğin bir hakkı olduğu anlayışı geliştirilerek kanunlaştırılmış. 1910 ve 1922 arası bu anlayış daha fazla uygulanmaya başlanmışsa da kanunların yetersizliği ve insanların yeteri kadar bilinçlenememesinden dolayı bu haklar gasp edilmiş. Hala bazı yerlerde bu eski zihniyetin hakim olduğuna şahidiz ve ben bundan son derece rahatsız oluyorum.

Önce sizlere benim ne yaptığımı söyleyeyim, belki bilmeyenler vardır. Halkımız beni Orhan ağabey, Orhan baba olarak tanıyor, şarkılarımla bestelerimle biliyor tabii, ama ben bir müzik adamı olarak müzik sanatı için ne yapıyorum, onu söylemek istiyorum. 6 yaşında klasik batı müziğiyle müziğe başladım; o temel prensipleri öğrendikten sonra 7-8 yaşına doğru halk müziğiyle sazımı kucakladım. 10 yaşında beste yapmaya başlamıştım, 12 yaşında da Türk sanat müziğiyle tanıştım; bilahare cazla, rockla, klasik batıyla tekrar ilgilendim. 13-14 yaşında çok ciddi besteler yapmaya başladım. Müziğin temel prensiplerini öğrenmek istiyordum dünya için ve bu şekilde 1000'in üzerinde eser ürettim. Kısaca hem söz yazarım, hem besteciyim, hem aranjörüm, hem saz hem ses yorumcusuyum. Müzik adına pek çok fikir geliştirdim, geliştirmeye de devam ediyorum, Türk müziği adına... Sloganım da şudur; sanatçıyı yaşat ki sanat yaşasın, çünkü sanatı sanatçı üretir. Bu sebeple 40 yıldan beri de sanatı ve sanatçıyı korumak için telif konusuyla ilgiliyim. Dünyadaki telif uygulamalarını da takip eden biriyim. Bu yüzden bizdeki fikir ve sanat eserlerini 5846 sayılı yasanın oluşmasından bu yana, her yönüyle meslek birlikleri kanalıyla değerlendirdim ve birebir yaşadım. Başlangıçtan beri içinde olduğum bir konu olduğu için, yaşamızın son halinin AB müktesebatıyla ne kadar uyumlu olduğunu anlamak için, bu konuda ileri olan birçok ülkenin telifle ilgili yasalarını tercüme ettirdim. Bunların hepsini teknik ve hukukçu arkadaşlarla birlikte analiz ettik ve karşılaştırdık. Ortaya çıkan sonuçlar karşısında da çok üzülüm. Bizdeki kanunun içinde bizim çok önem verdiğimiz korumayla ilgili pek çok yasa maddesinin onlardan farklı olduğunu gördüm ve daha iyi olması için düzenlemeler yapılması gerektiğini anladım. Araştırdığımızda şunu da anladık ki, telif konusunda gelişmiş ülkeler bu konuda insan haklarının en önemli haklar olduğunu bilerek telif konusundaki sorunları çözüyorlardı. Yani yasalarında yalnız sanat ve telif konuşulmuyordu, orada öncelikle insan hakları söz konusuydu. Bu sebeple bizler de şimdi telif haklarına bakarken önce telif diye değil insanın hakkı olarak bakmalıyız.

Şu anda 15.000 civarında kayıtlı sanatçımız var. Bunlar kayıtlı olanlar tabii. Meslek birliklerine kayıtlı olmayan on binlerce sanatçı var. Bu sanatçıların aileleriyle birlikte bu rakamın çok büyük olduğunu düşünüyorum. Aileleriyle birlikte yüz binlerce insan şu anda haklarını alamadıkları için mağdur durumdadır. Neden? Buna telif diye bakıldığı için... Telif hafif geliyor insanlara, bu yüzden buna insan hakkı diye bakmak lazım. Çünkü burada gasp edilen insan hakkıdır; bu da cebimizden para çalmakla eşdeğerdir. Yani hırsızlıkla eşdeğerdir. Ceza yasalarımızda hırsızlık eylemlerine büyük cezalar veriliyor. Fakat biz hâlâ telifi gereği gibi anlayamadığımız için, insanımızın, sa-

natçının yaşamları gasp ediliyor, bu yüzden sanatçılarımızın çok büyük çoğunluğunun ne emeklilik, ne sağlık güvenceleri yok.

Sanatçılarımız adına bunu düzeltebilmek için çok uğraştık, hala da uğraşmaya devam ediyoruz. Bu sebeple nice liderlerimize derdimizi anlattık; başta Süleyman Baba olmak üzere, Sayın Bülent Ecevit'e, Turgut Özal'a hatta Sayın Tayyip Erdoğan'a da derdimizi ilettik. Sağ olsun hepsi ilgilendiler, fakat daha iyi bir sonuç alınabilmesi için, sadece biz sanatçıların değil herkesin daha çok bilinçlenmesi ve daha iyi organize olması gerekmektedir. Bize haklarımızı verecek ve sorunlarımızı çözecek olan hukuktur. Bu suretle hukukumuzun, 5846 sayılı yasada da belirtildiği gibi, bizim konumuz özel hukuk statüsündeki haklardan olduğu için, ancak sanat ve sanatçı haklarını daha iyi tanıyarak bu konuyu çözebilmesi mümkündür.

Hayatta elle tutulup, gözle görülebilene somut değerler vardır, bir de elle tutamadığımız ve gözle göremediklerimiz... Genelde yasalar somut değerlere göre yazılıp, oluşturulmaktadır. Aklımı görüyor musunuz mesela? Sevgimi, aşkımı, inancımı, evlatlarıma olan sevgimi, ülkeme mesleğime olan aşkımı görebiliyor musunuz? Emeği neticede görebiliyoruz nispeten, ama bu değerlerimi görüyor musunuz? Görmüyorsunuz ama bunlar yok mu görünmediği için, elle tutulmadığı için bunlar yok mudur? Bizi yaşatan şu anda insan denilen bu surette manevi değerlerimizin varlığını gereği gibi kabul edemiyoruz. İşte müzik, elle tutulmayan gözle görülmeyen bir değerdir.

Bu suretle tüm sanat dalları son derece önemli bir değerdir. Atatürk TBMM'deki bir konuşmasında der ki: *"Bir milletin sanatı yoksa can damarlarından biri kopmuştur. Efendiler, milletvekili olabilirsiniz, reisicumhur olabilirsiniz ama sanatçı olamazsınız"*. Üstelik sanatçı kolay yetişmediği için, tüm ülkelerde sanatçı adeti fazla değildir. Sanatçıyı yaşatmak gerekir ki sanat yaşasın. Şu anda sanatçıların büyük çoğunluğu yaşamıyor, yaşayamıyor. Hakları gasp edilmiştir ve emeklerinin karşılığı gereği gibi verilmemektedir. Bu son derece üzücü... Üstelik bizim geleneğimiz var, geleneksel değerlerimiz var. Çağdaşığa uymamız gereken sorumluluğumuz var. Evrenselliği korumaya yönelik her türlü arzumuz, çabamız olmalı ki neticede gelenekselliğimizi de koruyabilelim. Şu anda Türk Sanat Müziği gereği gibi ortada yok. Sebebi üretim olmadığı için yok olmaya yüz tutmuş; keza halk müziği de öyle. Geleneksel sanatlarımızın zor durumda olmasının nedeni; sanatın varlığını sürdürebilmesi ve gelişmesiyle ilgili yeni yatırımlar yapılamamasıdır, çünkü yapılan yatırımlar geri dönmektedir.

Size bazı rakamlardan bahsetmek istiyorum, çünkü rakamlar daha ikna edicidir. Daha iyi ifade eder. Mesela, üretim durdu diyorum. Geçen yıl ülkemizde 1.000 civarında sanatçımız 1.000 civarında albüm üretmiş. Albüm dediğimiz 10 eserden oluşan eserler manzumesidir. Bunu çeşitli teknik enstrümanlarla izleyebilirsiniz; CD, plak, kaset, ve saire... Bizde albüm çeşitliliği adeti 1.000 civarıken, bu rakam Fransa'da 50.000 civarıdır. Diğer bu konuda gelişmiş ülkelerde de bu rakam, 30.000 ile 50.000 arasında değişim göstermektedir. Geçen yıl ülkemizde 15-20 milyon Euro civarında telif hakkı toplanmıştır. Yalnız Almanya'da bu rakam 1,5 milyar Euro iken Yunanistan'da dahi

bu rakam 130 milyon Euro'dur; yani neredeyse bizim on mislimiz... Almanya, İngiltere ve Fransa vs. gibi ülkelerde ise bizim 50 ila 100 misli telif hakkı toplanmaktadır. Bu sebeple biz bu konuda gelişmiş ülkelerle kendimizi kıyas edemeyiz. Ayrıca maaşesef yalnız bizim haklarımız gasp edilmiyor ülkemizde. Burada yabancıların hakları da söz konusudur. Sonuçta Türkiye'de yabancıların müzikleri de kullanılıyor. Onların hakları da gereği gibi alınıp ödenmediğinden, bu bizim için büyük bir utanç kaynağıdır, çünkü dünya çapında adımız bu yüzden korsana çıkmıştır. Ben Türk milletinin bir ferdi olarak bundan utanıyorum. Bu durumdan bir an evvel sıyrılmamız lazım; bundan kurtulmamızın birinci yolu da daha evvel de belirttiğim gibi hukuktur ve anlayışların değişmesidir.

Ülkemizde telif hakları ile ilgili ilk kurulan birlik MESAM telif kurumudur; 1987'de ortaya çıkarılan bu birliğin kurucularındanım. Buna ek olarak MÜYAP Yapımcılar Birliği ve MİOR Yorumcular Birliği olan bağlantılı hak birliklerinin de kurucularındanım. 5846 sayılı yasamızda bu birlikler, özel hukuk statüsündeki telif birlikleri ve bağlantılı hak birlikleri diye tanımlanır. Camiamıza Orhan ağabey, Orhan baba olarak, bir sanatçı olarak 40 yıldır elimden geldiği kadar sahip çıkmaya çalıştım. Hatta birçok arkadaşım bu konuyla ilgili *"ülkemizde hakları en çok gasp edilen sensin"* der. Ben de estağfurullah derim. Şükürler olsun, benim birikimim var bu konuda, ama birikimi olmayan ve perişan olan on binlerce hatta aileleriyle beraber yüz binlerce insanımız var. Sanatımız daha sonraki nesillere ancak her türlü müzikaliteyi çok iyi yaparak ve haklar korunarak aktarılabilir. Birkaç sene evvel İtalya'da Sayın Berlusconi'nin bir açılışını izlemiştim. Açılıştaki sanayicilerin başı olan, son derece tecrübeli yaşlıca bir bey konuşmuştu. Dedi ki: *"Bir ülke patenti, telifi koruyorsa en gelişmiş ülkedir, bir ülke patente sahip çıkmıyor ve telifi korumuyorsa en geri ülkedir"*. Ben de aynen katılıyorum bu görüşe...

Bizler daha telif nedir bilmiyoruz. Bir ticarethanede ticaret yaparken, ticarete katkıda bulunan hangi unsurlar varsa, o unsurların o ticarete bir payı vardır. Bu böyledir, çünkü ticaret yapılıyor. Biraz daha açalım, bir ticarethanede müzik kullanılıyor mu, kullanılmıyor mu? Eğer kullanılıyorsa o müziğin o ticarete bir payı vardır ve ticarethane o payı ödemelidir. Biz bu payı telif hakkı veya bağlantılı haklar olarak tanımlarız. Peki, ne yapmalıyız o zaman? Gelişmiş dediğimiz o ülkelerin 1839'dan bu yana kurulan meslek birliklerinin uyguladıklarını uygulamamız lazım. Ancak bunu yaptığımız zaman her şey farklı olacaktır. Bir an evvel bir şey yapılmazsa, birkaç sene sonra bu bahsetmiş olduğum meslek birliklerinin kapanması muhtemeldir. Çünkü kullanıcılar telif ödemek istemiyor. Kullanıcılar kimdir? Radyolar, TV'ler, oteller, moteller, umumi mahaller, dijital platform, gsm'ler vs... Bilhassa dijital platform dediğimiz alanlardan hiçbir hak alınamıyor. Alınması gereken hakkın ancak yüzde 1'i alınıyor. Bu da elbette kimseye yetmiyor, hatta masrafları karşılamaya bile yetmiyor. Bu suretle sanata ve müziğe yatırım yapılması da imkansız hale geliyor, dolayısıyla da sanat ve sanatçı çok büyük darbe alıyor. Onun için böyle giderse meslek birlikleri kapan-

çak ve sanat korunamayacak; bundan dolayı müzikalite düşecek ve sonunda ne olacak, biliyor musunuz? İleriye taşıyamayacağız değerlerimizi ve asimilasyon olacak. Başka kültürler kendi değerlerimizin önüne geçecek.

Bu bahsini ettiğimiz konuların hepsi bizim yıllardan beri üzerinde çalıştığımız konular ve çok yorumlar yapabiliriz bu konuda, fakat bu konuşmamda bunların hepsini anlatmam mümkün değil. Üzüntüm şudur ki özet olarak: Şu anda büyük haksızlıklar yapılıyor, insan hakları gasp oluyor, sanatçılarımıza gereği gibi sahip çıkılmıyor ve sanat gereği gibi korunamıyor; korunamadığı için de geliştirilemiyor. Bu böyle yürümez, bunları bir an evvel değiştirmemiz lazım. Bu kolay bir konu değil; hatta şu anki meslek birliklerinin yönetimindeki arkadaşların birçoğu bu konuya gereği kadar vakıf değil. Bir söz vardır: “*Yönetenler bilenler ve doyumlulardan olsun*”. Bu her yönetim alanında geçerli olan çok güzel bir sözdür. İşte biz bunun eksikliğini çok hissediyoruz.

Pirimiz Hz. Mevlana Celaleddin Rumi der ki; “*Adalet değerlerin yerini bulmasıdır*”. Değerler yerinde olsa orada adalet var demektir.

Eğer güzellik yoksa değerler yerinde değil demek istemiştir. Burada sanatçılarımız mağdur durumdadırlar ve onlara çare olacak olan, halkımızın ve devletimizin topyekun olarak bilinçlenmesidir; hukukumuzun da gereğini yapmasıdır. Benim hukuka büyük saygım vardır ama 5846 sayılı yasamızın daha mükemmel olması gerektiğine inanıyorum. Çünkü hukuk olmazsa, adalet olmazsa, demokrasi de olmaz yaşam da...

Seneler önce başımıza gelen adli bir vakadan bahsedeyim: 1990 yıllarında Star TV Magic Box adı altında yayına geçmişti. Allah gani gani rahmet eylesin, çok sevdiğim ağabeyim, dostum aynı zamanda avukatım olan Sayın Özdemir Arkan Kaptan Bey telif konuları ile ilgileniyordu, kendisi bir duayendi. Eserlerim kanalda izinsiz kullanıldığı için ve herhangi bir hak da ödenmediği için Star TV'ye dava açmıştı. Mahkemede söylenen şu oldu, onların avukatı tarafından: “*Orhan Gencebay kendisine ait olduğunu iddia ettiği eserlerin, kendisine ait olduğunu ispat etsin*”. Ülkeme, halkımıza bu kadar zamandan beri kendimi, ideallerimi bestelerimle, şarkılarımla anlatıyorum. Eğer buna karşı çıkan varsa ben onunla hesaplaşırım. Tescil müessesesi yok, ama böyle bir uygulama var. Bu durumda ne oluyor, biliyor musunuz? Yalnız ben değil, o zaman Beethoven, Mozart, Itri, Dede Efendi, Hacı Arif Bey gibi aklınıza kim geliyorsa, hepsi mezardan kalkacak, gelecek ve bıraktıkları eserlerin kendisine ait olduğunu ispat etmeye çalışacak. Böyle bir şey olabilir mi? Bu nasıl saygısız bir ifadedir! Bunu hiç kimse kabul edemez diye düşünüyorum. Biz de buna son derece üzüntüyle baktık. Tabii ki dava kabul edilmedi, ama böyle olaylar maalesef mevcut.

Ayrıca deminki konuyla ilgili vahim bir olay daha anlatmak isterim; emniyetimizin son derece değerli mensuplarından biri nakletmişti. Onlar korsanla mücadele ediyorlardı; fiziki korsanın üzerinde 300 milyon, belki de 500 milyonluk korsan CD'ler, kasetler yakalanmıştı. Yargımız bu konuda şunları söylemiş: “Tüm bu kasetlerin,

CD'lerin hepsinin birer birer tespitini yaparak, kaydedeceksiniz". Düşünsenize 500 milyon kasetin tespitini yapacaksınız, bir de teker teker kaydedeceksiniz! Böyle bir şey mümkün olmadığı için, sanırım böyle uygulamalar artık günumüzde yok.

Benim hakka olan saygımdan ve hakkın yerine gelmesini istemekten dolayı, güzelliklerin korunması amacıyla bunları sizlerle paylaşmak istedim. Sizleri bulmuşken herkes için son derece önemli olan hayati bir konuyu dile getirmek istedim. Ben binlerce, on binlerce sanatçı arkadaşımın sorumluluk duyarlılığıyla bunları paylaşıyorum. Sanatı ve sanatçıyı korumamız için hukuka ihtiyacımız var, bizlerin korunmaya ihtiyacı var. Sizlere bunları anlatabildiğim ve sizlerle birlikte olduğum için son derece mutluyum. Bu konuyla ilgili sizlerin duyarlı olduğunuza ve hep beraber bilinçlendikçe bu duyarlılığın artacağına ve daha iyi kararlar verileceğine inanıyorum. Bu sebeple en derin saygı ve sevgilerimle sizleri selamlıyorum, sizlere çok teşekkür ediyorum, hepiniz berhudar olun...

Av. Burcu ASLAN - Tabii Sayın Gencebay, soru-cevap bölümüne geçeceğiz. Kürsüde kalabilirsiniz, çok teşekkür ediyoruz değerli açıklamalarınız için. Soru sormak isteyen varsa buyurun.

Orhan GENCEBAY - Geniş konuşma imkânı olsa farklı olacak. Ben bir zaman üniversitemize gelmiştim seneler önce, gençlerle, binlerce gencimizle sohbet etmiştim. Süresi de 6 saat sürmüştü. O da ayrı bir şey, farklı bir sohbeti tabii.

Av. Mualla ÖZTÜRK KARA - Evet, ben başlayabilir miyim izninizle? Öncelikle konuşmacılara teşekkür ediyorum sunumları için, önce 76. maddeyle ilgili AKTA maddesini duyduğumu ve arkasında olduğumu belirtmek istiyorum. Türkiye umarım bunu en kısa zamanda imzalar. 76. maddede herhangi bir aykırılık veya yanlışlık olduğunu bir hukukçu olarak, bir uygulamacı olarak asla düşünmüyorum. Ben eğer yeterli belgelerle bazı şeyleri ispatlamışsam, işte eser sahibi olduğum, vesaire, karşı tarafın da bunu kullanma hakkı varsa elinde belgesi vardır, bunu getirir sunar, bu iş bu kadar basittir diye düşünüyorum. O yüzden TRIPS'le ilgili madde, 76. maddeyi biraz aşmış olsa bile bence özellikle Türkiye Cumhuriyetinin hukuki koşulları içerisinde Azra Hocasın da bahsettiği gibi oradaki AB'deki her şey illa ki bize uyar diye bir koşul yok. Maalesef keşke uysa da, öyle değil. Dolayısıyla 76. madde bizim ülkemiz koşulları için çok uygun bir maddedir, ama bakın, gelişmiş ülkeler bile ABD'den başlamış diyoruz. AKTA onun önderliğinde gitmiş, 11. maddesiyle bize doğru gelmişler, yani 76. maddeye doğru. Sayın Ali Hocasın anlattığından çıkardığım sonuç bu.

Gelelim Gencebay'ın konuşmasına, sizi burada görmek güzel, konuşmanız da çok güzeldi, ama ben platformunun doğru olmadığını düşünüyorum. Sizi eleştireceğim, kusura bakmayın. Öncelikle hukukçulara haksızlık yaptığınızı düşünüyorum. Hani bilmiyorlar, yeteli değiller diye şeyler söylediniz. Ben kendi üzerime alınmadım, ama burada birçok hukukçu var, bence çok önyargılı konuştunuz bu konuda, ben hepsinin

adına burada bunu söylemek istiyorum, ifade etmek istiyorum bir. İkincisi, örnek verdiğiniz ülkelerin tamamı hukukun üstünlüğünü kabul etmiş ülkeler. Hukukun üstün olduğu bir yerde biz de daha iyi hukuklar sağlayabiliriz, icra edebiliriz ancak. Dolayısıyla sizin konuştuğunuz platform konuşmanız gereken platform burası değil. Sizi eleştiriyorum, kusura bakmayın. Bu da benim en doğal hakkım. Bence sanatçılar adına başka yerlerde bu sesi duyurmalısınız, başka yerlerde susarak değil, konuşacağınız yer burası bence olmamalı. Biz sadece hukukçuyuz ve olan neyse onları.

Av. Burcu ASLAN - Soru alabilir miyiz lütfen?

Av. Mualla ÖZTÜRK KARA - Sorum; Gencebay dedi ki: “*Ben orada, burada, her yerde sanatçı haklarını korumaya çalışıyorum.*” Bu platformdan başka ve kurucu olmaktan başka basın olsun, vesaire olsun sanatçı arkadaşlarınızla bir araya gelip, nerede ne şekilde duyurmaya çalıştığınızı en azından bilmek istiyorum. Teşekkür ederim.

Orhan GENÇEBAY - Cevap vermek istiyorum Azra Hanım. O zaman şunu demek istiyorsunuz: Sanatçıların hakları gasp ediliyor, korunmuyor, onlar ölsünler, o şekilde yaşasınlar, böyle mi demek istiyorsunuz? Sanatçılar haklarını nasıl koruyacak? Bunun tek korunacağı alan hukuk alanıdır. Ben hukuka olan saygımdan dolayı bunları söylüyorum. Hatta dedim ki pirimizden de bir örnek verdim. “Adalet değerlerin yerine konulmasıdır” dedi Hz. Mevlana, çok güzel bir söz. Değerler yerinde olsa orada adalet vardır demek istedi. Eğer güzellik yoksa değerler yerinde değil demek istedi. Şimdi burada sanatçılar sürünüyor, sefil durumda çok büyük ölçüde ve ona çare bulacak olan tabii ki devlettir, ama devletin hukukçularıdır. Hepimiz bir görev yapıyoruz, aynı zamanda devletin hukukçularıdır da, yalnız o değil, hukuktur. Hukuk buna çare bulacaktır, sizler araştıracaksınız, hakkımızda bütün ülke için karar veren birim hukuktur. Şu anda Yargıtayın vermiş olduğu kararları görüyoruz, bu kararların ne derece sağlıklı olup olmadığıyla ilgili ben bir sanatçı tecrübesi olarak kesinlikle kabul etmiyorum bazılarını. Yani karşı çıkmıyorum, ben hukuka büyük saygım var, saygılı bir insanım, yalnız bunların tekrar yorumlanmasından yanayım. Doğru olmadığını söylüyorum ve üstelik bunların dünya çapındaki uygulamalara da uymadığını söylüyorum. Hiç karşılaştırdığımız yasalarla uymayan kararlar ve yorumlar var, uymadığını söylüyorum. Ben burada hukukçu değilim, hukukçularımızın bu konuya el atmasını, gereği gibi daha değerlendirmesini istiyorum. Saygın var son derece, hukuk olmazsa, adalet olmazsa demokrasi olmaz, yaşam olmaz ki. Ben buna böyle inanan biriyim.

Av. Burcu ASLAN - Bu görüşleri yasa koyuculara da ifade etmek daha faydalı olacaktır. Bu noktada başka söz almak isteyen, diğer konuşmacılarımıza da soru sormak isteyen varsa, onlara da söz verelim.

Levent YAVUZ - Teşekkür ederim. Elbette ki yargı kararları eleştirilmeli, bu eleştiriler bilimsel sınırlar içerisinde yapılmalı ve eleştirirken somut ve hukuki dayanakla-

rı da gösterilmelidir. Böyle yapılan eleştirilerin hepsine kendi gücümüz yettiğince bu tür toplantılarda cevap verme olanağı buluyoruz. Aynı şekilde dün de bahsettiğim gibi bu tür toplantılar sadece tek taraflı anlatım toplantıları değil, karşılıklı fikir alışverişinin yapıldığı toplantılar ve bizler bu toplantılar vasıtasıyla çeşitli sektörlerin görüşlerini de almak, dinlemek, bir anlamda bakış açılarını öğrenmek imkânı buluyoruz. Bizler hakim olarak elbette ki objektif ve tarafsız gözle bakarak çözüm yapan bir yargı organıyız, örneğin dün de sınai mülkiyetle ilgili sektör temsilcisinin konuşmasını onun bakış açısından ve haksız rekabetle ilgili olarak dinledik. Bugün değerli sanatçımız Orhan Gencebay'ın bakış açısını ve eleştirilerini onun dilinden ve sıcağı sıcağına dinledik. Dediğim gibi yargı kararları eleştirilmeli, sonuna kadar eleştirilmeli ki doğruya doğru gidelim, ama bu eleştiriler bilimsel ve hukuki dayanaklarıyla yapılmalıdır. Bu hukuki dayanaklar, bilimsel eleştiriler her zaman dikkate aldığımız noktaldır. Onun dışındaki temennilerin bir kısmı yasama sorunudur ki yeni yasa da bir türlü çıkmıyor. Ben de geçmişte fikir ve sanat eserleri kanun değişiklikleri komisyonlarında buldum. Üzerinden 5 yıl mı geçti, 6 yıl mı geçti, artık kaç kere o taslaklar revize edildi? Avrupa Birliği ile yapılan uyum çalışmalarındaki heyetlerde buldum. Avrupa Birliği müktesebatıyla ilgili karşılaştırmalar, WIPO sözleşmeleriyle ilgili karşılaştırmalar, hükümler, hepsinin komisyonlarında buldum, ama aradan o kadar zaman geçti ki artık oralarda ne konuştuğumu bile unuttum. Meclisten yasa çıkmıyor. Ben geçmişte televizyonlarda Orhan Gencebay'ı da gördüğümü hatırlıyorum, meslek birlikleri adına, sanatçılar adına Meclis koridorlarında az koşturmadınız. Doğru mu?

Orhan GENCEBAY - Evet.

Levent YAVUZ - Döktüğünüz alınterine, yarattığınız değere, emeğe, sanatınıza saygı duyuyoruz. Buradaki insanlar da, bizler de sanattan besleniyoruz. Müziksiz bir dünya düşünebiliyor musunuz? Bir sinema filmi seyrederken içinde müzik olmazsa ve hatta hayatımızda müzik olmazsa ne kadar renksiz bir dünyada yaşadık? Bunu bir tahayyül edin, bir an için dünyada müziğin olmadığını düşünün, ne kadar renksiz bir yaşam olurdu. Eğer ilim ve edebiyat eserleri olmasaydı medeniyet olur muydu, çağdaşlık olur muydu? Elbette ki telif hakları da sanatçının yaratıcı kişiliğinin ayrılmaz bir parçası olduğu için en temel insan haklarından bir tanesidir. Evet, biz de fikri mülkiyet hukukçularıyız. Bunun değerini en iyi biz biliyoruz, biz anlıyoruz ve elimizden geleni yapmaya çalışıyoruz. Dediğim gibi kararları eleştirirsiniz, sonuna kadar da eleştirilsin. Bunu söylemek istiyorum sadece Sayın Gencebaya gerçekten elinden geleni yaptığını biliyorum, fakat herkes elinden geleni yapmaya çalışıyor. Yeter ki hukuka saygılı, haklara saygılı bir Türkiye'de herkes çabasının karşılığını görsün. Buradaki avukatlar da fikirleriyle geçinen fikir emekçileri hepsi, çoğu hukukçu, hepimiz biz hâkimler dahil olmak üzere hepimiz fikir emekçisiyiz bir başka boyutta da olsa. Yaymak istemiyorum bu konuyu, hâkime hanımın bahsettiği 76. maddeyle ilgili hususta Yargıtayın görüş değişikliğini açıklamak istiyorum. Dairemizin FSEK 76. madde yazılıkari-

ne uygulanmaz diye bir görüş değişikliği yok. 76. madde, yani bir eserin, fonogramın, icranın vb ihlali halinde izin belgeleri sunulmadığı takdirde tüm eserlerinin, icraların veya fonogramların vb haksız kullanıldığına karine teşkil eder. Bu durum meslek birlikleri tarafından açılan davalarda genellikle ortaya çıkıyor. Yani stadyumlarda, alışveriş merkezlerinde, aklınıza gelebilecek düğün salonları, otellerde, restoran ve benzeri umuma açık yerlerde çeşitli şekillerde yapılan yayınlarla ilgili olarak açılan davalarda ortaya çıkabiliyor bu tür sorunlar. Meslek birlikleri, ister eser sahipleri ile ilgili olsun, isterse bağlantılı haksahipleri fonogram yapımcıları, film yapımcıları, radyo, televizyon kuruluşları ile ilgili olsun bu tür davaları açtıklarında 76. maddenin şu şekilde uygulanmasını istiyorlar: Meslek birliğimize üye örneğin iki tane sanatçının icrasının izinsiz olarak temsil edildiğini tespit ettim, mali hak ihlali var, umuma açık mahallerde meslek birliği ile sözleşme yapmadan birlik üyesi sanatçıların eserlerini yayınlanamaz, bu yayınların durdurulmasını ve önlenmesini istiyorum, ayrıca, izin belgesi sunulmadığından FSEK 76. maddesi gereğince bu durum davalı işyeri sahibinin davacı meslek birliği ile sözleşme yapmadan meslek birliğine üye tüm icracı sanatçıların icralarının, mali hak sahiplerinin(eser sahiplerinin bestelerinin vb, ya da meslek birliğinin faaliyet alanına göre üyelerinin bağlantılı eserlerinin tamamının) izinsiz yayınladığı anlamına gelir. Bunun 5846 Sayılı FSEK 68. maddesine göre maddi telif tazminatı karşılığı da meslek birliğince yayınlanan yıllık tarifede gösterilen ödeme miktarıdır. FSEK 68. madde gereğince de tarifenin üç katına hükmedilmesi gerekir. Şimdi, buradaki mesele meslek birliğinin kanundan kaynaklanan yetkileri içerisindeki dava yetkisinin sınırlarının çizilmesiyle ilgilidir. Biliyorsunuz hukukta ultra vires ilkesi vardır. Bir kişi ancak faaliyet alanı ile yetkili kıldığı hakları kullanabilir ve sahip olduğu yetkiden fazlasını talep edemez. Şimdi meslek birliklerinin faaliyet sınırlarına baktığımızda dava açma hakkının sınırı nedir? FSEK 42 maddesine göre meslek birlikleri, üyelerinin eserleri veya komşu ve bağlantılı hakları üzerindeki yetki belgesi ile devredilen mali haklarını kullanma yetkisini idare etmek, takibini sağlamak, ihlal halinde de dava açmak ile yetkilidir. Sorun burada FSEK 76'ya göre tazminat isteyebilme sınırının çizilmesinde, Yine Fikir ve Sanat Eserleri Sahipleri ile Bağlantılı Hak sahipleri, Meslek Birlikleri ve Federasyonları Hakkındaki Tüzük 4. maddesinde: Birlikler, birliğe kayıtlı eser sahipleri ve komşu hak sahiplerinin haklarının takibinde üyelerinin elde ettikleri haklar çerçevesinde yetkilidir. Şimdi gelelim FSEK 76. maddesindeki karinenin kapsamının belirlenmesine; eğer meslek birliği umuma açık bir yerde iki tane sanatçının mali haklarının ihlali nedeniyle dava açıyorsa, bu davayı kendi adına değil onları temsilen ve onların devrettikleri haklara dayalı olarak açmaktadır. Meslek birliği üye icracı sanatçılar adına dava açarken örneğin kayıtlı 1500 tane üyem daha bulunmaktadır davalı tarafından FSEK 76. maddesine göre alınmış bir izin belgesi ibraz edilemediğine göre; birliğe kayıtlı 1500 tane üyemin bana devrettiği mali haklarının da ihlal edildiğine dair karine oluşmuştur, bunun karşılığı yani rayiç bedel karşılığı yıllık tarifenin tamamının üç katına hükmedilmesi gerekir diyemez. FSEK 42. maddesi ve Tüzük meslek birliğine bu yetkiyi vermiyor. FSEK, meslek birliğine sadece mali

hakkı ihlal edilen üyelerin kendisine devrettiği yetki belgesi çerçevesinde dava açma hakkı veriyor. Nasıl ki, hakları ihlal edilen sanatçılar bizzat kendi adlarına davalı işyeri aleyhine dava açıp FSEK 68 ve 76. maddesine dayalı mali hak taleplerinde bulunabilecek ve kendileri dışındaki sanatçılar için ise dava açamayacak iseler, aynı şekilde onları temsilen dava açan meslek birliği de ancak onların talep edebilecekleri hakları isteyebilecektir. Meslek birlikleri FSEK hükümlerine dayalı olarak doğrudan tarifenin tahsili için dava açamayacağı halde, umuma açık bir mahalde iki icracı sanatçıya yönelik ihlalden yola çıkılarak FSEK 76. maddesindeki karineye dayanmak suretiyle tüm üyelerini de kapsayacak şekilde tarifede yazılı ücretin tamamına hükmedilmesini isteyemez. Dolayısıyla, meslek birliğince eğer iki sanatçının örneğin Orhan Gencebay'ın ve Habibe Aslan'ın eserleri besteci sıfatıyla veya icracı sanatçı sıfatıyla ihlal olur diye bir alışveriş merkezi aleyhine dava açılırsa, FSEK 76'nın sınırı adı geçen sanatçıların meslek birliğine bildirdiği tüm eserler ve mali haklar ile sınırlıdır. Öte yandan, FSEK 76. maddesinde yapılacak bir değişiklik ile örneğin, meslek birlikleri üyelerinden birisinin veya birkaçının haklarının ihlali halinde izin ve yetki aldıklarına dair belgeler sunulmadığı takdirde meslek birliğinin faaliyet alanına göre birliğe üye tüm hak sahiplerinin eser, icra, fonogram, film ve yayınların haksız kullanıldığına karine teşkil eder denilmek suretiyle, bu sorun ortadan kalkar. Bu durum halihazırda FSEK 76'nın yorumuyla ilgili bir sorundur. Ayrıca meslek birliğinin açtığı davada tecavüzün ref ve men'ini istemesinde bir engel bulunmamaktadır.

Orhan GENCEBAY - Mikrofon gelene kadar sizin sözlerinizi bölmüş olmak istemem üstadım, özür dilerim. Bizim derdimize çareyi bulacak olan hukuktur. Ben buraya bu kadar çok değerli ve bu kutsal çatı altında bunu ifade etmeye geldim. Bizim haklarımızı kim koruyacak? On binlerce, yüz binlerce insan sefil durumda ve sanat gittikçe değerini yitiriyor ve müzikalite gittikçe düşmeye başladı. Bunları nasıl koruyacağız? Sanatçıyı yaşatarak, çünkü sanatı üreten sanatçıdır. Seneler önce olan bir uygulamayı söyleyeyim size: 1990 yıllarında Magic Box adı altında Star TV yayına geçmişti. Allah gani gani rahmet eylesin, çok sevdiğim ağabeyim, dostum Sayın Özdemir Kaptan Bey ve Arkan Kaptan Bey bu konunun başında ilgileniyordu bu konuyla, birinci derecede, o bir duayendi. Benimle ilgili dava açmıştı. Benim eserlerim orada izinsiz kullanıldığı için, herhangi bir hak da ödenmediği için dava açmıştı. Mahkemede söylenen şu oldu onların avukatı tarafından: "Orhan Gencebay kendisine ait olan iddia ettiği o eserlerin kendisine ait olduğunu ispat etsin" Şimdi buradan şu anlam çıktı: Ben ederim onu, nasıl ederim? Çünkü topluma ben bu kadar zamandan beri anlatıyorum. Eğer karşı çıkan varsa ben onunla hesaplaşırım, anlatırız. Zaten tescil müessesesi yok, ama böyle bir uygulama var. Bu durumda ne oluyordu, biliyor musunuz? Yalnız ben değil, Beethoven, Mozart, Itri, Dede Efendi, Hacı Arif Bey, Safiyettin, Michael Meşek ... (106.00) Rauf Yekta, kim aklınıza geliyorsa hepsi mezardan kalkacak, gelecek, kendisine ait olduğunu ispat etmeye çalışacak. Böyle bir şey olabilir mi? Bu ne davranış biçimiydi? Bunu hiç kimse onaylayamaz diye düşünüyorum. Biz de buna

son derece üzüntüyle baktık. Bir hukukçu beyefendi bu şekilde ifade etmişti. Tabii kabul edilmedi, ama böyle olaylar da var.

Ayrıca deminki konuyla ilgili verilen bir karar vardı seneler önce, bunu da emniyetimizin son derece değerli müdürlerinden birisinin karşılaştığı ve bize nakletmişti. Onlar korsanın üzerine gidiyorlardı, fiziki korsanın üzerinde, yakaladıkları adetler 300 milyon, 500 milyonluk korsan yapılan CD'ler, kasetler yakalanmıştı, ama şöyle denilmişti: Tüm bu kasetlerin, CD'lerin hepsinin tespitini yapacaksınız 500 milyon tane, hepsi aynı şeyler belki, bir sanatçıdan 100 000 tane var orada, 1 milyon tane var, ama yok, teker teker delil tespitidir, 500 milyonu da yapacaksınız. Kolay olmayan bir şey, yani bunun bir pratiği vardır herhalde. Bazı uygulamalar bu şekilde yapılamamakta, son derece zorlaşmaktaydı. Böyle şey olmamalı, biz burada insan hakkını arıyoruz. Öncelikle bu özür dilerim, mikrofon geldi, kestim, özür dilerim.

Salondan - Hesaplama yapamıyoruz dediler de, ben aslında bu hesaplamanın ... (107.36) Orhan Bey tatmin edici bir açıklama yapar diye bekliyorum. Bütün bu ... biz sizin tespitinize katılıyor, ama yapamıyoruz diyorlar. ...

Orhan GENCEBAY - Fevkalade yapılabiliyor. Gelişmiş ülkelerde fevkalade hesaplama yapılıyor. Aynen onları buraya taşıyacağız ve şu anda zaten MESAM'ın, özellikle MESAM'ın sisteminde bu vardır. Fakat daha iyi uygulanabilir. Yani nerede hangi hak nasıl oldu, o listeler geldiği zaman ki listeler gelmiyor. Geldiği zaman kesinlikle sorun bitecektir.

Salondan - ... (108.31) ... gelecekte de ... sözleşme ... düğün salonu, alışveriş merkezi veya televizyon ... yapmasının önlenmesine ilişkin mahkeme kararı ... 76'nın son olayla ilgili olarak nasıl ... nasıl değerlendirilmesi gerekir? Bunda ... şunu söyleyeyim: Hesaplamaya gelince, bu ... Orhan Gencebay tek başına ... siz sanatçıydınız, tek başınıza açsanız açamaz mıydınız? FSEK 76'ya göre ... bunun dökümünü yapamaz mısınız? Yaparsınız. Mesela,

Orhan GENCEBAY - Ben de sanıyorum bitecek.

Av. Burcu ASLAN - Soru-cevap bölümümüz ... (110.24)

Salondan - Öncelikle ben tüm katılımcıları saygıyla selamlıyorum. ... biraz önce Orhan Beye yapılan tespiti ya da eleştirinin bir ... o pencere şahsi penceresidir, ama bu pencerede kalp gözü açık, yapılan haksızlıklardan mağdur olmuş ve bu mağdur olan bir sürü insanın adına dile getirme cesareti olan bir adam olarak ben görüyorum. Buna baktığımda empati becerisi olan ve cesareti olan bir adam olarak tebrik ediyorum, teşekkür ediyorum.

Ben eğitimcim, yazarım, danışmanım ve hukukçuyum. Şu anda çiçeği burnunda hukukçu kimliğim de var. Dolayısıyla baktığımda liderlik eğitimleri veriyorum. Başka eğitimler, ama liderliğin başında da liderliğin bireyden başladığını biliyorum. Bireyden başlaması demek benim kendi özümü, içimdeki değerleri fark etmem, kim olduğumu fark etmem, bu özümü fark etmem anlamında ve Aristo'nun "yönetici filozof olmalıdır" düşüncesinden bakarsak, sınırlı iyinin değil, sınırsız iyinin peşinde olmalı ve siyasetçiye baktığımızda da siyasetçi diyor ki: Adaleti ne olduğunu kendisi belirler. Sorum şu: 900 sayfalık notları okuduğunuzda ve bunların bir zihniyet meselesi olduğunu ben düşünüyorum, inanıyorum. Dolayısıyla bu zihniyetin çözümüne yönelik o 900 soruda bu sorunları sadece telif değil, zihniyet sorununu açacak çözümleriniz neler? Teşekkür ederim.

Orhan GENCEBAY - Benim hakka olan saygımdan dolayı, hakkın yerine gelmesini istemekten dolayı ve güzelliklerin korunmasından dolayı burada bulunduğumu söylemek istiyorum. Ben bir yanlış yaptıysam çok özür dilerim, fakat sizleri bulmuşken ben son derece önemli bir konuyu dile getirmek istedim, onun için gelmek istedim ve yalnız kendim için gelmedim. Ben binlerce, on binlerce sanatçı arkadaşımın duyarlılığıyla geldim burada, çünkü sefil durumda çoğu söyledim, sanat da zor durumda. Onu korumamız için hukuka büyük ihtiyacımız var, korunmaya büyük ihtiyacımız var. Onun için buraya geldim ve buraya gelmekten de şeref duydum, onur duydum. Sizlere bunları anlatabildiğim için son derece mutluyum anlatabildiysem, mümkün olduğunca, tabii el verdiğince. Önemli olan insan hakkıdır ve sanatın korunmasıdır. Özü budur ve ben sizden bununla ilgili sizin duyarlılığınız mutlaka büyük olduğuna inanıyorum. Özel hukuk olduğu için biraz daha farklı bu konuda ne yapabilirizi söylemek istedim. Bazı şikâyetlerimizi bundan dile getirdik. Ben adaletle uğraşan herkese büyük saygı duyuyorum. Çünkü adalet olmazsa yaşam olmaz ki, devlet olmaz ki hiçbir şey olmaz. Bu kadar önemli bir konu. Ben sizlere çok teşekkür ediyorum, iyi günler diliyorum, berhudar olun diyorum, sağ olun.

Av. Burcu ASLAN - Biz de size çok teşekkür ediyoruz.

Av. Yetkin YOKUŞOĞLU - İyi günler. MÜYAP ve MÜYORBİR vekiliyim. Hazır hem soru, hem de bir açıklama yapmak istiyorum hukuki olarak, hem öğretim görevlilerimize de belki bir eleştiri de olabilir bu. Şimdi burada FSEK 68. madde Sayın Yargıtay Üyemizin bahsettiği konuların da vekili olarak, yani bu olayları zaten bizim dosyadan bu tartışmalar açıldı. Şimdi buradaki esas temel mesele bence şuradan kaynaklanıyor: Biz biliyorsunuz Kara Avrupa hukuk sistemine tabiyiz, bir de Anglosakson hukuku var. Bu FSEK ise mehzaz kanunu Hirsch dolayısıyla Alman, yani Kıta Avrupa hukukundan gelmiş olmakla birlikte zaman içerisinde İngiltere ve Amerika'nın telif haklarında çok baskın bir duruma gelmesi dolayısıyla Anglosakson hukukundaki etkilere de açık hale gelmiş durumda. Rekabet Hukuku Kanunumuz marka patent ve telif haklarına da Anglosakson hukukundan intikal eden bir sistem var. Cezalandı-

rıcı tazminat, yani biliyorsunuz, bütün hukukçular biliyor ki tazminatın iki yönü vardır: 1. Zararı giderici tazminat Kıta Avrupa hukuk sistemine tamamen hâkim olan, 2. Anglosakson hukukunda da ağırlıklı olarak cezalandırıcı tazminat vardır. Mesela bu üç kat meselesinde Yargıtayda bizim Sayın Levent Beyin ifade ettiği sorunlar şu bakış açısındaki farklılıktan kaynaklandığını düşünüyorum. Kısaca FSEK biliyorsunuz hukuk ve hukuk davaları denilen başlığının hemen altında tecavüzün ref'i davası diyor. 66. maddenin başlığı genel olarak, 67. maddenin başlığı manevi haklara tecavüz halinde, bizim tartıştığımız 68. madde ise mali haklara tecavüz halinde, yani 68'e göre istenilen üç kat bedel Sayın Yargıtayın yaptığı değerlendirmeden farklı olarak bir maddi tazminat davası değildir. Bu müzik eserleri bir defa çalınıp tüketildiği ve bu geri alınmadığı için tecavüzün ref'i yöntemi olarak sadece bir cezalandırıcı sistem öngörülmüştür. Bu bir maddi mal varlığı olsaydı, yani bir gayrimenkule bir tecavüz olsaydı biz bunu kolluk kuvvetleriyle bu tecavüzü ref edebilirdik, geriye döndürebilirdik. Fakat müzik eseri bir umuma açık mahalde kullanıldıktan sonra geri alınamayacağı için hak sahipleri diyor, hak sahipleriyle izin sözleşmesi imzalanmış olsaydı üç kat bedel, tazminat değil. Şimdi Sayın Yargıtay üyemiz diyor ki: Orhan Beyin çalındıysa, Orhan Beyin 76'yı uyguluyoruz, Orhan Beyin tüm eserleri bakımından bu ref kararını veririz, ama burada tespit edilmiş hak sahibi demiyor ki, hak sahiplerinin izni alınmamış tüm hak sahipleri bakımından izin sözleşmesi imzalanmış olsaydı üç kat bedel diyor. Dolayısıyla meslek birlikleri de bir toplu hak yönetimi olarak bir tarife ilan ediyorlar. Bu tarifeyi parça başına ilan etmiyorlar. Bizim MÜYAP olarak mesela 600 000 civarında koruduğumuz bir repertuar var. Bir umuma açık mahalde iki tane eser tespit edildikten sonra biz maddi tazminat istemiyoruz. Bu tecavüz ref edilsin diyoruz. Eğer bu yorumum doğru olmasaydı tecavüzün men'i, yani bildiğimiz müdeni men'i ... (117.02) diye bir kurum olmazdı. O 69. maddede diyor ki: "Muhtemel tecavüzlerin men'i, muhtemel, yani olası, olma ihtimali olan" Bir hukuk sistemi daha gerçekleştirmemiş tecavüzü men etmeye izin verirken iki tane eser tespit ettikten sonra meslek birliği üyelerinin tüm eserleri bakımından tecavüzün ref'ini talep etmesini korumak zorunda. Zaten verilen Yargıtay kararına göre biz şu anda tarife belirleyemiyoruz. Yani sizin sorduğunuz mesele, çünkü bizim tarifelerimiz öyle rastgele bir tarife değil. Kültür Bakanlığına biz bunu 9. ayda sunuyoruz, ilan ediyoruz, kullanıcılar itiraz ediyor, yargı yoluna gitme imkânları var. Denetimden geçiyor, bir götürü usulüyle tarife belirleniyor. Şimdi 600 000 tane eser için bir umuma açık mahalde 100 m2 için 500 lira alıyor mesela MÜYAP, örnek veriyorum, 500 lira bir yıl için, şimdi bu 500'ü 600 000'e mi böleceğiz? 600 000'e bölünce Türk lirası olarak karşılığı yok zaten, bunu iki parçayla mı çarpacağız? Şunu söyleyeyim: Yani bu farklar buradan kaynaklanmakta, bu hesaplama sıkıntıları da buradan kaynaklanmakta. Dolayısıyla ben şunu sormak istiyorum: Levent Bey bu FSEK 68'in başlığı tecavüzün ref'i davası olmasına rağmen ve bu bir fikri ve soyut hak olmasına rağmen bunu bir maddi tazminat olarak mı değerlendiriyor? Bu şekilde ne kadar zarar, o kadar tazminat şeklinde bir yorum yapıyor, onu ben merak ederek bunu sormak istiyorum.

Yrd. Doç. Dr. Ali PASLI - İzin verirsiniz ben Hâkim Bey'den önce bir şey söylemek istiyorum. FSEK'in 76. maddesi önemli bir madde, 76. maddenin ancak 68. maddeyle bağlantılı olduğuna da şüphe yok. Ama 76. madde esasında sadece maddi vakanın ispatını düzenliyor. Siz işbu maddeyle bütün sahip olduğunuz tüm müzik eserlerinin hepsinin orada (bu yer örneğin, otel, restoran, süpermarket olabilir) çalındığını esasında fiilen ispat etmeden ispat etmiş olacaksınız. İşte dolayısıyla bu denli kuvvetli bir maddenin böylesine geniş yorumlanması kanaatimce doğru değil. Şüphesiz ki fikri hakların korunması lazım ve bu noktada ciddi bir koruma noksanımız var. Ancak bunu yaparken de hukukun temel ilkelerinden, bu anlamda maddi vakanın ispatı gerekliliğinden bu kadar sapmamalıyız. İşbu hüküm zaten bu ilkeden sapıyor ve bu sebeple de istisnai hem de çok ciddi anlamda bizim hukuk mantığımızı uymayan bir hüküm. Bu istisnanın genişletilmesinde çok dikkat etmek gerektiğini düşünüyorum. FSEK'in 76. maddesinin son fıkrası şöyle başlar: "Bu kanun kapsamında açılacak hukuk davalarında mahkeme davacının iddianın doğruluğu hakkında kuvvetli kanaat oluşturmaya yeter miktar delil sunması halinde" yani sadece gidip orada bir tespit yaptırdığınız zaman esasında bütün sahip olduğunuz binlerce müzik eserinin de orada çalındığı konusunda bir yeterli kanaat oluştu mu, oluşmadı mı? Ancak o kanaat oluştuğu zaman, 76. maddenin işletilmesi lazım. Uygulamadaki sorunlardan biri de budur: Bu kanaat oluşmadan sadece bir tespitle 76. maddeye göre mahkemeler karşı taraftan listelerin sunulmasını istiyor. Bu da bir sorun oluşturuyor çünkü ispat yükü ilk başta sınırlı düzeyde de olsa davacının üstünde bulunuyor ama davacı neyi ispat edecektir? İspat ettiği şey esasında belli bir eser sahibinin eserinin orada çalındığıdır. Dolayısıyla verilen imkânla o eser sahibinin bütün eserlerinin de daha sonra orada çalınmış olduğu kabul edilecek. Diğer eserler -belki de binlerce eser söz konusu- bakımından bu hususu davacı nasıl ispat edecek? Bir şey yapmadan, sadece karşı taraf bir şey yapmadığı için ispat etmiş olacak. Dolayısıyla böylesine ciddi ve ispat hukukumuzun tüm temel kurallarından sapma niteliğindeki bir hükmün bir de bu kadar geniş yorumlanması sizin dediğiniz gibi bana çok isabetli gelmiyor.

Salondan - ... (121.36) Yrd. Doç. Dr. ALİ PASLI- Tazminat hesabı başka bir şey, 76. madde sadece ispat meselesi, ispattan hareket edeceğiz. Neyi ispat edecek?

Salondan - ... (122.00)

Yrd. Doç. Dr. Ali PASLI -Burada, bir tane eserin tespitini yaptırıyorsunuz. O bir tane eserin tespitiyle birlikte, o eser sahibinin tüm diğer eserlerinin de zaten orada çalındığını kabul ettiriyorsunuz bu hükümle.

Salondan - ...

Yrd. Doç. Dr. Ali PASLI - Tamam, ama bir de bunun dışındaki bütün diğer eserlerin de orada çalınmış olduğu konusunda bu denli geniş yorum.

Salondan - ... (122.27)

Yrd. Doç. Dr. Ali PASLI - Bana göre, onun için de yine ispat hukukunun genel kurallarından hareket etmek gerekli.

Salondan -

Av. Vehbi KAHVECİ - Şimdi bir dakika, bir şey söyleyeyim mi? Bizden sonraki oturum konuşmacıları gidiyor. Yani çok fazla oldu, bir de bu özel danışmaları lütfen özel danışma olarak yapın. Karşılıklı olarak da konuşmayalım. Bir diğer konu da diğer oturum bir saat gecikti, dolayısıyla o arkadaşlar gidiyor. Emniyet müdürü var, görevi var, müsaade ederseniz kapatalım.

Av. Burcu ASLAN - O zaman oturumu kapatalım, bundan sonraki soru-cevapları kahve arasında.

Av. Vehbi KAHVECİ - Özel danışmanlık alanı bakın, MÜYAP zengin bir şirket, Ali Paslı'yı çağırın, anlatsın size, böyle ayaküstü olmaz.

Av. Burcu ASLAN - Herkese çok teşekkür ediyoruz.

ARA VERİLDİ

6. OTURUM

FİKRİ HAKLARDA CEZA HUKUKU ALANINDAKİ YENİ GELİŞMELER

Av. Vehbi KAHVECİ - Evet arkadaşlar, başlayalım. Çok önemli bir konuyu daha şimdi tartışacağız. Adem Hocamız doçentlik sınavında olduğu için henüz sınav bitmemiş, ilgilisi terlemeye devam ediyormuş orada, onun için yine İstanbul Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalından Doç. Dr. İbrahim Dülger Hocamız oturumu yönetecek. Bizim tabii uygulamacılar olarak hep karşı karşıya olduğumuz İstanbul Adliyesi Fikri Sınai Haklar Savcısı İsmail Onaran üstat sunum yapacak. Tabii olayın bilimsel yönünü de Yrd. Doç. Dr. Serdar Talas anlatacak. Bir önemli konumuz var, sağ olsunlar tüm iş yüküne rağmen bugün aramızda oldular. Sabah gelip sunumdan sonra dönecekler. Onun için çok önemli, Sayın Emniyet Müdürü Saruhan Kızılay bey, Güvenlik Daire Başkan Vekili, uygulamacılar bilir, güvenlik dairesi bizim için çok önemli bir yer ve ilk defa güvenlik dairesi başkanlık seviyesinde temsil ediliyor sempozyumlarımızda, kendilerine teşekkür ediyoruz. Oturumu yönetmek üzere Hocam, buyurun.

Doç. Dr. İbrahim DÜLGER - Çok teşekkür ediyorum. İstanbul Barosu ve İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi tarafından birlikte düzenlenen “Fikri ve Sınai Haklarda Problemler ve Çözüm Yolları” konulu sempozyumun 6. oturumunu başlatıyoruz. Sayın Vehbi Kahveci Beyefendinin arz ettiği gibi çok değerli konunun uzmanı etkin ve yetkin görüşleriyle üç değerli konuşmacımız burada tebliğlerini sunacaklar. Bundan önceki oturumun bir hayli sarkması sebebiyle ben sayın konuşmacılardan süreye riayet etmelerini rica edeceğim. Tabii ki konu önemlidir, anlatacakları çok şey vardır, ama bir de bu programın yürümesi için öngörülen bir düzen var. Her konuşmacıdan 10 dakikalık bir konuşma yapmalarını rica edeceğim ve süreye riayet etmelerini tekrar kendilerinden istirham edeceğim. Onu hatırlatacağım tabii ki, yanlış anlaşılmasın, onu hatırlatayım, olabilir. Şimdi İstanbul Adliyesi Fikri ve Sınai Haklar Savcısı Sayın İsmail Onaran Beyefendi “Fikri ve Sınai Hak İhlallerinde Soruşturma Usulleri ve Soruşturmalarda Dikkat Edilecek Hususlar” konulu tebliğlerini sunmak üzere sözü kendisine bırakıyorum, buyurun Sayın Onaran.

İsmail ONARAN - Zaman dar, sabahleyin bir önceki oturumda fazlaca tartıştık. Kısa sürede toparlamak istiyorum. Fikri sınai haklar şöyle baktığımız zaman sabahleyin aslında sürekli karşısında mıyız, bilincinde miyiz diye baktığımızda yaşamımızın bir parçası fikri ve sınai haklar. Sabahleyin kalkıyoruz, herkes evimizde kahvaltıda, yolda okuyoruz, kahvaltı yaparken bir gazete okuyoruz. Köşe yazarının bir hakkı var. Televizyon seyredirken bir reklam cıngılı çalışıyor, o yazarın hakkı var, işyerine giderken işte kullandığımız bilgisayarlarda kullandığımız programlar var, burada programı yazarların hakları var. Zamanında seyredemediğimiz, kaçırdığımız internetten kolayca indirip, seyredip izlediğimiz filmlerin, dizilerin yapımcılarının, oyuncularının hakları var. Birçoğumuzun çocuğunun bir üst versiyonu çıksın diye günlerce beklediği oyunların pahalı diye almadığımız, ama taklitlerini almasına imkân verdiğimiz o oyunları yazarların hakları var. Bu yaratıcı fikirlerin tümünün bir sahibi ve onların bir hakkı var, bunların bilincinde olmak lazım.

Yine birçok markalar var. İnsanlar bu markaları oluştururken, meydana getirirken çok büyük emek sarf ediyorlar. Bu emekler sarf edilirken büyük de para harcıyorlar, ama bu işlerin taklidini yapanlar buradan çok büyük para kazanıyorlar. Kısacası günlük yaşamımızın büyük bir parçasında farkında olsak da, olmasak da fikri sınai hak ihlalleriyle karşı karşıya bulunmaktayız. Ben size 2013 ve 2014 yılında İstanbul ilinde toplam 5846 sayılı Yasada ve markalarla ilgili yapılan aramalar sonucunda gerek mahkemelerden aldığımız kararlar sonrasında, gerekse biz fikri sınai haklara bakan cumhuriyet savcılarının telefonla verdikleri, daha sonra da mahkemelerden alınan onama kararları sonrasında ele geçen ürünlerin sayısını ve cinsini kısaca aktarmak istiyorum. 2003 yılında yaklaşık İstanbul'da 630 tane işlem yapılmış. Ele geçen toplam ürün sayısı 5 100 000'e yakın. Bunun detaylarını burada görebiliyorsunuz, sayının ne kadar, bu belki buzdağının bir parçası, belki yarısı. Bu devam ede geliyor. Baktıklarınızda görüyorsunuz, mesela 2 448 000 tane kapak kartonet var, kitap var 200 000'i aşkın, yine çok sayıda matbaa makinesi var, programlar var, oyun programları var. Yine bununla birlikte filmler var, kitap formaları var, bilgisayarlar var. Markalara baktığımız zaman yine korsan ürünlerde 2014 yılında düne kadar yapılan operasyon ve işlem sayısı 517, toplam ürün sayısı 3 200 000'e yakın, detaylar burada yazılı.

Taklit ürünlere geldik, açabildik en sonunda. Taklit ürünlere baktığımızda 2013 yılında taklit ürün sayısı 5 050 000'e yakın, bu tamamıyla taklit. Bunda giyim eşyasının 500 000'e yakın olduğunu görüyoruz, 2 000 000'e yakın parfüm var. Elektronik eşya sayısı yaklaşık 50 000'i aşkın, bunların birçoğu, parfümlerin birçoğu sağlığa zararlı. Yine 2014 yılında baktığımızda düne kadarki operasyon sayısı 884, ele geçen ürün sayısı 2 100 000, burada da rakamları görüyorsunuz, 2 000 000'a yakın parfüm var, yaklaşık 122 000 giyim eşyası var. Buradaki giyim eşyası ve bazılarındaki sayılar azalmış gibi görebilir, onun sebebi de dün Vehbi Bey size aktarmış sanıyorum, sulh ceza mahkemelerinin artık sulh hâkimliklerine dönüşmesi sonrasında arama kararlarının alınmasındaki zorluktan kaynaklanıyor. İki yıl içerisinde ele geçen ürünlere baktığımızda milyonlarla ifade ediliyor, haksız kazancın miktarı milyar dolar. Biz yaptığımız soruşturmalarda şunları gördük: Bu işi yapan insanların tamamına yakınının vergi kaydı yok. Alışveriş yapıyorsunuz, size fiş vermiyorlar. En acı yanı şu arkadaşlar: Bu insanların büyük kısmı yeşil kart sahibi, yani sizlerin, bizlerin verdiği vergi, sizlerin, bizlerin verdiği vergiyle bu insanlar hem yeşil kart sahibi olmuşlar, hem sizlerin, bizlerin ve devletin kasasından milyarlarca dolar para kazanıyorlar. Bu işin öncelikle bilincine varmak lazım.

Soruşturma usullerinde ben maddelere detaylı olarak girecek değilim. Herkes maddesini kendi bölümünde detaylı bir şekilde anlatıyor. Şimdi fikri hak ihlallerinde savcılıklar olarak bizim üstüne şikâyet sonrası yaptığımız eylemler genelde 71. madde ve 72. maddelerle sınırlanmış ve buradaki 5846 sayılı Yasanın 71 ve 72. maddesinde belirtilen suçlarla ilgili soruşturmalar şikâyete bağlı 75. maddede belirtilmiş ve bu şikâyetin haksız eylemin öğrenilmesinden itibaren 6 ay içinde yapılması gerektiği açık.

Yapılan başvurularda şunlara dikkat edilmesi lazım: Şikâyet konu edilen eylemin varsa hak sahipliği belgelerinin mutlaka dosyada olması gerekli. Soruşturmanın uzamaması için temsil edilen kişiyle yapılmış sözleşme örnekleri varsa, onların dosyaya şikâyet ... (11.02) eklenmesi lazım. Meslek birlikleriyle taraflar arasında yapılmış sözleşme örnekleri varsa onların dilekçeye eklenmesi lazım ve varsa orijinal veya izinsiz çoğaltılmış nüshaların karşılaştırma yapılması adına soruşturma aşamasında bilirkişi incelemesinin bir an önce tamamlanması, yargılamanın kısa sürede sonuçlanması adına ibraz edilmesi gerekli. Eğer eylem internet üzerinden gerçekleşmişse, internet sayfasının çıktılarının mutlaka dilekçeye eklenmesi gerekiyor ve ayrıca sitele erişim engellenmesi talep ediliyorsa, mutlak ve mutlak surette 5846 sayılı Yasanın ek 4. maddesinde belirtilen ihtar örneklerinin dilekçeye eklenmesi gerekiyor. Soruşturma dilekçelerinde bunlara çokça rastlıyoruz. Öyle dilekçeler geliyor ki kovuşturmayaya yer olmadığı kararı vermek zorunda kalıyoruz. Yasada süre belirtilmiş, en az 3 gün içerisinde ihtar yapılacak, 3 gün içerisinde ihtara rağmen çıkartılmamışsa, gerekli yasal yollara başvurulacak, ama maalesef yasaya hiç bakılmadan maalesef bir gün süre verilmiş. Bir günden sonra şikâyet getirilmiş, ondan sonra şikâyet edildiği zaman site kapatılmıyor bazen, bazen kapatılabilir, ihtarname gönderilmedi, ihtarname geldi, ama bir günlük süre verdi, biz olmadan karşılaştık. Burada bir hakkın kaybı söz konusu, bunların mutlaka dilekçelere eklenmesi gerekiyor.

Müzik yayınına ilişkin olarak yapılan gerek bizim yazdığımız müzekereler yoluyla yapılan tespitlerde, gerekse mahkeme kararıyla yapılan tespitlerde eserlere ilişkin hak sahipliği belgelerinin tespit tarihinden itibaren 6 ay içinde mutlak ve mutlak ibrazı gerekiyor. Sayın Orhan Gencebay burada yok, gitti kendisi, ancak ayaküstü kendisine de belirttim. Sorunlardan büyük bir çoğunluğu sanıyorum yeni yasanın tasarısında bu iş çözümlenmiş olacak. Şöyle ki özellikle işletmelerde, özellikle ticari işletmelerde müzik yayınlarının yapılmasıyla ilgili tespitlerin biraz önüne geçilecek. Ne gibi geçilecek? Gidilip orada belki müzik tespiti yapılmayacak, tasarıda şu hüküm var: “İşletmelere eğer işletmelerinde müzik kullanacaklarsa, aynı yurtdışında olduğu gibi sertifika yükümlülüğü getirilecek” Sertifika yükümlülüğü olduğu zaman bizlerin işi çok daha rahatlayacak. Mahkemelerin işi savcılık olarak bizim elimiz rahatlayacak, hukuk mahkemelerinin eli rahatlayacak.

Çünkü o zaman belki benim düşünceme göre artık burada hangi müziğin kaç tanesinin çalındığı imkânı araştırmaya gerek kalmayacak. İşletmede eğer bir müzik sistemi varsa, bir bilgisayar, bir televizyon ve buna benzer ürünler varsa mutlaka bu kişi kapisına bir sertifika takmak zorunda kalacak. Şimdi Sayın Orhan Gencebay bir önceki oturumda belirtti. Dedi ki Almanya’da toplanan miktardan söz etti, Fransa’da toplanan miktardan söz etti, Yunanistan’da toplanan miktardan söz etti.

Doç. Dr. İbrahim DÜLGER - Sayın Onaran, çok özür diliyorum, son bir dakikanız, toparlarsanız sevinirim.

İsmail ONARAN - Tamam, o zaman bir de markalara geçelim. Kısaca toparlayayım, vaktim geçmiş. Markalara baktığımızda taklit ürün örnekleri marka tescil belgesinin mutlaka ibraz edilmesi gerektiği, mutlaka burada şikâyete konu edilen ürünle ilgili sınıfa ait tescil belgesi örneğini gerektirir. Yani emtianın sınıfının şikâyet edilen ürüne ait olması gerekiyor. Aksi takdirde farklı sınıftaki emtialarla şikâyetin varlığı yeterli olmayacaktır. Tabii az önce bahsettiğim işletmelerin büyük bir çoğunluğu, taklit satanların büyük çoğunluğu fiş vermiyorlar, vergi kayıtları yok. Burada eğer imkân varsa içeride bir yazar kasa fişi, sıfır bedelli bir yazar kasa fişi varsa uzaktan görüntü, en büyük sıkıntı o, arkadaşlardan biliyoruz. Fotoğrafla bir işletmenin yerini bulmak adına görüntüsünü alabilmek, işletmenin ticari alanını, faaliyet alanını belirtmek gerekli. Zira şikâyet dilekçesinde şikâyetçi bizim ayakkabımız satılıyor, o şekilde gelen bir evrakla gittiğiniz zaman oradan farklı bir ürünle geldiğinde, gidildiğinde orada hiç ayakkabının olmadığını görebiliyorsunuz. Bir de en büyük sıkıntılardan bir tanesi şu: İşyerinde ürünler satışa hazır mı, değil mi? emniyet görevlilerinin bunu mutlaka ve mutlaka açıkça belirtilmesine giden kişilerin yardımcı olması gerekli. Savunma aşamasında yargılamada bunlarla karşılaşılıyor. Diyor ki bir müşterim bıraktı, pakette üzerinde ismim vardı, paketi açtılar. Bunu daha sonra birçok kişi dinlemek zorunda kalıyoruz. O yüzden tespitler sırasında özellikle marka vekillerinin buna çok dikkat etmesi, ürünlerin nerede olduğunun özellikle zapta geçilmesini mutlaka sağlamaları gerekli. Vaktim doldu, çok anlatacak şey var, teşekkür ederim.

Doç. Dr. İbrahim DÜLGER - Sayın İsmail Onaran'a biz de çok teşekkür ediyoruz. Mutlaka uygulamanın içinden geldiği için yaşanan ve tecrübeye dayalı çok değerli bilgileri var, ama sanıyorum tartışma sırasında devam edilir. Sayın Onaran'ın dediği rakamlar hakikaten korkunç bir ülke açısından, ama birçoğu henüz adli aşamaya gelmemiş, kriminolojide siyah rakamlar ya da karanlık sayılar dediğimiz yerde kaldığında ülkemizin bu konuda yapması gereken daha çok şey olduğunu görüyoruz.

Şimdi konuşmalarını yapmak üzere İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı öğretim üyesi Yrd. Doç. Dr. Sayın Serdar Talas'a sözü bırakıyorum. "Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda Düzenlenen Suçlar" hakkında bilgi verecek, buyurun Sayın Talas. Sürenizin 10 dakika olduğunu hatırlatırım.

Yrd. Doç. Dr. Serdar TALAS- Teşekkür ederim Sayın Başkan. Ben de organizasyonu yapan İstanbul Barosuna ve Fakültemize teşekkür ediyorum. Sizlere de sarkmış oturumlara rağmen hâlâ sabırla burada dinlediğiniz için teşekkür ediyorum. Biz herhangi bir suç grubunu incelemeye başlarken öncelikle bir hukuki değer tespiti yapmaya çalışırız. Zira ceza hukuku yaptırımlarıyla karşılaşan herhangi bir haksızlık söz konusuysa, ortada ihlal edilen ve diğer hukuk alanlarının yaptırımıyla giderilmesi imkânsız olan bir haksızlığın varlığı aranır. Fikri mülkiyet hukuku ya da Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda düzenlenen suçlar bakımından biz fikri mülkiyet ya da mül-

kiyet hakkının bir alt başlığı olarak mülkiyet hakkının korunması ya da fikri mülkiyetin korunması gibi bir hukuki değer ya da fikri mülkiyet belirlemesi yapabiliriz. Fakat özellikle bu sahadaki suçlar bakımından bu yaptığımız hukuki bu tespit, yani korunan hukuki değer fikri haklardır tespiti sadece teorik ya da kitabi bir tespitten ibarettir. Çünkü herhangi bir değer için ceza normuyla korunmaya layık hukuki değer olup olmadığına evet, teorik olarak yasa karar verir, ama uygulanması bakımından bu bir asgari toplumsal bilinç gerektirir. Dolayısıyla fikri mülkiyetin toplumsal yaşamın devamı bakımından elzem, vazgeçilmez ve korunması gereken bir hukuki değer olduğu hususunda burası bakımından bir oydaşmanın varlığından bahsedebiliriz belki, ama toplumun geneline yayılan bir oydaşma söz konusu değil. Bu sebeple de biraz sonra kısaca üzerinde durmaya çalıştığımız normların uygulama alanı ciddi şekilde dar veya sorunlu normlar.

Sorunlu noktalardan önce söz ederek, daha sonra da ihlal suç olarak tanımlanan davranışlara kısaca değinmeye çalışacağım. Sorunlu noktalar olarak ilk karşımıza gelen husus fail tespiti noktasında karşımıza çıkıyor. Bu tür özel hukuk bağlantılı suç tipleri ya da ekonomi, ceza hukuku alanında düzenlenmiş suç tiplerinin tamamında yaşanan problem bu suçların genelde bir ticari şirket ya da bir ticari işletme içinde işleniyor olmasından kaynaklanan hata ya da sorunlardır. Zira özel hukuk sorumluluğu bakımından biz şirketi veya o ticari işletmeyi sorumlu tutabiliriz belki, ama ceza sorumluluğu bakımından 71. maddede tanımlanan fiili suç olarak tanımlanmış fiili kim gerçekleştiriyorsa -somut fiil bakımından söz ediyorum- o kişinin mutlaka tespitinin yapılması ve ceza sorumluluğunun o kişi bakımından gündeme getirilmesi gerekiyor. Demin verilen alışveriş merkezleri örneğinde olduğu gibi kimi işletmelerin bu konuda bir politikası var ve onu tatbik ediyor. Kimi işletmelerde münhasıran o işletmedeki sorumlu kişi kimse, onun keyfine terk etmiş durumda, dolayısıyla bu gibi işletme yöneticisinin keyfine terk edilen durumlarda ceza sorumluluğunun şirket yöneticilerine ya da şirketin merkezinde bulunan yöneticilere değil, münhasıran o fiili gerçekleştiren kimse o kişiye isnat edilmesi gerekiyor.

71. madde pek çok benzer ekonomik suç düzenlemesi içeren suçlarda olduğu gibi esasında sorunlu bir madde. Bundan bir önceki toplantı yine medeni hukuk anabilim dalının Tüketicinin Korunması Hakkında Kanundaki ceza hükümleriydi. Orada da ciddi problem vardı, burada da problem demeyeyim, ama ciddi bir düzensizlik ve dağınıklık olduğunu görüyoruz. Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanunda sadece şöyle bir örnek vereyim: Oradaki idari para cezalarını uygularsanız Türkiye'deki telekomünikasyon şirketlerinin hiçbirinin yaşayabilme imkânı yok. İlk uygulamada batar hepsi, bir öngörüsüzlük var. Burada da benzer bir dağınıklıkla karşı karşıyayız. Bu dağınıklık biraz korunan hakların da iç içe geçmiş olmasından, yani mali ve manevi hakların birbirinin içine geçmiş olmasından kaynaklanıyor. 2008 öncesi düzenlemede hüküm mali haklara karşı suçlar, manevi haklara karşı suçlar şeklinde bir ayırım içeriyordu. Fakat o kaldırıldı. Neler düzenleniyor diye baktığımız zaman: 1. Mali haklara karşı suçlar düzenleniyor, 2. Manevi haklara karşı suçlar düzenleniyor, 3. Koruyu-

cu programları yok etmeye yönelik program veya donanım üretmek, bilgisayar programları bakımından 77. maddedeki düzenleme var. 4. Bandrol yükümlülüğüne aykırılıktan kaynaklanan suçlar var ve belki son olarak ayrı bir suç şeklinde değil, ama ek 4. maddede düzenlenen internet ortamında, dijital ortamda fikri hak ihlallerine yönelik bir atıf hükmünden ibaret. Manevi haklara tecavüz başlığı altında aslında Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun 14-17. maddelerinde düzenlenen manevi hakların ihlaline matuf davranışlar suç olarak düzenlenmiş. Bunlar kamuya sunma hakkına tecavüz, yani 14. maddede düzenlenen bir eserin kamuya sunulup sunulmayacağını, hangi şartlarda ve nasıl bir içerikle sunulacağı hususunda eser sahibine tanınan manevi hakkın ihlal edilmesi bir manevi hak ihlali olarak düzenlenmiş. Yine izinsiz olarak eserin alenileştirilmesi benzer biçimde suç olarak düzenlenmiş. Son ve üzerinde manevi hak ihlali bakımından durulması gereken intihal suçları olarak adlandırdığımız başkasının eserini sahiplenme, yani isim koyma, kaynak göstermeksizin alıntıda bulunma, yetersiz ya da aldatıcı yanlış mahiyette kaynak gösterme şeklindeki üç fiili 71. madde suç olarak düzenliyor.

İnternet suçları bakımından başkasının eserini sahiplenmek, yani bir başkasına ait esere isim koymak suçu ispat bakımından da, içerik bakımından da çok problemlidir, fakat diğer iki düzenleme, yani yetersiz ve eksik, aldatıcı kaynak gösterme veya kaynak göstermeme durumunda sıklıkla yaşanan problem maalesef bu üniversite içinde de yaşanan bir problemdir. Atıf yapmak yükümlülüğü altında bulunan özellikle bilimsel eserler bakımından söylüyorum, kişinin bilgisizliği bir savunma aracı olarak karşımıza çıkmaktadır. Yani atıf usulünün gerektiği gibi bilinmemesi ya da hiç bilinmemesi, üretildiği ileri sürülen ya da bir internet sitesinde yayınlanan materyalin bilimsel bir üretim olmadığı, sadece bir bilgi notundan ibaret olduğu gibi savunmalarla karşı karşıya kalınmaktadır. Bunlar da genelde taksire yorumlanmaktadır. Çünkü bu suçların tamamı bakımından kastın varlığını aramak durumundayız. Buradaki savunma aslında bir taksir savunması değildir. Çünkü kişi pekâlâ gerçekleştirdiği fiili icra ederken, alıntı yaptığı eserin bir başkasına ait olduğunu bilmektedir, pekâlâ o başka kişinin ismini zikretmek ya da ondan onu doğru bir biçimde alıntılanmak yükümlülüğü altında olduğunu bilmektedir ve fakat buna rağmen eksik veya aldatıcı bir biçimde atıf yapıyor olması o kişinin özensizliğini ya da dikkatsizliğini değil, bilgisizliğini gösterir. Bilmek yükümlülüğünün olduğu bir yerde eğer bilimsel üretim yapılıyorsa, bilmek yükümlülüğünün olduğu bir yerde taksirin varlığından da bahsedebilme imkânımız aslında yok.

Manevi hak olarak zikredeceğimiz son hal, yani manevi hak ihlali olarak düzenlenmiş son suç hak sahibinin izni olmadan, hak sahibi kişilerin izni olmadan eseri değiştirme. Burada eserin bütünlüğü üzerinde hak sahibinin manevi hakkın korunmasına yönelik bir suç düzenlemesi var. Tekrar altını çizmek istiyorum. 71. maddede bu tür bir tasnif yok mali haklar, manevi haklar diye, olabildiğince ben birbirinden ayrılabilir olanları birbirinden ayırarak incelemeye çalıştım.

Manevi hak ihlallerinden sonra ikinci bir başlık olarak mali hak ihlallerine değinmemiz gerekiyor. Mali hak ihlalleri aslında 71. maddenin ilk fıkrasında bir bütün olarak düzenlenmiş. Düzenleme ifade bakımından da sorumlu, fikir ve sanat eserleriyle ilgili manevi, mali veya bağlantılı hakları ihlal ederek deyip, konuyu belirliyor. Eseri, icrayı, fonogramı ya da yapıyı yazılı izin olmaksızın işleme, çoğaltma 22. madde, yayma 23. madde, temsil 24. madde, iletim 25. maddede düzenlenen hakların ihlal edilmesi bir suç olarak düzenlenmiş. Bunlara ek olarak satışa arz veya satma, kira ya da ödünç yoluyla yayma, ticari amaçla satın alma, ihlal ve ihraç, kişisel kullanım dışında elde bulundurma ve depolama fiilleri de ticari amaçlı olmak koşuluyla pek tabii ki maddenin suç olarak düzenlediği davranışlar.

80. maddeye baktığımızda, 71. madde bir tarafa bağlantılı hakları düzenleyen hükme baktığımızda bağlantılı hak olarak zikredilen hakların tamamına yönelik 71'de sayılan fiillerin gerçekleştirilmesi yine suç olarak düzenlenmiş durumda. Nitekim maddenin başlığının hemen altında mali haklar, manevi, mali ve bağlantılı haklara tecavüz şeklinde bir düzenleme yapılmış durumda. Dolayısıyla burada zikrettiğimiz hak ihlallerinin tamamı bağlantılı haklar bakımından da geçerli. Kısaca Yargıtay uygulamasından söz etmek istiyorum. En azından yayınlanan kararlara baktığımızda -Savcı Bey burada benden çok daha geniş bir bilgiye sahiptir muhtemelen- yayınlanan kararların önemli bir bölümü bandrol yükümlülüğüne ilişkin. Esasında bandrol yükümlülüğü fikir ve sanat eserleri hukukuna ilişkin kamu düzeninin, orada yaratılmış kamu otoritesinin korunmasına ilişkin hükümler içeriyor. 71. madde uygulaması Yargıtaya yansıyan bölümüyle son derece sınırlı. Bunun temel sebeplerinden bir tanesi ceza limitinin iki yılın altında olması ve çoğunlukla bu tür davaların erteleme, hükmün açıklanmasının geri bırakılması gibi yollarla sonuçlandırılmasından kaynaklanabilir. Fakat mahkeme uygulaması bakımından belki eleştirilmesi gereken hususlardan bir tanesi söz konusu hüküm bir yıldan beş yıla kadar ceza öngören bir hüküm. Yani alt sınırla üst sınır arasında hâkimin takdir yetkisinin oldukça geniş olduğu, somut fiilde ihlalin içeriği ve yoğunluğuna göre uygulamacı ağızyla söylüyorum, yatarlı ceza, kişinin cezaevine girmesini gerektirecek cezanın tatbik edileceği bir alan söz konusu, ama bizde adli yargı uygulaması genelde alt sınırdan mümkün mertebe başlamak gibi bir hatalı yaklaşım içerisinde. Bu hükümlerin uygulanmasıyla yaşanan asıl temel belki probleme değinmek gerekcek.

O da ispat sorunu. Bir önceki oturumda çok yoğun bir biçimde tartışıldı 76. madde, vesaire. Bu tür sahalarda, fikir ve sanat eserleri, tüketicinin korunması, sermaye piyasası, vesaire, markalar şöyle bir problem yaşıyoruz: Alanın ağırlığı özel hukukçularda, dolayısıyla özel hukuktaki ispat kuralları ceza yargılamasını zehirliyor. Yani özel hukuktaki ispat kurallarının o şekli ve katı tarafı âdeta ceza yargılamasında da benzer biçimde uygulanıyormuş gibi sonuçlarla karşılaşıyoruz. Daha önce bu sahada gerçekleştirilmiş toplantıda ben bana sorulan bazı soruları derlemiştim, sadece bir tanesini söyleyeceğim size: Alışveriş merkezinde yapılan müzik yayını iletim faaliyeti için tespitite arama kararına ihtiyacımız var mı? Bizim taleplerimizi bu gerekçeyle reddediyor.

Alışveriş merkezi kamuya açık alan, kamuya açık alanda yapılacak bir tespit için arama kararına niye ihtiyaç duyulsun sorusu akla geliyor, ama bu tür bir özel hukuk alanındaki ispat zorluklarının ya da burası daha ziyade bir özel hukuk alanı, mümkünse taraf yargılaması şeklinde yürüsün şeklindeki yaklaşımın ispata ilişkin hususları zehirlediğini görüyoruz. İspat konusunda çok katı ve belge aranmasını gerektiren bir yaklaşım olduğunu görüyoruz ve genellikle mümkün merteye beraata giden ya da demin söylediğim sebeplerle Yargıtayın önüne gitmeyen kararlar açığa çıkıyor. Ben incelediğim bozma kararlarından sadece bir tanesi...

Doç. Dr. İbrahim DÜLGER - Sürenizi iki dakika geçtiniz, Sayın Savcım bir dakika fazla konuştu, ama siz iki dakika geçtiniz, toparlamanızı rica edeceğim.

Yrd. Doç. Dr. SERDAR TALAS- İncelediğim kararlardan sadece bir tanesi beraattan mahkumiyete bozma şeklindedir. O da somut vaka dışında son derece somut vaka dır. Bunun dışındaki hemen hemen bütün kararlar ya bandrolle ilgili veya şikâyet hakkının kullanılmasıyla ilgili kararlardır. Ben hem Sayın Başkanın, hem sizlerin daha fazla sabrını zorlamayayım, alakanız için çok teşekkür ederim.

Doç. Dr. İbrahim DÜLGER - Biz de Sayın Talas'a fikir ve Sanat Eserleri Kanununda belirtilen suçları değerlendirmesi ve o konularla ilgili bilgilendirmesinden dolayı teşekkür ediyoruz, sağ olsunlar.

Şimdi yine süremiz dar olduğu için hızla 3. Sınıf Emniyet Müdürümüz Emniyet Genel Müdürlüğü Güvenlik Dairesi Başkan Vekili Sayın Saruhan Kızılay "Fikri Mülkiyet Suçlarında Kolluk Uygulamaları, Sorunlar ve Çözüm Önerileri" konulu konuşmalarını yapmak üzere sözü kendilerine veriyorum. Buyurun Sayın Kızılay.

Saruhan KIZILAY- Hanımefendiler, beyefendiler, saygıyla selamlıyorum sizleri. Biz uygulama birimiyiz, dolayısıyla operasyonel anlamda çalışma yapıyoruz. Ben onlardan bahsedeceğim, çok fazla teknik terimler olmayacak.

Türk polisi ne yapıyor? Fikri mülkiyet suçlarına nasıl bakıyor? Bugüne kadar neler yaptı? Bunun sonucunda neler elde etti? Beklentilerimiz sizlerden nelerdir? Onları söyleyeceğim ve sunumumu bitireceğim.

Fikri mülkiyet suçlarıyla birlikte ülke ekonomisinin etkilendiğini, insanların haksız kazanç elde ettiğini, bunlardan bazı insanların faydalandığını, ama ülkelerin genel anlamda zarar gördüğünü artık söylememize gerek yok, hepiniz biliyorsunuz bunu. Şimdi yat kiralayıp denize açılanlar ,üç bina öteden borularla materyalleri diğer binalara aktaranlar olmasaydı, keşke o insanlar, o müthiş zekâlarını buraya yönlendirmeyip, marka üretmek için veya üretime geçmek için kullansaydı, biz de bugün bunları konuşmuyor olurduk. Çok mutlu olurduk. Sonuç itibariyle daha güzel bir ülke, yaşanılır bir ülke haline gelmiş olurduk, bazı insanlarımız tabii ki zekasını bu yönde kullandılar ve böy-

le bir suç ortaya çıktı. Biz de Türk Polisi olarak elimizden geleni yapmamız gerekiyordu. Güvenlik Daire Başkanlığı olarak özellikle 2003 yılından itibaren biz bu işe el attık. Daha önce farklı birimlerde olan uygulamaları birleştirdik ve kendimiz de bu konularda çalışmaya başladık. Bütün dünyada ‘fikri mülkiyet’ olarak değerlendirilirken, biz ‘fikri ve sınai mülkiyet hakları’ veya ‘fikri mülkiyet ve sınai mülkiyet suçları’ olarak değerlendiriyoruz. Fikir haklarına bakarsak teşkilat olarak orada resen müdahaleyle çalışıyoruz. Ama sınai mülkiyet suçlarına geldiğimizde takibi şikâyete bağlı bir suç olarak çalışmalarımızı yerine getiriyoruz. Takibi şikâyete bağlı olması ne demek? Bizim daha fazla paydaşımızın olduğu, yani bize yardım etmesi gereken grupların olduğu anlamına geliyor. Sunumun devamında da zaten onlardan bahsedeceğim, ama biz gene Türk polisi olarak uygulamada hem birliği sağlayalım, hem de etkin bir şekilde mücadele edelim dedik. 81 ilimizde fikri mülkiyet suçları bürolarımızı kurduk, aktif hale getirdik. Bunlardan da güzel sonuçlar aldığımızı düşünüyorum. Ne oluyor? İhbar, şikâyet veya müracaat geliyor. Bunun çerçevesinde biz değerlendirmemizi yapıyoruz, tespitlerimizi gerçekleştiriyoruz. Eğer örgütlü bir suç varsa bununla ilgili KOM Dairesiyle çalışmalarımızı yapıyoruz. Onun da sonucunda operasyona dönüştürüyoruz ve sonucunu alıyoruz. Ama biz bu çalışmaları nasıl yapıyoruz? Bizi destekleyenler nelerdir? Neler olması gerekir? Bir hukuki altyapı yeterliliği, cezaların caydırıcılığı, etkin uygulama işbirliği ve farkındalık çalışmaları, biz bunlara önem veriyoruz. Bugüne kadar da bununla ilgili çalışmalar yaptık. Birazdan hızlıca anlatacağım. Bu çalışmanın içerisinde bizle birlikte adalet mekanizması, Kültür Turizm Bakanlığı, Türk Patent Enstitüsü, meslek birlikleri, marka vekilleri var. Biz bunlarla paydaş olarak beraberce hareket ediyoruz.

2006 yılında Avrupa Birliği ilerleme çerçevesinde TWINNIG projesi yaptık ve 2009 yılında bunu sonuçlandırdık. Biz bunu niye önemsiyoruz? Aslında bizim temelini attığımız, fikri mülkiyet suçlarıyla mücadele kavramı buradan hareketle gelişti. Çünkü önemli olan bir şeyi yapmak değil, sürdürülebilirliğini sağlamak ve biz bunun sonucunda gerçekleştirdiğimiz projelerle sürdürülebilirliğini sağladık. Avrupa Birliği de bizi çok başarılı buldu ve heyet gönderdi. Başarılı bir proje olarak değerlendirdiler, sürdürülebilirliğini değerlendirdiler. Bunun sonucunda da Kültür ve Turizm Bakanlığı’yla birlikte denetim komisyonlarıyla ilgili bir protokol imzaladık. Bu protokol çerçevesinde var olan denetim komisyonlarına daha işlerlik kazandırdık. Nasıl işlerlik kazandırdık? Türkiye genelinde yaklaşık 4 000 personelimiz artık denetim komisyonlarında çalışıyor, bunun içinde Kültür Bakanlığımızın personeli, diğer meslek birlikleri ve hak sahipleri de var. Biz bunlarla çalışmalarımızı aktif bir hale getiriyoruz, bugüne kadar başarılı olduğumuzu düşünüyorum. Çünkü denetim komisyonlarıyla ilgili herhangi bir olumsuzluk yansımada bize, çalışmalar güzel gidiyor. Sadece denetim komisyonları ve Avrupa Birliği projesi mi? Hayır, biz yurtdışında da diğer paydaşlarımızla birlikte çalışıyoruz. Mesela, Opson 1, 2, 3 operasyonları, Black Posedion adını verdiğimiz 1, 2, 3 operasyonları. İşte Pangea operasyonları, nedir bunlar? Gıdayla, taklit ürünlerle veya ilaçlarla ilgili operasyonlar, bu çalışmalarını devam ettiriyoruz. Yakında da bir sonraki aşamaya geçmiş olacağız.

Onun dışında 7 000 personelimize 11 yıl içerisinde eğitim verdik. Bizim teşkilatımızda değişimler sürekli. O değişimler oldukça eğitim vermeye de, sayıyı arttırmaya da devam ediyoruz. Diğer kurumlarla da gerek içeride, gerek dışarıda birlikte çalışma yapıyoruz. Sonucunda ne oldu? Bize güzel bir katkısı oldu. Interpol, Europol bizi model olarak kabul etti. Yaptığımız operasyonel çalışmalarda İstanbul polisinin ve Adalet Bakanlığının büyük emeği var. Bize çok yardımcı oldular. Eskiden iki-üç tane küçük operasyon filmi gösterirler bizlere, ama son yıllarda bizim yaptığımız çalışmalarını gösteriyorlar bütün dünyada. Bu da bizim için güzel. Sonuçta Türk polisi elinden geleni yapıyor diye düşünüyorum.

Biz hak sahipleriyle, meslek birlikleriyle farkındalık çalışmaları yapıyoruz. Biraz önce söylemişim, dört sacayağından bir tanesi bu. Bugüne kadar da başarılı çalışmalar yaptık. İşte biz aslında şunu söylemek istiyoruz: Başarılı çalışmalar yaptık, daha başarılı şeyler yapmak istiyoruz. Lütfen hak sahipleri, meslek birlikleri bizimle farkındalık çalışmalarına devam edin, gönüllü olun, bize yardımcı olun diyoruz. Hatta biz de gönüllüüz diye mesaj veriyoruz. Herkes mesajı almıştır herhalde. Güvenlik Daire Başkanlığı olarak bu işi üzerimize almadan önce 3 yılda yakalanan 3 milyon materyal vardı. Biz bu rakamı 11 yılda 300 milyona taşıdık. Operasyon sayılarını falan vermiyorum, operasyon sayılarını da dörde katladığımızı söyleyebilirim.

Sınai mülkiyet alanında da gene oradaki dönem içerisinde 3, 4 ve 6 yıllık dönemde 2500 civarında operasyon yapılmışken biz bunu dört katına katladığımız gibi materyali de çok şükür 40 milyon civarına getirdik. Kimine göre materyalin çok olması orada suçun çok işlendiği anlamına geliyor. Kimine göre de çok yakalanıyorsa polis iyi çalışıyor anlamına geliyor, buyurun siz artık değerlendirin. İnşallah bize yakın bir değerlendirme yaparsınız, bizi de mutlu edersiniz, ama tabii 2008-2014 yıllarında gene diğer paydaşlarımızla beraber çalıştığımızda orijinal piyasa değeri yaklaşık 500 milyon, eğer taklit olarak değerlendirirseniz de 200 milyon Türk Lirasını aşkın bir değer de materyal yakalandı. Biz bunları projeli çalışmalarla yaptık. Projeli çalışma deyince tekrar altını çiziyorum, bu paydaşlarımızla beraber çalışmamız gerektiğinin önemini vurguluyor. Burada olanlara da özellikle tekrar söylüyorum. Biz bunları yaptık da sonucunda ne elde ettik? Avrupa Birliği ilerleme raporlarında belki birçok konuda Türkiye’yi övmedi, ama fikri mülkiyet alanındaki çalışmalarda övdü. Türk polisinin çalışmalarını övdü. Biz bu övgüyü ısrarla duymak istemiyoruz, ama bunları duydukça mutlu oluyoruz. Türk polisinin operasyon çalışmasının her geçen gün yükseldiğini, sonuçta başarılar elde edildiğini söylediler ve ilerleme raporunda dediğim gibi bunlar açıkça ortaya konuldu. Birde her sene düzenli olarak ABD Ticaret Bakanlığının talebi ve desteğiyle hazırlanan Special 301 Raporunu hepimiz biliyorsunuzdur, uluslararası ticarete kotaların belirlenmesi açısından büyük önem taşıyan uluslararası bir rapordur. İşte bu dünyadaki yatırımları çok ilgilendiriyor, orada da ilerleme kaydettik. Daha doğrusu güzel şeyler söylenmeye başladı. Hatta bize göre eksik şeyler söyleniyor, ama gene de “öncelikli izlenecek” ülkelerden risk düzeyi daha az olan “izlenecek ülkeler” kategorisine çıktık. Bunu 2007’den beri koruyoruz, inşallah bu kategoriden de çıkacağız ve sonuçta daha iyi bir konuma geleceğiz diye düşünüyorum.

Doç. Dr. İbrahim DÜLGER - Sayın Kızılay, kusura bakmayın, son bir dakikanız.

Saruhan KIZILAY - Son aşamaya geldim, bitiriyorum. Biz bugüne kadar yaptığımız değerlendirmelerde fikri mülkiyet alanında matbaalarda basılan materyallerin kargoyla alıcılara iletilmediğini, okullar açıldığı zaman bu işlerin iyice hızlandığını gördük. Yazın tatil bölgelerine hepiniz gidiyorsunuz, bu tür suçların tatil bölgelerinde yaz sezonunda artış gösterdiğini gördük, lütfen bizi de uyarın. İnternet üzerinden satış meslek haline getirilmiş. Bu gibi materyallerin bir kısmı bizde üretiliyor, bir kısmı da yurtdışından geliyor, bunlara girmiyorum. Üretici, depocu, toptancı, dağıtım, satış, biz artık dağıtım aşamasına gelmeden hepinizin yardımıyla üretim aşamasında bu işi bitirmeyi planlıyoruz. Siz de bize yardımcı olursanız seviniriz. Problemler deyince depolama sorununu herkes biliyor. Hak sahipleri, meslek birlikleri, herkes bize yardımcı olsun. Şu depolama sorununu çözelim diyoruz. Bilgisayar programları ve bilgisayar incelemeleri konusunda ciddi sorunlar yaşıyoruz. Bilinçlendirme konusunda maalesef kimi zaman yalnız kalıyoruz ve bundan da çok üzüntü duyuyoruz. Özel sektörün piyasayı takip etmesi gerektiğine inanıyoruz, risk analizini doğru yapması gerektiğine inanıyoruz. Biz milyonlarca ürün konusunda eksper olamayız, dolayısıyla onların yardımına ihtiyaç duyuyoruz ve resen müdahaleyi bu nedenle reddediyoruz. Ama resen müdahalenin olmaması demek çalışmaların duracağı anlamına gelmez. Taki bir şikâyet unsuru gerçekleşikten sonra polislin yapacakları zaten bellidir.

Diğer konulara çok girmiyorum, sadece şunu söylüyorum: Eğer ortada bir suç varsa bununla ilgili sadece poliseye tedbirler yeterli olmayacaktır. Herkesin taşın altına elini sokması lazım. Bir kurumun diğerini, bir birliğin bir başkasını suçlamasıyla maalesef sorun çözülmüyor. Eğer ortada bir sorun varsa hepimizin sorunu, kamu kurumlarının, hak sahiplerinin, meslek birliklerinin, sivil vatandaşın, herkesin, dolayısıyla benim naçizane sizden istirhamım suç atmak yerine hepimiz taşın altına elimizi sokalım ve kamu kurumlarını birazcık rahatlatalım. Adalet mekanizması da biraz rahatlasın. Ben artık bir polis olarak yıllardır onlarla çalışıyorum, onların o sıkıntılarını da gördüm. Gerçekten bunu sadece onların verdiği kararlar olarak değerlendirmeyelim, başından sonuna, kullanıcılarından satıcısına, üreticisinden dağıtıcısına herkesin payı var burada. Hepinize saygılar sunuyorum, teşekkür ederim.

Doç. Dr. İbrahim DÜLGER - Sayın Saruhan Kızılay Beyefendiye teşekkür ediyoruz. Yoğun işlerini bir yere bırakıp buraya kadar geldi, ama biz de süre probleminde dolayı çok fazla anlatacaklarını anlattırmadık belki, çok hoş bir şey değil, ama takdir edersiniz ki 12.05'te bitmesi gereken bir oturumdu, o yüzden sayın konuşmacılara ben özellikle teşekkür ediyorum, süreye riayet ettiler. Şimdi 15 dakikalık bir tartışma bölümümüz var. Sayın Vehbi Kahveci Beyefendi bu süreyi uzatırlarsa nasıl olacaksa, haber verirse yaparız. Sempozyuma teşrif eden sayın misafirlerimize, katılımcılara Vehbi Bey gerekeni söyledi. Ya bilgi açlığı, ya mide açlığı, hangisini tercih ederseniz biz ona uyacağız. Buyurun sorusu olanlar, önce isim, soy isim ve görev belirtirsiniz.

Av. Mualla ÖZTÜRK KARA- Sunumlar için teşekkür ediyorum. Benim sorum Sayın Talas Hocamıza olacak. Ceza mahkemelerinin maalesef fikri haklarda çok fazla etkinliği yok, aynen katılıyorum. Belki hukuk mahkemelerinin de yükü azalabilirdi. Çünkü benim uygulamada gördüğüm nadiren ezkaza açılan davalar, yani takipsizlik kararı verilmeyenler varsa onların bir kısmı sulhla bitiyor çünkü. Hukuk mahkemelerinin sonucu beklenmiyor o zaman, ama tabii ki eğer doğru bir şikâyet değilse tabii ki reddi gerekir. Ben sizin şu konudaki fikrinizi merak ediyorum ve benim yaşadığım bir şey, şu belki araştırılmaya değer: Savcılıklara yapılan bireysel şikâyetler, büyük şirketlerin yaptığı filan değil de bireysel şikâyetlerin ne kadarının ancak dava açılarak karar verildiğini, takipsizlik kararı verilmediğinin oranını gerçekten çok merak ediyorum.

Doç. Dr. İbrahim DÜLGER - Savcı Bey burada, soralım kendisine.

Av. Mualla ÖZTÜRK KARA- Bilmiyorum, genelde bandrolle ilgili verdi çünkü, ama biliyorsa tabii ki söylesinler, çok memnun olurum. Yüzde kaç, şahsi şikâyetlerin yüzde kaç kabul görmüş bugüne kadar? Bununla ilgili de kasıta ben biraz ağır yorum yaptığımı düşünüyorum, ama sizin fikriniz çok önemli. Ben bir-iki şikâyetimde buna denk geldim, o da şu: Bu işi yapıyorlar özellikle şirketler, yani müzik yapımcılığı şirketleri ve hak ihlalinde bulunuyorlar. Ben şikâyet ediyorum, belgeleri ortaya koyuyorum. Onlar hiç belgeyi ortaya koymuyor veya geçersiz bir hukuki belge ortaya koymasına rağmen savcılık tarafından kasıtlı olmadıkları için takipsizlik kararı veriliyor. Ben de diyorum ki bu adamlar bu işi yapıyorlar, nasıl bunda kasıt olmaz? Hangi belgeyle ancak hukuksal doğru bir iş yaptığını bu insanlar nasıl bilmez, nasıl bu olay kasıtlı değildir diye düşünmeden edemiyorum açıkçası, sizin fikrinizi merak ediyorum.

Doç. Dr. İbrahim DÜLGER - İsterseniz toplu olduğunda karışabilir, hemen akabinde cevap verelim. Bir de soru soran değerli katılımcıların sorularını mümkün olduğunca kısa ve net tutmaları faydalı olacak, onu hatırlatmak isterim. Buyurun Sayın Savcım, Sayın Talas, hanginiz?

İsmail ONARAN - Şimdi savcılıklara yapılan şikâyetlerin ne kadarının dava açıldığı, ne kadarının kovuşturmaya yer olmadığı kararıyla bittiğini soruyorsunuz. Tabii sayısal olarak bilmek mümkün değil, bizler elimize gelen evrakları tek tek hatırlamak da mümkün değil, ancak şunları da söylemek istiyorum: Özellikle müzik yapımlarıyla ilgili olan şikâyetlerde, 71’de yapılan şikâyetlerde, ben 2003 yılından beri bu büroda çalışıyorum, maalesef hak sahibi olduğumu iddia eden eserinin kendisinin rızası dahilinde kullanıldığını iddia eden birçok sanatçının aslında geçmişte tüm haklarını bir sözleşmeyle yapımcılara devrettiğini, bunları verdiğini çok iyi biliyorum. Ben isim vermek istemiyorum, bir sanatçımız haklarını devretmiş, sadece uzayda dağıtımını eksik. Ben size bunlarla karşılaşıyoruz ya da benim şu eserim rızam dışında kullanıldı diyor.

Müzik piyasasındaki bir insanın 5 yıl sonra bir albümünün kullanıldığını, bir albümde bir eserinin kullanıldığını söylemesi bana mantıklı gelmiyor. Albümü bütün sanatçılar herkes promosyon dağıtıyor, herkes televizyona çıkıp söylüyor. O da izliyor, ama bir şekilde bizim gördüğümüz ve bildiğimiz de bu, bir şekilde gidiyor, konuşuyor, bir şey alamıyor. En son noktada savcılığa geliyor, ama gördüğümüz şu ki birçok sanatçı maalesef özellikle ilk albümlerini çıkaracakları dönemde diyorum ya sadece ve sadece uzayda dağıtım hakkını vermiyorlar. Ben bunu gördüm, maalesef öyle, süreye bağlı kalmaksızın, belki yasanın aradığı şartlar bağlı kalmaksızın bunları yapıyorlar. Ondan sonra da aleyhlerine karar çıktığı zaman ya da savcılıklarda kovuşturmayaya yer olmadığı çıktığı zaman ben niye böyle yaptım? Şimdi elimde bir evrak var, isim vermek istemiyorum, tüm haklarını vermiş. Şunu söylüyor: Ben bunu verdim, ama o zaman işte şartlar onu gerektirdi. O zamanın şartları gerektirdi, aradan 20 yıl geçmiş, 30 yıl geçmiş. Bunları görüp bunun bir tek geçmişte artık birçok şeye biz de bakıyoruz devirlerde yasal olmuş mu olmamış mı, bunun biliyorsunuz sanatçılar en fazla mücadelesini veren Erkin Koray'dır. Erkin Koray çok uzun süre bir mücadele verdi, Danıştaya gitti, birçok mücadelesini verdi, haklarını aldı. Onun da sebebi şudur: İlk hepimizden yaşça çok büyük birisi, Erkin Koray ilk neredeyse ilk albümü çıkardığı dönemde şu an piyasada olmayan bir plak şirketine sadece plak için kaset için bile değil- verdiği hak sahipliğini daha sonra devrede devrede DVD'ye, CD'ye kadar getirdiklerinde onun mücadelesini verdi. O zaman davalar açıldı, ama yapımcılar da o kadar profesyonel davranıyorlar ki belki biz fark etmiyoruz, ama uzun vadeli düşünüyorlar. Sizlerin önüne gelmiş olabilir, olmayabilir. Yurtdışında ilk CD çıktığını hisseden yapımcı bir sanatçıya albüm yaparken yaptığı sözleşmeye onu da koyuyor. Türkiye'de daha yok, bakın, bunlarla karşılaşıyoruz. O yüzden şartlar varsa kesinlikle davalar açılıyor, onu bilmiş olun ki bunu yaparken de bizim elimizde özellikle 71. maddeye ilişkin yapılan şikâyetlerde evrak tüm deliller toplandıktan sonra sonuçlandırılır. Onu mutlaka değerlendiririz, bunu bilmiş olun. Teşekkür ederim.

Yrd. Doç. Dr. SERDAR TALAS- Kastla ilgili problem sadece

71. maddeyle ilgili değil, ceza yargılamasının genelinde kast tanımıyla ilgili bir sınıktımız var. Yani sıkıntımız dediğimiz salında kast çok basit ve kapsamsız bir şey, ancak ispatı noktasında çok rahat hareket edilebildiği için Yargıtay kararlarında da benzer durum var. Hani cezalandırmanın adil görülmediği yerde kastı yoktur deyip, topu taca atmak gibi bir yöntem izleniyor. Somut olarak ispatına ilişkin bir vaka üzerinde konuşabilecek durumda değilim, ama tanımı son derece basit: Kişi fiilini bilerek ve isteyerek gerçekleştiriyorsa, sadece fiil bakımından kastın varlığı bakımından yeterlidir. Bu kast tanımıyla ilgili sorunu ortaya koyması bakımından sadece bir örnek vereceğim. Yerleşmiş Yargıtay uygulamasıydı eski kanun döneminde, yeni dönemde de devam edecektir. Özel belgede sahtecilik suçu: Ben size diyorum ki benim yerime at imzayı, ver diyorum, siz de atıyorsunuz imzayı, veriyorsunuz. Ben daha sonra sizi şikâyet ediyorum benim imzama taklit etmiş diye, siz kasten mi hareket etmiş durum-

dasınız? Evet. Yargıtayın söylediği şey kastı tespit edilemediğinden verilen mahkumiyet kararı hukuka aykırı, muvafakat üzerine gerçekleştirilen özel belgede sahteciliklerde beraat kararı verilmesi gerektiğini söylüyor. Bu savunulabilir bir görüştür, ama kast bir argüman değildir. Çünkü bilerek ve isteyerek hareket etmediğinizi söyleyebilme imkânımız yok, ama 71 uygulaması bakımından kastın yokluğu hususunda en azından ben bir karara rastlamadım, ama bu arızanın 71 bakımından da devam ediyor olması benim bakımından çok şaşırtıcı bir durum değil açıkçası.

Doç. Dr. İbrahim DÜLGER - Teşekkür ediyorum. Başka sorusu olan? Önce siz, sonra siz, sonra siz.

Av. Betal ÖZAY - Bilgisayar programlarıyla ilişkili olarak iki tane sorum olacak. Uygulamada karşılaştığımız problem, bir tanesi kasta ilişkin olarak arama yaptığımız yerlerde firmalar genellikle birden çok bilgisayar kullanıyorlar ve her bilgisayarın kendine ait bir kullanıcısı var. Eğer lisanssız bir yazılım kullanımı söz konusuysa, burada yeni bir itiraz olarak önümüze gelen bir şey firmanın yetkilisi, normalde hep firma yetkilileri aleyhinde ceza davaları açılıyordu. Fakat buna bir itiraz, yani kullanıcının kendisi bunu yüklemiş ve bizim buradan herhangi bir bilgimiz yok, ama bu çok adetli de olabilir, sadece bir tane olması değil. Bu konuda ceza sorumluluğu açısından kişiselleştirme gereği sorumlu kim olacak? Burada lisanssız kullanımdan dolayı aslında şirketin bir kazancı var. Fakat kullanıcının kendi sorumluluğunu şirket yöneticisi burada beraat verecek, böyle bir tereddüt var. Biz de tam olarak ne olacağını da bilmiyoruz, ama sormak istedim.

İkinci sorum, bu da İsmail Beye: Uygulamada bilgisayar programlarının orijinallliğini garanti eden sertifikaların sahte üretimi konusunda ciddi bir problem var. Bununla ilgili olarak biz...

İsmail ONARAN - Şikâyetiniz var.

Av. Betal ÖZAY - Doğru, fakat genellikle FSEK'ten iddianameler hazırlanıyor. Ceza mahkemelerinin önüne gidiyor. Haklı olarak da hâkim beyler ve hâkime hanımlar diyorlar ki: Bunlar aslında bir eser olmadığı için etiketin kendisi, aslında taslakta ben gördüm, daha geniş bir düzenleme var, ama şu anda bu bir şekilde nereye girdiği tam belli olmuyor ve böylece biz beraat kararlarıyla karşılaşıyoruz. Bizim açımızdan da, müvekkiller açısından da ciddi problem teşkil ediyor. Bunu nasıl çözebiliriz, nasıl bu konuda bir yorumunuz olur mu, merak ettim.

Doç. Dr. İbrahim DÜLGER - Teşekkür ederim. Buyurun, soruyu tevcih edilen sayın konuşmacılar.

İsmail ONARAN - Şimdi ben bilgisayar programlarının sertifikası konusundaki benim düşüncem tabii bir yazılımdır, bir eserdir, şikâyetçisi var en azından. Çünkü Yargıtayın da düşüncesi eğer gerek oyunlarda, gerek bilgisayar programlarında şikâyetçisi yoksa eğer o konuda şey yapılıyor, ama benim düşüncem 71 kapsamına girer. Yaratıcısı bir eser sahibi var ortada, benim düşüncem şirketlerde kullanımlarda o şirketin o bilgisayarların kullanımında mutlaka bir kazancı söz konusu. Düşünün, bir işletmeye gidiyorsunuz, siz herkese ortak ağda bilgisayar veriyorsunuz ve genelde bunu denetlemekle yükümlüsünüz bir şekilde. Yeri geldiği zaman haksız bir eylem olduğunda, haksız bir eylem derken farklı şeylerle karşılaştığımız zaman karşılaşmamak adına bilgisayarlarınızı ona göre değerlendiriyorsunuz, yapılandırıyorsunuz. O yüzden bu bilgisayar programlarının kullanılmasında özellikle yazılım kullanımında son günlerdeki moda savunma bu şekilde, hep benim işletmem, elemanım getirmiş, kolaylık olsun diye koskoca bir mimarlık şirketini düşünün, Autocad programı kullanıyor. 30 tane bilgisayar var, 30 bilgisayarın 20'si kullanıcıların hepsinin de marka vermeyelim artık, çok iyi bilgisayarlar var bu işlere uygun, herkes bunu kullanıyor, şirket çok büyü para kazanıyor ve eleman alırken de diyor ki Autocad programı kullanacak elemanlar arıyorum. Şimdi bu insanlar sizin şirketinize gelip çalışmaya başladığı zaman mutlak ve mutlak bu programları kullanacaklar. İşletmenizde sizin aramaya gittiğiniz zaman, biz mahkeme kararıyla bilgisayarlarda arama yaptırdığımızda özellikle şunu görüyoruz: Bilgisayarlarda var, benim elemanım yüklemiş. Siz elemanı alırken zaten bunu ilan ediyorsunuz. Diyorsunuz ki ben bunu kullanacak eleman alacağım. Bunu kullanacak eleman gökten zembille getirmeyecek, ya sizin bir programınız var ya da bu adam bunu korsan alıp getirecek. İşin en güzel tarafı da şimdi biz onunla çok karşılaşıyoruz, efendim, bizim işyerimizi nereden buldular? Şimdi bu laftan lafa geçiyorum, bulut programımız var, yabancılar bunu çok iyi kullanıyorlar. Her ne kadar bizden arama istiyorlarsa da program güncelledikleri anda o programı yazan şirketin mutlaka bilgisayarına IP numarası düşüyor ve adres belirleniyor nokta olarak, adres belirlendikten sonra o şirketler gözetiliyor. Burada bu şirket var mıdır, yok mudur, ondan sonra arama izni isteniyor ve gidildiğinde bugüne kadar ben 2003'ten beri bu işi yapıyoruz, şikâyetler geliyor, boş çıkan yer sayısı bir elin parmakları kadardır. Tamamında var, bir kısmı sertifikalı, bir kısmı alt versiyon almış, daha sonra üst versiyona düşmüş. Bunlar genelde benim düşünceme göre kendi kendilerine bu şekilde kullanılan programlar değil, mutlaka şirketin bilgisi dahilinde kullanılıyor. Şirketin sorumlusu kimse, onun sorumlu olması lazım, diğer kişinin de sorumluluğu tartışılabilir, onu da düşünebiliriz, ama şirketin de bundan bir maddi kazanç elde ettiğini düşünürsek şirketin de sorumlu olacağı düşüncesindeyim. Teşekkür ederim.

Doç. Dr. İbrahim DÜLGER - Evet, diğer soruya. Yalnız bir saniye, çok özür diliyorum, yani düzene uygun arkadaşlara eğer izin verirlerse şey yapalım, ama iki kişiden sonra. Cevap vermek için, çok özür diliyorum, buyurun, katkılarınızdan dolayı teşekkür ediyoruz, sağ olun.

Fatma SONAL DOLUNAY- Kusura bakmayın, hep bize top atıldı, biz suçlandık. Ben Bakırköy 1. No.lu Fikri ve Sınai Haklar Ceza Mahkemesi hâkimi Fatma Sonal Dolunay şunu söylemek istiyorum:

Özellikle bilgisayar programıyla ilgili o bilgisayarda o programın şahsi mi, ticari mi kullanılıp kullanılmadığı tespit ediliyor zaten. Eğer şahsiyse o bilgisayarı kullananı tabii ki cezanın şahsiliği ilkesi var, ama yok, şirket için kullanıldıysa, bu zaten tespit ediliyor. Yani somut olaya göre değerlendirme yapıyoruz. Öyle bütün bir olayda şu sorumludur ya da bu sorumludur diyemeyiz. Her şeyden önce onu söylemek zorundayım.

İkinci bir husus: Ben sevgili meslektaşlarımın bir ceza mahkemeleri ve savcılıklar olarak özellikle fikri haklar konusunda bu kadar dosya ve suçla uğraşırken suçlanmamızı kabul etmiyorum. Benim bir tek bize gelen sadece takipsizlikler dışında dosya sayısı yıllık 1 500, yani bunu dikkate aldığınızda ve şunu da söyleyeyim, mesela bir sanığın evet, kişiselleştirmemiz lazım suçları ceza verirken, bu çok önemli. Diyelim her gün yakalanıyor korsan CD'den, bir suçtan onay verdiğiniz zaman ben içtima yaptım, 60 ay ceza alan sanık var. Lütfen bunları göz önünde bulundurun ve sadece topu biz uygulayıcılar olarak bize atmayın. Bence biz olabildiğince üzerimize düşen görevi büyük fedakârlıklarla yaptığımızı düşünüyorum. Bu konuda da işte kastın varlığı yokluğu, hepsi ve hepsi somut olaya göre değerlendiriyoruz. Çünkü ceza yargılamasında özellikle silahların eşitliği ve tarafların eşitliği hususu var. Bir tarafa beni korusun diye işte ben bundan korumadan faydalanmak istiyorum değil bu, her iki tarafın da bir kere şüpheden sanık yararlanır, sonra çok işte suçta ve cezada kanunilik ilkesi var. Bunlar hep bizi bağlayan, ceza verirken mahkumiyet hükmü kurarken bizim dikkat etmemiz gereken hususlar, hepimiz hukukçu olarak bence bunlara dikkat etmeliyiz. Teşekkür ederim.

Doç. Dr. İbrahim DÜLGER - Biz de Hâkime Hanıma teşekkür ediyoruz. Hem sorunun cevabı mahiyetinde bir açıklamada bulundu, hem de meslekleriyle ilgili yanlış algının düzeltilmesi noktasında bir açıklamada bulundu, teşekkür ediyorum. Buyurun.

Av. Emin ÖZKURT- Merhaba. Lisanssız yazılım kullanımı hususunda, bununla ilgili soruşturmalarda çok ilginç hukuk uygulamalarına pratikte şahit oluyoruz. Örneğin, kaçak yazılımlar artık kariyer ilanlarından tespit ediliyor. Kariyer ilanlarından örnek vermek gerekirse, ado ... (58.51) ve fotoshop, Indesigne, flash, illustrate kullanımı bilen çalışan arayan şirketler polis baskınlarına maruz kalıyorlar ve bunun takiminde de, bunun peşi sıra da şöyle bir ilginç durum ortaya çıkıyor: İhbarı yapan kişiyle ihbar neticesinde ilgili şirkete gelen kişi aynı büroda çalışıyor gibi bazen bazı durumları pratikte görüyoruz. Benim sormak istediğim soru şu: Netice itibarıyla arama kararının hemen hemen her olaya ve her delile verilmesi ne derece doğrudur? Arama kararı talep edilebilmesi ve verilebilmesi için ciddi deliller ve makul şüphe bulunması sizce

gerekmez mi ve bu tür arama kararları ve arama tutanakları hukuka aykırı sayılabilir mi diye sormak istiyorum. Birde çok kısa, diyelim ki tespit yapıldı. 50 tane bilgisayara arasında 3 tanesinde lisanssız ürün kullanıldığı tespit edildi. Burada ceza takdiri yapılırken bu husus dikkate alınır mı? Burada mali açıdan, yani para cezası açısından dikkate alınır mı? Sorumu hem İsmail Beye, hem de değerli dönem arkadaşım Sayın Hocam Serdar Talas'a iletmek istiyorum.

Doç. Dr. İbrahim DÜLGER - Teşekkür ediyorum, buyurun sayın konuşmacılar, hanginiz önce cevap vereceksiniz.

İsmail ONARAN - Şimdi tabii şirketlerin az önce de örneğini verdik eleman alınırken işletmede, başka türlü delil arama imkânınız yok. Delil bulma, makul şüpheden oradan kaynaklanıyor. Siz bir eleman alırken zaten onu belirtiyorsunuz. Artık mahkemede verilen bununla birlikte başka deliller de ortaya çıkıyor. Şimdi şirketlerin sadece ve sadece eleman alınmasına bakılmıyor. A şirketinin yaptığı başvurularda o şirketin tüm faaliyet alanları da gösteriliyor. Yani sadece biz bir dilekçe, dilekçe içinde bir ilandan ziyade o şirketin faaliyet alanları da belirtiliyor. Yani o şirketin bir mimarlık şirketi olduğu, yaptıkları işler, bunlar da gösteriliyor. Bunlar da makul şüphelerdir. Bize göre makul şüphedir, ama bunu arama kararını kabul edecek olan hâkim arkadaşımızın bakış açısı farklı olabilir. Yani benim görüşümle mahkemedeki arkadaşımızın görüşü farklı olabilir. Başka türlü imkânınız yok zaten, ama işletmede 50 tane bilgisayar varken içinden 3 tanesine yazılım, lisans çıkmıyorsa, bunun değerlendirilmesi olayın meydana geliş şekline göre değerlendirecektir, ama ceza tertibinde de mahkemeler onu ayrı değerlendirecektir tabii.

Yrd. Doç. Dr. SERDAR TALAS- Sondan başlayayım bende

Sayın Savcının bıraktığı noktadan, ceza tayini bakımından 61'e göre alt ve üst sınırlar arasında sonuç olarak hâkimin takdir yetkisi var. Yani 50 bilgisayar arasında 3 tanesinde kaçak lisanssız yazılım çıkmış olması bu noktada demin işaret etmeye çalıştığım kast ispatı noktasında da belki bir sorun olarak karşımıza çıkar. Çünkü 50 yazılımdan sadece 3'ünün lisanssız olması şirketin bu anlamda lisanssız yazılım kullandığını gösterir, ama şirketin çok hukuki bir terminoloji değil, ama şirket politikası olarak lisanssız yazılımı kullandığı ya da buradan ciddi bir ticari gelir elde ettiği hususunda tereddüde sevk eder. Ceza yargısına bunu taşırsanız kastın varlığının ispatı noktasında bir problem olarak bu bizim karşımıza çıkar.

Arama kararlarıyla ilgili söylediğiniz husus, aslına bakarsanız bu saha biraz daha ispat vasıtaları bakımından daha somut bir saha, ama arama kararlarıyla ilgili dile getirdiğiniz eleştiri ceza muhakemesinde verilen arama kararlarının pek çoğu bakımından gündeme gelebilir. Ben size şunları da ekleyeyim bir ek olarak: Gerekeceği noktada arama kararının gerekçeden yoksunluğuyla birleştirirseniz sorunuzu aslında mesele-

nin çok daha ciddi olduğu sonucuna ulaşılabilir. Çünkü bizdeki uygulama bakımından özellikle şüphenin temellendirilmesi noktasında ciddi bir problem var. Yani şüphenin salt, soyut yasa hükümlerinin tekrar edilmek suretiyle izah edildiği hem kararlar, hem hükümlerin varlığından bahsedebiliyoruz. Salt bu saha bakımından değil, hemen hemen hukuk uygulamasının tamamı bakımından bunu söylemek lazım, ama şunu da kabul etmek durumundayım: Savcı Beyin söylediğine yine atıf yaparak söylüyorum, sonuç itibariyle zihni bir sürecin varlığı ya da yokluğu hususunda karar veriyorsunuz. Yani makul ya da yeterli şüphe var mıdır, yok mudur şeklinde karar veriyorsunuz. Sonuç itibariyle bu değerlendirmeyi yapacak hâkimin ya da savcının bir biçimde ölçütlerine bağlı olarak hareket etmeniz beklenir. Tek önemli ölçüt şu: Şüphenin hangi delillerle temellendirildiği meselesidir. Bizde kanunda açıkça yazmıyor olması belki biraz kötüye kullanılarak diyeyim, salt kişisel şüphenin yeterli olduğu gibi bir algı var. Bu doğru değil, kişisel şüpheden değil kanuni şüpheden bahsettiği yerler, somut delille dayalı şüpheden bahsediliyor. Son kanun değişikliğinde eklendi, ama bence lüzumsuz bir değişiklik, yani arama için, gözaltı için delilin somutu veya soyutu gibi bir tasnif çok anlamlı değil. Delil deliliyse zaten somut bir şeydir ve neler olabileceği de üç aşağı beş yukarı öngörülebilir şeylerdir. Teşekkür ederim.

Doç. Dr. İbrahim DÜLGER - Evet, hanımefendi vardı galiba, siz miydiniz? Soru sormak isteyen başka bir kişi var mı? Son bir soru daha alacağım. O zaman ilk beyefendinin elini gördüm, oraya söz vereyim ve kapatalım. Gerçekten bilgi açlığımızı gidereceğiz, ama bu açlık bir hayli yoğun olduğunu görüyorum, bir hafta filan süreceğe benziyor, bir yerde kesmek zorundayız. Buyurun, sorunuzu kısa ve bir soru lütfen ve kime tevcih ettiğinizi de belirtirseniz sevinirim. Sağ olun, buyurun.

Av. Burcum EVGİN- Merhaba, benim sorum Sayın İsmail Onaran'a. Bu arama kararları artık sulh ceza hâkimlikleri tarafından alınıyor ve sizin de dediğiniz gibi bizim taklit ürün satış yapanlarından herhangi bir fiş, fatura alma imkânımız olmuyor ve bunları sizlere sunamıyoruz. Eskiden itirazlarımız fikri sınai ceza mahkemeleri tarafından inceleniyordu. Artık itirazlar sulh hâkimlikleri tarafından incelendiği için bu konudaki görüşlerinizi ve neler yapabiliriz bu konuyla ilgili? Çünkü artık arama kararı almak bir istisna haline geldi bizler için de, onu soracaktım size. Teşekkürler.

İsmail ONARAN - Tabii şimdi ben konuşmamda da kısaca belirttim, hâkim arkadaşlarımızın takdirlerine bizim artık müdahale etmemiz mümkün değil. Özellikle sulh hâkimlerine artık etmemiz mümkün değil. Geçmişte en büyük avantajımız iki fikri sınai haklar ceza hâkimi arkadaşımız burada, bayan hâkime hanımlar buradalar, onlar bizim derdimizi anlıyorlardı, sıkıntıyı biliyorlardı, ama maalesef ve maalesef bir şey anlatmak çok zor. Gerçekten işletmelerde şunu görüyoruz: İnsanlar dükkanların numarasını değiştiriyorlar, vergi kayıtları yok, fiş vermiyorlar, delil teşkil edecek diye kredi kartı kullanmıyorlar. Maalesef bununla karşı karşıyayız, ama yasal düzenle-

me sanıyorum yapılacak, bununla ilgili çalışmalarımızı biz ilgili Adalet Bakanlığında ki ilgili genel müdürlüğü daire başkanına aktardık. Onlar da durumu değerlendirdiler. Çünkü özellikle taklit ürünlere yönelik yapılan aramalar sonucu arama yapılmadığı için piyasada çok fazla olduğunu artık az önce belirttim. Geçen yıl ele geçen ürün miktarıyla bu yıl ele geçen ürün miktarında yaklaşık 150'ye yakın bir düşüş var. Bu açıkça bir gerçek, bunu aktardık. Sanıyorum bu sorunu bir şekilde çözecekler, ama ne şekilde çözülecek? Aksayan yönler var, ama hâkimin takdirine bizim karışmamız mümkün değil. Elden geldiğince daha fazla deliller var. Bir de hâkimin takdiri ona bir şey diyemiyorum, öyle bir olayla karşılaştık ki bizim gerek Bakırköy'de, gerek bizim bölgemizde değil, yani her türlü işlem yapılmış, en sonunda bilirkişi raporu da eklemişler. Karar vermeyecek hâkim arkadaşımız şunu söylemiş: Bilirkişi sizin bilirkişisiniz, orijinal olduğunu nereden bileceğim? Şimdi bir insanın mantiken şöyle söyleyeyim, şu çanta piyasada 3 000 lirayken siz bu çantayı 35 liraya alıp fiş veriyorsanız bunun taklit olduğunu uçan kuş dahi bilir, bunu sormaya gerek yok. Mantiken düşündüğünüz zaman bu bir gerçek, bir deva kararlarda birçok gerekçeler yazılıyor. Şimdi bir de ülkemizde şu da söz konusu: Taklit ürünlere ilişkin bakış açısı farklı, ondan da kaynaklanıyor. Uyuşturucu olduğu zaman arama izni veriyorsunuz, evinde adamın yatağını döküyorsunuz ortaya, evine gidiyorsunuz, yorganı, yatağını döküyorsunuz, mermisini evinin bacasında arıyorsunuz, ama dükkanda satılan taklit olduğu belli olan ürüne ilişkin maalesef arama kararı alamadığımız zaman sizler de üzülüyorsunuz, bizler de üzülüyoruz, ama bu da bir sorundur. Bu sorun da çözülecektir, ama bu yasa koyucunun buna bir düzen getirmesiyle olacaktır diye düşünüyorum. Teşekkür ederim.

Doç. Dr. İbrahim DÜLGER - Teşekkür ediyoruz, buyurun.

Av. İlhan SAVRU- FSEK kapsamındaki suçlar uzlaşmaya tabi midir, bu yönde savcılığımızın bir uygulaması var mıdır?

Yrd. Doç. Dr. Serdar TALAS- Takibi şikâyete bağlı zaten suçların tamamında aksi kanunda özel olarak belirtilmemişse uzlaşma mümkündür. Hem ceza limiti bakımından, hem de bütün suçlar bir arada düşünüldüğünde uzlaşmaya tabi suçlar evet, orada bir tereddüdümüz yok zannediyorum.

İsmail ONARAN - Savcılık uygulamasında taraflara teklif ediyoruz zaten, eğer uygun görürlerse genelde yasa koyucu üç gün ya da beş gün, on gün, ama biz onlara genelde uzun süreli veriyoruz. Çünkü özellikle fikri haklardaki tarafların uzlaşma süreci biraz uzun zaman alıyor. Çünkü karşılıklı pazarlıklar sürüyor, karşılıklı pazarlıklar sürdüğü için en son noktaya geliyor. Özellikle 71 yönünden ben tarafların yargılama aşamasında mahkemeye taşınmasına taraftar değilim gerçekten, 71'de ceza uygulaması son nokta olarak görüyorum. Çünkü hâkim arkadaşlarımızın karşısına geldikleri zaman birinci celseye taraflar gelmiyor, ikinci celse, üçüncü celse yüzde 95'i uz-

laşıyorlar. Bu kadar iş yükünün arasında gerçekten iş yükünü biz iddianameleri yazdığımız için biliyoruz, biz büroda iki arkadaş çalışıyoruz, bugüne kadar yılbaşı itibariyle aldığımız evrak sayısı 1 750, yaklaşık 3 500 evrak geldi. Bu yılbaşı sonu itibariyle demektir ki bizim 3 000'e yakın, 2 500'e yakın evrak alacağız, 5 000 tane. Arkadaşlarımız elimizden geldiğince biz elimizde kendi işi uzlaşmaya ve olabilecek bitirmeye yönelik olarak çalışıyoruz. Özellikle bandrol suçları dışındakilerin yüzde 30'una yakını uzlaşmayla bitebiliyor, ama marka suçlarında ve gerekse telif davasını mutlaka açıyoruz zaten, ama diğerinde de uzlaşma yüzde 50'ye yakın olabiliyor. Tarafların tutumuna bağlı, özellikle müzik tespitlerinde şununla karşılaştık: İşletmelerin büyük bir çoğunluğu 71'le yapılan şikâyetlerde çok yüksek rakamlar olduğundan bahsederek şikâyet şey oldular, ama gerçekte meslek birlikleriyle görüşüldüğünde çok daha düşük rakama uzlaşıldığını, hukuk mahkemesine yapılacak tespit bedeli kadar dört meslek birliğiyle sözleşme imzalandığına ben bizzat şahit oldum. Özellikle 2012 yılında yapılan 1 000'e yakın şikâyet geldi, o 1 000'e yakın şikâyetin yaklaşık 750'si uzlaşmayla bitti. Uzlaşma bize gelip uzlaşma şeklinde değil, meslek birlikleriyle sözleşme yapılarak. 250'sine dava açıldı, onun da çoğunu ben şeyden görüyoruz, bir şekilde evrakların bir kısmı bize dönüş oluyordu, oradan biliyoruz. Orada da vazgeçmeyle bitti. Teşekkür ederim.

Doç. Dr. İbrahim DÜLGER - Evet, sorulardan da anlaşıldığı kadarıyla çok önemli bir konuda bilgi açlığı yoğun, ama bir yerde kesmek zorundayız. İstanbul Baro Başkanlığına, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığına ve emeği geçen herkese bu kadar önemli bir konuda bu kadar düzenli bir program tertip ettikleri için teşekkür ediyorum. Sayın konuşmacıları ayrıca tebrik ediyorum. Sürelerini kısa kısa meramlarını anlatma şansı vermedik, ama çok teşekkür ediyorum. Teşriflerinizden dolayı sizlere de teşekkür ediyorum. Ben konuşma sıralarına göre İstanbul Baro Başkanlığından gönderilen sayın konuşmacılara teşekkür belgelerini takdim edeceğim. Önce Sayın Savcım İsmail Onaran Beye İstanbul Barosunun göndermiş olduğu teşekkür belgesini veriyorum. Katkılarınızdan dolayı ben onların adına teşekkür ederim, sağ olun. Sıraya göre demiştim, Sayın Yrd. Doç. Dr. Sayın Serdar Talas, teşekkür ediyorum tebliğlerinizden ve konuşmalarınızdan dolayı. Sayın Saruhan Kızılay Beyefendi, ta Ankara'dan geldiniz, ama biz bir hışımla sizin sözünüzü kestik, kusura bakmayın lütfen, bir başka toplantıda daha uzun konuşmak dileğiyle teşekkür ediyorum, sağ olun, iyi günler.

ARA VERİLDİ

7. OTURUM

İNTERNET UYGULAMALARI

Av. Vehbi KAHVECİ - Arkadaşlar, yorucu bir iki gün, inşallah bunu kitap hali-ne getirecek Baro, bu da turuncu kitap olacak. Öyle zannediyorum ki sunum yapan-lar eksik kalan kısımları da yazılı olarak vermiş olacaklar. Dolayısıyla da hepsini iç-er-miş olacak. Özellikle sektörün ya da bizim uygulamacıların problemleri burada ciddi şekilde dile getirildi. Bunların da Yargıtay uygulamasında önemli bir değişikliğe se-bep olacağını düşünüyoruz. Çünkü daha önce kısa bir kitabımızdan sonra altı tane ka-rar değişmişti Yargıtayda, şimdi onun için umutluyuz. 7. Ceza Dairesi de zaten yeni arayışlarını sürdürüyor ve ciddi yeni kararları var çok ciddi, onlar da bizim için mut-luluk verici.

Şimdi maratonun son bölümündeyiz. Sizden ricam şu: Şimdi arkadaşlarımız haklı olarak tabii içlerini dökmek istiyorlar, soru sormak istiyorlar, ama katılımcılar uçağa yetişecekler. Onu şimdiden söyleyeyim. Buradan çıkınca hemen o arabaya bindirip, havaalanına göndermemiz gerekiyor, tam da trafiğin sıkışık saatine gelecek. O neden-le mümkünse sorularınızı soru olarak sorun, çünkü hepimizin çok farklı görüşleri var, hepimiz bir şeyler düşünüyoruz, ama bunları söylediğimiz zaman ne sonuç alıyoruz, onu bilmiyoruz, ama sorumuzu sorarsak cevabını da almış oluruz. Şimdi bu oturum da son oturumdan bir önceki oturum biliyorsunuz. Bizi kırmadı Hocamız, geldi sağ ol-sunlar, Prof. Haluk Burcuoğlu yönetecek. Haluk Hocam aslında kendisi tek başına bir oturum olarak bize sunum yapabilirdi, ama vakit yetersizliği nedeniyle yapamıyoruz, ama bu arada gene kendisinden müstefit olursak ondan da mutlu olacağız. Ayrıca Doç. Dr. Mustafa Aksu Beyefendi daha çok internet ağırlıklı olarak bir sunum yapacaklar. Hepimizin tanıdığı İstanbul Fikri Hak ve Ceza Mahkemesi Hâkimi Hanım Şule Bin-naz Aydın Yunus Hanımefendi bize uygulamayı sunacaklar. Onun da teknik bir konusu olacak, kendileri önermişti. “İnternet konusunda yargı uygulamaları” hepimizin çok fazla sonuç alamadığı bir alan bu, zannediyorum yenilikleri bu gün öğrenmiş olacağız. Şimdi tabii bugün bir misafirimiz daha var, Av. Dr. Sefer Oğuz. Sefer Bey’in bu konu-da yeni bir kitabı çıktı ve o kitabın bir bölümünü sunacak bize. Bu kitap da uygulama-da çok fazla elimizde olmayan bir eser, yeni yeni kitaplaştırılan bir eser, onun için çok teknik, çok güzel bir konu, onun da dikkatinizi çekeceğini umuyorum. Bu dileklerle katılımcıları masaya almak istiyorum, Hocam. Hocam çantasını bırakacak güvenli bir el arıyor. Evet, anladım, buyurun efendim. Hoş geldiniz.

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU - Efendim, öncelikle çok sevgili kardeşim Vehbi Kahveci’ye, İstanbul Barosuna ve tabii benim için gerçek üniversite ve gerçek hukuk fakültesi olan İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesine teşekkür ediyorum. Tabii şaşı-racaksınız belki, ama Vehbi Kahveci’nin ricasını kırmak benim için mümkün değil tıp-ki bütün öğrencilerimde olduğu gibi. Ben burada sadece kareyi tamamlayacağım, us-talar yanımda. Onun için lütfen hani soru sormak, bana en azından sormayın ne olur. Benim alanım değil, tabii ilgi duymam gereken bir alan, ama o da benim eksikliğim.

Şimdi efendim genç arkadaşlarımız var, hepsiyle gurur duyuyorum ve şunu söyledim: Bilgi, akıl demiyorum, bilgi yaşta değil, baştadır. Ben bu konuda o kadar bilgili değilim. Bir başka şey daha söyleyerek arkadaşlara sözü bırakacağım. Efendim, Müjdat Gezen Uşak'ta bir konuşma yapıyor, tabii yine esprili bir konuşma. Konuşma sırasında içeriye, salona Rahmetli Orhan Boran geliyor ve Müjdat Gezen kalkıyor: “Ser sesi var ser sesi, Uşak'ta inşaat var, geliyor keser sesi. Ustalar konuşurken çıraklar keser sesi” diyor. Ben bunu söyleyip, sözü değerli arkadaşım Mustafa'ya bırakıyorum.

Doç. Dr. Mustafa AKSU - Ben de öncelikle toplantıyı düzenleyen arkadaşlarıma ve İstanbul Barosuna teşekkürlerimi ifade etmek isterim. Ayrıca Hocama da iltifatı için çok teşekkür ediyorum tabii ki, beni usta olarak nitelendirdi, ne güzel benim için, değil mi? Gerçekten usta mıyız bilemiyorum tabii, ama belli bir ölçüde fikri mülkiyetin işte belirli alanlarında kendime göre uğraşıyoruz.

Şimdi süre de kısa olduğu için doğrudan konuya geçeyim. Konuda genel olarak ve öğrenci arkadaşlar da burada bulunduğu için, bilgisayar programlarına ilişkin değil, ama bilgisayar programlarının korunmasına ilişkin çok kısa bir-iki bilgi vereceğim. Daha sonra bu yayma hakkına ilişkin bir-iki bilgi ve daha sonra tükenme ilkesine ilişkin bir-iki şey söyleyeceğim. Sonrasında da ağırlıklı olarak Avrupa Adalet Divanının bu ele alacağı kararına¹ değinip, bu karardaki temel önermeleri ortaya koyup, sizi bir ölçüde bilgilendirmeye çalışacağım. Ayrıca karara ilişkin olarak bir-iki değerlendirilmede bulunmayı hedefliyorum.

Şimdi bizde bilgisayar programları biliyorsunuz ağırlıklı olarak fikir ve sanat eserleri hukuku çerçevesinde korunuyor. Tabii bunların aynı zamanda patent hukuku çerçevesinde korunması da mümkün, en azından benim kanaatime göre². Orada birtakım tartışmalar var, ama bugünkü olay açısından bunun önemi yok. Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda bizde korunan dört eser kategorisi var. Bunlardan ilim ve edebiyat eserleri çerçevesinde bilgisayar programları da bir kitap gibi, bir şiir gibi korunuyorlar, yani dışarıdan algılanabilir şekilde biçimlenmiş halleriyle korunuyorlar. Buna ilişkin olarak bizim kanunumuza bakacak olursak, evet, şurada kanun maddesini görüyorsunuz, her biçim altında ifade edilen bilgisayar programları ve bir sonraki aşamada program sonucunu doğurması koşuluyla bunların hazırlık tasarımları ilim ve edebiyat eseri olarak korunurlar diyor. Kısacası bilgisayar programları fikir ve sanat eserleri hukuku çerçevesinde korunuyor. Acaba eser sahibinin ne gibi hakları var ve bizim konumuz açısından ele alacağımız hak nerede yer alıyor? Buradaki hakları biliyorsunuz ağırlıklı olarak işte iki gruba ayırıyoruz: Manevi haklar ve mali haklar. Bunların ay-

1) Öğretide UsedSoft/Oracle kararı olarak anılan 3 Temmuz 2012 tarihli AAD kararının (C-128/11) Almanca metni için bkz <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=124564&doclang=DE>

2) Bu konudaki ayrıntılar için bkz. *Aksu, Mustafa, Bilgisayar Programlarının Fikri Mülkiyet Hukukunda Korunması, İstanbul 2006, s. 161 vd.*

rıntılarına girmeme gerek yok. Ama manevi haklar çok öz olarak, bir tür bizim kişilik haklarıyla paralellik kurulabilecek³ şekilde eser sahibinin eserine ilişkin olarak karar verme vesaire haklarını içeren hukuksal pozisyonlar manzumesi. Ağırlıklı olarak ele alacağımız ve bizi ilgilendiren mali haklara gelecek olursak, bunların alt türlerini görüyorsunuz, burada almışım: İşleme hakkı, kanundaki sıraya göre, çoğaltma hakkı, yayma hakkı, temsil hakkı, umuma iletim ve diğerleri şeklinde geçiyor. Görüyorsunuz yayma hakkı bu haklardan bir tanesi. Tabii yayma hakkını biraz daha ayrıntılı şekilde ifade etmekte yarar var. Kanundaki düzenleniş şekline bakacak olursak 23. maddeye, burada belki daha iyi anlaşılması için maddenin ilk kısmını okuyayım: “*Bir eserin aslını veya çoğaltılmış nüshalarını kiralamak, ödünç vermek, satışa çıkarmak veya diğer yollarla dağıtmak hakkı münhasıran eser sahibine aittir*”. Yani eserin çoğaltılmış örneklerinin satışa sunulması yayma hakkı çerçevesinde, tabii eserin orijinalinin satılmasını da aynı şekilde değerlendirmek gerekiyor. Burada yayma hakkının ayrıntılarını⁴ uzun uzun anlatmak yoluna gitmeyeceğim, ama özellikle koşullar üzerinde biraz durmak gerekiyor. Kanun hükmünü doğrudan aldım özlü olsun diye, eserin aslı ya da çoğaltılmış nüshalarına ilişkin bir hak, bunların kiralanması, ödünç verilmesi, satışı veya diğer yollarla dağıtımına ilişkin bir hak. Eser sahibinin izniyle yurt içinde çoğaltılmış nüshaların ya da yurt dışında çoğaltılmış nüshaların buraya getirilip, satılması hususunda eser sahibinden izin alınması gereği yine yayma hakkı çerçevesinde kalan bir durum.

Diğer bir konu: Yayma hakkının tükenmesi⁵, bu yayma hakkının sınırı. Tabii buradaki sınırı ben şöyle değerlendiriyorum: Kanun koyucu burada hak sahibine böyle bir hukuksal pozisyon (yayma hakkı) sağlamış, ama bunun ilerisini geçme yetkisini eser sahibine zaten vermemiş (yayma hakkının tükenmesi). Eser sahibine baştan itibaren tanınmış olan hukuksal pozisyon zaten bu tükenme hakkını da içerecek şekilde biçimlendirilmiş. Bu, çok özet bir şekilde ifade etmek gerekirse, şu anlama geliyor: Bir eser örneğini ben, hak sahibi olarak, tutup başkasına devredersem, satarsam bu kişi de alıp bunu tekrar başkasına devrederse, o da tutup başkasına devrederse ve bu daha sonra-

3) Genel kişilik hakkı ile eser sahibinin manevi hakları arasındaki ilişki ve karşılaştırma açısından bkz. *Aksu, Mustafa, Eser Yaratıcısının Eseri Üzerindeki Manevi Hakları (Eser Yaratıcısı Kişilik Hakkı) ile Genel Kişilik Hakkı İlişkisi Üzerine Bir Deneme*, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, İstanbul 2010, Cilt I, s. 121 vd.

4) Bu konuda bkz. sadece *Öztan, Fırat, Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku*, Ankara 2008, s. 361 vd.; *Tekinalp, Ünal, Fikri Mülkiyet Hukuku, Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş Beşinci Bası*, İstanbul 2012, § 14, kn. 96 vd.; *Genç Arıdemir, Arzu, Türk Hukukunda Eser Sahibinin Çoğaltma ve Yayma Hakkı*, İstanbul 2003, s. 93 vd.; *Bozbel, Savaş, Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku*, İstanbul 2012, s. 110 vd.

5) Bu konudaki ayrıntılar için bkz. *Nal, Temel, Probleme des türkischen Urheberrechts aus der Sicht des deutschen und europäischen Rechts*, München 2000, s. 120 vd.; *Öztan, a.g.e.*, s. 364, 369 vd., 374; *Memiş, Tekin, Fikri Hukuk Bakımından İnternet Ortamında Müzik Sunumu*, Ankara, Seçkin, 2002, s. 111 vd.; *Bozbel, a.g.e.*, s. 111 vd., ancak krş. s. 436; *Genç Arıdemir, a.g.e.*, s. 93 vd., özellikle s. 125; *Merdivan*, in: *Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu*, Ankara 2013, Cilt I, s. 955 ve özellikle s. 964 vd. İsviçre hukuku açısından bkz. sadece *Hilty, Reto M., Urheberrecht*, Bern 2011, kn. 159, 339 vd., 341

ki devirlerde eser sahibi olarak ek bir yetkiye sahip miyim? Yani orada tekrar bana bir pay vereceksiniz ya da benim istediğim kişilere devredeceksiniz, burada bu şekilde birtakım kısıtlamalar getirebilir miyim? Yayma hakkının tükenmesi özü itibariyle bunu ifade ediyor.

Yani şu anlama geliyor: Eser sahibi ilk satışı, devri gerçekleştirirken, bunu muamele hayatına bırakırken, artık eser ya da eser örneği ondan çıkmış olur ve bunun üzerinde artık tasarruf imkanı bulunmaz. O nedenle zaten diyorum, eser sahibinin hukuksal pozisyonu bununla sınırlı, bu şekilde ilk devirden sonraki devirler eser sahibinin alanına ilişkin değildir.

Tabii biraz önce yayma hakkının kapsamına giren işlemleri ifade ettik, kanundaki hükümden hareketle, onlar biraz daha kapsamlıydı. İşte kiraya verilmesi vesaire onlar da yayma eyleminin kapsamına giriyorlar. Yayma hakkının tükenmesi dikkat ederseniz eserin o örneğinin devrini içerdiği için daha dar bir çerçevede söz konusu olacak. Yani esere ilişkin yayma hakkının genel olarak tükenmesinden bahsetmek bu açıdan doğru değil, ancak bazı yayma eylemleri açısından tükenme gerçekleşebilecektir.

Yayma hakkı diğer haklardan tabii ki bağımsız bir hak. Yayma hakkı ve çoğaltma hakkı genellikle birlikte gündeme gelseler de gerek koruma kapsamı ve gerekse korudukları değer itibariyle farklı hukuki pozisyonlar. Yayma hakkı umuma iletim hakkından da aslında farklı, tabii bunlar bir ölçüde belki örtüşüyorlar, ama bizim konumuz açısından bu biraz daha önem arz ediyor. Bunlar kanunda zaten ayrı hukuksal pozisyonlar olarak ifade edilmişler. Yayma hakkı ülkemiz açısından ulkesel, uluslararası yaymayı benimseyen ülkeler de var. Bunlar diğer, ele alacağımız kararın daha iyi anlaşılması açısından, bilinmesi gereken, kısa özet bilgiler.

Şimdi tükenme ilkesinin gerekçesi ne, bu biraz önce anlattığım, yani yayma hakkını sınırlayan bu tükenme ilkesinin gerekçesi ne? Tabii bu da başlı başına bir tartışma konusu, derinlemesine incelenebilir. Buradaki teorilere ben çok kısa özet olarak koydum sunularımıza⁶.

Bir tanesi ilk satışın, sonraki devirlere örtülü rızayı içerdiği yaklaşımı, yani daha sonraki satışlara, daha sonraki devirlere ilk devri yaparken eser sahibi örtülü olarak rızasını zaten göstermiş. O nedenle yeni devirlere engel olamaz, bunlara karışamaz, zaten aksi halde kendisiyle çelişmiş olurdu. Bu teori biraz eski bir teori.

Diğer bir teori diyor ki, o da yine eski bir teori: Eser örneğinin devrinde eşya hukuyla fikir ve sanat eserleri hukukunun çakıştığı bir alan söz konusu olduğu için, eser örneği üzerinde hem eşya hukuku, hem de fikir ve sanat eserleri hukuku anlamındaki hukuksal pozisyon çatışırlar. Burada eşya hukuku daha ön planda, daha korunmuş

⁶ Bu konudaki ayrıntılar için bkz. *Semadeni*, Thomas, Erschöpfungsgrundsatz im Urheberrecht, Diss. Zürich, Bern 2004, s. 23 vd.; *Böttcher*, Die urheberrechtliche Erschöpfung und ihre Bedeutung im digitalen Umfeld, Bern 2013, s. 25 vd.; *Hilty*, Reto M., Urheberrecht, Bern 2011, kn. 339.

bir hukuksal pozisyon sağladığı için bu görüşe göre, malik bu eser örneği (kendi mülkiyeti) üzerinde istediği gibi davranabilir, bunu fikri hak sahibi engelleyemez. Bu şekilde örneği devralan istediği gibi bunu başkalarına devredebilir. Bu görüş de aslında aşılmiş bir görüş.

Diğer bir görüş, alışveriş hayatının güvenliğinin sağlanmasına dayanıyor, yani eser sahibi takip eden yaymaları sürekli takip edebilseydi tabii ki yeni pazarların oluşmasını sürekli kontrol edebilirdi ve bu şekilde aslında çıkarlar dengesi itibariyle, normalde tanınması gereken hukuksal pozisyonundan daha fazla bir güce sahip olurdu. Bunu engellemek için tükenme ilkesi benimsemiştir.

Diğer bir yaklaşım hak sahibinin eserinin değerinden yararlanmış olması, yani eseri ilk yayma eylemi sırasında zaten o eserden maddi açıdan alması gereken ödülü, bedeli aldığı için artık bunun daha sonrasına ilişkin bir hukuksal pozisyonun kalmaması gerektiğini ifade ediyor.

Diğer çok daha güncel, yeni bir görüş tüketicilerin korunması esasına dayanıyor: Buna göre kullanıcıların korunması, alt pazarların, ikinci el pazarların bulunmasından ve bunun neticesinde bu eserlerin fiyatlarının daha uygun olmasından ve yararlanılabilen eser sayısının ve çeşitliğinin artmasından yararlanmaları neticesinde gerçekleşir. Tükenme ilkesi böyle bir sonucu gerçekleştirir.

Son olarak karma görüşler bu yukarıdaki yaklaşımların bazı yönlerini veya bazılarını birleştiriyorlar. Bunlar içinde de farklı yaklaşımlar var.

Şimdi geçiyoruz asıl soruna. Bugünkü konuşma çerçevesinde ele alacağımız asıl sorun ne? Şimdiye kadarki anlattıklarımın anlaşılacağı üzere yayma hakkının tükenmesi için bazı koşulların gerçekleşmesi gerekiyor. Bunun için eser sahibinin, kanundaki ifadeyle bunun mülkiyetini devretmesi (yayması) gerekiyor ve tabii ki bunun eser sahibinin izni ile olması gerekiyor. Yani bu açıdan bakacak olursak tükenme ilkesinin temel olarak iki koşulu gerektirdiği söylenebilir⁷: Bunlardan ilki eser örneğinin sadece eşya hukuku anlamında değil, “*yayma eylemini gerçekleştirecek şekilde fikir ve sanat eserleri hukuku anlamında da devri*” ve ikinci olarak da eser sahibinin “*tükenme ilkesinin amacına uygun şekilde rızasının*” bulunması.

Şimdi asıl ele alınması gereken sorun şu: Yayma hakkının tükenmesinde eser örneğini önce eser sahibi (doğrudan veya dolaylı) gerçekleştiriyor, yani çoğaltmayı yapıyor ya da yaptırıyor ve daha sonra bunları devrediyor. Şimdi normalde olması gereken bu, acaba bunu bu şekilde yapmasak da internetten indirilmesine izin versek ve kullanıcı bunun örneğini bizzat kendisi oluştursa, bu örnek üzerinde de tükenme işkisi gerçekleşir mi? Yani elde etmiş olan kişi, bilgisayardan programı indirmiş olan kişi bunu tutup başka birisine satarsa, satın alan kişi yayma hakkının tükenmesi ilkesinden ya-

7) Bu konudaki ayrıntılar için bkz. *Semadeni*, s. 35 vd.; *Böttcher*, s. 49 vd.

rarlanabilir mi? Burada tabii şöyle bir orijinallik de var: Normalde bir çoğaltılmış nüshayı devrederken hem eşya hukuku anlamında devir, hem de fikir ve sanat eserleri hukuku anlamında devir gerçekleşiyor. Bu dediğim teknik olayda, yani ikinci seçenekte bizim ele alacağımız olayda böyle bir devir yok. Biz sadece ne yaptık? İzin verdik, diğer taraf da ne yapıyor? Yeni bir örnek oluşturuyor. Ben sadece onun oluşturulmasına izin veriyorum. O nedenle ben doğrudan eşya hukuku anlamında bir örneği tutup diğer tarafa devretmiş olmadım.

Şimdi soru şu: Tükenme ilkesine dair kuralın, internet üzerinden yapılan yaymalarda da uygulanması uygun olur mu? İşte bu soruyu Avrupa Adalet Divanı benim şimdi ele alacağım kararında incelemiş oldu. Bu karar 2012 tarihli, olayın özeti şöyle: Bir veri bankası programı var. Bu programında şöyle bir özelliği var, şöyle şurada görüyorsunuz: Ortada bir merkezi bilgisayar var. Merkezi bilgisayara, ana sunucuya program yükleniyor ve bu veri bankasının kullanmak isteyen kişiler de, yirmi beş kişi, buna bağlanıyorlar ve programı bu şekilde kullanıyorlar. Bunu yaparken de kısmen programı çoğaltıyorlar. Bu programı hak sahibi (Oracle) ağırlıklı olarak (yüzde 86) internet üzerinden satıyor, ama isteyenlere CD olarak, yani bir taşıyıcıya, sabit taşıyıcıya yüklenmiş olarak da verebiliyor. Hatta hak sahibi pazarlama taktiği olarak eserin internetten indirilmesiyle lisans sürecinin birbirinden ayrı gerçekleşmesine imkan sağlıyor. Yani eserin fiilen lisans almadan indirilmesi mümkün, ama kullanmak isterseniz, tabii lisanslı bir şekilde kullanmak isterseniz hemen lisans almanız da gerekiyor. Zaten bu konuda da program indirildiğinde uyarılıyorsunuz. Burada tabii bir program destek sözleşmesi vesaire var. Programın güncellenmesi mümkün ve alan kişi güncellenmiş halleri üzerinde de hak sahibi oluyor. Şöyle bir sınırlama var: Bu veri bankası programı 25 kişilik (kullanımlık) paketler halinde satılıyor. Yani bir işletme burada örnek vermişim, işte 27 lisanslık bir kullanma kapasitesine sahip diyelim ki, 27 kişi kullanacak bu programı, ne yapması gerekecek? 50 kullanımlık program almak zorunda kalacak! Ama ilk paketin tamamını, ikinci paketin ise sadece iki hakkını kullanmış olacak. Geriye kalan 23 kullanım boşta kalacak. Yani doğrudan 27 kullanımlık satın alma imkânı yok. Böyle 25'erlik paketler şeklinde bu hak sahibi programını kullandırıyor. Lisans sözleşmesinde de şöyle bir kısıtlama var: *“Servisleri ödemekle birlikte sadece kendi dâhili iş amaçlarınıza yönelik olacak şekilde, Oracle tarafından geliştirilen ve bu sözleşme ile size bırakılan bütün hususlar üzerinde, süresiz, inhisari olmayan, devredilemez ve (ek bir) bedeli gerektirmeyen yararlanma hakkına sahipsiniz”*. Böyle bir kısıtlama getirilmiş burada. Şimdi karşı tarafın eylemi ne? Yani UsedSoft ne yapıyor? UsedSoft Almanya'da kurulmuş bir şirket ve kullanılış yazılımları, ikinci el yazılımları pazarlayan bir şirket, ama bunun şöyle bir özelliği var: Ağırlıklı olarak Oracle programları üzerinde uzmanlaşmış, bunun kullanılmış lisanslarını topluyor ve ihtiyacı olanlara satıyor paketler halinde. Bunu yaparken de birtakım kampanyalar yapıyor ve bu kampanyalarda hatta noterden, ilk satışın hukuka uygun olduğuna, ilk lisans alanın hukuka uygun şekilde edindiğine, bu lisansın artık kullanılmadığına dair onay dahi alıyor.

Prof. Dr. Haluk BURCUOGLU - Mustafa, iki dakikan var.

Doç. Dr. Mustafa AKSU - Hocam iki dakikaya bitmesi imkânsız, biraz on dakika diyelim.

Prof. Dr. Haluk BURCUOGLU - Benim için sakıncası yok da, herhalde.

Doç. Dr. Mustafa AKSU - Zaten Hocam bu olay çok karmaşık aslında, ben yani mümkün olduğunca özetledim. Bu özetin özeti, öyle diyebiliriz. Yani daha da özetlenmesi...

Prof. Dr. Haluk BURCUOGLU - Bizim için sakıncası yok, yani bana on beş dakika söylediler.

Doç. Dr. Mustafa AKSU - Oracle diyor ki: Benim programımı siz haksız şekilde çoğaltıyorsunuz, yani program internetten indirilirken hep çoğaltma eylemi yapılıyor ya, bu şekilde yapılan çoğaltma, fikri hakkımı ihlal ediyor. Bu nedenle UsedSoft'a karşı dava açıyor ve Alman Mahkemeleri bunu yerinde görüyorlar ve daha sonra olay isterseniz uzatmayalım fazla, en sonunda Alman Federal Mahkemesinin önüne geliyor. Alman Federal Mahkemesi aslında daha önce yerel mahkemelerin verdikleri kararlarla örtüşür şeklinde bir yaklaşım benimsemesine rağmen, bunu kararında da belirliyor aslında, olayın Avrupa Birliğinin yönergelerini ilgilendirmesi nedeniyle, ön karar usulü çerçevesinde Avrupa Adalet Divanına gönderiyor. Onlar bakalım ne diyecekler mealinden üç tane soru soruyor.

Şimdi sorular neler? Bu üç tane sorudan en temel olanı şu: Bilgisayar programlarını internet üzerinden indirir ve bu şekilde bir örnek oluşturursak, tükenme ilkesi burada uygulanır mı? Merkezi soru bu. Daha sonra tabii şu da sorulmuş: İkinci edinen kişi, ilk edinen programı yok ederse, yeni yeni bir program oluşturacağı için, yani yeni bir örnek oluşturacağı için dijital ortamda bu ikinci örnek için de acaba birinci programdaki tükenme ilkesinden yararlanabilir mi?

Tabii bazı Avrupa Birliği üyeleri ve Oracle burada aslında çoğaltılmış örneklerin devri söz konusu değil, gerçekte yayma değil, umama iletim hakkı söz konusudur çerçevesinde savunma yapıyorlar. Oldukça tartışmalı olan⁸ bu konuda bizdeki baskın anlayış da zaten bu yönde. Avrupa'daki aslında bu karar öncesindeki baskın anlayış

8) Bu konudaki tartışmalara dair olarak Alman hukuku açısından bkz. *Hoeren, Thomas/Försterling, Matthias, Onlinevertrieb „gebrauchter“ Software Hintergründe und Konsequenzen der EuGH-Entscheidung „UsedSoft“, MMR 2012, 642; Weisser, Ralf/Färber, Claus, Weiterverkauf gebrauchter Software –UsedSoft-Rechtsprechung und ihre Folgen Erschöpfungsgrundsatz und Schutz der Softwarehersteller, MMR 2014, 364 vd. Haberstumpf, (in: Gewerblicher Rechtsschutz Urheberrecht Medienrecht, Kommentar 2 Auflage, He-*

da bu yönde. Yani internet üzerinden yapılan sunumların ağırlıklı olarak umuma iletim çerçevesinde değerlendirilmesi yönünde bir anlayış var. Bu nedenle burada zaten maddi bir örneği veremediğimiz için tükenme ilkesinin alanına giren bir şey de yok denilebiliyor. O nedenle hakların tükenmesi falan söz konusu olmaz diye bir yaklaşım. Avrupa Adalet Divanı ne yapıyor? Diyor ki: Bu alandaki AB düzenlemelerinin asıl yorumlayıcı benim. Ayrıca diyor ki, bun burada mülkiyetin devri var mı, yok mu, buna bakarım. Mülkiyet devrinin o teknik özelliklerini bir tarafa bırakarak, İnternette indirerek alan kişi açısından, malikin somut CD'ye yüklenmiş örneği edinmesiyle aynı hukuksal pozisyona sahip mi, değil mi, buna bakarım diyor. Ve diyor ki: Bunu lisans olarak nitelendirse bile, buradaki lisans süresiz bir lisans olduğu için bu da nihayetinde mülkiyetin edinmesi anlamına gelir, Avrupa Birliği düzenlemeleri çerçevesinde bu satış anlamına gelir. Zaten eser örneği açısından uygun bedelini de almış, alabilme imkanına sahipken devretmiş O nedenle sözleşmede birtakım yasaklama getirmiş olmaları, yani devredilemez vesaire şeklinde yasaklama getirmiş olmalarının bir önemi yoktur. Bu sonucu AAD bu şekilde açık ve doğrudan söylemiyor, ama kararın özü bu şekilde. AAD, buradaki durumu umuma iletim hakkı çerçevesinde değerlendirmiyor. Diyor ki: Varsayalım umuma iletim çerçevesinde değerlendirilsin, bilgisayar programları için zaten özel düzenleme, yani Bilgisayar Programlarına Dair Yönerge var. Bu özel düzenlemeye göre değerlendirme yapmak gerekir. Ancak buradaki durumun zaten genel olarak umuma iletim çerçevesinde kalmayacağını da aslında kararda bazı yerlerde örtülü, bazı yerlerde açık şekilde kabul edilmiş gözüküyor.

Avrupa Adalet Divanının görüşüne göre tükenme ilkesinin bu şekilde bilgisayar programlarında uygulanmasında iki tane temel sınırlandırma bulunmaktadır: Bir tanesi ilk örneği devralan kişinin kendi örneğini yok etmesi ya da kullanamaz hale getirmesi zorunluluğu; ikincisi de toplu lisansın yine toplu şekilde devri zorunluluğu. Bu kısıtlamalardan ikincisinden hareket edecek olursak bizim örneğimizde 27 tane lisans ihtiyacı olan kişi 50 tane almıştı ya, onları parçalayıp ayrı ayrı devredemez. Yani 25'erlik paketler halinde devretmek zorunda, kendisinde kalanları da vermek zorunda. Bunun arkasında şu yatıyor: Başta gösterdiğim slaytta programlar hep bir merkezi bilgisayara bağlanılıp kullanıldığından, bunlar birbiriyle bağlantılı, yani ayrı ayrı bir kullanım değil, bir nevi birlikte kullanım söz konusu. Tabii kararın bu yönü biraz böy-

rausgegeben von *Büscher/Dittmer/Schiwy*, Köln 2011), Teil 1, Kapital 10 Urhebergesetz (UrhG) § 17 kn. 4, 13; Ohly, Ansgar, Urheberrecht in der digitalen Welt –Brauchen wir neue Regelungen zum Urheberrecht und zu dessen Durchsetzung? NJW-Beil. 2014, 47, 48; *Böttcher*, a.g.e., s. 141 f. Türk hukuku açısından bkz. *Eroğlu*, Sevilay, Rekabet Hukukunda Bilgisayar Programlarının Korunması, İstanbul, 2000, s. 104 vd., 105; *Yıldırım*, Mustafa Fadil, Bilgisayar Programlarında Akdi ve Teknik Kullanım Sınırlamaları ve Kullanıcının Hukuki Konumu, AÜEHFD 2003, Cilt VII, S. 1-2, s. 573-575 ve 577; *Yıldırım*, Mustafa Fadil, Bilgisayar Programlarında İkinci El İşlemler, FMHY 2010, s. 573, 578 vd., 584 vd; Bozbel, s. 436; *Şahin*, Ayşenur, Fikri Hukukta Eser Sahibinin Mali Haklarının Korunması, İstanbul 2010, s. 123 vd.; *Öztan*, a.g.e., s. 364, 374; *Başpınar*, Veysel/*Kocabay*, Doğan, İnternette Fikri Hakların Korunması, Ankara, Yetkin, 2007, s. 112; *Memiş*, a.g.e., s. 112; *Dalyan*, Şener, Bilgisayar Programlarının Fikri Hukukta Korunması, Ankara 2009, s. 190 vd., s. 190.

le muğlâk, yani bütün paket lisanslar için mi geçerli yoksa sadece bu olaydaki kendine özgü kullanımlar için mi geçerli? Bu açık bırakılmış gibi, benim kanaatime göre bu kararı şöyle yorumlamak lazım: Toplu gurup lisanslarda sadece bu olayda olduğu gibi programların kullanılması birbiriyle bağlıysalar ve parçaladığımız zaman yeni bir çoğaltma (yeni bir merkezi bilgisayarda) yapılması zorunluluğu olduğu için, yani izin verileden daha fazla kapsamlı olan yeni bir program yaratması sorun olacağı için ve diğer taraftan devredenin elinde kalanı yok etmesi koşulu gerçekleşemeyeceğinden, buradaki kısıtlamayı sadece bu tür programlarla sınırlı olarak algılamak lazım. Ama programlar arasında bir bağ yoksa ister bir kişi 30 tane, ister iki tane lisans almış olsun, onları parçalayıp tekrar devredebilir. Benim bu kararı değerlendirmem bu şekilde, ama eğer karar benim dediğim şekilde değil de her grup lisansının birlikte devredilme zorunluluğu şeklindeyse, bence karar bu yönüyle kendi içinde çelişkili ve mantıksız bir sonuca ulaşmış oluyor.

Diğer koşula gelince, elindekini devretme zorunluluğu, o tamamen yerinde bir sınırlandırma. Çünkü zaten bir kişi tükenme ilkesi çerçevesinde bunu başkasına devredecekse, kendinde kalan program ayrı bir çoğaltma olacak, bu olmaz tabii ki. Ne yapması lazım? Kendi elindekini yok etmesi lazım. Tabii burada teknik olarak bir sürü sorun var. Bunu nasıl kontrol edeceğiz, kim yapacak? Bu konuya ilişkin olarak Avrupa Adalet Divanı diyor ki: Evet, sorunlar var, ama bu zaten normal CD'lerde de var, yani taşıyıcıya, sabit taşıyıcıya yüklenmiş programlarda da aynı sorun var. Buna ilişkin olarak teknik birtakım önlemleri ilgili kişi alabilir. Yani hukuk düzeni çerçevesi içerisinde ona bir engel yok. Bu açıdan bu koşul yerinde.

Şimdi bu kararın önemli noktalarından bir tanesi de şu: Acaba bu karar sadece bilgisayar programlarıyla mı sınırlı, yoksa diğer dijital ürünlere de uygulanabilir mi? Tartışmanın can alıcı yeri belki burası. Diğer dijital ürünlerde de aynı gerekçelerin uygulanabilmesi ve aynı şekilde AAD'nın anladığı anlamda mülkiyetin devredilmesi, rızayla devir söz konusuysa, bunlara da aynı ilkesin uygulanması gerekmez mi? Avrupa Adalet Divanı, bu soruna bilinçli olarak dokunmamış, zaten kararın niteliği itibarıyla dokunmasına da gerek yok. Ama karardaki temel önermelerin bence diğer dijital ürünlere aktarılmasına bir engel yok gibi gözüküyor. Karar bunu söylüyor mu diye bana sorarsanız, tabii ki söylemiyor. Tam tersine diyor ki: Ben sadece bilgisayar programları için konuştum, başka bu konuda bir şey söylemiyorum.

Karar açısından temel hususlar yukarıda ifade ettiğim şekilde. Sonuç olarak ayrıca şunu söyleyebilirim: Oldukça önemli bir karar, Türk Hukuku açısından da önemli. Bizde dediğim gibi baskın görüş bu sorunu umuma iletim çerçevesinde değerlendiriyor, bu görüşün bu karar çerçevesinde kendini gözden geçirmesi belki gerekecek. Karar, diğer dijital ürünlere de aktarması mümkün önermeler içeriyor ve bizdeki FSEK madde 23'teki ifadelerin, buradaki yorumu izleyeceksek, geniş yorumlanması gerekiyor. İlginize ve sabrınıza teşekkür ederim, benim söyleyeceklerim bu kadar.

Prof. Dr. Haluk BURCUOGLU - Şimdi efendim, sözü değerli Yargıç Şule Binnaz Aydın Yunus Hanımefendiye bırakıyorum, buyurunuz efendim.

Şule Binnaz AYDIN YUNUS - Değerli katılımcılar, hepimizi saygıyla selamlıyorum. Bu sunumda emeği geçen İstanbul Barosuna, değerli Hocamız Azra hanıma, Vehbi Kahveci beye ve katılımlarıyla, bilgilendirmeleriyle farklı alanlarda bizlere bakış açısı kazanmamızı sağlayan tüm katılımcılara teşekkürlerimi ileterek sunumuma başlıyorum. Benim sunumum: *“İnternet Konusunda Yargı Uygulamaları”* başlıklı, fakat bu alan çok geniş bir alan ve yargı uygulaması internetle bağdaştırıldığında o kadar geniş bir alanı kapsıyor ki fikri haklar mı, haksız rekabet mi, marka hukuku mu, mümkün olduğunca zamanında sınırlı olduğunu düşünerek, ana hatlarıyla birkaç hususa değinmek istiyorum.

Bilindiği gibi günümüzde internetin her alanda yaygınlaşmasıyla sanal alışveriş siteleri açılarak, bu sitelerde taklit ürünlerin ticari etki yaratacak şekilde satışı yapılıyor ya da sitenin daha dikkat çekici hale gelmesi için alan adı çoğu zaman tanınmış bir markanın birebir aynısı ya da çağırışım yapacak şekilde benzeri olarak alan adı olarak alınabiliyor ya da kimi zaman da sanat, magazin, sinema, spor dünyası gibi çok popüler olan, alanlarında isim yapmış kişilerin isimlerinin birebir aynısı alan adı olarak alınabiliyor. Bu somut vakaların mahkemeler önüne gelmesi genellikle bizim uygulama alanımız olarak haksız rekabet, marka hakkını ihlal, fikir ve sanat eserleri hukukuna aykırılık olarak karşımıza çıkmakta. İnternet alan hakları konusunda ülkemizde alan adı vermeye yetkili olan kurum önceden uzun süre ile ODTÜ kurumu idi, bu kurum TR uzantılı olan alan adını vermekteydi, ancak daha sonra alan adını veren kuruluş değişti. Ancak alan adı yurt dışı kaynaklı bir firma ya da kurumdan alınmışsa, alan adının kimin adına kayıtlı olduğunun tespiti uzun zaman almakta, çoğu zaman hukuk mahkemelerinden verilen tedbir kararlarının uygulanması konusunda da sıkıntı yaşandığı gözlenmektedir. Ayrıca marka tescilinde ülkesellik prensibi gereği marka ancak tescil edildiği ülke sınırları içinde hukuki koruma sağladığından, TPE nezdinde tescil edilmiş markada ancak Türkiye sınırları içinde hukuki korumadan faydalanacaktır. İnternet alan adlarının alımında ilk gelen ilk alır prensibi geçerlidir. Buna dayanarak ünlü firmaların ya da sanatçıların isminin alan adı olarak alınması, daha sonra da bu firma veya sanatçılara alan adının fahiş bedel talep edilerek satılmaya çalışılması halinde, bu firmalar WIPO nezdinde başvurularla bulunarak, alan adının kendilerine intikalini sağladığı da gözlenmektedir. 556 sayılı Markaların Korunması Hakkındaki KHK'nin değişik 2. maddesi, 61 maddesinin a bendinde marka sahibinin izini olmaksızın markayı 9. maddede belirtilen biçimlerde kullanmayı marka hakkı ihlali olarak düzenlemiştir.

9. maddenin e fıkrasında ise ” işaretli kullanan kişinin internetin kullanımına ilişkin hakkı veya meşru bir bağlantısı olmaması koşuluyla, işaretin aynı veya benzerinin internet ortamında ticari etki yaratacak biçimde, alan adı, yönlendirici kod, anahtar söz-

cük veya benzeri biçimlerde kullanılması “ halini marka hakkını ihlal olarak değerlendirmiştir. Mahkememizde tescilli marka sahibi olan Penti firmasının şikâyeti üzerine açılan kamu davasında sanık X hakkında www.pentiiçgiyim.com uzantılı web sitesinde Penti markasına ait ürünlerin satışını yapan sanığın pentiiçgiyim.com isimli siteyi ticari etki yaratacak şekilde kullandığı, sitenin müşteriye ait olduğu izlenimini verdiği, müşteriye ait Penti markalı ürün almak isteyen tüketicilerin internet arama motoruna Penti markasını yazdığına şüpheliye ait web sitesinin karşısına çıktığı, bu durumun markanın ayırt ediciliğini sulandırdığı, reklam gücünden haksız olarak yararlandığı, kaynak gösterme fonksiyonunun aşıldığı, bu nedenle sanığın marka hakkını ihlal ettiği gerekçesiyle suçun sübut bulunduğuna karar verilmiştir. Ancak ceza yargılamasında bilindiği gibi sanığın sabıkasının bulunmadığı hallerde diğer şartlarda oluşmuş ise verilen kararlar genellikle hükmün açıklanmasının geri bırakılması şeklinde olduğundan ve sanık 5 yıllık sürede suç işlemediği takdirde düşme kararı verildiğinden bu tarz kararlar temyize tabi olmadığından Yargıtay denetiminden geçemiyor. Dolayısıyla az önceki örnekte bahsedilen karar Yargıtay incelemesinden geçmemiş bir karardır.

Mahkeme kararının gerekçesinde önemle vurgulanan husus , sanığın kullanımının internet ortamında ticari etki yaratacak biçimde alan adını kullanmış olması ve bu suretle marka hakkına tecavüz suçunu işlemiş olmasıydı. Hazırlık soruşturmalarında müşteki vekillerince sunulan ihlale konu internet web sitelerinin de delil takdiri yönünden denetime açık şekilde şikâyet dilekçelerinin ekinde yer alması gereklidir. İhtisas gerektiren konularda hâkimler, savcılar ve avukatların da bu alanda eğitilmesi önem arz ediyor. Çünkü bazen yeterli araştırma yapılmadan açılan kamu davalarında web sitesi kapandığı için daha sonra o delile ulaşma imkânı teknik olarak mümkün olmayabiliyor. Ayrıca bazı hallerde yasada mutlak ret sebeplerinden biri olarak düzenlenen ticari alanlarda cins, çeşit, vasıf, kalite, miktar, amaç, değer, coğrafi kaynak belirten veya malların üretildiği, hizmetlerin yapıldığı zamanı gösteren veya malların, hizmetlerin diğer karakteristik özelliklerini belirten işaret ve adlandırmaları münhasıran veya esas unsur olarak içeren markaları bir şekilde TPE nezdinde tescil ettirmiş olan firmaların marka korumasından faydalanmak amacıyla alan adı sahibine yönelik marka hakkını ihlal ya da alan adının iptaline yönelik istemleri hukuk mahkemeleri önüne dava olarak geldiğinde, davalı konumundaki alan adı sahibinin karşı dava açarak davacı markasının hükümsüzlüğünü talep ettiği, marka sahibinin ayrıca müşteki sıfatıyla savcılık makamına yaptığı şikâyet üzerine ceza mahkemesine kamu davası açıldığı takdirde sanık olarak yargılanan alan adı sahibinin hukuk mahkemelerinde hükümsüzlük davası açtığını beyan etmesi üzerine ceza yargılamasında hukuk mahkemesinin vereceği kararın bekletici mesele yapıldığı durumlar da uygulamada sıkça karşımıza çıkmaktadır.

Kapsam çok geniş, ama internet hukuku ve sorumluluğun tespiti açısından içerik sağlayıcı, erişim sağlayıcı ve servis sağlayıcıların hukuki sorumluluklarına da kısaca değinmek istiyorum. Bu husus her somut olayın özelliğine göre, toplanan delillere göre değerlendirilmesi gereken bir husustur. Tescilli marka sahibi olan müşteki fir-

malarca yer sağlayıcı firmalara hukuka aykırı içeriklerin kaldırılması, satışının önlenmesi gibi sebeplerle bildirim yapılması halinde, firmanın gerekli önlem ve tedbirleri almaması halinde yer sağlayıcı firmalar yönünden de iştiraktan kamu davası açıldığı takdirde yasal şartlar oluştuğunda, yani suçun kasten işlendiği ispat olunduğu takdirde şüpheli konumundaki süjeler de cezai yönden sorumlu tutulabilecektir. UYAP sisteminde yaptığımız taramada Yargıtay 7. Ceza Dairesinin 22.10.2010 tarihli 2010/845 esas, 2010/2424 karar sayılı ilamında sanık X'e ait kısaltarak belirtelim(bu site o site değil aslında. X farazi bir site) ve web sayfasında xyz.com isimli bir internet sitesi. Sahibi bu site aracılığıyla kaçak eşya satışı yapıldığına dair ihbar üzerine adı geçen internet sitesi üzerinden kaçak elektronik eşya satışı yapan Y şirketine ait işyerinde yapılan aramada yabancı menşeli ve belgesiz ürünün internet aracılığıyla satışının gerçekleştiği ve 13 adet mp3 modülatörünün internet sitesi aracılığıyla satışa arz edilmiş halde işyerinde zapt edilmesi üzerine kaçak eşyaları satan şüpheliler hakkında xyz.com adlı internet sitesi aracılığıyla kaçak eşya satışı yaptıkları iddiasıyla İstanbul 1. Asliye Ceza Mahkemesine kaçakçılık suçundan kamu davası açılmış. Aynı olay nedeniyle suça konu eşyanın satışına aracılık ettiği iddiasıyla da xyz.com isimli internet sitesinin sahibi ve yetkilisi olan sanık hakkında da Kadıköy 1. Asliye Ceza Mahkemesine kaçak eşyaların satışına aracılık ettiği iddiasıyla dava açıldı. İnternet sitesi sahibi olan sanığın dava konusu elektronik cihazların kaçak olduğunu bilerek internet aracılığıyla pazarladığının anlaşılması karşısında sanığın eyleminin kaçak malların alınıp-satılmasına aracılık etmek suretiyle suça iştirak fiilinin oluşturacağı gözetilerek, konusu ve taraflar arasında fiili ve hukuki irtibat bulunduğu anlaşılan dosya yönünden davaların birleştirerek sonucuna göre sanıkların hukuki durumlarını delillerle birlikte takdir ederek tayininin gerektiğinden bahisle kararın bozulduğu belirtilmektedir.

İnternet servis sağlayıcılarının internet içeriğinden sınırlı olarak sorumluluğu kural olarak esastır. Zira günde binlerce üye girişinin yapıldığı sitelerde bir ihlal olması durumunda servis sağlayıcının internet hizmeti verdiği veya barınma, depolama hizmeti nedeniyle internet üzerindeki her içeriği denetlemesi mümkün bulunmamaktadır.

Dolayısıyla her somut olayın özelliğine göre internet içerik sağlayıcısı, servis sağlayıcısı ya da siteye söz konusu ürünleri koyan ya da eseri fikri haklar anlamında ihlal edenler yönünden olaya baktığımızda siteye ihlale konu ürünleri koyan yetkililerin asli iştirak ya da direkt fail olarak hukuki konumlarının belirlenmesi her somut olayda yargılamayı gerektirmektedir. En başında bahsedildiği gibi internet başlı başına bir mecra ve bu konudaki ihtilaflar sınırsız. Zaman kısıtlı olduğu için ben sunumumu bu anlatılan hususlarla sınırlıyorum, Dinlediğiniz için teşekkür ederim.

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU - Efendim, Sayın Yargıca son derece yürekten teşekkür ediyorum, çünkü bir dakika da az konuştu kendisine tanınan süreden ve şimdi sözü değerli arkadaşım Sefer Oğuz'a bırakıyorum. Sefer Oğuz'un benim için önemli bir tarafı var, Banka Baş Hukuk Müşaviriymiş, benim bankaları ne kadar sevdiğim herhalde çoğunuzca malumdur, ama keyifle dinleyeceğim kendisini efendim, buyurun.

Efendim, arkadaşlarımızın hepsi internetçi, onun için herhalde bu sorunu hallederler diye düşünüyorum.

Av. Dr. Sefer OĞUZ - Öncelikle bu toplantıyı düzenleyen Vehbi Kahveci'ye ve İstanbul Barosuna, Azra Hocama saygılarımı sunuyorum. Tabii burada saygıdeğer Hocalarımın önünde biraz konuşmak bizim için çok heyecanlı, ayrıca fakülteden mezun olduktan 24 yıl sonra gelip, böyle bir tebliğ imkânı bulmak da beni ayrıca heyecanlandırıyor. O anlamda bir hata yaparsam da affınıza sığınıyorum. Tabii Hocam üniversitedeyken kolları sıvayarak anlattığı dersleri çift olmama rağmen, tek sınıflara bazen girip izledim. O anlamda Hocama da eskiden beri bir hayranlığım vardır. Bu kapsamda Vehbi Bey beni tabii takdim ederken çok teşekkür ederim, kitabımdan bahsetti, ama kitabım eserlerin teknolojik korunmasıyla ilgili değil, Hâkime Hanımın anlattığı internet alan adı haklarının korunmasıyla alakalı bir kitap. Ben bugün onun dışında eserlerin teknolojik korunmasıyla ilgili bir sunum gerçekleştireceğim.

İnternet hayatımıza girdiğinde birçok değişiklik oldu. Klasik hukuk kurallarının yeniden ele alınıp internete göre uygulanmaya çalışıldığı, bu nedenle teknolojinin getirdiği kolaylıkların yanında teknolojinin sorunları da beraberinde getirdiği dün anlatıldığı üzere, Talu Hanımefendinin anlattığı üzere özellikle eserlerde de büyük bir ihlal söz konusu oldu. Bunun için eserlerin yaratıcısı, yapımıcısı ve lisans hakkı sahiplerinin de bundan zarar gördüğü dün dile getirilmişti. Bu konu tabii bizim ülkemizde bu aşamaya gelinceye kadar çok dillendirilen bir konu da değildi, ama müzik ve sinema endüstrisinin internet üzerinden yapılan, yayılan fikri ürünlerin daha çok Amerika Birleşik Devletlerinde olması ve onların da bizim gibi ülkelere karşı bu konuda bizim cari açık yaratmamız da bir nebze bu konudaki yapılacak düzenlemeleri dikkate alarak düzenlemek gerekiyor. Şöyle bir ihtiyaç var: Fikri mülkiyet hakları dijital ortama aktarıldığında dijital ortama aktarılmasıyla birlikte iletim, yayım ve dolaşımı kolaylaştırıyor, aynı zamanda bunu kolaylaştırmakla birlikte bunun sınırlandırılmasını da aynı teknoloji sağlıyor. Bu nedenle birçok büyük üretici film endüstrisinden, sinema endüstrisinden veya kitaplarını dijital kitap haline getiren kitapevleri bu defa internet üzerinden sattıkları fikri mülkiyet hakkına konu olan eserler üzerinde dijital right management, elektronik management right information gibi programları ekler koymak suretiyle bunların kullanımını teknolojik olarak sınırlandırıyorlar. Bu sınırlandırma kime karşı? Ücreti makul bir ücret ödeyip, bunu alan kişilere tabii ki ücret karşılığında fikri eserden faydalanmada bir sorun yok. Fikir Sanat Eserleri Kanunumuzda olduğu gibi tahditler kısmında kamu düzeni özel menfaatler ilkesiyle veya şahsi kullanım gereğiyle ücretsiz olarak kullanılma imtiyazına sınırlamalar getiriyor. Bu anlamda fikri mülkiyet hakkı sahibi şirketler, genelde internet şirketler gördüğü bu zarardan dolayı teknolojik koruma yapmak suretiyle telif hakları ücretlerini artırmayı düşünmüşler. Bunu da ilk önce tabii Amerika Birleşik Devletlerinde Clinton döneminde bir çalışma sonrasında müzik ve sinema şirketleri WIPO'nun iki sözleşmesinde değişiklik yapmak suretiyle dünyanın diğer kalan ülkelere de, sözleşmeye taraf olan ülkelere

de bunu kabul ettirme çabası içine girmişler. Bu WIPO Copyright Treaty'nin 11. maddesiyle Fonogramlar Sözleşmesinin 18. maddesi genelde fonogram ve eser veya fonogram yapımcısı veya ilgili hak sahipleri dışındaki farklar dışında ve 12. maddedeki Bern Sözleşmesi eklemesi dışında ifade hemen hemen aynı ve bu iki WIPO Telif Hakları Sözleşmesinin 12. maddesiyle, WIPO Fonogramlar ve İcracılar Sözleşmesinin 19. maddesi de ifade olarak tamamen aynı. Bunları daha fazla ayrıntılara girmeden önce aynı ifadeleri kullanmışlar ve aynı ifadelerde 11. maddede Telif Hakları Sözleşmesinde ülkelere, taraf ülkelere, eserlere teknolojik koruma getirme konusunda bir yükümlülük getirirken, teknolojik korumanında nasıl getirileceğine dair 12 ve 19. maddelerde birer düzenleme yapmışlar. O anlamda 12. maddede: *“Akit taraflar bu anlaşma, yani Telif Hakları Sözleşmesi ve Bern Sözleşmesinde öngörülen herhangi bir hakkın ihlalinin mümkün kılındığı, kolaylaştırıldığı, saklandığı düşünülerek geçerli sebeplerle aşağıdaki fülleri işleyenlere karşı hukuki tedbirlere tabi olanlar için yeterli etkin yasal tedbirler alacaklardır”* şeklinde bir düzenleme getirerek, son fıkrasında da bunun sağlanacağı yöntem olarak “hak yönetim bilgisi” diye bir kavram getirmişler. Bu hak yönetim bilgisi esere ilişik, eserin adı, eserin sahibi ve eser üzerindeki kullanma şart ve süresini düzenleyen dijital olarak ifade edilen rakamlarla veya kodlarla ifade edilen bir bilgi olarak belirtilmiştir. Bu bilgi dijital forma çevrilmiş olan veya dijital formda yaratılmış olan esere ekleniyor ve satın alındığında hepiniz internet kullanıcıları çoğu bunun nasıl kullanıldığını da bilirler, bu şifreleri girmediğiniz sürece de içeriğe erişemiyorsunuz. Bu da genelde mültimedya olarak bilinen genelde metin, hareketli görüntü, resim veya buna benzer fikri mülkiyete konu olabilecek unsurların bir bilgisayar programı vasıtasıyla bir araya getirildiği web siteleri üzerinden sunuluyor. Bu web siteleri üzerine de erişmek için ya şifre, parola veya CD de satılıyorsa, bu eserler üzerinde yine erişmek için bir şifre almanız gerekiyor.

Bu hak yönetim bilgisi getirilmesiyle birlikte doktrinde tabii bizim dışımızdaki doktrinde bir tartışma başladı. Başlamasının sebebi bu dijital telif hakları korunmasının başlamasıyla birlikte şahsi kullanım hakkına getirilen tahditlerin, şahsi kullanım hakkı nedeniyle fikri mülkiyete getirilen tahditlerin erozyona uğratıldığı, bu sebeple kullanılamaz hale getirildiği, bu nedenle bunların klasik telif hakları hukukunda kazanılmış olan şahsen kullanım ve diğer tahditlerin erozyona uğraması gerekçe gösterilerek eleştiri konusu yapılmıştır. Tabii biz de bu WIPO'dan doğan yükümlülüğümüzü 4560 sayılı Yasayla, 5846 sayılı Yasaya ek 4. fıkra olarak koymak suretiyle sözleşmeye olan yükümlülüğümüzü yerine getirdik. Bunu ekrana yansıttığım şekilde bir şey ve iki fark arasındaki telif hakları sözleşmesiyle, icracılar ve fonogramlar arasındaki farkında icralar bakımından uygulanır demek suretiyle aynı mahiyette olduğunu bizim kanun koyucumuzda belirtmiş ve teknolojik korumaya getirilen kodların değiştirilmesi, etkisiz hale getirilmesi veya herhangi bir şekilde eserden koparılma suretiyle eserin internette serbest halde dolaşımının sağlanması da suç haline getirilmiş. Suç cezası da ek 71. maddenin 4. fıkrasının 2. bendinde gösterilmiştir. Hukuki çerçeve teknolojik korumaya ilişkin uluslararası yasa maddeleri, uluslararası yasa maddelerinin yansımaları ne kadar başarılı olduğu tartışmalı, fikir sanat eseri maddeleri böyle.

Yeni bir tartışma gelmiştir dijital management right kullanmak hakkı dijital ürünlerle birlikte mümkün, çünkü sadece dijital ortamda olabiliyor. Bu dijital ortamda bir web sitesinin de kullanılabilceği gibi, satılan disketlerde veya herhangi bir dijital taşıyıcıda da mümkündür. Böyle bir hakkın getirilmesi doktrinde bir tartışmaya neden oldu. Bu tartışmanın birinci sebebi şu: Esere getirilen teknolojik koruma yeni bir münhasır hak yaratıp yaratmadığı konusundadır. Bir grup yazar yeni bir münhasır hak yaratıldığını kabul etmekte, hatta Avusturya Fikri Mülkiyet Hakkı Yasasında böyle bir düzenleme olduğuna dair İngilizce bir kaynakta okudum, ama çoğunluk ise bunun eserin internet ortamında umumun erişimine hazır tutma hakkı kapsamının genişletildiğini, zira çünkü mülkiyet hakkında bir genişlemeye sebep olduğunu belirterek, münhasır bir hak olmadığı yönünde görüş belirtmektedir. Ben de ne Bern Sözleşmesinde, ne WIPO Sözleşmelerinde açık bir şekilde böyle bir münhasır hak ihdas edilmediği için bunun mevcut internette erişime hazır tutma, talep edildiğinde çağırılacak eserleri biraz daha genişlettiği yönünde bir gerekçeyle bir hak genişlemesi olduğunu tahditle-re doğru, ancak yeni bir münhasır hak yaratmadığı konusunda bir düşünceye sahibim.

Tabii bu bizim düzenlemelerimize gelmeden önce 1998 yılında Digital Copyright Management, Digital Millenium Copyright Act adlı bir federal yasa çıktı. Bu federal yasada Bern ve WIPO Sözleşmesinde belirtilen üç unsur bilginin internete erişimine hazır tutulması, veri tabanları ve teknolojik korumaya ilişkin iddialı diğer ülkelere de örnek olacağı belirtilen bir yasa hazırladılar. Bu yasa 2001 yılında 2001/29 Avrupa Birliği Yönergesi kapsamında aynı esaslarla yönerge çıkarıldı. Burada erişim Digital Millenium Copyright'da erişim ihlaliyle kopyalama ihlalini ikiye ayırdılar ve erişim ihlalini kopyalama ihlalinin cezai sonuçlar hapis cezasına bağlamak suretiyle de daha ciddi bir koruma sağladılar, ama bununla birlikte Avrupa Birliğinde de bu korumaya istisnalarda getirildi. Bu korumaya getirilen istisnaların bir kısmı çoğaltma hakkına ilişkindir, bir kısmıysa korunan teknolojik koruma hakkının bizzat kendisinin korunmasına ilişkindir. Yani arkasında eser olmalıdır teknolojik korumayı gerçekleştirmek için, ama teknolojik korumanın tek başına aşılması, onun değiştirilmesi, onun etkisiz hale getirilmesi bizzat hukuka aykırı sayılmıştır. Bu erişimi sağlayan teknolojik korumanın etkisizleştirilmesi veya herhangi bir suretle ortadan kaldırılmasıyla da olabilir veya kopyalamanın, kopyalamadan sonraki yaymanın engellenmesini amaçlayan teknolojik önlemin kaldırılması suretiyle de olabilir. Ancak bu teknolojik önlemler getirilirken tabii diğer haklarda klasik telif haklarında olduğu gibi teknolojik korumaya istisnalar da getirilmiştir. Bu istisnalardan bir kısmı çoğaltmaya ilişkin olanlardır. Örneğin üniversiteler, kamu üniversiteleri, hapishaneler, hastaneler vesaireler gibi bu teknolojik korumayı kaldırmada bir istisna tanınmıştır, ebeveyn, küçüklerin korunmasına ilişkin bir istisna tanınmıştır.

Erişimi ve kopyalamayı engelleyen teknoloji, internet kullanıcısının kişisel verilerini topluyorsa, cookies'ler vasıtasıyla kişisel verilerini topluyorsa, kişinin gizliliğini ihlal ediyorsa burada bir istisna getirilmiştir. Ayrıca bu defa erişimi koruma teknolojisinin bir bilgisayar programı gibi kabul edilerek bilgisayar programındaki istisnala-

ra benzeyen istisnalar getirilmiştir. Bunun en başında tersine mühendislik, reverse engineering programı hukuki yoldan elde edenlerin teknolojiyi geliştirmek suretiyle zayıf nokta ve eksikleri bulmada bir istisna tanınmıştır. İcra Kanunu, icra emirleri ve intellegent büroların araştırma yapmasında bir istisna getirilmiştir. Bunlar da klasik telif hakları hukukunda geline tahditlerin paralelinde teknolojik korumayı kaldırma, kaldırma halinde hukuken sorumluluğu olmama konusunda savunma şeklinde getirilen istisnalardır.

Tabii ki bu teknolojik koruma en başta kişi, eleştirilebilen kişi gizliliği. Örneğin, siz internette giriyorsunuz, bir yere girmeden önce kimlik bilgilerinizi veriyorsunuz. Cookiesler vasıtasıyla sizin daha önceki almış olduğunuz, uğramış olduğunuz web sitelerinin bütün IP'leri orada kaydediliyor. İki, bilgiye erişemiyorsunuz teknolojik olmasına, bu gelişmekte olan ülkeler için ciddi bir sorun bizim gibi, çünkü bilgiye erişemiyorsunuz. Her bilgi bir önceki bilginin üstüne konan bir şeydir. Onun için zaten Telif Hakları Yasasında koruma belli bir süreyle sınırlıdır. Belli bir süre sonra bu toplumun kullanımına açılmalı ki medeniyetin, ortak kültürel medeniyetin gelişmesi de bu şekilde olmalıdır, ama koruma sınırlama suretiyle de bunun yaratıcısına teşvik edip belli bir süre mali menfaatle kazanması gerekir. Öteki yandan öbür eleştirilerden bir tanesi de ifade özgürlüğüne getirilen kendisinin kişisel gelişimini sağlama Anayasada getirilen sınırlamalar olarak eleştirilmektedir. Türk doktrininde de bu teknolojik korumanın sınırlamalarının kişisel kullanım yönünde tahdit olduğu olmadığı yönünde bir tartışma buldum. O görüşe göre gerekçesi pek kitap olarak satılabildiği sürece internet ortamında verilir tartışmaların dürüst kullanım hakkını engellemediğinden bunun bir engel olmadığını belirtiyorlar, ama katılmak mümkün değil. Çünkü her internet dünyanın her tarafına ulaşabilir, ama hard copy ... (71.24) kitabı her yere ulaştıramazsınız. O anlamda ciddi bir tahdit olduğunu teknolojik korumanın düşünüyorum. Sonuç olarak Hocam bakıyor, bitiriyorum Hocam.

Sonuç olarak elektronik, teknolojik koruma diğer telif haklarından ayrı olarak ayrı bir korumaya kavuşturulmuştur. Bunun bozulması, atlatılması ve etkisizleştirilmesi hukuka aykırı sayılmıştır. Ayrıca etkili teknolojik korumayı atlatan yazılım, donanım, vesairelerin de ticari amaçla bulunması, yapılması, vesairesi de yasak kapsamına alınmıştır. Bizim hukukumuzda bu yoktur, ama Amerikan Hukukunda ciddi bir suç olarak sayılmıştır. Sabrınız için teşekkür ediyorum.

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU - Şimdi efendim, süreyi her şeye rağmen aştık. Tabii hata benim, ne yapayım, kusura bakmayın, arkadaşları kıracak halimiz yoktu. Soruları o yüzden 15 dakikayla sınırlayacağız ve müsaade ederseniz ben bir soru soraçağım ve Mustafa Kardeşimden de cehaletimle ilgili özür dileyerek: Şimdi bir eserin mülkiyetinden bahsedildi. Şimdi mülkiyet deyince iyi kötü hani eşya hukuku falan biraz benim alanım da oluyor her ne kadar fikri ve sınai haklarla ilgim yoksa da. Eserin mülkiyeti iki önemli unsurdan söz etti Sevgili Mustafa: Bir tanesi devredilme-

si, öbürü de rıza. Affedersiniz, yani bizim eşya hukukumuzda rıza olmadan mülkiyet devri olmaz. Rızasız mülkiyeti iktisap edebilirsiniz, ama devir dediğiniz zaman mutlaka birisinin iradesi olması lazım. Şimdi bu konuyu Mustafa bana anlattırsa, hani çok büyük, bana büyük bir iyilik yapmış olur. Ben de bu cehaletimi kısmen de olsa örtmüş olurum.

Doç. Dr. Mustafa AKSU - Teşekkür ederim Hocam, estağfurullah. Şimdi Hocam, burada tabii ben eşya hukuku kavramlarına belki çok sadık kalmayarak kavramları kullanmış olabilirim. O açıdan belki bir tutarsızlık olabilir. Şimdi benim burada bahsetmek istediğim mesele şu: Fikir ve sanat eserleri hukukunda bizzat eserin kendisi üzerinde zilyetlik esasında yok. Bu kendine özgü bir alan. Ama örneği üzerinde zilyet olabilirsiniz o da eğer bir taşıyıcıyla birleştirilmiş ise. O nedenle bizim eşya hukukuna ilişkin kuralları da burada birebir uygulamak mümkün olmuyor. Burada ifade etmek istediğim husus şu: Kira sözleşmesi çerçevesinde de eser örneğini vermiş olabilir, yani zilyetliğini vermiş olabilir. Zilyetlik derken hep şeyi kast ediyorum, yani belli bir taşıyıcıya yüklemiş örneğinin zilyetliğini verebilir, ama buradaki, yani devrederken devirden kastım benim asıl şeydi, yani mülkiyetinin ondan çıkıp diğer tarafa geçmiş olması. Tabii ki mülkiyetin devri rızayla olacak, ama fikir ve sanat eseri hukuku açısından bakacak olursak eşya hukukundaki devirle, buradaki devir her zaman örtüşmeyebilir. Yani bizim eşya hukuku kuralları çerçevesinde eşya ile beraber olduğu sürece sorun yok, örneğin devredersek sorun yok, ama ondan ayrı bir rızayı, yaymaya yönelik rızayı o yüzden ayrıca ifade etmek istedim. Yani burada kişinin rızasıyla bunun gerçekleşmiş olması lazım. Yoksa bir kişinin mesela şöyle düşünün, fikir ve sanat eserleri hukukunda diyelim ki ben kira sözleşmesi çerçevesinde birine eser örneğini verdim. O da tuttu, bunu başkasına devir etti. İyi niyetli kazanıyor mu? Eşya hukuku kurallarına göre kazanır, ama fikir ve sanat eserleri hukukuna göre kazanamaz. Ne olması lazım? Çünkü şey yok, buradaki rıza farklı. O nedenle eşya hukukuna ilişkin devirle, fikir ve sanat eserleri hukukuna ilişkin devir bence, yani tam yüzde 100 örtüşmüyorlar. O yüzden farklı bir içeriğe...

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU - Örtüşmeyebilir, hiç itirazım yok, ama ne olursa olsun kiraladığımız zaman, kiraya verdiğiniz zaman mülkiyeti devir etmezseniz, devir edemezsiniz, devir edebilemezsiniz, onu söylemeye çalışıyorum. Siz iyi niyetli iktisap olmaz dersiniz, ona bir itirazım yok.

Tıpkı rıza dışı elden çıkışlar gibi, ama mülkiyetin devri her halde fikri ve sınai haklar hukukunda da ancak ve ancak rızayla olur. Yoksa benim şeyimi çalıp götürən de size bir zilyet olacağına göre o zaman ona da mülkiyet devredilir.

Doç. Dr. Mustafa AKSU - Belki Hocam orada, yani iki hukuksal pozisyon ya da iki hukuk alanı üst üste geliyorlar, ama kısmen çakışıyorlar.

Prof. Dr. Haluk BURCUOGLU - Benim temelinden çıkıyorum, ben zilyetliği devredin, hiç itirazım yok. Adına zilyetlik deyin veya benzeri bir şey deyin. Kaldı ki bir görüşe göre enerji üzerinde de zilyetlik haklara karinedir deniyor, dikkat, onu da söyleyeyim. Yani elle tutulur tutulmaz ayrı mesele, ama tüketimde kullanmış oluyorsunuz. Bir tarafı da öyle, onu da bıraktım, ama ne olur bana mülkiyetin devri, devir artı rıza demeyin. Ona başka bir şey söyleyin ne olur.

Doç. Dr. Mustafa AKSU - Kavram olarak belki haklısınız, orada farklı bir kavram koymanız lazım, ama şimdi şöyle bir sorun var: Mesela, bilgisayar programları eşya hukukunda anlamında eşya mı? O da başlı başına bir tartışma konusu.

Prof. Dr. Haluk BURCUOGLU - Önemli değil arkadaşım. Tamam, çok güzel geçirdim onu, bir şeye ne diyorsunuz?

Doç. Dr. Mustafa AKSU - Taşıyıcıya, evet.

Prof. Dr. Haluk BURCUOGLU - Geçirdim, benim bu taşıyıcının mülkiyetini devir etmem için kimse kusura bakmasın, benim irademin olması lazım, bu kadar. Ben onu söylüyorum. O yüzden devir ayrı, izin ayrı demek bana göre pek doğru değil. Tekrar söylüyorum: Fikri ve sınai haklar hukukundaki cehaletimi de lütfen mazur görünüz. Mustafa kardeşime de teşekkür ederim.

Doç. Dr. Mustafa AKSU - Hocam, şöyle bir ek yapabilir miyim oraya? Belki bizim şeye benzetebiliriz, mesela taşınır mülkiyetinin satımında biz anlaşmayı yaptık, değil mi? Ayrıca ne yapmak gerekiyor? Devir yapmak gerekiyor.

Prof. Dr. Haluk BURCUOGLU - Doğru.

Doç. Dr. Mustafa AKSU - Yani borçlandırma işlemi, tasarruf işlemi var. Belki onunla hani oradaki, yani borçlandırıcı işlemin de burada olması gerekiyor. O anlamda rıza da olması lazım. O yönüyle belki paralellik kurulabilir. Ayrıca burada rıza salt devre değil, kesin şekilde yaymaya yönelik olmalı.

Prof. Dr. Haluk BURCUOGLU - Şimdi Mustafa, bunu söylersen ayrıca tabii taşınır mülkiyetin devrinde soyutluğu da sebebe bağlı da savunanlar ayrıca bir devir anında, zilyetliğin devri anında aynı sözleşme olması gerektiğini söylüyor. Yani yine bir rıza var örtülü ya da açık, değil mi? Teşekkür ediyorum Mustafa, buyurun efendim, ben çok meşgul ettim. Buyurun arkadaşım, sorular lütfen kısa ve kime yönelik olduğu söylensin.

Av. Osman BETAL ÖZAY - Teşekkürler. Av. Betal Özay ben. Mustafa Hocama teşekkür ediyorum, yani hakikaten de komplike de bir mesele, yani belki basittir.

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU - Biraz daha yüksek sesle konuşabilirsiniz?

Av. Osman BETAL ÖZAY - Tabii. Sorum şu olacak: Bu Adalet Divanı sonuçta bir karar verdi. Bir pazar yaratmak istedi, yani ben sonuç olarak bilgisayar programı üreticilerini çok memnun eden bir karar değil takdir ederseniz. Bu ülkesellik bakımından baktığımız zaman meseleye mesela, Almanya’da bu şekilde internet üzerinden diyelim ki indirdiği bir programı belli bir tecessüm etmek üzere belli bir diskin içerisine koyduk ve bunu Türkiye’ye getirdik. Başka bir bölgede satılma, yeniden satıma konu edebilir miyiz? Birinci sorum bu, ikincisi: İlk piyasa şimdi bilgisayar programlarına baktığımız zaman bu örnek dışında bu ... (78.49) ama donanımla birlikte gelen diyelim komponent içerisinde kullanım kılavuzu, işte garanti sertifikası ve yazılımı kendisinin olduğu bir disket da var. Bu ilk piyasaya sürüldüğü hali değiştirerek farklı bir garanti sertifikası veya farklı bir disk, bunu tekrar yeniden bütünleştirerek ikinci el bir işleme konu etmek hukuken mümkün müdür? Bu ikinci sorum.

Bir de ufak bir uyarım var: Bu yakında Yargıtayın da önüne gelecek bir dosya, bunu Fikri Haklar Hukuk Mahkemesi verdi çok yakın tarihli bu kararı. Burada ispat, yani devralan kişiden ben ikinci el işlemi ondan hak sahibi olarıktan denetlemem için ispat külfeti kimde? Fikri Haklar Hukuk Mahkemesi dedi ki: “*Hak sahibindedir ispat*” Yani hak sahibi bilgisayar programı devralan kişinin kimden devir aldığını ve bu devralan kişinin de bilgisayar programını orijinal bilgisayardan sildiğini ispatlamak zorunda olan hak sahibidir, ikinci işlemi yapan kişi değildir diye bir karar verdi. İlginç bir karar.

Doç. Dr. Mustafa AKSU - Kararı kim verdi?

Av. Osman BETAL ÖZAY - 1. Fikri Haklar Hukuk Mahkemesi verdi.

Doç. Dr. Mustafa AKSU - Kaçırdım da, o yüzden.

Av. Osman BETAL ÖZAY - Temyizde dosya, çok yakın bir tarihte verilen karar. Uyarı da şu, biz piyasada şunu da görüyoruz: Şimdi ikinci el işleme konu edinmek için bu komponentlerin orijinalini bulmak kolay değil. Kullanım kılavuzunun sahte-siyle orijinal bir CD’yi, işte garanti sertifikasıyla orijinal bir etiketi birleştirip ondan sonra bu korumadan yararlanıyormuş gibi bunun satışını yapmak isteyen oyuncular da var. Bu pazar açıldı, ama buna da dikkat etmek gerekir diye düşünüyoruz. Teşekkür ediyorum.

Doç. Dr. Mustafa AKSU - Teşekkür ederim. Şimdi tabii birinci soru tükenme ilkesinin alanıyla ilgili. Biz de biliyorsunuz ulusal anlamda tükenme ilkesi geçerli. Tabii Avrupa birliğiyle yapmış olduğumuz bu Gümrük Anlaşması çerçevesinde işte hangi kural geçerli, o başlı başına bir inceleme konusu. Yani bizde iki görüş de var, ama

baskın anlayışa göre bizim Avrupa Birliği Gümrük Birliği çerçevesinde bu konu zaten onun dışında bırakıldığı için, yani Avrupa Birliğinde yayılmış olan bir eser üzerindeki hakkın tükenmesi bunun Türkiye’de de tükendiği anlamına gelmeyeceği için siz Almanya’da eğer eser sahibinin rızasıyla çıkmış bir ürünü Türkiye’ye getirip işte ithal ederseniz o zaman tabii ki buradaki kişi karşı çıkabilecek. O öyle gözüküyor, yani o görüşü benimsersek onu öyle herhalde çözmek gerekiyor.

Diğer konu, tabii bu ikinci soruyu çok net anlamadım, ama yani bir sabit program taşıyıcıya yüklenmiş ya da beraberberaber satılmış. Siz onu birtakım garantilerle beraber tekrar satmak istiyorsunuz.

Av. Osman BETAL ÖZAY - ... (81.34)

Doç. Dr. Mustafa AKSU - Teşekkür ederim. Şimdi tabii birinci soru tükenme ilkesinin alanıyla ilgili. Biz de biliyorsunuz ulusal anlamda tükenme ilkesi geçerli. Tabii Avrupa birliğiyle yapmış olduğumuz bu Gümrük Anlaşması çerçevesinde işte hangi kural geçerli, o başlı başına bir inceleme konusu. Yani bizde iki görüş de var, ama baskın anlayışa göre bizim Avrupa Birliği Gümrük Birliği çerçevesinde bu konu zaten onun dışında bırakıldığı için, yani Avrupa Birliğinde yayılmış olan bir eser üzerindeki hakkın tükenmesi bunun Türkiye’de de tükendiği anlamına gelmeyeceği için siz Almanya’da eğer eser sahibinin rızasıyla çıkmış bir ürünü Türkiye’ye getirip işte ithal ederseniz o zaman tabii ki buradaki kişi karşı çıkabilecek. O öyle gözüküyor, yani o görüşü benimsersek onu öyle herhalde çözmek gerekiyor.

Diğer konu, tabii bu ikinci soruyu çok net anlamadım, ama yani bir sabit program taşıyıcıya yüklenmiş ya da beraberberaber satılmış. Siz onu birtakım garantilerle beraber tekrar satmak istiyorsunuz.

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU - Levent Yavuz, buyurun efendim.

Av. Levent YAVUZ - Teşekkür ederim. Hocam, öncelikle deminki Mustafa Aksu Hocayla konuştuğunuz konuda küçük bir açıklama yapayım. Doğal olarak eser bir fikri üründür. Dolayısıyla somutlaştığı, üzerinde somutlaştığı bu yağlı boya tablo olabilir, heykel olabilir, çoğaltılabilir, müzik notaları olabilir, bir bilgisayar programı da olabilir. Somutlaştığı eşyadan farklı bir hukuki rejime tabidir. Biz buna gayri maddi mal varlığı diyoruz. Dolayısıyla bir tablo meydana getirildiğinde bir eserdir. Bunun fiziki mülkiyeti onun parasını verip, satın alan kişiye geçebilir, ama bu tablo üzerindeki kanunun eser sahibi olarak bunu meydana getiren kişiye bağışladığı koruma hakkı onun çoğaltılması, işte yayılması, o eserin kartpostal haline getirilmesi, çeşitli konularda işlenmesi hakkıdır. Dolayısıyla bir eseri fiziki mülkiyetinin eser sahibi tarafından bir başkasına verilmesi veya bir şekilde kaybolmuş eserin bulunması eşya hukuku hükümlerine tabi, zilyetlik hükümlerine tabi el değiştirebilir. Onun o kısmı fikri mülkiyet hukukunu ilgilendirmez. Fikri mülkiyet hukukunu ilgilendiren kısım soyut anlamda o eser üzerindeki eser sahipliği hakkıdır. Onu bir önce açıklığa kavuşturayım naçizane.

İkincisi, yayma hakkıyla ilgili Aksu Hocamın şu andaki uygulamada ve bildiğim kadarıyla doktrinde de aynı görüş hâkim. Yayma hakkının eserin fiziki, yani eser sahibinin izniyle çoğaltılmış ve piyasaya arz edilmiş, yani çoğaltma ve yayma hakkının eser sahibisiyle, eser sahibinin izniyle gerçekleştiği, eserin fiziki nüshaları üzerinde tükenmediği kabul edilmektedir. Bu bağlamda eserin internet ortamında ya da dijital ortamda nüshaları üzerinde yayma hakkının tükenmediği görüşü uygulamada ve doktrinde hâkim durumda. Demin bahsettiğiniz bu Oracle v. usedsoft (86.12) kararının da zaten bununla bir ilgisi yok, siz de onu belirttiniz. Onu sunuşunuz sonunda bir soru olarak getirdiğiniz için belirtmek istedim şu andaki hâkim görüşü. Bu kararla da bu hâkim görüşün değişmesini gerektirecek temel bir anlayış söz konusu değil.

Alan adıyla ilgili Hâkime Hanımın konuşmasında Alan adıyla ilgili, alan adlarının tahsisi malumunuz artık ODTÜ'den alınıyor, Ulaştırma Bakanlığına bağlı bir birim tarafından alan adları tahsis edilmeye başlanılacaktır. Alan adları bir ticaret unvanları, markalar, tasarımlar veya ticaret şirketleriyle ilgili Ticaret Kanununda sayılan hukuki altyapısı, kanuni altyapısı olan bir sistem değil.

Alan adları kendiliğinden gelişen, kendi rejimine de kendi içinde barındıran bir anlamda sivil inisiyatif gibi gelişmekte olan bir sistem. Dolayısıyla alan adlarına yönelik uyuşmazlıklar da bizim karşımıza çıktığında örneğin, Hâkime Hanımın dediği gibi birisinin “Erken gelen erken alır” sistemi içerisinde bir başkasının tabii ki bu alan adları ticaret elektronik ticarete şu anda markalar ticaret unvanları kadar çok önemli bir değer haline geldi. İşletmelerin çok önemli ekonomik değerleri haline geldi, ama halen bir Ticaret Kanununda, bir Borçlar Kanununda veya özel kanunlarda alan adlarının bir yasal düzenlemesi yok. Bu günümüze kadar hep bu bakımdan haksız rekabet bağlamında koruma yapıldı. Nedir o da? Tanıtıcı işaret olarak, benim yıllardır kullandığım bir tanıtıcı işareti siz gidiyorsunuz erken davranıp kendi adınıza alan adı yapıp, bir de ticari işleminizde alan adı o açtığınız web sayfasında benim adımla elektronik ticareti yapıyorsunuz. Bu bir haksız rekabet olarak bakıldı ve çözümleri de bu yolda arandı. Bunun WIPO nezdinde alternatif çözüm uyuşmazlıkları bağlamında kaynaktan WIPO nezdinde tahkim suretiyle çözümü de mümkün. Ben Sefer Hocamın konusuna fazla girmek istemiyorum bu konuda, sadece şunu belirtmek istiyorum: Yalnız bu anlamda WIPO'da kurulan tahkim bizim bildiğimiz Milletlerarası Tahkim Yasasına tabi olan, efendime söyleyeyim sigorta tahkim gibi o anlamda bir tahkim değil. Bu da bir özel tahkim, tarafların kendi rızalarıyla alan adını WIPO aracılığıyla aldıklarında bu yerde uyuşmazlıkların halline dair verdikleri bir sözleşmesel tahkim. Bu konuda da henüz çok yeni de bir karar çıktığı için bu anlamda, bu doğrultuda Yargıtaydan gerçekten alan adlarının İsviçre'de WIPO nezdinde ki alternatif çözüm yolları vasıtasıyla Türkiye'deki bir alan adının orada kesilmesi halinde tahkime itiraz davası olarak Türkiye'ye getirebilir mi şeklindeki bir uyuşmazlık bu. Bu yeni bir uyuşmazlık, onun için burada açıklamak istedim onu.

Görülmekte olan bir davaların bu tür toplantılarda konuşulmasının doğru olmadığı kişisel görüşüm, ama şunu da açıklayayım: Yani burada hâkimleriz, savcılarız hep be-

raber biz bize konuşuyoruz, herkes kendi görüşünü açıklıyor. Yargı makamında mutlaka herkes kendisi farklı değerlendirmelerini yapacaklardır. Buradaki görüş ki bir daireyi, bir mahkemeyi, bir makamı bağlamaz. Bunların hepsi kişisel görüşlerimiz. Onu belirtmek istiyorum, ama kişisel tercihim ileride mahkemenin huzurunda, halen mahkemenin huzurunda olan veya ileride Yargıtayın huzuruna gelecek olan uyuşmazlıkların buralarda soru olarak sorulmaması, en azından gizlenerek dahi soru olarak sorulmaması. Bizler açık, dürüst olarak görüşlerimizi tüm samimiyetimizle ifade ediyoruz. Sorularda beklenen cevaplar da bu samimiyette olsun lütfen. Bunu hassasiyetimizi de hoş göreceğinizi düşünüyoruz. Biz de işimizi gücümüzü bırakıp, mesaimizi bırakıp, buraya gelip, katkıda bulunmaya çalışıyoruz. Bunun bedelini de iki gün, Ankara'dan uzakta olmanın bedeli de Ankara'ya döndüğümüzde çok ağır bir şekilde ödüyoruz ağır çalışmalarla, zannetmeyin ki burada tatil yapıyoruz. Bunun karşılığında bu hassasiyetimizi, bu ricamızın hoş görüyle karşılanmasını diliyorum.

Bir son konu bu teknik koruma önlemleri gerçekten çok önemli bir husus, çok da yeni bir husus, karmaşık da bir konu, ama bu teknik koruma önlemleri eser sahibinin çoğaltma ve özellikle internet ortamında yaygınlaştıktan sonra ve dijital ortamda çoğaltma ve yaymanın artık ihlallerinin çok kolaylaştığı, bir tuşa basmakla sınırsız sayıda kopyaların elde edildiği bir ortamda internetin kontrol edilebilmesi amacıyla, internetteki eser sahiplerinin haklarının daha etkin korunabilmesi amacıyla bir çözüm arayışı içerisinde geldi. 1999 yılında WIPO internet anlaşmaları dediğimiz işte bu Copyright ve icralar ve fonogramlar anlaşmaları imzalandıktan sonra bunun Avrupa'da Bilgi Toplumu Direktifi dediğimiz Information Society Directive adı altında, Amerika'da da işte Digital Millenium Copyright Act olarak iç hukuka aktarması, bizde de 2001 yılında bilgisayarlar için teknik koruma önlemlerinin aşılması hali, yani hak sahibinin bunların izinsiz kopyalanmasını, dolanma yoluyla, kırılma yoluyla, şifre konulması yoluyla aşılması halini suç saydı ve ihlal saydı. Bu eser sahibi lehine getirilmiş bir koruma idi. Hak yönetim bilgileri de, yani dijital ortamda alınan bir eserin eser sahibi kimdir, kaç yıllık süreyle sözleşme koşulları nedir gibi bilgilerin izinsiz kaldırılmasını da bu şekilde önleyen hükümleri biz kısmen iç hukukumuza aldık. Öte yandan bu WIPO internet sözleşmelerini de Türkiye 2009 yılında imzaladı, taraf oldu. Fakat dediğim gibi çok sınırlı alanlarda teknik koruma aldık. Şu anda iç hukukumuza da geçiremiyoruz, çünkü çok büyük bir problem var. Teknik koruma önlemleri ölçüsü teknolojiyle ilgili olduğu için aynı zamanda kişisel kullanım istisnasını da bu kopyaları yasal yoldan elde eden kişilerin normal kişisel ihtiyaç için çoğaltma haklarını da elinden alacak derecede genişletilmiş durumda. Bu nedenle büyük bir problem içermekte, bu ikili ayrımı hak yönetim bilgileriyle, teknik koruma önlemlerinin birbirinden aslında aynı kavram içerisinde olmakla beraber birbirinden farklı fonksiyon icra ettiklerini belirtmek istiyorum.

Hocama bir soruyla bağlayayım. WIPO internet anlaşmalarına Türkiye taraf olduğuna göre bilgisayar programlarına has olarak Telif Hakları Kanunumuzda var olan 72. madde dijital ortamda çoğaltılıp, piyasaya sunulan e-kitap gibi veya benzer inter-

net ortamında sunulan eserlere de genişletilerek bu uluslararası anlaşmanın uygulanması mümkün mü sizce? Yani teknik koruma önlemlerini eser sahibi şu anda bizim 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunumuza göre şahsi çoğaltma hakkını engelleyecek şekilde uygulama hakkına sahip mi, değil mi? Teşekkür ediyorum, kusura bakmayın uzun sürdü, ama bir açıklama yapma gereğini duydum.

Av. Dr. Sefer OĞUZ - Teşekkürler Hocam. Şimdi biz WIPO Sözleşmelerine Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti, Telif Hakları Sözleşmesine 5647, İcralar ve Fonogramlar Anlaşmasına da 5646 sayılı sözleşmeyle taraf olduk, bu ek dördüncü maddeyi getirdik. Yani şu anda digital management right taşıyan bir dijital eseri yasal bedel almak koşuluyla edinen bir kişi mevcut hukuki düzenlemeler içinde 37. maddedeki tehditlerden yararlanır diye ben düşünüyorum. Çünkü Amerika'daki düzenleme gibi, Avrupa Birliği'ndeki telif haklarına uyumlaştıran düzenleme gibi ayrıca bir istisnalar getirilmemiş, ama bizim var olan bir istisnamız var. Bundan faydalanmayacağına dair de açıkça bir hüküm olmadığını düşünerek bu tehditlerden yararlanmasını gerektiğini düşünüyorum. Çünkü orada da bir açıklık var. Örneğin bu teknolojik önlemleri kaldıran araçların yazılımların yapılmasının yasaklanmasına dair de bir madde eksikliği var, ama o Ceza Kanununun da kısmen o yönde ki 243. maddeyle web sitesi olduğunda aşılabilir belki Ceza Kanununun 243. Maddesi, ama CD ve menkul şeklinde taşınan internet ortamında olmayanlarda böyle bir koruma önlemi olduğunu da ben düşünmüyorum.

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU - Affedersiniz, Levent Üstadıma hazır bu fikri mülkiyetle bizim eşya hukuku anlamında mülkiyet ayırımı bir kez daha hatırlattı, teşekkür ediyorum. Yalnız benim sorum şu: Fikri mülkiyet eğer devredilebiliyorsa irade, rıza her halde olmalıdır. İster eşya hukuku deyin, ister fikri sınai hukuk deyin, önemli değil. Yani devir dediğimiz an bir irade olur. Mülkiyetin devrinden bahsediyoruz. Mülkiyet soyut, somut hiç önemli değil, yani burada yanılıyor muyum üstadım, onu söyle. Eğer fikri mülkiyet devredilebiliyorsa, onu taşıyan şeylerden bahsetmiyorum, her halde irade lazım. O anlamda söylüyorum. Teşekkür ederim. Başka soru var mı?

Doç. Dr. Mustafa AKSU - Ben bir şey ekleyebilir miyim? Şimdi benim sunumumda belki bir husus çok net açıklanmadı. Sizin açıklamalarınız üzerine belki söylemekte tekrar yarar görüyorum. 25. madde, yani bizim umuma iletim hakkı çerçevesinde internete konulan ürünlerin yayılması. Eğer olayı bu çerçevede görürsek hiç tükenme ilkesine filan gitmeye gerek kalmayacak, çünkü Avrupa Adalet Divanı kararı o zaman zaten bununla alakalı değil, ama bence öyle değil. Avrupa Adalet Divanı tam tersine diyor ki: Bu oraya girmez kardeşim, ben onun çerçevesinde değerlendirmiyorum. Yani siz internet üzerinden yayına koyarsanız, bu şekilde pazarlarsınız ve tek bir sabit taşıyıcıya yüklenmiş örneği devretmezseniz değil mi, mesela internet üzerinden satış öyle olur. Ben internet üzerinden alırım, sonra bana gönderirler. Öyle değil, ama internette indiriyorsunuz. Yani örneğin siz bizzat kendiniz oluşturuyorsunuz. Umuma iletim çer-

çevesinde yapılan şey anlamında kalacak olursa o zaman bu görüşün değişmesi gerekecek. Yani benim şahsi kanaatim, ama siz umuma iletimi şöyle anlıyorsunuz ki bence öyle anlaşılması lazım, o zaman sorun yok: O programdan ilgili kişiler yararlanabilirler, ama örneğini oluşturamazlar. Örneğini oluşturdukları anda ne olacak o? O zaman tükenme ilkesinin kapsamına girecek. O zaman bunu 25. madde çerçevesinde görmeyeceğiz, hepsini 23'ün çerçevesinde göreceğiz. Eğer öyle dar anlaşılıyorsa, ki görebildiğim kadarıyla öyle değil sanıyorum, o zaman da, bu kararı benimseyeceksek, bu görüşün değişmesi, daraltılması gerekecek diye düşünüyorum.

Av. Vehbi KAHVECİ - Hocam, misafirlerimiz uçağa yetişecek.

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU - Tamam, ben de 7. Oturumu kapatıyorum ve kendimi bu internet denilen okyanusa dalmamış olmakla da mutlu addediyorum, bunu da belirteyim. Teşekkür ediyorum arkadaşlar.

Şimdi arkadaşlarıma bir de şu teşekkür belgelerini vereyim. Sağ olun, var olun.

ARA VERİLDİ

8. OTURUM

TÜRK PATENT ENSTİTÜSÜ UYGULAMALARI

Av. Vehbi KAHVECİ - Arkadaşlar, son oturum, bu oturum 17.30'da bitmeli, çünkü uçağa ancak yetişeceğiz. Şimdi bu oturumun bir özelliği var tabii, Azra Arkan Hocamız başkanlık edecek. Eğer Azra Arkan Hocamız olmasaydı bu toplantıyı yapamazdık. Onun için kendisine çok çok teşekkür ediyoruz. Hocamı davet ediyoruz. Mehmet Gün konuşmacı olarak vardı, ama Mehmet'in kardeşi hasta olmuş. Bugün ameliyata alınacakmış, o nedenle başında bulunması gerektiği için hazır olamadı, fakat onun da sunumunu alacağız, kitaba basacağız. Bugün bir konuşmacımız daha var bizim Uğur Yalçiner, Uğur Bey Türk Patent Enstitüsü'nün kurucu başkanıdır. Uzun yıllar Türk Patent Enstitüsünün başkanlığını yaptıktan sonra şimdi artık bir patent marka şirketi sahibi. Aynı zamanda biliyorsunuz Patent Marka Vekilleri Derneğinin de başkanı, dolayısıyla çok önemli. Son oturuma kaldı, çünkü biliyorsunuz yemeğin tatlısı dibinde. Evet, şimdi Dr. İsmail Fidan üstadımız Yeniden Değerleme Kurulunda son değişiklikleri bize aktaracak. Tabii biliyorsunuz Türk Patent Enstitüsü bu sempozyumumuzda çok önem vermişti. Başkanı Sayın Prof. Dr. Habib Asan açılışımıza katılmıştı. Gerçekten bu toplantı çok güzel oldu, çok kaliteli oldu ve çok yeni kurumları tartıştık. Tabii bu aynı zamanda bir kapanış konuşması olduğu için tekrar tekrar Yavuz üstadımıza teşekkür etmek istiyoruz, çünkü gerçekten iş günlerinde vaktini ayırdı, hem geldi, hem çok fazla katkıda bulundu. Dolayısıyla bütün katılımcılara teşekkür ediyoruz. Şimdi saat 17.30'ta dağılıcağız. İnşallah bundan sonra gene karşılıklı irtibatlarımızı devam ettirelim. Baromuzu bu çalışmalarını yapması için teşvik edelim, hep beraber teşvik edelim. Hepinize de katıldığınız için teşekkür ediyoruz, Hocam buyurun.

Doç. Dr. Azra ARKAN SERİM - Efendim, tekrar merhaba. Bu iki günlük yoğun programın son oturumu "*Türk Patent Enstitüsü Uygulamaları*" Tabii patent dediğimiz zaman günümüzde çok değerli bir şey, ekonomik değeri çok yüksek bir şey. Bilen de doğrusunu isterseniz az, dolayısıyla bilenler bizim bakımımızdan çok kıymetli. Bugün de iki tane konuda uzman konuşumumuz var. Öncelikle Uğur Yalçiner Beyefendiye söz vermek istiyorum. Türk Patent Enstitüsü kurucu başkanı ve PEM Başkanı, buyurun efendim.

Uğur Kürşad YALÇINER - Sayın Başkanım, teşekkür ediyorum. Bu organizasyon için özellikle İstanbul Barosuna ve İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesine çok teşekkür ediyorum. Sürenin kısıtlılığını biliyorum, ben sunumu 15 dakikaya planlamıştım, 15 dakikada da bitireceğim. Sunum konum "TPE'nin Marka Tescilindeki Mutlak ret Nedenleri Uygulamaları, Onun Geçmişi, Bugünü ve Yarını." Aslında bu mutlak ret nedenlerini de sadece 7. maddenin 1. fıkrasının b bendine, yani benzerlik, mutlak ret nedenlerini de benzerliğe özgüledim çünkü sürenin kısıtlılığı nedeniyle, zaten benden sonra Sayın İsmail Fidan TPE uygulamalarının mutlak ret nedenlerini daha geniş bize aktaracak.

7/1.b maddemiz bu yirmi yıl öncesinden başlayan tartışmaların bugüne kadar geldiği ve hala da tartışıldığı bir fıkra 7. maddenin 1. fıkrasının bir bendi. Çok kısaca sı-

nai haklarla ilgili bu 7/1.b'nin felsefesinden bahsedeceğim. Avrupa Birliği müzakere süreci yirmi yıl önceki görüşmeler ve 7/1.b kapsamındaki resen ret bunun prensipleri ve kriterlerinden bahsedeceğim ve 1995 yılındaki 556 sayılı KHK aynen halen yürürlükte. Sonra 4128 sayılı kanunla yapılan düzenleme ve 5194 sayılı kanunla yapılan düzenlemelerde 7/1.b maddesinin ne şekilde geldiği ve uygulamada nasıl gidiş gelişler sağladığını anlatmaya çalışacağım.

Şimdi 1992'lerden bahsedelim: Türk Patent Enstitüsü o zaman yok, Sınai Mülkiyet Dairesi Başkanlığı var. Gümrük Birliği müzakereleri sürdürülüyor. 1994'te Türk Patent kuruluyor. Burada Türk Patentin kurulduğu günkü arşivini görüyoruz. Bunları niye anlatıyorum? Aslında 7/1.b'nin başladığında biz neydik, bugün nereye geldiği de göstermek açısından. Sonra 1999'da Türk Patent Enstitüsü başka binaya taşınıyor. Bu dönemde ben başkanlıktan ayrılıyorum 1999, 2004'te kampüsüne taşınıyor, yeni yerine ve bugünkü çok geniş eleman kadrosu ve bilgi deneyimiyle bugünkü konumuna gelmiş oluyor.

Şimdi 7/1.b'nin geçmişinde 7. maddedeki mutlak ret nedenlerini b kısmını aynı ya da ayırt edemeyecek kadar aynı veya ayırt edemeyecek kadar benzer türünde tanımlamalar yapıldı yasada. 8/1.b fıkramız ise gene nispi ret nedenlerinde benzerliği bir kez daha tescil öncesi gözden geçirme yolunu sağladı üçüncü kişilere.

Şimdi gidiyoruz Avrupa Birliği First Cancelled Directive, markalarla ilgili olarak 89/104 direktifine gidiyoruz. Bu direktife baktığımız zaman burada bizim 7. maddeye denk gelen mutlak ret nedenleri sıralanmış. Bunlar arasında benzerlikle ilgili bir karşılaştırma gözüküyor. Yok yani, benzerlik mutlak ret nedenleri arasında yok. Burada bir başka kısım var, bizim 7/2'ye tekabül ediyor, ama 7/2 ilk yasa, ilk KHK'mızda yok, sonradan ekleniyor. Burada b, c, d maddelerine, bentlerine göre ret edilemez diyor. Bunu niye söylüyoruz? İşte bu b, c, d aynen tercüme edildiği için bizim yasada da buraya b eklendiği için aslında bizde a, c, d olması gereken tercümeden dolayı b, c, d olarak yasaya uygulandı. İlk 1994-2004 arası benzerliklerde mutlak ret nedenleri arasında oldu ve benzer markalardan da reddedilememek şartı, koşulu getirilmiş oldu bir tercüme hatası nedeniyle.

Şimdi ilerliyoruz, bir sınai mülkiyet sistemi, şimdi 7/1.b'yi değerlendirirken hep şuna bakmak gerek: Ben masanın her iki tarafında da çalıştığım için bir tarafta kamu açısından baktığımızda, kamu düzenini sağlamak açısından olayları irdelemeniz, çok iyi görmeniz gerekiyor. 1994'te, yani yirmi yıl önceden bahsediyorum. Bugün salonda olan 3540 yaşın altındaki arkadaşlar o dönem ya çocuklardı, ya çok gençtiler. Bu konuları hiç belki o zaman duymamışlardı, bugün birçoğu uzmanlaşmış durumda. Şimdi siz 7'yi benzerlikten reddetmezseniz, mutlak ret nedenleri içine almazsanız biz Avrupa Birliğini zaten böyle ikna ettik. Çünkü diyorlardı ki bizde yok, siz böyle bir bendi mutlak ret nedenlerine koymayın. Tamam, koymayabiliriz, ama o güne baktığımızda Türk Patent Enstitüsü çok yeni kurulmuş, eleman hemen hemen çok az, sistem yeni gelmiş, deneyimli eleman çok az. Mahkemelerimiz o zaman ihtisas mahkemelerimiz,

fikri haklar mahkemeleri kurulmamış, ticaret mahkemeleri görevli olarak görev yapıyor ve dolayısıyla de vekillik sistemi yok. O zaman vekillik sınavları daha başlamamış, herkes vekil olabiliyor. Noter onaylı vekâletname alan herkes vekillik yapabiliyor. Dolayısıyla sistemi yürütecek öğeler yok gibi. Dolayısıyla burada bir kuruma yük vermek durumundasınız. Biz dedik ki bunun TPE üstlensin, yani mutlak ret nedenleri arasında benzerliği de koyalım ve Avrupa Birliğine de şunu dedik: Biz bunu istediğimiz bir şey değil, bunu mahkemelere de yükü aktarabiliriz, ama sistemin güçlü kurulmasını sağlamak istiyorsak biz en azından -burası çok önemli- aynı marka başvurularını, aynı mallar için olan başvuruları ret edelim, ama benzerlikler varsa bunlar yayınlansın, 8. madde kapsamında değerlendirilsin. Çünkü bunları izleyecek vekiller yok, mahkemeler hiç kurulmamış, dolayısıyla sistemi geliştirip, yürütecek öğeler tam değil ve böylece sistemi şu şekilde oluşturduk başta. Şimdi bu 7. maddenin aynen ve farklı olarak bir banka başvurusunu düşünün, başvuru yapılmış ve bu başvuru daha önce tescilli bir marka var. Bu markayla aynı veya ayırt edilemeyecek kadar aynı, yani çok çok çok benzer ise biz ve bir de malları aynı ise biz bu markaları ret edelim felsefesiyle başladı bu 1994 yılında.

Bu tarafı geniş bir yelpazeyi biz 8. maddeye bıraktık. Yani az benzeyenleri itiraz üzerine ret edelim şeklinde sistem başladı. Fakat daha sonra uygulamada ve bu arada da gelen baskılar, bu baskılar nasıl baskılar? Başvuru sahiplerinin politikacılara yaptığı baskılar, işte bizim markalarımız yeterince korunmuyor, sanki devlet şahsın markasını sürekli korumak zorundaymış gibi ki o felsefe var. İşte TPE markalarımızı korumuyor, benzerleri yayınlıyor deyince bu 7. maddenin aynılık genişledi, yani az benzeyenler de reddedilir duruma getirildi. Bunun tabii yasal dayanağı da var. Şimdi onlara bakacağız. Bu örnekleyelim, birebir aynıysa veya çok benzerse bunlar reddedilsin, iltibas ihtimalinin kuvvetli olması durumunda reddedilmesin, yayımlansın itiraz beklen-sin denildi. Dolayısıyla buradaki şu halka genişledi-daraldı, genişledi-daraldı. Şimdi yasamız, yani KHK 27 Haziran 1995'te yürürlüğe giriyor. Bu KHK'nın 7. maddesinin b bendine baktığımızda diyor ki: *"Aynı veya ayırt edilemeyecek kadar aynı mal ve hizmetlerle ilgili olarak..."* Mal ve hizmetlerin aynı veya ayırt edilemeyecek kadar aynı olmasını öngörüyor. Tescil edilmiş veya daha önce tescil başvurusu yapılmış bir markayla aynı veya ayırt edilemeyecek kadar aynı olan markalar reddedilir. Demek ki çok dar öngörüyor, çok benzeyeni reddet diyor.

Sonra 4128 sayılı Kanunu çıkarıyoruz. Bu da hazirandan sonra kasımda çıkıyor. Kasım ayında 1995, yaklaşık beş ay sonra. Burada işte o baskılar Mecliste şöyle bir ibare ekleniyor: *"Aynı veya aynı türdeki mal ve hizmetlerle ilgili olarak, yani aynı veya aynı ayırt edilemeyecek kadar aynı mal ibaresi aynı ve aynı türdeki mal ve hizmetlerle ilgili"* şeklinde genişletiliyor. Aynı tür malların da başvurusunun reddine yol açılıyor. Fakat diğer kısım aynı veya ayırt edilemeyecek kadar aynı olan markalar ise aynen kalıyor. Yine buradaki felsefe ne? Çok benzeyenleri aynı tür malları için dahi olsa reddet diyor yasa. Bu arada 7/2 ekleniyor 4128 sayılı Yasayla, oradaki b, c, d bu a olması gerekirken tercümeden b olarak giriyor ve on sene yürürlükte kalıyor. Geliyo-

ruz 2004'e, 2004 yılında dokuz sene yürürlükte kalıyor. 5194 sayılı Kanunla 7/1.b değişiyor tekrar: "Aynı veya aynı türdeki mal ve hizmetlerle ilgili olarak tescil edilmiş veya daha önce tescil için başvurusu yapılmış bir markayla aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzer markalar" şeklinde, aynıysa benzer dönüyor, a düzeltiliyor ve uygulama bu şekilde devam ediyor.

Üç mevzuatı üst üste koyarsak 1995 Haziranda aynı veya ayırt edilemeyecek kadar aynı aynen kalıyor 1995'te ve 2004'te ise benzer şeklinde bir değişiklik sağlanmış oluyor. Gene aynı figürümüze geldik, bu kısıt hala yasada daha önce varken sonra benzer şeklinde getirildi ve böylece 2004'ten sonraki uygulama yasada bu şekilde uygulansın şeklinde hükme bağlanmış oldu.

Şimdi bunları değerlendirirken bugüne geldiğimizde, 2004'e geldiğimizde diyelim, 2004'te Türk Patent Enstitüsü elemanlarını almış, eğitimlerini sağlamış, çünkü beş yıllık bir Dünya Bankası kredisiyle yürütülen bir proje kapsamında altyapı geliştirmeleri sağlandı, bina yapıldı, elemanlar, eğitimler sağlandı. Dolayısıyla bu geliştirmeler Türk Patent Enstitüsünü güçlü hale getirdi. Gene o döneme baktığımızda ihtisas mahkemelerinin kurulduğu döneme denk geliyor. Dolayısıyla altyapı güçlenmiş oldu, dolayısıyla bu b'nin, bu genişletilmiş b'nin aslında daha daraltılması gerekir. Ortadan kaldırılabilir mi? Bu konu tartışılır. Avrupa Birliğinde yok bir b bendimiz, benzerlikle ilgili bir mutlak ret nedeni yok, ama Rusya'da var, Amerika'da var. Yani bunun olmaması bütün dünyada uygulanan bir yol değil, seçime bağlı, ülkelerin seçimine bağlı, kendi durumlarına göre verecekleri karara bağlı. Kaldırılabilir, çünkü artık zamanı geldi, ama en azından 7/1.b'nin çok çok çok dar şekilde değerlendirilmesi ve çok benzer durumlar söz konusu olduğunda retlerin sağlanması, diğerlerinin de 8. maddeye bırakılması uygun olur diye düşünüyorum. Çünkü artık vekillik sistemi de ilerledi, izleme sistemleri bütün firmaların var, dünya çapında da izlemeler yapılabilir. Dolayısıyla sistemin daha başvuru sahiplerine yükümlülüğü bırakacak şekilde, TPE'de yükümlülüğü alacak şekilde uygulamaya geçilmesinin uygun olduğunu düşünüyorum. Şimdi birazdan da zaten Sayın İsmail Fidan bize TPE uygulamalarından bahsedecek. Herkese çok çok teşekkür ediyorum, saygılar sunuyorum.

Doç. Dr. Azra ARKAN SERİM - Evet, biz çok teşekkür ederiz. Şimdi sunumu için Dr. İsmail Fidan'ı davet etmek istiyorum, buyurun lütfen.

Dr. İsmail FİDAN - Teşekkür ederim Sayın Başkan. Konuşmama başlamadan önce bizi bu saate kadar sabırla dinleyen değerli katılımcılara teşekkür ederim. Ayrıca İstanbul Üniversitesini ve İstanbul Barosunu temsilen bu sempozyumda gece gündüz çalışan Azra Hocama ve Vehbi Kahveci Beye ve tüm katkıda bulunan arkadaşlara teşekkür ediyorum. Sempozyumun benim için oldukça faydalı olduğunu belirtmek isterim. Umarım aynı şekilde bütün katılımcılar açısından da faydalı bir bilgi şöleni olur. Ayrıca bu sempozyumun, devam etmesini dilediğimiz fikri mülkiyet sempozyumları geleneğinin, başarılı bir ikinci adımı olmasını da ümit ediyorum.

Sunum için ilk teklif geldiğinde bu on beş dakikalık sürede insanlara faydalı olabilecek hangi konudan bahsedebilirim diye düşündüm. Sonrasında bu on beş dakikalık sürede Türk Patent Enstitüsünün karar kriterlerinden ve özellikle kriterin 7/1 (a) bendinden bahsetmenin yararlı bir başlangıç olabileceği sonucuna ulaştım. Karar kriterleri bağlamında öncelikle belirtmem gereken husus benim size kriterleri özellikle 7/1 (a) bendi kriterini anlattıktan sonra sizin bana soracağınız “şu marka olabilir mi?” biçimindeki sorulara benim net bir cevap vermeyeceğimdir. Zira takdir edersiniz ki herhangi bir markayı ve markanın üzerinde kullanılacağı malları/hizmetleri irdelemeden, marka olur olmaz kararı verilebilmesi pek mümkün değildir. Ayrıca bütün hukukçular bilir ki hukukun olduğu yerde matematik kesinlik yoktur. Yani hukukta her zaman iki kere iki dört etmez. Keşke öyle bir imkânımız olsa da her zaman iki kere iki dört eder kesinliğinde hukuk bulabilsek. Ne yazık ki öyle bir hukuk yok, dolayısıyla ben size çeşitli olasılıklardan bahsedeceğim ancak kesin bir kanaat belirtmekten kaçınacağım.

Türk Patent Enstitüsü resmi web sitesini biliyorsunuz www.tpe.gov.tr sitenin marka mevzuatı bölümünde, Türkçe ve İngilizce hazırlanan “Marka İnceleme Kılavuzu 2011” diye bir dijital eser var. Biz de dâhil olmak üzere Türk Patent Enstitüsünün 2011 yılındaki tüm uzman ve uzman yardımcılarının katkısıyla hazırlanan bu çalışmanın eser olduğunu düşündüğümüzden metni eser biçiminde adlandırıyoruz. Kılavuzun amacı, Giriş başlıklı 6. sayfada “*Bu kılavuzun amacı 3.11.1995/4128 – 22.6.2004/5194 tarih ve sayılı Kanunlarla tadil edilen 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 7 inci maddesinde düzenlenmiş bulunan mutlak ret nedenleri ve 8 inci maddesinde düzenlenmiş bulunan nispi ret nedenlerine ilişkin Türk Patent Enstitüsü (TPE) uygulamalarına esas olan kriterleri göstermektir*” biçiminde belirtilmiştir. 6. sayfada ayrıca kılavuzun TPE marka uzmanlarının TPE ve Alman Uluslararası Hukuki İşbirliği Vakfı tarafından yürütülmekte olan Avrupa Birliği finanslı Eşleştirme Projesi(Twinning) kapsamında Alman Federal Patent Mahkemesi hâkimlerinin ve OHIM uzmanlarının katkılarıyla ve Yargıtay ile Avrupa Adalet Divanı içtihatları, Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Kurulu Kararları ve doktrince benimsenen esaslar dikkate alınarak hazırlandığı belirtilmektedir. Giriş bölümünde belirtilen önemli bir husus da metnin genel bir kılavuz niteliğinde olup yasal bir metin olmadığıdır. Bu nedenle taraflar ve Enstitünün, gerektiğinde 556 sayılı KHK’ya, KHK’nin Uygulama Yönetmeliklerine ve yetkili mahkemelerin KHK ile ilgili yorumlarına başvurmak zorunda oldukları da metinde belirtilmiştir.

Kılavuz mutlak ret nedenleri ve nispi ret nedenleri biçiminde iki ana bölüme ayrılmış olup, bu ana bölümlerin altında 556 sayılı KHK m.7/1 (a), (b), (c) gibi bentleri, 556 sayılı KHK m.7/2 kapsamında ayırt edici nitelik kazanma ve KHK m.35 kapsamında kötüniyet gibi bölümler bulunmaktadır.

Kılavuzda genel prensipler olarak her başvurunun, kendine özgü değer ve koşulları içinde inceleme konusu marka ve mal ile hizmetler dikkate alınarak kendi somut koşulları içinde değerlendirileceği belirtilmiştir. Markanın tescil edilmek istendi-

ği mal ve hizmetten bağımsız olarak değerlendirilmesi mümkün olmadığından, mal ve hizmetlerin farklılaştığı oranda marka başvurularının farklı değerlendirilmesi ihtimali bulunmaktadır. Bu sebeple (a) malı için verilen kararın, (c) malı ya da (d) malı için emsal teşkil etmesi gibi bir yaklaşım her zaman doğru değildir. Kılavuzda genel prensipler olarak ayrıca TPE incelemesinde, ticari hayatın genel yapısı, kural ve uygulamaları ile mal ve hizmetlerin tedarik usulü ve ortalama tüketici kesimini dikkate almak zorunda olduğu belirtilmiştir. İncelemede dikkate alınan ortalama tüketicinin dikkat düzeyi mal veya hizmetin türüne göre farklılaşabilir. Pahalı ürünlerde veya profesyonel tüketicilere hitap eden ürünlerde ortalama tüketicilerin algı ve dikkat düzeyi yüksekken, günlük tüketime yönelik ucuz ürünlerde ortalama tüketicilerin dikkat düzeyi yüksek değildir. Ayrıca, ortalama tüketici makul düzeyde bilgili, gözlemci ve dikkatli olup, markayı bir bütün olarak algılar ve detayları analiz etmez. Kılavuzda ayrıca Enstitünün, başvuru sahiplerinin aleyhine karar aldığı tüm durumlarda, karar gerekçelerinin belirtilmesinin zorunlu olduğu, uzmanların, başvuru sahiplerinin sundukları görüşlerde ileri sürdükleri her iddiayı, ilişkili olduğu ölçüde ele almalarının gerekli olduğu, başvuru sahiplerinin Enstitünün her türlü kararına karşı itiraz hakkının bulunduğu ve itirazın, kararın bildiriminden sonraki iki ay içerisinde yazılı olarak Enstitüye yapılmasının gerekli olduğu belirtilmiştir. Kılavuzda açıkça belirtilmemekle birlikte başvuruların değerlendirilmesinde ayrıca tescilin etkili olacağı coğrafi bölge veya alanın tüm Türkiye olduğu hususu da dikkate alınır. Dolayısıyla marka başvurularının değerlendirilmesinde belli bir bölgedeki yerel yaklaşımlar dikkate alınmaz. Örneğin İzmir ilinden yapılan bir başvurunun, Van ilinde belli bir tasvir ediciliği ya da nitelik bildiren anlamı varsa bu başvuru reddedilir.

Kriterde incelenen mutlak ret nedenlerinin ilki kısaca ayırt edicilik biçiminde adlandırılan 7/1 (a) bendidir. 556 sayılı KHK m.7/1 (a) bendi “5 inci madde kapsamına girmeyen işaretler” biçiminde düzenlenmiştir. 556 sayılı KHK m.7/1 (a) bendinin atıf yaptığı 5. madde “Marka, bir teşebbüsün mal veya hizmetlerini bir başka teşebbüsün mal veya hizmetlerinden ayırt etmeyi sağlaması koşuluyla, kişi adları dahil, özellikle sözcükler, şekiller, harfler, sayılar, malların biçimi veya ambalajlarının gibi çizimle görüntülenebilen veya benzer biçimde ifade edilebilen, baskı yoluyla yayınlanabilen ve çoğaltılabilen her türlü işaretleri içerir” hükmünün içermektedir. 556 sayılı KHK’nın 5. maddesine göre bir işaret

a) Ayırt etmeyi sağlama ve

b) Çizimle görüntülenebilme veya benzer biçimde ifade edilebilme (grafik gösterim) şartlarını yerine getirmek koşuluyla tescil edilebilecektir. Baskı yoluyla yayınlanabilme ve çoğaltılabilmeye 5 inci maddede belirtilen bir şart olmakla birlikte grafik gösterim şartının yerine getirilmesi halinde bu şartın da sağlandığı kabul edilir. Dolayısıyla, KHK’nın 5 inci maddesine göre mal ya da hizmetleri ayırt etme niteliğini haiz olan ve grafik gösterimi mümkün olan her türlü işaret marka olabilir.

İşaretin ayırt edici niteliği esas olarak farklı işletmeler tarafından üretilerek piyasaya sürülen mal ve hizmetlerin bu malların tüketicileri ya da hizmetlerin kullanıcıları tarafından birbirinden ayırt edilebilmesi fonksiyonuna işaret eder. Dolayısıyla, işaretin ayırt edilebilme işlevini esas olarak o ürünün tüketicileri nezdinde gösterebilmesi gerekir. Bu özelliğe sahip bulunan her türlü işaret, diğer istisnai hükümler dışında, marka olarak tescil edilebilir kabul edilirken, tescilli bir markanın bu fonksiyonunu kaybetmesi de tescilin iptali gerekçesini oluşturur. Ayırt edicilik, bir işaretin kökeninden kaynaklanabileceği gibi 556 sayılı KHK m.7/2 gereğince kullanım sonucu da kazanılabilir. Bir işaretin ayırt edicilik işlevi ile tanımlayıcılık işlevi arasında doğrudan bir ilişki bulunmakla birlikte, bir işaretin tanımlayıcı olmaması her zaman ayırt edicilik işlevine sahip olduğunu göstermez. Örneğin düz bir kısa çizgi kıyafet malı için tanımlayıcı olmamakla birlikte, bu işaret söz konusu mallar için ayırt edici de değildir. Ayrıca bir ibarenin ayırt edici olup olmaması mal veya hizmete bağlı olarak da ortaya çıkabilir. Örneğin “gömlek” ibaresi gömlek malı için ayırt edici değilken, restoran hizmeti açısından ayırt edici olabilir. Dolayısıyla arkadaşlar, yapacağımız tüm başvurularında en azından müvekkilimize vereceğiniz tüm tavsiyelerde marka örneğinizi mal ve hizmetten bağımsız düşünmeyin.

Marka çeşitleri ayırt edici nitelik bakımından incelenecek olursa, aşağıdaki sonuçlara ulaşılır. **Kelime markaları** açısından anlamsal içerik, bir kelimenin ayırt edici niteliğe sahip olup olmadığının en temel göstergesidir. Kelime tescili talep edilen malların özelliklerini doğrudan belirtiyorsa ve ilgili tüketici kesimi tarafından malın ticari kaynağını göstermekten ziyade malın niteliklerine yönelik ya da promosyon amaçlı bir bilgilendirme algısı yaratıyorsa ayırt edici değildir. Bununla birlikte, malın niteliklerini doğrudan göstermemesi tek başına bir kelimeyi ayırt edici yapmaz. Önemli olan tescili talep edilen ibarenin ilgili tüketici kesimi açısından ürünün kaynağına işaret eden dolayısıyla marka olarak algılanabilecek bir ibare olmasıdır. Bileşke kelime markalarının ayırt ediciliğinin tespitinde, markayı oluşturan her bir kelime ya da bileşenin tek tek değerlendirilmesi yeterli değildir. Bu tür markalarda, bileşke markanın ihtiva ettiği kelimelerin tamamı itibarıyla bir bütün olarak ilgili tüketici kesimi üzerinde bıraktığı izlenim dikkate alınır. Genel olarak ayırt edici niteliği bulunmayan iki farklı kelimenin bir araya getirilmesinden oluşan bir kelime kombinasyonunun da ayırt edici karakter taşımadığı söylenebilir. Bununla birlikte, ayırt edici olmayan iki kelimenin sıra dışı bir şekilde bir araya getirilmesi sonucu oluşan kelime kombinasyonu (bileşke) ayırt edici nitelik kazanması mümkündür.

Sloganlar açısından ise ayırt edicilik niteliğe sahip olması koşuluyla sloganlar marka olarak tescil edilebilir niteliktedir. Bir sloganın marka örneğinde belirgin ve kendi başına ayırt edici başka bir unsurla birlikte yer alması halinde ise “slogan + marka” birleşimi bütün halde ayırt edici kabul edilir. Sloganlar, yapısı gereği bir reklam, tanıtım ve promosyon aracı olarak sıklıkla kullanılan ibareler olduğundan, ayırt edicilik incelemesinde sloganın ilgili tüketici kesiminde marka algısı yaratıp yaratmayaca-

ğı hususunun öncelikli olarak değerlendirilmesi gerekir. Marka algısı yaratmayan, ortalama tüketici tarafından mal veya hizmetleri işaret etmenin ya da onların asli özelliklerini belirtmenin normal bir yolu olarak algılanacak, doğrudan doğruya sıradan bir reklam, promosyon ifadeleri şeklinde algılanacak sloganlar ayırt edici nitelikte kabul edilmez. Benzer şekilde, iş yaşamında, özellikle tanıtım, reklam, pazarlama faaliyetlerinde yaygın olarak kullanımı bulunan sloganlar ayırt edici değildir. Mal ve hizmetleri doğrudan tanımlayan sloganlar ise ayırt edicilikten yoksunluğun yanı sıra tanımlayıcılık gerekçesiyle de reddedilir.

Bu bağlamda marka olabilecek ibare altında yer alan sloganlar marka olabilir.



Örneğin “ işte bunu seviyorum ”,

“CARLSBERG-PROBABLY THE BEST BEAR IN THE WORLD”.

Ayrıca sıradan reklam ve promosyon ifadelerinin dışında kalan “AŞ KENDİNİ GEL AŞKA”, “İŞİNİZİ BÜYÜTMİYİ GÖZÜNÜZDE BÜYÜTMİYİN” gibi sloganlar da ayırt edici olduklarından marka olabilir.

Bazı sloganların ise ayırt edici nitelikleri bulunmadığından marka olamaz. Bunlar marka algısı yaratmayan doğrudan doğruya sıradan bir reklam, promosyon ifadesi şeklinde algılanabilecek ibareler ile iş yaşamında yaygın olarak kullanılan kelimelerdir. Örneğin “AYIN ORTASI ETİKETİN YARISI”, “BİNLERCE ÜRÜNDE BİR GÜN DEĞİL, HER GÜN İNDİRİM”, “BİZDE HER ŞEY İYİDİR, UCUZDUR” biçimindeki sloganlar bir kelimeler bütününden bir araya gelmelerine rağmen ayırt edici olmadıkları için marka olma vasfını haiz değildir. Bir de sloganların bir bölümü tüm işletmeler tarafından kullanılabilir niteliktedirler. Bunlar da ayırt edici değildir. “MÜŞTERİLERİMİZ İLK SIRADA GELİR”, “MÜŞTERİLERİMİZ BİZİM İÇİN ÇOK DEĞERLİDİR” gibi. Doğrudan doğruya çevreci mesaj veren, ikaz, uyarı niteliği taşıyan, serbest kullanıma açık marka algısı yaratmayan sloganlar da ayırt edici nitelikte değildir. Örneğin “DRIVE SAFELY”, “ÇEVREYİ ÖNEMSIYORUZ VE YÜZDE YÜZ GERİ DÖNÜŞÜMLÜ POŞET KULLANIYORUZ” gibi.

Şekiller açısından da tescili talep edilen mal ve hizmetlerle herhangi bir ilişkisi bulunmayan, bu mal ve hizmetler için doğrudan tanımlayıcı nitelikte olmayan şekiller kural olarak ayırt edici niteliktedir. Buna karşılık dikdörtgen, daire, beşgen gibi basit geometrik şekiller ayırt edici nitelikte değildir. Benzer şekilde toplumun farklı kesimleri tarafından yaygın olarak kullanılan “@” gibi semboller ile “\$, €, £” gibi para birimi sembollerini münhasıran içeren başvurular ayırt edici nitelikten yoksundur. Malların ve hizmetlerin sunulduğu, ilgili sektör açısından genel ve yaygın kullanımı haiz, basit ve sıradan mekan gösterimlerinin (Örneğin; Herhangi bir ayırt edici amblem, logo vb. bir işaret içermeyen sıradan bir benzin istasyonu gösterimi) tek başına ayırt edici nitelikte değildir.

Münhasıran şekilden, özellikle bir ürün şeklinden oluşan figüratif bir işaret ise, ilgili piyasada diğer üreticiler tarafından üretilen ya da kullanılan diğer ürün şekillerinden uzaklaştığı, standart ürün şeklinin dışına çıkarak özgün bir nitelik kazandığı oranda ayırt edicilik niteliği artarak tescile uygun hale gelecektir. Bu figüratif işaret, standart ürün şekillerine yaklaştığı oranda ise ayırt edici niteliğini kaybedecektir. Bir ürün şeklinden oluşan iki boyutlu figüratif bir işaretin ayırt edicilik niteliğinin tespitinde aşağıda belirtilen kriterler esas alınır:

- a) Ürünün karakteristik şekline yakınlığı,
- b) Şeklin ilgili sektörün norm ve geleneklerine yakınlığı,
- c) Ortalama tüketici kitlesi tarafından herhangi analitik ve karşılaştırmalı inceleme ve özel bir dikkate gerek duyulmadan ayırt edilebilmesi.

Şekil Kombinasyonları açısından ise markayı oluşturan birden fazla şekli unsurdan her biri tek başına ayırt edici nitelikte olmamasına rağmen bu unsurların bir araya getirilmesi bazı durumlarda markaya özgün bir nitelik ve ayırt edici bir fonksiyon kazandırabilir. Bununla birlikte, bu tür birden fazla şeklin markaya ayırt edici nitelik kazandırabilmesinin en önemli şartı, ilgili piyasadaki standart uygulama ve tasarımların dışına çıkması ve bunun bir sonucu olarak orta düzeydeki ilgili tüketici nezdinde ürünün menşei/üreticisini gösterme fonksiyonunu elde etmesidir.

Üç Boyutlu Şekiller açısından ise 556 Sayılı KHK'nin 7/1(a) maddesi ve buna bağlı olarak 5 inci maddesinde belirtilen koşulları sağlaması şartıyla üç boyutlu şekillerin marka olarak tescili mümkündür. Çizimle görüntülenebilme veya benzer biçimde ifade edilebilme şartı açısından başvurularda üç boyutlu şekli gösterir nitelikteki çizim, resim, fotoğraf vb. gösterimler grafik gösterim için yeterli kabul edilir. Üç boyutlu markaların tüketici zihninde uyandırdığı algı kelime ya da diğer şekil markaları gibi geleneksel marka türleri ile aynı değildir. Ortalama tüketici genellikle kelime veya grafik unsur içermeyen sadece ürünün kendi şeklinden ya da ürün paketinin şeklinden oluşan markalarda, ürünün firmasal kökeni konusunda bir çıkarsama yapma alışkanlığında değildir. Bu nedenle geleneksel markalara kıyasla üç boyutlu şekillerde ayırt edici karakteri oluşturmak daha zordur.

Üç boyutlu şekillerin ayırt edicilik kriteri markanın biçimine göre değişiklik gösterebilir. Tek başına ayırt edici niteliği bulunmayan bir ambalaj/ürün şeklinin ayırt edici bir işaretle birlikte kullanıldığı marka tescil başvurularında ambalajla birlikte kullanılan ve markaya ayırt edici nitelik kazandıran unsurun marka örneği üzerinde açık, belirgin ve okunabilecek şekilde yer alması gerekir. Burada markaya ayırt ediciliği katan unsur üç boyutlu ürün veya ambalaj şekli değil, bu şekil üzerinde yer alan ayırt edici niteliği haiz sözcük, logo vb. işaretlerdir. Bu tür markaların bütün olarak ayırt edici nitelikte olduğu kabul edilir. Ancak, bu tür markaların tescili, tek başına üç boyutlu şekil üzerinde başvuru sahibine münhasır hak sağlamaz.

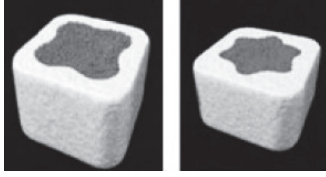
Standardın dışında, piyasada yaygın kullanımı bulunmayan ürün veya ambalaj şekilleri ile bunların üzerinde yer alan logo, isim, amblem gibi ayırt edici işaretlerden oluşan marka başvurularında ürün veya ambalaj şekli de standardın dışında, özgün niteliği haiz olduğundan, logo ya da ibareden bağımsız olarak tek başına ayırt ediciliği bulunmaktadır. Bu durumda ürün veya ambalaj şekli ile birlikte tescil edilmiş olan ve logo, isim, amblem içeren markanın ürün ve ambalaj şekli için de münhasır bir koruma sağlaması söz konusu olabilecektir.

Ürün ambalajlarının üç boyutlu şekillerinin ayırt edici niteliğinin değerlendirmesinde dikkate alınması gerekli olan husus, ilgili üç boyutlu şeklin tescili talep edilen mal ve hizmetleri piyasada bulunan diğer mal veya hizmetlerden ayırt edebilme niteliğine sahip olup olmadığıdır. Kullanım sonucu piyasada standart haline gelmiş bulunan ve ilgili piyasada genel ve yaygın kullanıma sahip olan şişeler, kutular, ambalajlar gibi sıradan üç boyutlu şekillerin ayırt edici niteliğinin bulunmadığı kabul edilir. Ayrıca ayırt edicilik değerlendirmesinde, tescili talep edilen şeklin bazı unsurları farklılık arz etse dahi şeklin bir bütün olarak tüketicilerin zihninde bırakacağı izlenim ve genel görünümün marka olarak algılanabilir nitelikte olup olmadığı dikkate alınır. Tescili talep edilen üç boyutlu şekil, standarttan farklılaşmış, ilgili tüketici çevrelerince söz konusu ürün açısından beklenmedik, alışılmadık bir şekle sahip, yani “ekstra” birtakım unsurlar içeren ve bu sayede ilgili pazardaki diğer ürünlerden ayırt edilerek tüketicinin zihninde söz konusu ürünlerin ticari kaynağının belli bir üreticiye işaret etmesini sağlayacak nitelikte ise ayırt edici niteliği haiz bulunduğu kabul edilir.

Tüketicilerin üç boyutlu şekilleri marka olarak görmeye alışkın olmadıkları dikkate alındığında, şeklin tescil edilebilir olması için ilk bakışta normalden önemli ölçüde uzaklaşan bir şekilde olması veya kullanımı sonucu halk tarafından marka olarak algılanır hale gelmiş olması gerekir. Tescili talep edilen şekil, ilgili türden ürünlere ilişkin standart ambalaj şekline uzaklaştığı oranda markanın ayırt edicilik niteliği artmakta; standart ambalaj şekline yaklaştığı oranda ise ayırt edicilik niteliği azalmaktadır. Kendine özgü bir şekli olmayan ve piyasada satışa sunulabilmesi için ambalajlanması zorunlu olan mallarda, ambalajın şekli, ürünün şekli haline gelmektedir. Örneğin granül, toz veya sıvı halde üretilen ürünlerde, bu ürünlerin doğaları gereği kendilerine ait bir şekilleri yoktur. Ürünün ambalajının şekline oluşan bu tür üç boyutlu şekil başvurularında, ancak şeklin ilgili sektörün kurallarından ve teamüllerinden önemli ölçüde farklılaşması halinde ortalama tüketiciler ilgili malları diğer işletmelere ait mallardan ayırt edebilecektir.

Ürünün kendisinin şekline oluşan üç boyutlu şekil markalarında da markanın kullanılacağı ürünün doğal veya yaygın kullanılan şekline benzer markalar ayırt edici kabul edilmezken alışılabilir şekillerden önemli ölçüde uzaklaşan şekillerin ayırt edicilik niteliği ise güçlenecektir. Bu bağlamda ayırt ediciliğin hem mal ve hizmetin içeriği hem de ilgili tüketici kesiminin niteliği dikkate alınarak analiz edilmesi gerekmektedir. Ayrıca ilgili sektörde yaygın olarak kullanılan, bilinen bir şeklin spesifik bir

özelliğinin olması, eğer o tek özellik tüketici tarafından bir bütün içinde sadece bir detay olarak algılanıyorsa, o markayı ayırt edici yapmaz. Aynı ilke, şeklin teknik nedenlerle sınırlı olduğu alanlar için de geçerlidir. Belirleyici olan her zaman için ortalama tüketicinin algısıdır. Makul ölçüde bilgili ve makul oranda gözlemci ve dikkatli olan tüketicinin analitik bir inceleme yapmadan ve özel bir dikkat sarf etmeden ürünün kökenini başka firmalardan ayırt etmesi gerekmektedir. Dolayısıyla, alışılmış genel ürün şeklinden her ayrışma, şeklin marka işlevi gördüğü ve ayırt edici olduğu sonucunu doğurmaz. Avrupa Topluluğu İlk Derece Mahkemesi, yıkama tableti şekillerinin tescil başvurularıyla ilgili olarak verdiği bir kararında,



gibi ürün şeklinden oluşan üç boyutlu şekillerin ayırt edici karaktere sahip olmadığına hükmetmiştir. Söz konusu kararda, *“ilgili tabletlerin şeklinin ürünler için aşikar olduğu, yıkama tabletlerinin üst yüzüne dolgu eklemenin, içerikteki çeşitli aktif bileşenleri bir*

araya getirmenin apaçık bir yolu olduğu, dolgunun sadece temel geometrik şekillerden biraz farklı olacak şekilde basit bir tasarıma sahip bulunduğu ve her tasarımın içerikteki bir bileşenin varlığına işaret eden bir dolgu şeklinde algılanacağını” ifade edilmiştir. (CFI: The Procter & Gamble Company v. OHIM, joined cases T-241/05, T-262/05, T-263/05, T-264/05, T-346/05)

Renk ve Renk Kombinasyonları açısından ise renklerin somutlaşmış belli bir şekil dâhilinde kullanılması, yani sınırları belli bir şeklin renklerle ifade edilmesi halinde, değerlendirme renklerden oluşan ilgili şeklin ayırt edici niteliğe sahip olup olmadığı açısından yapılıır. Bu tür bir kullanım, renk markasından ziyade renk unsuru barındıran bir şekil (ya da logo) markası veya renkli şekil markası olarak kategorize edilir. Renklerin, sözcük, sayı ya da diğer işaretlerle birlikte kullanılması halinde ise renkler genellikle markanın asli unsurunu oluşturmamakta, asli ayırt edici unsur ilgili sözcük ya da diğer işaretlerden oluşmaktadır. Diğer geleneksel markalar gibi değerlendirilen bu tür markaların ayırt edicilik niteliğe sahip olup olmaması, işaretin diğer unsurlarla birlikte bir bütün olarak orta düzeydeki tüketici kitlesi üzerinde bıraktığı algı ve izlenime bağlıdır.

Renk markalarında ayırt edicilik kriteri, esas olarak belli bir konturu yani dış hat çizgileri, sınırları ve somut şekilleri bulunmayan renk markaları açısından değerlendirilecektir. Bu tür markalar, *“kendi başına renk markaları”* veya *“soyut renk markaları”* olarak ifade edilmektedir. Soyut renk markaları ise;

a) Tek renkten oluşan markalar;

b) Renk kombinasyonlarından oluşan markalar şeklinde iki alt grupta incelenmektedir.

Tek renkten oluşan markalarda grafik gösterim koşulunun sağlanması için başvuru formunda marka örneği alanında tescili istenen rengin örneğine yer verilmesi, ay-

rıca, başvuru formundaki uygun bir alanda veya ilave sayfada sunulacak bir tarifnamede başvurusu yapılan rengin, uluslararası geçerliliği olan bir renk kodlama sistemine göre (Örn. PANTONE Tarifname/Renk Kodu: Trafik Mor, RAL 4006) renk kodunun belirtilmesi gerekmektedir. Zira tek renkten oluşan markaların grafik gösteriminde “açıklık, kesinlik, müstakil, kolay erişilir ve anlaşılır olma, dayanıklılık ve objektiflik” şartlarının sağlanması gerekli olup, yukarıdakilerin dışında hazırlanan bir gösterimin söz konusu şartları karşılaması kolay değildir.

Tek bir renkten oluşan başvurularda ayırt edici niteliğin tespiti ise oldukça zordur. Tüketiciler genellikle kelime, şekil, sayılar gibi işaretleri ürün üzerinde gördüklerinde, bunları üründen bağımsız olarak algılar ve bu işaretlerin ürünün ticari kaynağını gösteren bir “marka” olduğunu düşünür. Ancak renkler açısından böyle bir algılamının oluşabilmesi için öncelikle rengin ürün üzerinde sürekli ve uzun süreli kullanılması ve bu kullanım sonucu ilgili ürün/hizmetle ilgili olarak marka işlevi görecektir şekilde ayırt edici nitelik kazanmış olması gerekir. Bu nedenle, ayırt edici nitelik kazandığı yeterli derecede delille ispatlanmadığı sürece kendi başına tek renkten oluşan bir başvurunun başlangıçta ayırt edici nitelikten yoksun olduğu kabul edilmelidir.

Renk kombinasyonlarından oluşan markalarda da tek renkten oluşan markaların grafik gösteriminde geçerli olan “açıklık, kesinlik, müstakil, kolay erişilir ve anlaşılır olma, dayanıklılık ve objektiflik” kriterleri geçerli olup kendi başına renk kombinasyonundan oluşan marka başvurularında, başvuru formunda marka örneği alanında tescili istenen renk kombinasyonunun örneğine yer verilmesi, ayrıca başvuruya konu edilen renklerin, uluslararası geçerliliği olan bir renk kodlama sistemine göre kodlarının belirtilmesi bu şartları yerine getirecektir. Renk kombinasyonlarının ayırt edicilik gücü tek renklere göre daha yüksektir. Renklerin sunuluş şekilleri ve mal/hizmetlerle ilgili olarak olası kullanım biçimleri ayırt edicilik değerlendirmesinde belirleyici unsurlardır. Örneğin, renk kombinasyonunun, başvuruya konu malların veya ambalajlarının kendi renginden oluşması, mal ya da hizmetlerle ilgili reklam materyallerinde kullanımı vb. olası kullanım biçimleri ayırt edicilik değerlendirmesinde dikkate alınmalıdır. 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 değerlendirmesinde dikkate alınır.

Ses markaları da ayırt etme ve çizimle görüntülenebilme veya benzer şekilde ifade edilebilme (grafik gösterim) şartlarını sağlama koşuluyla marka olarak tescil edilebilir niteliktedir. Bir başvurunun ses markası başvurusu olarak değerlendirilebilmesi için, öncelikle tescili talep edilen işaretin bir “ses markası” olduğunun başvuru dilekçesinde açıkça belirtilmesi gerekmektedir. Melodik (notaya dökülebilir) sesler için grafik gösterim, sese ait özellikleri (anahtarı, ölçüleri, notaları, durakları, tekrar eden tempoları ve diğer detayları) tasvir eder nitelikte hazırlanmış bir porte ile yapılmalıdır.

Ayrıca tescili talep edilen sese ilişkin kaydın, bilgisayar ortamında dinlemeye ve saklamaya imkân tanıyacak şekilde (tercihen *mp3* formatında), bir CD ile başvuruyla birlikte verilmesi gerekir. Aynı grafik gösterime sahip olmakla birlikte birbirinden farklı olan sesler aynı başvuruyla tescile konu olamaz. Her bir farklı ses için ayrı bir ses markası başvurusu yapılması gerekir. Tarifname, ses markası başvurularının incelenmesinde dikkate alınacak unsurlardan birisidir. Başvuru kapsamının net olarak anlaşılabilmesi ve grafik gösterim ile ses kaydını tamamlaması için tescili talep edilen sesi ve sese ait grafik gösterimde yer alması mümkün olmayan bazı detayları tasvir eden bir tarifnamenin, başvuru dilekçesine eklenmesi gerekir. Enstitü başvuru konusu işaretin yeterince açık, kesin ve anlaşılır olmadığına kanaat getirirse grafik gösterim ve ses kaydının yanı sıra, başvuru konusu sese ait yazılı bir tarifname de talep edebilir.

Ayırt edicilik değerlendirilmesinde, tescili istenen sesin, geleneksel markalarda olduğu gibi, başvuru kapsamındaki mal ve hizmetler yönünden ayırt etmeye elverişli olup olmadığı hususu değerlendirmeye esas olacaktır. Bu anlamda, bilinen bir müzik eserinden alınmış bir bölümden oluşan sesin “*konser düzenleme hizmetleri için*” ayırt edici nitelikte olmadığı kabul edilebilir. Sesin, tescile konu edilen ürünün çalışmasının doğal bir sonucu olarak ortaya çıkması veya ürünün çalışması esnasında teknik bir zorunluluk gereği meydana gelmesi halinde söz konusu sesin ilgili ürünler açısından ayırt edici karakterinden söz edilemez. Örneğin, motosikletler için tipik bir motor sesi ayırt edici kabul edilmez. Bir müzik eserinin bütünü veya marka olarak algılanamayacak derecede uzun bir bölümünü içeren başvuruların marka olarak “*ayırt edici niteliğe sahip olmadığı*” kabul edilir.

Hareket Markaları; görüntülerin hareketi yoluyla bir işletmenin mal veya hizmetlerini diğer işletmelerin mal veya hizmetlerinden ayırt etmeyi sağlayan markalar hareket markası olarak adlandırılır. Bir başvurunun hareket markası olarak değerlendirilebilmesi için tescili talep edilen işaretin bir “*hareket markası*” olduğunun başvuru dilekçesinde açıkça belirtilmesi gerekir. Hareket markasının grafik gösterimi, bir araya getirildiğinde hareketi resmeden hareketsiz görüntü serilerinin (şekil) sıralı olarak verilmesiyle yapılabilir. Verilen bu hareket gösterimi yeterince açık ve anlaşılır olmalıdır. Ayrıca hareketi açıklayan yazılı bir tarifname verilmeli, söz konusu tarifnamede tescil başvurusuna konu edilen hareket açık ve anlaşılır biçimde ifade edilmelidir. Hareketsiz görüntü serileri ve tarifnameye ilaveten, tescili talep edilen harekete ilişkin elektronik kaydın, bilgisayar ortamında izlemeye ve saklamaya imkân tanıyacak şekilde (tercihen *mpeg* formatında) bir CD ile başvuruyla birlikte verilmesi gerekir.

Hareket markalarında ayırt edicilik kriteri her bir somut olayın özel şartlarına göre değerlendirilir. Değerlendirmede hareketin ilgili tüketici çevreleri tarafından marka olarak algılanabilir olup olmadığı, ilgili hareketin tescili talep edilen mal ve hizmetlerin ticari kaynağına (üreticisi ya da sunucusuna) işaret etme fonksiyonunun bulunup bulunmadığı hususları dikkate alınır. Bu niteliklere sahip bulunan başvuruların ayırt edici olduğu kabul edilir.

Koku ve Tat Markaları açısından ise bu tür markaların çizimle görüntülenebilme veya benzer biçimde ifade edilebilme şartını (grafik gösterim) yerine getiremediği kabul edildiğinden bu tür başvuruların en azından şu an için tescil edilme imkânı bulunmamaktadır.

Harfler ve Sayılar açısından ise ayırt edici niteliğe sahip olan harfler ve sayılar marka olarak tescil edilebilir. Bununla birlikte, stilize edilmemiş, özel biçim verilmiş ve özgün bir niteliği bulunmayan standart karakterlerle yazılmış tek harfler ve tek basamaklı sayıların kural olarak ayırt edici nitelikte olmadığı kabul edilir. Özgün bir tasarıma sahip tek harf ya da rakamların ise kural olarak ayırt edici niteliğe sahip olduğu kabul edilir. İki veya daha fazla basamaklı sayılar ile iki veya daha fazla harften oluşan kelimelerin, kural olarak, ayırt edicilik niteliğine sahip olduğu kabul edilir. Ancak istisnai olarak bu harf ve sayıların belli bir malın özelliğini bildirmesi veya bu mal için tanımlayıcı nitelikte olması durumunda bunların aynı zamanda ayırt edici olmadıkları kabul edilir. Örneğin kayısı için “44” rakamı gibi. Harf ve sayı kombinasyonlarından oluşan işaretlerin, tescili talep edilen mal ya da hizmetler için tanımlayıcı bir nitelikte olmadığı sürece, kural olarak ayırt edicilik niteliğine sahip olduğu kabul edilir. Örneğin; “Y2”, “T1”, “2e” “KL5” gibi Bununla birlikte, tescili talep edilen mal ya da hizmetler için tanımlayıcı nitelikte olan harfler, rakamlar ya da bunların kombinasyonlarının, aynı zamanda ayırt edici niteliği haiz olmadığı kabul edilir. Örneğin; Gıda Ürünleri için “350 gr” gibi.

Arkadaşlar, devam edecektim, ama on beş dakikalık süremi çok da fazla aşmak istemiyorum. Yalnız hepinize şunu söylemek istiyorum: Yaklaşık 143 sayfalık bir eser var ve bu eser marka başvurularıyla ilgili Türk Patent Enstitüsü uygulamalarını görmeniz açısından faydalı.

Hepiniz inceleyebilirsiniz. Biz de o metin çerçevesinde karar veriyoruz. Ayrıca Enstitü kılavuzu hiçbir zaman nihai, en iyi metin olarak kabul etmedi, bilakis kılavuzun her zaman gelişerek daha iyi hale gelebileceğini ve zaman içinde güncellenmesinin gerektiğini düşünerek bunu hazırladı. Bu nedenle aranızda herhangi biri kılavuzumuzdaki herhangi bir noksan ya da eksikliği bildirmek ister ya da kılavuza bir katkı sunmak isterse zevkle bundan istifade ederiz. Bu bağlamda görüşlerinizi bizimle paylaşabilirsiniz. Dediğim gibi kılavuzlar zaman içinde değişip, gelişecek. 2015 yılında belki yeni bir kılavuz yapacağız veya bu kılavuzun bazı bölümlerini değiştireceğiz. Zira amacımız kılavuzumuzu güncelleyerek en azından mümkün olduğunca günceli yakalamak. O yüzden hepinizden katkı bekliyoruz. Sözlerime son verirken sabrınız ve ilginiz için teşekkür ederim.

Doç. Dr. Azra ARKAN SERİM - Evet, biz çok teşekkür ediyoruz değerli konuşmacılarımıza, Türk Patent Enstitüleri uygulamalarını markalar bakımından anlattılar. Şimdi kısaca sorularımızı alalım buyurun. Mikrofonu rica ediyoruz.

Av. Zeynep FIRTINA - Merhabalar, Av. Zeynep Fırtına. Benim sorum Uğur Beye: Öncelikle sunumunuz için çok teşekkür ediyorum. 7/1.b'nin daraltılması anlamında bir sorum var benim. Bunun daraltılmasıyla birlikte özellikle tanınmış markalar ve son zamanlarda çok artmış olan kötü niyetli başvurular hakkında ne düşünüyorsunuz, yani bunu daraltırsak bu iki sorun nasıl halledilecek?

Uğur Kürşad YALÇINER - Şimdi güzel bir soru, zaten baştan beri 7/1.b'nin konulmasının temel gerekçesi de bu. Kötü niyetli başvurular, ama kötü niyetli başvurular olacak diye bütün yükü Türk Patente yüklemek lazım. Benim görüşüm şu: O kötü niyetli başvurular bir süre sonra azalacak, bunlar ilelebet devam etmeyecek. Çünkü hukuk sistemi içinde onların çözümü var. TPE, yani yayınlayacak tabii, itiraz mekanizması işleyecek, itiraz mekanizmasında ret olacak ya da mahkemelerde, eğer devam ederse mahkemelerde çözülecek, ama bu şekilde kötü niyetli başvurulardan bir şey elde edilemeyeceğini de insanlar öğrenecek. Yani sistem bir de şunu söyleyeyim: Bugünkü durum artık Türkiye'de Türk Patent çok güçlü bir yapıya sahip. Ben her yerde söylüyorum, işte eskiden bizim dönemimizde eleman yoktu. Şimdi doktorasını yapmış İsmail Bey bir örnektir ve bu konularda doktora yapmış, mastır yapmış birçok uzman var. Yani dolayısıyla ben TPE tarafında bunun çok rahat çözüleceğini düşünüyorum. İki, mahkemelerle de çözülür, bir şekilde çözülecek.

Av. Zeynep FIRTINA - Ama kötü niyetli marka başvurularının sürekli olarak artıyor olması sistemin tam olarak işlemediği anlamına da gelmiyor mu?

Uğur Kürşad YALÇINER - Şimdi kötü niyetli başvuruların artıyor olduğu konusunda çok somut bir veri var mı, bilmiyorum, onu bir tartışmak lazım. Yani bunu azaltmak benim görüşüm 7/1.b'yi olabildiğince daraltmak, yavaş yavaş gerekiyor diye düşünüyorum, ama tersi de tabii ki tartışılır.

Av. Zeynep FIRTINA - Peki, tanınmış markalar için, yani mesela Türk Patent Enstitüsünde ki bir uzman önüne gelen markayı kendi de biliyorsa ki işte tanınmış markalardan bahsediyoruz, çok çok benzer bir marka olduğu takdirde gene de reddetmeyecek mi?

Uğur Kürşad YALÇINER - Reddedecek onu tabii ki, ama İsmail Bey isterseniz burada katkı sağlasın.

Dr. İsmail FİDAN - Tanınmış marka kavramı ve tanınmış markanın nasıl korunabileceği konusunda dünyada oturmuş bir sistem olmadığı gibi üzerinde tarafların anlaşığı bir düzenleme de mevcut değil. Tanınmış marka konusundaki tartışmalar halen devam etmektedir. Dün Ali Hoca da sunduğu tebliğinde bu teorik tartışmalardan biraz

bahsetti. Ancak dünyada ve ülkemizde tanınmış marka nedir, ne değildir, bilinen marka nedir, çok bilinen marka nedir, Paris Sözleşmesi anlamında herkesçe bilindiği mütalaa olunan marka nedir gibi kavramlar tam olarak açıklığa kavuşmuş değil. Soruda söz konusu edilen, tanınmış markanın mutlak ret nedenleri kapsamında resen korunması konusu “*Sahibi tarafından izin verilmeyen Paris Sözleşmesi’nin 1 inci mükerrer 6 inci maddesine göre tanınmış markalar,*” biçiminde 556 sayılı Markaların Korunması Hakkındaki KHK m. 7/1 (1) bendinde düzenlenmiş olup, bu bent m.7/1.b bendinden farklı ve ondan bağımsız bir banttir. Diğer bir deyişle tanınmış markanın Türkiye’de tescil edilmiş olması durumunda hem KHK m. 7/1 (1), hem de KHK m. 7/1 (b) bendi kapsamında korunması söz konusu iken, tescil edilmemiş tanınmış markanın ise sadece KHK m. 7/1 (1) bendi kapsamında korunması söz konusudur. Her iki bentteki korunmanın kapsamına markanın aynısı veya ayırt edilemeyecek derecede benzeri sizin deyiminizle çok çok benzeri dâhildir. Dolayısıyla sahibi tarafından izin verilmeyen Paris Sözleşmesine göre tanınmış markaların ülkemizde tescilli olmasalar bile 7/1.b’den bağımsız olarak KHK m. 7/1 (1) bendi uyarınca reddedilmesi gerekir. Ancak bu durumda da tanınmış markanın nasıl belirlenebileceği, tanınmış markanın kriterlerinin ne olduğu ve koruma kapsamının ne olması gerektiği gibi problemler karşımıza çıkıyor. Tanınmış marka sizin bildiğiniz marka mı? Uzmanın bildiği marka mı? İlgili tüketici kesiminde veya herkes tarafından bilindiği mütalaa olan marka mı? İlgili tüketici kesiminin veya herkesin başvuruya konu ibareyi bilip bilmediği hususu nasıl tespit edilebilecektir? Tanınmış marka hangi mallar veya hizmetler için korunabilecektir? Bu sorular halen ülkemizde ve dünyada tartışılan ve üzerinde uzlaşa bulunmayan sorular.

KHK m. 7/1 (1) bendi kapsamında tescil edilmese bile korunabilecek markalar bugün yapısı itibarıyla en ziyade bilişim ve internet sektöründe karşımıza çıkıyor. Google, facebook, twitter, instagram gibi web siteleri çok kısa sürede en azından bilgisayar kullanıcıları nezdinde bilinip, tanınmış marka haline geliyor. Ancak bu markalar gerçek sahipleri tarafından tescil edilmeden önce üçüncü kişilerin bu tanınmış markanın aynı veya çok benzeri ibarelerle ilgili sektörde marka tescil başvuruları olabiliyor. Bunların Paris Sözleşmesi kapsamında değerlendirilmesi yani KHK m. 7/1 (1) bendi kapsamında reddedilmesi yerinde olduğu gibi bu tür markalarda hemen hemen tüm marka uzmanları benzer karar veriyor. Ancak yukarıda belirtilenler dışında kalan markalarda tanınmışlığının tespiti ve m. 7/1 (1) bendinin uygulanabilirliği daha zor. Bu bağlamda benim ya da diğer bir marka uzmanının yurt dışında gördüğü veya kendisinin bildiği bir markayı tanınmışlıktan dolayı reddetmesi çok olasılık dâhilinde değildir. Ayrıca Türk Patent Enstitüsü idari bir kurum olduğundan ret için somut bir nedenin bulunması gerekmektedir. Bu bağlamda sadece uzmanın kanaati KHK m. 7/1 (1) bendi uygulaması için yeterli değildir.

Av. Zeynep FIRTINA - Sorun zaten tescilli tanınmış markalarda da çıkıyor, yani ben dünyaca ünlü tanınmış bir markanın temsilcisi olarak konuşuyorum burada.

Türkiye’de çok sayıda tescilimiz var, ama hala çok kötü niyetli mesela, bizim markamızın Türkçe okunuşuna benzer şeyler, tesciller Türk Patent Enstitüsünden geçiyor ve yayınlanıyor. Biz sonradan hepsine itiraz etmek zorunda kalıyoruz.

Dr. İsmail FİDAN - Türk Patent Enstitüsünün tescilli marka ile aynı veya ayırt edilemeyecek derecede benzer olmayan markaları yayına çıkması yasal bir zorunluluktur. Dolayısıyla tescilli tanınmış markanız ile aynı veya ayırt edilemeyecek derecede benzer olmayan bir markayı TPE’nin resen reddetmesi hukuken mümkün değil. Ancak Türkiye’de ki resen koruma AB’den ileride bunu da belirtmek lazım. Örneğin Avrupa Birliğinde bırakın markanızın Türkçe okunuşuna benzer ibareden oluşmasını, markanızın aynısından oluşan başvuru bile yayınlanacak ve siz itiraz etmezseniz marka AB’de tescil edilecektir. Dolayısıyla bir marka bilinir hale geldikten sonra bu markayı ofislerin her açıdan koruması en azından şu an için mümkün değil. İnsanların tanınmış markalara benzeme çabaları da var bu husus da doğru ancak bir defa eskisi kadar sistemin açıklarından faydalanarak marka tescil ettirmek kolay değil. Bu husus marka vekillik sisteminin gelişmesiyle de ilgili. Bugün tescilli markalarla benzer olan ve Resmi Marka Bülteninde yayınlanan markalar en az dört, beş farklı vekil tarafından marka sahiplerine haber veriliyor. Dünyada da marka vekillerinin marka sahiplerine sunduğu asli hizmetlerden biri izleme(trademark monitoring) hizmetidir. İzleme hizmeti ile tescilli markaya tecavüz etme ihtimali olan markanın tescil edilmesinin önüne geçilmeye çalışılır. Dolayısıyla tanınmış olsa bile markasının korunması konusunda ülkemizde ve AB’de de marka sahibinin de faaliyette bulunması gerekli olup bu açıdan ülke uygulamamızda bir eksiklik bulunmamaktadır.

İnsanlar bir şekilde kötü niyeti olabilir ve tanınmış marka ile itibas yaratmaya çalışabilir ve bu kötü niyetli davranışlar ülkemizde daha fazla karşımıza çıkabilir. Ancak bu biraz da iki gündür konuştuğumuz sorunların tümüyle ilgili bir husus. Diğer bir deyişle Türkiye’de sorunlarımızın temel nedenlerinden biri de fikri mülkiyet haklarının ne ölçüde toplum nezdinde kabul gördüğü ve bu konudaki toplumsal bilinçle ilgili. Ülkemizde kimse kimsenin ekmeğini çalmak istemez ancak birisinin tanınmış markasının taklidi ürünü alır, evinde internetten korsan film seyreder, müzik dinler. Üstelik ortalama tüketicilerin bir bölümü açısından taklit mal almak, korsan film izlemek ve korsan müzik dinlemek hukuka aykırı eylemler olarak da görülmez. Dolayısıyla ülkemizde fikri mülkiyet hukukunun arzu edilen seviyeye ulaşamaması ve tanınmış markalara benzeme çabalarımızın sebeplerinden biri de bu toplumsal algı ve toplumsal bilinç eksikliğidir.

Ancak belirtmek gerekir ki bu konuda eskisinden çok daha ilerideyiz ve her gün bu toplumsal bilinç biraz yükseliyor.

Doç. Dr. Azra ARKAN SERİM - Evet, teşekkür ederiz. Başka soru? Buyurun lütfen, bir saniye lütfen mikrofon gelsin, kayda alınmadığı için mikrofonsuz.

Mustafa Mert DİCLE- İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi 2. sınıf öğrenciyim. Sorum İsmail Hocama olacak. Sunumu sırasında sloganlardan bir tanesi ... (54.25) şeklindeydi. Bu rekabet hukuku hükümleri çerçevesinde bir aykırılık teşkil etmiyor mu? Sorum bu yönde olacak.

Dr. İsmail FİDAN - “CARLSBERG-PROBABLY THE BEST BEAR IN THE WORLD” örneğinde Türk Patent Enstitüsü ibareyi marka hukuku açısından ve marka olabilirlik kriterleri açısından inceler. Orada sunum bağlamında irdelenen husus KHK m.7/1(a) bendi yani ayırt edicilik. Farklı bir ifadeyle sunumda irdelenen husus bu sloganın marka olarak bir teşebbüsün mallarını ve hizmetlerini diğer teşebbüslerin mallarından ve hizmetlerinden ayırt etme koşulunu sağlayıp sağlamadığıdır. 556 sayılı KHK’da sizin bahsettiğiniz rekabete aykırı olan veya kalite veya değer bildiren ibarelerle ilgili olarak KHK m. 7/1 (c) bendi bulunmaktadır. KHK m.7/1(c) *“Ticaret alanında cins, çeşit, vasıf, kalite, miktar, amaç, değer, coğrafi kaynak belirten veya malların üretildiği, hizmetlerin yapıldığı zamanı gösteren veya malların ve hizmetlerin diğer karakteristik özelliklerini belirten işaret ve adlandırmaları münhasıran veya esas unsur olarak içeren markalar”*ın tescil edilemeyeceğini belirtir.

Şimdi örneğimize dönersek “CARLSBERG-PROBABLY THE BEST BEAR IN THE WORLD” markasında dikkat edin, tüketicide marka algısı yaratan asli esas unsur “CARLSBERG” ibaresidir. Eğer “PROBABLY THE BEST BEAR IN THE WORLD” ibareleri herhangi bir markada tek başına yer alsaydı veya marka örneğinde asli esas unsur olarak yer alsaydı veya marka örneğinde “CARLSBERG” ibaresi çok küçük puntolarla yer alsaydı başvuru o zaman reddedilebilirdi. Ancak şu haliyle bu marka örneğinin reddedilebilmesi mümkün değil.

Ayrıca unutmamak gerekir ki bu söylediklerim marka hukuku açısından geçerli olan hususlar. Buna karşılık “PROBABLY THE BEST BEAR IN THE WORLD” ibaresinin rekabet hukuku açısından ya da reklam mevzuatı açısından bir problem yaratıp yaratmadığı o mevzuat hükümleri çerçevesinde irdelenmesi gereken ve marka olabilirlik hususundan bağımsız olarak değerlendirilmesi gereken hususlar. Netice olarak benim size söylemek istediğim şey şu KHK m. 7/1 (c) bendi tasvir edici markaların münhasıran veya esas unsur olarak tesciline zaten izin vermiyor. Yani siz “dünyanın en iyi birası” ya da “dünyanın en iyi kolası” dediğiniz zaman bu marka örnekleri ayırt edici olsa bile bunlar KHK m 7/1 (c) bendi kapsamında reddedilir. Ancak örneğimizde “CARLSBERG” ibaresi zaten markada asli esas unsur olarak yer almaktadır ve Türk Patent Enstitüsünün değerlendirmesinde dikkate aldığı husus da budur. Bu nedenle örnek marka hukuku açısından problemsiz olup, örneğin marka olmasında herhangi bir sakınca bulunmamaktadır.

Doç. Dr. Azra ARKAN SERİM - Evet, son iki soruyu alalım, çünkü misafirlerimizin uçağa yetişmesi gerekiyor. Peki, bir tane en arkadan alalım, buyurun. Sonraki soruları çıkışta derseniz konuşmacılarımıza yöneltebilirsiniz elbette, buyurun.

Mert YAŞAR - Mert Yaşar ben, benim iki paneliste de sorum olacak, yani aynı soruyu ikisine birden soracağım. Şimdi Türk Patent Enstitüsü bir yandan gelen başvuruları değerlendiriyor. Onun verdiği karara karşı gene Enstitü bünyesinde bir kurala itiraz ediliyor, bir yandan yargı işlevi görüyor ve bir yandan da dün de öğrendik, mesela markaya ilişkin bir kanun tasarısı hazırlanacağı zaman enstitüye söylüyor git tasarımı hazırla diye. Yani tasarı bir yandan yasama yapıyor, bir yandan yürütme yapıyor, bir yandan da yargı yapıyor. Yani bütün işlevleri neredeyse üzerine almış gibi, sizce bütün bu işlevlerin Enstitüde de birleşmesi doğru mu? Mesela markaya ilişkin, patente ilişkin kanun tasarılarının doğrudan doğruya Enstitü tarafından hazırlanması ne kadar doğru? Çünkü bir yandan uygulayan o, yargı işlevini de onlar yürütüyor. Bana bu birazcık ters geliyor açıkçası. Teşekkür ederim.

Dr. İsmail FİDAN - Bir önceki yasama döneminde kanunlaşmayarak kadük olan Markalar Kanun Tasarı Taslağının hazırlanışından, başbakanlıktaki ve TBMM komisyonlarındaki görüşmelere kadar tüm aşamalarında görev alan biri olarak süreci açıklamamanın gerekli olduğunu düşünüyorum. Öncelikle belirtilmek gerekir ki Sınai Mülkiyete ilişkin kanunların teknik yapılarından dolayı TPE'den başka bir kurumunun bu kanunlar konusunda çalışma yapması beraberinde büyük riskler doğurur. Ayrıca belirtmek gerekir ki tasarı taslağı hazırlama süreci tam olarak soruda belirtildiği biçimde işlemiyor. Bir kere yargılama farklı bir ergin işi olduğundan, Türk Patent Enstitüsü yargılamaya ilişkin hükümleri kendisi düzenlemez. Ne yapar tasarı taslağını Adalet Bakanlığına gönderir, Adalet Bakanlığının görüşü çerçevesinde hukuk ve ceza yargısına ilişkin hükümler ile usul kurallarını metne işler. Türk Patent Enstitüsünün bu anlamdaki fonksiyonu da bir düzenleyici merciden ziyade bir koordinasyon kurulunun faaliyeti gibidir. Salt yargılamaya ilişkin hükümlerde değil diğer kamu kurumlarının görev alanına giren konularda da aynı yol izlenir. Mesela taslaktaki gümrükler maddesini, biz şimdiki Gümrük ve Ticaret Bakanlığı o zamanki Gümrük Müsteşarlığının bize verdiği öneri çerçevesinde taslağa derç etmiştik. Bu bağlamda taslaklar hazırlandıktan sonra tüm bakanlıklara ve içinde TOBB, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi ile Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi ve Yargıtay'ında olduğu çeşitli özel ve kamu kurumlarına gönderilir. Hepsinden görüşler alınır ve metne nihai şekli verilir. Dolayısıyla TPE 'nin hazırladığı metinlerin nihai metin biçiminde algılanmaması gerekir. Ancak bu tasarı taslaklarında koordinasyonu Türk Patent Enstitüsü mü sağlıyor diyorsanız evet, koordinasyonu TPE sağlıyor. Görüşleri metinlerin içine derç edip kanuna yerleştiren, farklı görüşleri bir araya getiren, karma komisyonlar oluşturan, akademisyenlerden bir çalışma grubu oluşturarak metin üzerinde çalışılmasını sağlayan ve taslaklar hakkında çalıştaylar düzenleyen kurum TPE'dir. Ancak TPE'nin bu faaliyetleri temelde koordinasyon faaliyetleri olduğundan Türk Patent Enstitüsünün kanun tasarısı taslağı hazırlayarak görev alanını genişlettiğini düşünmüyorum. Aksine Sınai Mülkiyete ilişkin kanun tasarısı taslakları hazırlayarak sistemin gelişimini sağlamanın Türk Patent Enstitüsünün asli görevlerinden biri olduğunu düşünüyorum.

Doç. Dr. Azra ARKAN SERİM - Son bir soru, buyurun lütfen.

Uğur Kürşad YALÇINER - Çok kısa bir ek yapayım. Aynen katılıyorum İsmail Beye, ek olarak da YİDK aslında TPE bünyesi içinde kararlarda yer almamış uzmanlardan oluşan bir kurul, bir temyiz kurulu olarak çalışıyor. O bir mahkeme değil aslında, TPE'nin kararlarını kendi içinde denetleyip, son kararı veren kuruluş, kurum, kısım ya da bölüm, ama yargı gene ayrı. TPE kararlarına yargı yolu açık, uyuşmazlıkların hepsinde gene yargı yolu açık, dolayısıyla sistemde bir problem yok bence, her bakımdan doğru kurgulanmış bir sistem. Tek fark onu biz yapamadık, epil board, ... (60.20) yani YİDK ayrı bir kurum olmalı, bağımsız olmalı, kendisi tamamen dışarıda -Avrupa Birliğinde öyle, Rusya'da öyle- öyle olmalı, biz onu yapamadık. Bir eksiğimiz odur benim görüşüme göre, teşekkür ediyorum.

Doç. Dr. Azra ARKAN SERİM - Ben teşekkür ediyorum. Evet efendim, son bir soru için buyurun.

Av. Tuğçe BEYAZ - Benim sorum İsmail Beye: Şimdi bu TPE'de tanınmışlık konusunda bir netlik diyorsunuz, fakat tanınmışlık belgesi veriyorsunuz, ama tanınmışlık belgesi verdikten sonra aksi yönde kararlar veriyorsunuz. Hani bizim bir markamız tanınmışlık belgesi aldı, fakat sonrasında hem aksi yönde yargı kararları verirdi, hem de TPE'den benzer markanın tescili yapıldı. Birinci sorum bu, ikincisi de çatı marka, yani benim atıyorum Tuğçe diye bir markam var. Altında seri marka almak istiyorum işte Tuğçe Orkide, Tuğçe Papatya gibi, fakat benim almak istediğim sınıfta başlı başına diye Papatya diye bir marka var. Benim bunu alma şansım var mıdır benim çatı markama dayanarak? Bunu soracağım, teşekkür ediyorum.

Dr. İsmail FİDAN - Cevabıma müsaade ederseniz ikinci sorudan başlayayım. Somut olayda marka örneğinizi, markaların üzerinde kullanılacağı malları ve hizmetleri ve önceki markanın ayırt edici karakterini değerlendirmeden markanızı tescil ettirirsiniz veya ettiremezsiniz diye bir şey söylemem mümkün değil. Ancak teorik olarak belirtmek gerekir ki çatı markanızın olması size sadece çatı markanız için hak verir. Yoksa çatı markanız ve bir başka ibarenin birleşiminden oluşmuş seri marka başvuruları için hak sağlamaz. Yaptığımız seri marka başvurusunun karıştırılma ihtimali açısından ayrıca değerlendirilmesi gerektir ki hem Türk Patent Enstitüsü uygulamalarında hem yargı kararlarında bu husus açıkça belirtilmektedir.

İlk sorunuza ilgili olarak Türk Patent Enstitüsünün tanınmışlık tespit kararı, sadece sizin markanızın tespit yapıldığı anda tanınmış olduğunu belirler. Ancak tanınmış markanın korunması koşullarını düzenleyen 556 sayılı KHK m.8/4'ün uygulanabilirliği için tanınmışlık ya da bilinirlik tek başına yeterli değildir. 556 sayılı KHK m.8/4'ün uygulanabilirliği için ayrıca markanın farklı mal ve hizmetler için tescil edil-

mesi durumunun haksız bir yararın sağlanmasına neden olabileceği, tanınmış markanın itibarına zarar verebileceği veya tescil için başvurusu yapılmış markanın ayırt edici karakterini zedeleyici sonuçlar doğurabileceğinin de ispatlanması gerekir. Dolayısıyla ispatlanması gereken bu hususların ispatlanmadığı düşünülüyorsa gerek TPE, gerek mahkemeler tanınmış olduğuna karar verdiği bir markanın bile farklı mal veya hizmetler için tesciline müsaade eder. Bu nedenle tanınmışlığın tek başına kendiliğinden tüm ve mal hizmetlerde koruma sağlamayacağını kabul edilmesi gereklidir. Zira aksi görüşü hukuki bir zemine oturtmak pek mümkün görünmemektedir. Netice olarak TPE tanınmışlık kararı size 556 sayılı KHK m.8/4'ün uygulanabilirliğinin ilk koşulunun varlığının ispatını sağlar, ancak ihtilafta diğer koşulların da ortaya çıktığını ispat etmek yükümü marka sahibine ait olup, marka sahibi ihtilafta bu koşulların varlığını ispatlayamıyorsa yeni markanın tesciline rıza göstermek zorundadır.

Doç. Dr. Azra ARKAN SERİM - Evet, biz çok teşekkür ediyoruz, bu oturumu böylece kapatıyoruz ve bir küçük kapanış konuşması yapmak üzere Burcu Aslan'ı kürsüye doğru davet ediyoruz.

Burcu ASLAN - Aslında programımız bitiyordu bu noktada, ama ben kısaca herkeşe katılım ve katkıları için İstanbul Barosu Fikri Sınai Haklar Komisyonu olarak tekrar teşekkür etmek istiyorum. İnşallah en kısa sürede bir dahaki etkinliğimizde tekrar bir arada aynı verimli çalışmayı yapabiliriz, teşekkür ederim.

Doç. Dr. Azra ARKAN SERİM - Biz teşekkür ederiz aynı şekilde.